
BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
8 C
10

ANDREÆ

FACHINÆI

FOROLIVIENSIS,

IN CELEBERRIMO PISANO GYMNASIO IVRIS CÆSAREI Professoris Ordinarij

CONTROVERSIARVM OPVS,

IN QVATVOR TOMOS SECTVM, QVORVM primus complectitur libros I. II. III. secundus IV. V. VI. tertius VII. VIII. IX. quartus X. XI. XII. XIII.

EDITIO POSTREMA

Cui primò accreuit Tomus quartus, deinde cuique Tomo argumenta præfixa, tertiò superadditus est triplex Elenchus: vnus Capitum, alter Verb. Sentent. & Rerum: tertius V.I. locorum, vniuerso hoc opere cribratorum.



COLONIAE ALLOBROGVM,

Apud Petrum & Iacobum Chouët.

M. DC. XXI.









SERENISSIMO PRINCIPI, AC DOMINO, D. GVILHELMO, COMITI PALATINO RHENI, VTRIVSque Bauariæ Duci, &c.

ANDREAS FACHINEVS S.D.



CTAVVS agitur annus (Sereniſſime Princeps, Domine Clementiſſime) ex quo Placentina Ciuitate relicta, honeſtiſſimis mihi propoſitis conditionibus, Ingolſtadium veni. Etſi enim Ser.^{mi} illius ac Benigniſſimi Principis, in cuius excelſo iuſtitiæ Conſilio adſidebam, ſingularem ſemper expertus eſſem beneuolentiam, vt tamen huc me alacriter contulerim, complures cauſſæ effecerunt.

Primùm glorioſiſſima Ser.^{tis} V.^{ræ} fama, tum mea ad ius Ciuile profitendum, iudiciorum ſtrepitu relicto, ſingularis quædam propēſio. Huc acceſſit Hieronymi Mercurialis ſoceri mei, viri, Europę totius teſtimonio, doctiſſimi ac prudentiſſimi, conſilium ac promotio.

Toto igitur hoc temporis curriculo immortali famæ ſuæ Celſitudinem V.^{ram} non ſolùm egregiè reſpondere, verùm eam longè ſuperare haud difficulter cognoui. Si enim, vt dicebat ille, nihil eſt, quod lumine clariore præfulgeat, quàm recta fides in Principe, Ser.^{tas} V.^{ra} illam habet, tuetur, ac promouet. Si nullæ ſunt opes viro Principi pulchriores, vt dicebat Xenophon, Virtute & Iuſtitia: V^{ra}. Ser.^{tas} virtutem colit & Iuſtitiam. Sed non eſt mihi animus Ser.^{tis} V.^{ræ} laudes recenſere, quòd probè intelligam, eas nec breui oratione comprehendi poſſe, & vires in dicendo meas longè ſuperare.

Quod igitur ad profeſſionem meam attinet, Deo adiuuante hactenus proſperè ſucceſſit. Præclara Germanorum ſtudioſorum ingenia mihi videntur optimis exculta diſciplinis, & quod maximum

ad Iurisprudentiam addiscendam præsidium adferre solet, Philosophiæ præceptis in primis instructa.

Nactus sum collegas viros doctissimos & humanissimos, inter quos Gasparus Lagus est, Consiliarius Cels. V. vir prudentissimus ac primarius, iam emeritus propter senectutem, & honestissima fruens vacatione. His accessit cum Ser.tis V. Cōsiliariis Monacensibus per occasionem vtilissima & iucundissima conuersatio, Iohanne Georgio Herbordo Supremo Cancellario, Iohanne Geylkirchero, Aulæ Cancellario, Ludouico Millero, & aliis, quorum sanè humanitatem cum eximia, ac planè incomparabili eruditione coniunctam non semel expertus sum & admiratus.

Quid verò de Thoma Mermanno Ser.tis V. Medico & Cōsiliario dicam? Eum esse Germaniæ Mercurialē, propter excellentē artium & medicinæ cognitionem, & mihi alterū fuisse Mercurialem, hoc est, amicum, patronum, & parētem, ita de me præclarè meritus est.

Hæc (Ser.me Princeps) eo consilio à me cōmemorantur, vt non solùm Germani, verùm etiam Itali & alij omnes ex me quoq; intelligãt, in hac Ingolstadina Vniuersitate nil deesse, quod ad bene beatéque viuendum pertinere queat, ac proinde non abs re me dulcissimam patriam & honestissimam conditionem, vt Ser.ti V. inseruirem, deseruisse. Et quod caput est, vt quemadmodum non ita pridem Socer meus Mercurialis in Hippocratis editione fecit, sic & ipse Ser.ti V. publicè gratias agam pro tantis in me collatis beneficiis. Grati porro animi argumētum, licet perexiguum, libros meos *Controuersiarum iuris* Cels. V.ræ offero & inscribo. Si minùs exculti ornatíque erunt, eos tamē Cels. V.ram benignè excipere, & nequaquam aspernari par est, vel eo nomine, quod in solo hoc suo concepti natique sint. Videbit Ser.tas V.ra segetem & materiam litium, quibus nunc passim vita flagrat incendio, vt quidam putant nunquam deflagraturo, sed vt ipse opinor facilè restinguendo, si Principes, qui potestatem habent, hasce & alias controuersias editis legibus & constitutionibus definiendas curauerint.

Ego in his iudicium qualecunque interposui meum, & quid iustitiæ, quid æquitati consentaneum mihi videatur, breuiter explicaui. Si studium hoc meum Ser.ti V. aliqua ex parte probari, & publicam vtilitatem promouere, intellexero, maximum me laborum meorum fructum percepisse existimabo: si contrà acciderit, neminem futurum iudico, qui conatum hunc meum ac voluntatem vitio mihi vertat. Vale Princeps Optime, benignissime, & salue. Ingolstadij die 4. Ianuar. 1595.



SER.MÆ CHRISTINÆ A LOTHARINGIA MAGNÆ DVCI HETRVRIÆ,

ANDREAS FACHINEVS S.D.

VT LIBRI huius frontem Serenissimi nominis tui splendore illustrarem, complures causæ effecerunt: Beneficia accepta, Dignitas & amplitudo tua, Operis argumentum. Ex innumeris autem beneficiis, quæ in me contulisti, nullum animo meo insidet altiùs, aut obseruatur crebriùs, quàm cùm me ex Germania honorificè euocasti, ac inter iuris professores ordinarios Pisanæ Academiæ benignè cooptasti, nouáque in dies beneficentia auxisti. Erat igitur æquum, vt tibi publicè gratias agerem, & meam erga te obseruantiam omnib. deprædicarem, atque istud qualecunque grati animi testimonium exhiberem. Amplitudinis tuæ tanta est maiestas, quantam verbis exprimere nequeo. Tu non fœmina, sed vero verbo Heroina ès Caroli Lotharingiæ Ducis filia, Henrici II. Galliarum Regis neptis: Et quæ inter maiores tuos Carolum Imperatorem cognomento Magnum, Goffredumq; Hierosolymæ liberatorem, ac Regem summo annalium consensu numerare potes. Tu magni Ducis FERDINANDI vxor es: quæ omnia & singula,

quàm excelsam atque Augustam præ se ferant Celsitudinem, omnes facilè intelligunt, nemo facilè explicare valet. Operis denique argumentum est iustitiæ & æquitatis: quæ illustria sunt sidera in amplißimo præclarißimarum virtutum choro qui te circumdat: quòd si ars vlla fauore tuo digna est, hæc certè dignißima videtur, quæ ad iustitiæ cultum pertinet. Præclarè Agapetus, qui postea Romanus Pontifex, Imperatorem Iustinianum allocutus, Regna, inquit, atque Imperia fato dantur, & qui ea obtinent, plus ipsi Deo debent, quia plus acceperunt, cùm honore super cæteros homines præcellēti ab eo sint ornati. Hoc autē modo gratiam Deo referēt, si ad regni cœlestis similitudinem subiectos regant: Tradidit enim (inquiebat ille) tibi Deus humanæ potestatis sceptra, vt homines iustitiæ cultum edoceas, vt & legibus obtemperent, & secundùm ius regantur.

Cùm igitur hæc omnia tibi curæ sint, quis non fateatur auream esse in Hetruria ætatem, quam philosophi regunt, & in qua magni Principes philosophantur? Sed vt ad tua in me beneficia reuertar, etsi facilè intelligo, longè maiora esse, quàm vt studiis ac obsequiis meis compensari valeant, solatur tamen me, quòd socium habeo eisdem obstrictum beneficiis Mercurialem socerum meum, qui tanquam parens longè plura pro me, ac maiora semper præstabit. Sic & munus hoc Celsitudini tuæ impar, subleuabit benignitas: tuarumq́; virtutum pulchritudo ac magnitudo, quam Elucubratio hæc Scholastica vix adumbrare potest, sanctis & perfectis cordibus nota erit, cum quibus tu illa ineffabili pulchritudine perfrueris, cuius visio est summa fœlicitas. Pisis 1601.



CARMEN

IN NOBILIS. MAGNIFICI ET CLARISSIMI VIRI, DN. ANDREÆ FACHINEI, I.V.D. SERENISSIMI VTRIVSQVE BAVARIÆ PRINCIPIS, &c. CONsiliarij, & in Celeberrima Academia Ingolstadiensi Iuris Cæsarei Professoris ordinarij, Collegæ sui amantissimi, librum Controuersiarum Iuris,

AVCTORE

CASPARO HELL I.V.D. ET IN EADEM ACADEMIA LEGVM PROFESSORE ORDINARIO.



NCIPITES si quando logos, distortaq́; sensa
Passa MINERVA fuit, vel adhuc discrimine aperto
Fluctuat: aut quando terras ASTRÆA reuisens
Discordi rapitur mente in contraria, sursum
Auctores multi vertunt, multiq́; deorsum
Dogmata quæ quondam sunt vestigata peritis
Contra extollentes præsentis temporis acta,
Sic opus hoc auro plenum gemmisq́; refertum
Forsan Mome putas, alienum ætate, nec esse
Alterius studio corradere parta, laboris,
Hincque carere suo fructu, nec digna videri
Nocturnis quæ versentur manibúsve diurnis,
Auctori decus hinc nullum nec cedere honorem.
Falleris Ægypti tenebris confusus, & erras
Toto, Mome, polo, ratio diuersa prioris
Est æui: non illa Sophis industria quondam
Quæ nostris, vbi tanta vrget discordia Patrum.
Sufficiebat ijs, legum si sensa tenerent,
Quarum pensabant facili dictamine caussas,
Iure secus nostro, rimari cuncta sequaces
Scrutariq́; solent aditus, indagine quorum.

Iuit in immensum diuina scientia legum,
Atque inuenta Patrum dociles auxêre nepotes,
Hinc legum primos veluti cognoscere fontes
Non satis est: Pollet grauium censura virorum
Ardua dum dubio pendet sub Iudice rixa:
Euoluisse igitur fas est monumenta priorum.
Consilioq; acri falsis discernere verum.
Ventos ergo feris solertem siue laborem,
Vtraque siue fori variantia tempora spectes,
Iudiciumq; nouæ pereant quo Iudice lites,
FACHINEI *amplectenda recens mirandaq; Proles*
Nobilis ingenij, obscuras quæ lumine miro
Ambages legum, bifidi simul abdita Iuris
Irradiat dubios nodos, agitataq; soluit
Acta foro ancipiti (quæ vera atque vnica Virtus
Consulti) facili, plano & sermone diserto:
Materies vsuq; frequens iactataq; Rostris
Hactenus innumeris, rutilat modò sydere claro
Et discussa patet Titane micantior ipso.
Perge animi pars magna mei, Collega, proculq;
Nubila pelle, recens surgentesq; excute nubes:
Es potis. Ingenij dotes mihi prodidit vsus
Quo fruimur: tua me dudum facundia cepit
Attonitumq; dedit grauis experientia rerum.
Ergo Legalis si cui sapientia cordi,
Qui cupit elucere foro, qui lubrica fata
Caussarum facili studio vult esse dirempta,
Hosce legat versetq; libros, hos somniet, alto
Pectore rimetur, limam grauitate seueram,
Iudiciumq; viri secum mirando fruatur.

CAR-



CARMEN ALIUD

AUTHORE PHILIPPO MENZELIO D. ET IN ACADEMIA INGOLSTADIENSI PROFESSORE MEDICO.

ROMANIS rerum dominis, quum sceptra subacti
Orbis, & imperium longè, latéque tenerent
Terrarum, immensique Maris, sapientia Legum
Bissenas intra tabulas fuit omnis: & indè
Dicere ius populis, & ad hanc reuocare stateram
Pondera caussarum, dextra librante, solebant.
At dum secla, malis abeuntibus, altera semper
Deteriora ineunt: scelerúmque licentia gliscit:
Inque dies varium grassans caput altiùs effert:
Emersere bonæ, prauis de moribus ortæ,
Iuridicæ leges, sapientéque pectore promta
Tot responsa Patrum, noua tot consulta Senatus,
Tortilia in sensus dubios, & cerea flecti,
Tercentum quot non, spatiosa fronte patentes
Comprendant tabulæ: ac tantùm lustrare legendo,
Sit labor ærumnas indefessi Herculis æquans.
Vsque adeò Iuris, tenui qui fonte cadebat,
Riuus in Oceanum, superantem littora, creuit.
Ergò summa tuis debetur gratia Musis,
Ausoniæ, FACHINÆE, decus, Boiique Lycei,
MERCVRIALE gener socero dignissime magno
Morborum domitore, & nostri Hippocrate secli.
Namque procellosum, ventis pugnantibus, æquor
Legiferæ Themidos multúmque diúque remensus,
Dulcis aquæ puras falso de gurgite venas
Elicis: inque bonum totus commune laboras.

¶ ¶

Scilicet illa dies, noctésque terenda, nec vnquam
Assidua sat trita manu, memorique cerebro,
Vestra interpretibus stipata volumina mille
Codicibus, tenuem dudum rimatus ad vnguem,
Versasti: &, succi quod inest, vescæque medullæ,
Expromtum in media ponis iam luce fruendum.
Quis rabulas nescit, quibus ars vberrima quæstûs,
Per fora, prætextu, & ficta sub imagine legum,
Tutari fas, atque nefas, in vtrunque paratis,
Venali lingua, & calamo complere tribunal:
Et contestatas in secula ducere lites?
At te, inconcussi quò vis adamantina veri
Pressa diu, & victrix tandem bona causa triumphet:
Te decuit tantis, FACHINÆE, occurrere monstris,
Pandentem latebras, geminíque sacraria Iuris,
Omnibus ingenij numeris, atque omnibus artis
Perfectum: & serie concinna, & luce docendi
Illustrem: & Latio decorantem dicta lepôre.
O studij felix, ô fortunate laborum,
Atque operum: cuius candentibus aurea bigis,
Non moritura, fores, dudum iam gloria pulsat,
Illa manu palmámque ferens, laurúmque perennem.

BAL.



BALTHAZARI ROERII LOTHARINGI IVRISCONSVLTI, ET SACRÆ THEOLOGIÆ BACCALAVREI, Ad Auctorem.

IAMBICI TRIMETRI ET DIMETRI.



RCANA plures iuris ausi tradere
Docta manu nepotibus.
Legúmque sacra interpretari oracula
Tentare multi antiquitùs.
AEtate nostra nobiles scientia
Viri fuere plurimi,
Qui digna cedro, digna magno nomine,
His sunt locuti in artibus.
Magis secundis ausus est conatibus,
Sed nullus his te seculis.
AEquas supremos, vt præis minoribus
Scientia par omnibus.
Polles lepôre, verba fundis mellea:
Sermonis elegantia
Pulchrè venustus: rebus elegantior:
Vtroque laudatissimus.
Sed quis stupebit? cui novum videbitur?
MERCVRIVS *est tibi pater:*
Magis disertum quem solum audit Italum,
Ipso DEORVM *nuncio.*
Quo sol renascens non videt, vel occidens
Excultiorem in artibus
PHOEBI? *Quis ergo posse te mirabitur*
Auctore tanto maxima?
Nam pulchra doctè, docta promis pulchriùs:
Tuique cote roboris,
Subtile si quid, difficile, vel arduum,

Hoc efficis facillimum.
Nodosa soluis, & facem obscuris geris,
Nil te moratur abditum.
In alta ducis, quæ fuere voragini
Immersa inextricabili.
Quæcunque dubia erroribus demerserat
Opinio, multiplici.
Interpretum sensu, tenebris vindicas,
Claróque donas lumine.
Contentiosus, luce controuersia
Contentiosa liberas.
Obscura clara reddis, invia peruia,
Iuri polo missum iubar.
Pergas, labore fac tuo ne posteri
Optent, deest quod nomini.
Plenum ingeni des opus, quod secula
Tollant futura laudibus.
Iniuriosa nullo quod silentio
Obuoluat ætas: vel petat
Liuor maligno dente: pulchrum viuere
Aevo perenni gloria.
ASTRÆA *meritam grata tanti muneris*
Solvet ministro lauream.
Reddétque nomen post sepulcra cognitum,
Honore casus nescio.
Gaudebit ITALA *te superba filio*
Gens maximo BOARIA
Doctore: quicquid clauditur laboribus
Telluris ambobus polis.
Ductore tanto Iura percucurrerim
Apud meos superbiam.
Frequens magistri nomen vsurpabitur
Tuum mihi: leporibus
Cùm par scientijs vel esse non queam,
Potero fide esse mutua.

CONTRO-

CONTROVERSIARVM IVRIS

ANDREÆ FA-CHINEI IVRIS-CONSVLTI, &c.

Tomus Primus:

COMPLECTENS LIBROS TRES, QVORVM PRIMVS CONTINET CONTROVERSIAS POTIS-ſimùm ad iudicia, ſecundus & tertius ad contractus, tranſactiones, iuramenta, conuentiones, etiam matrimoniales, dotes, legitimationes, donationes, & iuratas pactiones pertinentes.



INDEX CAPITVM LIBRI primi Controuersiarum.

39 Vtrum



INDEX CAPITVM LIBRI *secundi controuersiarum Iuris.*



INDEX CAPITVM LIBRI tertij Controuersiarum Iuris.

niente pubertate, sequantur actus coniugales, veluti Oscula, Amplexus & similia, non tamen copula, matrimonium inducatur, controuersia septima.

33 Vtrum sponsalia dissoluantur propter sponsi absentiam; ita tamen vt iuris ciuilis distinctio sit adhibenda.

34 Si pubes sponsalia contraxit cum impubere, per verba de præsenti: an aliam ducere vxorem possit, posteaquam sciuit impuberem iam factum puberem, matrimonio consensisse.

35 Vtrum ex cohabitatione viri & mulieris matrimonium præsumatur, ad hunc effectum, vt filij pro legitimis habeantur, vbi discutitur, an filius in dubio præsumatur legitimus necne.

36 Si matrimonium contrahatur inter eos, inter quos canonicum subest impedimentum, sub conditione, si summus Pontifex dispensauerit; an dispensatione secuta, statim verum sit matrimonium absque nouo consensu.

37 Vtrum matrimonium ea lege contrahi possit, vt non intercedat copula carnalis.

38 Quid si non ambo contrahentes matrimonium in eam conditionem consenserint, quæ contra substantiam matrimonij est, sed alter tantùm, deinde copula carnalis intercedat, an matrimonium præsumatur.

39 Vtrum matrimonium sub conditione contractum, quæ omnino extitura sit, valeat, perinde ac si pure contractum esset.

40 Vtrum valeat matrimonium, vbi quis metu coactus fuit illud contrahere, cum vna ex pluribus fœminis, putà cum vna ex filiabus Sempronij.

41 Sitne matrimonium contractum illis verbis: Habebo te in vxorem, vel: Iuro ac promitto me in legitimam vxorem te habiturum.

42 Sed quid si dixerit: Non habebo aliam vxorem nisi te, sitne contractum matrimonium, vel sponsalia.

43 Filius an in dubio præsumendus sit naturalis, hoc est, natus ex concubina, an vero spurius, hoc est natus ex coitu damnato & punibili.

44 Vtrum filius exhæredari à parente possit si vxorem ducat absque eius consensu.

45 Vtrum pater dotem dare teneatur filiæ nubenti sine suo consensu.

46 De confiscatione bonorum raptoris, vtrum mulieri raptæ sint applicanda si matrimonium cum eo contraxerit.

47 Vtrum fructus rerum mobilium dotis soluto matrimonio statim ad mulierem pertineant, an verò intra annum ad hæredes mariti.

48 Vtrum maritus expellere vxorem posit, si non soluatur dos promissa.

49 Vtrum pater duodecim liberorum immunis existat ab oneribus patrimonialibus.

50 De legitimatione filiorum per subsequẽs matrimonium controuersia. Sitne necesse, vt matrimonium inter virum & vxorem contrahi potuerit tempore conceptionis, an verò sufficiat si natiuitatis tempore contrahi potuerit.

51 Vtrum legitimentur filij per matrimonium subsequens etiam absque dotalibus instrumentis.

52 Vtrum filij per subsequens matrimonium legitimentur, si pater eorum clericus fuerit, in minoribus ordinibus constitutus, ecclesiastica beneficia habens.

53 Quid si matrimonium honeste contrahi non poterat inter virum & mulierem, quia videlicet erat illa minus digna, & nobilis: vtrum illi per subsequens matrimonium legitimi efficiantur.

54 Vtrum requiratur consensus ipsorum filiorum, vt per matrimonium subsequens legitimi efficiantur.

55 Vtrum filij per matrimonium sequens legitimentur, si nati sint ex eis, inter quos matrimonium contrahi non poterat, putà ex soluta & coniugato, altero tamen ignorante, & in bona fide existente.

56 Vtrum filio mortuo ante secutum matrimonium nepotes ex eo legitimentur, per matrimonium posteà contractum.

57 Filius ex coitu nefario & damnato editus, si rescripto Principis legitimetur, an absolute ac per omnia legitimus efficiatur, & sic vtrum sit dispensatio quædam, an autem vera legitimatio.

58 Vtrum Princeps legitimare posit alterius subditum, ita vt succedat etiam in iis bonis, quæ sunt in alterius territorio, si legitimati pater consentiat, & alij, quorum interest.

59 Vtrum filius clerici legitimari posit à Principe laico, vt in bonis patris succedat.

60 De legitimatione filij nati ex adulterino coitu controuersia vna.

61 Vtrum valeat filij spurij legitimatio si ipsa qualitas, seu species spurietatis nominatim Principi exposita non sit.

62 Quis sit sensus Regulæ Cancellariæ 48. Legitimationem fieri debere sine præiudicio venientium ab intestato.

63 Vtrum mater, quæ ad secunda vota transiuit, legitimæ supplementum petere pos-

95 Vtrum



CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER PRIMVS.

CAPVT PRIMVM.

Vtrum venatio prohiberi à Principibus poßit, eorum subditis, & de iustis causis, & pœnis.



ENATIONEM à Principibus prohiberi nō posse, multa eáque præclara argumenta demonstrant. Quorum illud primum est, quod ipsa venādi potestas, Iure diuino data sit hominibus, vt habetur Gen. 1. *Faciamus hominem ad imaginem, & similitudinem nostram, & præsit piscibus maris, & volatilibus cœli, & bestiis vniuersis, &c.* & Gen. 9. *Crescite, & multiplicamini, &c. Terror vester, ac tremor sit super cuncta animalia terræ, & super omnes volucres cœli, &c.*

Secundum argumentum, quia, vt Arist. in Politic. tradit, homini naturaliter concessus est dominatus in belluas, ideóque eas venando capere potest. Et Caius noster in l. 1. ff. de acquir. rer. dom. *Quarundam rerum*, inquit, *dominium nanciscimur Iure gentium, quod ratione naturali inter omnes gentes peraquè seruatur.* & post pauca: *Omnia igitur animalia, quæ terra, mari, cœlo capiuntur, id est, feræ, bestiæ, volucres, pisces, capientium fiunt.* & in l. 3. ff. eo. tit. *Quod enim nullius est*, inquit, *id ratione naturali occupanti conceditur. Nec interest, quod ad feras, bestias, & volucres, vtrum in suo quisq; fundo capiat, an in alieno.* Idem docet Imperator Iustinianus in §. feræ igitur. in Insti. de rer. diu. & Isidor. in c. Ius naturale 1. dist.

Tertium argumentum, est ex l. Iniuriarum 13. §. vlt. ff. de Iniuriis. Vlp. *Et sæpissime (inquit) rescriptum est, non posse quem piscari prohiberi: sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest.*

Atque ita responderunt, Ant. Butr. Hostien. & Io. Andr. in c. Non est. de Decimis. Dec. in cons. 197. nu. 1. & 271. n. 1. Ias. in cons. 119. li. 4. Aug. Berous in cons. 81. n. 30. li. 1. Tho. Gram. decis. 67. n. 9. Bar. Cassan. in consuet. Burgundiæ, rubric. 13. §. 7. n. 4. Guil. de Benedict. in c. Rainu. de Test. in verbo, Vxorem nomine Adelasiam, in 5. deci. n. 313. Bossi. in tit. de Regal. n. 42. Purpu. in cons. 535. & 392. lib. 1. Francis. Marc. decis. 530. n. 16. in 1. part. Tiraq. de Nobil. c. 37. num. 149. Natta in cons. 375. Rolan. à Valle in cons. 9. lib. 2. Hieron. Schurff. cons. 1. cent. 1. Kirchoui. comm. opi. cent. 4. c. 99. Iacob. Menoch. in cons. 298. n. 18. lib. 3. Grauetta in cons. 643. lib. 4. & 945. lib. 5.

Quibus tamen non obstantibus eorum sententiam magis probo, qui existimant, principes, iusta causa subsistente, venationes prohibere posse, quę sanè sententia non paucos, neque obscuri nominis authores habet. Imprimis tredecim quos refert, & sequitur Did. Couar. in relectione c. Peccatum. de Reg. Iur. part. 2. §. 8. & præterea Nattam in cons. 604. Hyppolitum Riminal. cons. 35. n. 15. lib. 1. & in cons. 68. n. 25. eod. lib. Francis. Zoanett. ad l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. n. 145. vsque ad n. 192. & nouissimè Sebastianum Mediceum in tractatu de Venatio. Piscatio. & Aucupio. in 5. quæst. 1. partis.

Probatur autem hæc sententia. Primùm ex c. Nemo retia. in tit. De pace tenenda, & eius violatoribus, in vsibus feudorum. *Nemo retia*, inquit Fridericus Imperator, *aut laqueos, aut alia quælibet instrumenta ad capiendas venationes tendat, nisi ad vrsos, apros, vel lupos ca-*

officio & artificio vacare possint, vt in tit. C. Ne rustici ad vllum officium deuocētur, & in tit. C. Negotiatores ne militent & in l. pen.& vlt.C de cohortalibus. li.12. Vide Tiraq. loco annotat.n.150.& Guil. de Bene, in c.Rainu.in verb. & *Vxorē nomine Adelasiam*, dec.5.n.338.

Septima est causa, ne prætextu venationis arma subditi ferant, rixæ excitentur, homicidia & latrocinia committantur, atque adeò publica pax turbetur. Vide tex.in d c.Nemo retia, in tit.de pace tenenda,& eius violatoribus. Gulielmum Benedict.loco proximè citato, vbi multa in hanc sententiam adfert.

Superest, vt de pœnis, quibus affici contra Principis edictum operam venationi dantes iure possunt, breuiter disseramus. Etenim variè hac de re Prudentes respondisse constat. Iacob.Aluarot.in d.c.Nemo retia, eos esse puniendos, tanquam pacis violatores, dixit. Guido Papa decis.218. pœnis corporalibus affici consueuisse, testatur Dominicus Sotus lib.4. de Iust.& Iu.quæst.6. art.4. pœnas esse moderandas, docet Mart. Nauarr. non esse mulctandos morte, aut membri abscissione, semel delinquentes, respondit in Manual. Confessar. cap.17.§.11.nu.221.Alfon.à Castr.lib.1.de potest.legis pœnalis cap. 6. Tyrannos appellat Principes eos, qui morte mulctari iubēt quēquam ex leuissima caussa, vt puta: quia ceruum, in sylua sua inclusum, occidit, pluris ceruum, quam hominem æstimantes. Varias denique constitutas fuisse pœnas contra venatores à Regibus & Principibus Galliarum, testis est Gulielm. de Benedi. in d.c. Rainutius verbo.& vxorem.decis.5.nu.353. Et autor est Valer.Max.lib.6.tit.de seuerit. Domitium Prętorem Romanum olim Siciliæ Rectorem, cùm ad eum eximiæ magnitudinis aper allatus esset, duci ad se Pastorem iussisse, à quo esset interfectus, & posteaquam inuenit, eum venabulo vsum esse, mandasse eum crucifigi, quia ipse ad exturbanda latrocinia, quibus prouincia vastabatur, ne quis telum haberet, edixerat.

Ego hinc disputationem quinque conclusionibus expediri posse commodè existimo. Quarum prima hæc est. Venantes semel aduersus Principis edictum, morte mulctari non possunt. Hæc conclusio est Dominici Soti, Nauarri, nec non Alfonsi à Castro, locis proximè citatis, & probatur, quia licet scriptum sit, lib.1. Reg.cap.14. & in cap.2. de Maioritate & Obedientia, Qui Principi non obedierit, morte moriatur, & idem ferè in l.Vniuersæ. C. de Veteris numism. potestate lib. 11. Hæc tamen est ab omnibus recepta sententia, illud esse accipiendum, cum in re magni momenti, ac præiudicij, vnde scilicet, & Deus,& Respu.magnopere offendatur, mandatum Principis negligitur. Cæterùm si de leuioribus causis agatur, pœna mortis locum non habet, sed alia mitior. Iudicis arbitrio, personarum, & rerum circumstantiis consideratis, statuenda est, vt declarant optimè Menoc. de arbit.iud.cas 365.Prosp. Farinat. commun. concl.& q.criminal.tit.de delict.& pœnis.qu. 19.n.22.

Secunda est conclusio. Semel venantes cōtra Principis edictum mēbri abscissione mulctandi sunt. Hæc conclusio est Nauarri & Soti, locis proximè citatis, & confirmari potest ex eo, quòd pœna abscissionis membri grauissima reputatur. Vide Alex.consi. 13.n.17. & in cons.55.n.4.li.7.& in l.Transigere.C.de Transact.& Alc.ibid.num.42. Quare huic delicto, quod non adeò graue est, & Reipub.perniciosum, haud quaquam conuenire videtur tam grauis pœna.

Tertia conclusio. Venantibus primò contra Principis edictum indicenda est pœna carceris, vel pecuniaria, aut alia similis. Hæc conclusio est ex Mente Nauar. & Sot. locis supradict. & probatur eo argumento, quòd cum pœna mortis, aut abscissionis membri locum habere non possit, necesse est, vt aliqua alia leuior ac mitior adhibeatur, ex his quæ dicta sunt. Vnde & Esdræ.ca.7.in fi.dicitur. *Omnis qui non fecerit legem Regis diligenter, erit iudiciū in eo, siue in mortem, siue in exilium, siue in condemnationem substantiæ eius, vel certè in carcerem.*

Quarta conclusio. Venantibus contra Principis edictum non solum semel sed etiam iterum,& sæpius; pœna grauior est infligenda, non solum pecuniaria, aut relegationis, sed etiam corporalis, si ita facti, & personarum qualitas exigat. Hęc conclusio non repugnat traditis à Martino Nauarro loco superius annotato. Dum enim negat semel peccantem ea pœna coërceri debere, satis affirmare videtur, coercendum eum, qui sæpius peccauerit. Ab eadem sententia facit, quod tradit Sebast. Medicus d.Tract.p.1.q.5.num. 7.& quòd legibus nostris passim constitutum est: nempe crimina iterantem, ac frequentantem grauiori animaduersione dignum esse l.3. C.de Episc. Audient. l.Capitalium §.solent,& §.Grassatores. ff. de Pœn.l.3. §.Si plures.ff. de re milit. l. Seruos. C. ad l.Iul. de Vi.

Cæterum illud in quæstionem vocari potest, sit ne necesse eum qui si semel deliquit, punitum fuisse, vt si iterum delinquat, atque iterum, grauius ac seuerius puniri possit. Et quidem Franciscus Herculanus in Tract. de Cautione de non offendendo, ca.39. nu.10. illud exigere videtur, vt semel sit punitus authoritate Decij, & Cagnoli in l. Bona fides. ff.

Tertio ex l. 3. C. de Testam. ibi: *Nihil tamen magis proprium est imperij, quàm legibus viuere.*

Quartò ex §. vlt. in Insti. quib. mod. testam. infirmentur. *licèt*, inquit, *legibus soluti sumus, legibus tamen viuimus.* hic habes vim vtramque.

Quintò probatur ex cap. 3. D. Matthæi, vbi reprehenduntur a Christo illi, qui dicunt, & non faciunt, & imponunt aliis onera grauia, ipsi autem ne digito volunt ea mouere.

Sextò probatur authoritate Platonis lib. 4. de legibus, ita dicẽtis: *Paratum exitium illi ciuitati video, in qua non lex magistratibus, sed legi Magistratus præsunt: salutem verò illi, vbi lex seruientibus magistratibus dominatur.* Probatur & aliis argumentis, quæ diligentissimè adfert R. P. Gregorius loco annotato. Cæteræ expositiones videntur mihi magnoperè incommodæ. Nam prima docet Principem solutum esse legibus quantum ad solemnia Iuris: non rectè, quia solutus est quoad omnia si spectes vim coactiuam. Secunda verò sententia, leges claras & generales, quibus dicitur, Principem legibus non teneri, ad leges caducarias, non rectè restringit. Tertia nimis liberum & solutum Principem facit, cùm tamen ipse lubens se subiiciat, & maius imperio existimet: subiicere legibus Principatum.

CAPVT III.

Quomodo accipiendum sit, quod dicitur æquitatem præferendam esse rigori ad interpretationem l. Placuit. C. de iudicijs.

PLacuit *in omnibus rebus præcipuam esse æquitatis, quàm stricti Iuris, rationem.* Ita scriptum reliquit Constantinus in l. 8. C. de Iudiciis. Neque enim illud verbum, *æquitatis scriptæ*, quod in plerisque codicibus habetur, agnoscunt amplius viri docti, vt patet ex Antonio Augustino lib. 4. Emend. c. 8. ex Conano lib. 1. comment. Iuris cap. 11. & aliis plerisque, quos sciens prætereo. Cæterum hæc sententia legis in dubium reuocatur, nec immeritò. Nam imprimis pugnare videtur cum l. 1. C. de legi. vbi idem Constantinus, *inter æquitatem*, inquit, *& Ius scriptum interpositam interpretationem nobis solis & oportet & licet inspicere.* Deinde contrarium respondit Vlpianus in l. Prospexit. ff. Qui & à quibus. ibi, *perquam durum est*, inquit, *sed ita lege scriptum est.* Tertiò aduersatur S. August. distinct. 4. c. 3. dum respondet, Postquam leges constitutæ sunt, non de ipsis iudicari oportere, sed secundum ipsas. Quartò Arist. lib. 1. Rhetor. c. 13 vbi hanc inter arbitrum, & Iudicem differentiam esse statuit, quòd Iudex legem scriptam sequi debeat. Arbiter verò æquitatem. Postremò & Cicero in Oratione pro Ligario, vbi dicit, Populo, & Senatui permissum esse, non autem Iudicibus, à verbis legis recedere. Contra verò æquitatem esse amplectendam, & sequendam, præter Constantinum, hoc in loco, responsa extant Iurisconsultorum frequentissima, vt in l. In omnibus. ff. eod. tit. in l. Et si quis. §. Idem Labeo. ff. de religiosis, & sumpt. in l. Quod Ephesi. §. Interdum. ff. De eo quod certo loco. in l. Si seruum §. Sequitur. ff. de verbo. oblig. in l. Si me, & Titium. ff. Si cert. peta. & aliis sexcentis locis. Tractant hanc quæstionem, ac controuersiam præter interpretes classicos sanctus Thomas 2. 2. quæst. 120. art. 1. Franciscus Conan. li. 1. Comment. Iu. c. 7. & Illustrissimus Cardinalis Bolognettus in suis doctissimis, ac elegantissimis commentariis, de lege, Iure, & Æquitate, cap. 34.

Ego hanc rem explicare soleo tribus conclusionibus, quarum prima hæc est. Vbi verba legis adeo clara sunt, vt salua ratione recti sermonis recipere nequeant interpretationem, quæ ex bono & æquo adhiberi potest, seruanda est lex, quantumuis dura esse, & æquitati repugnare videatur. Atque huc Vlpiani responsum pertinet in d. l. prospexit. Nam in ea specie verba legis erant satis clara, vt perpendit ibi Vlpianus. dicens, *Quia ita verba faciunt, vt ne eum quidem seruum, qui extra ministerium eius mulieris fuit, vel in agro, vel in prouincia possit manumittere, vel alienare.*

Secunda conclusio. Vbi verba legis nõ sunt adeo clara atque adeò generalia, vt excludant interpretationem ex bono & æquo, tunc ea interpretatio valere debet, ac stricto Iuri præferenda est. Ita sunt accipiendæ leges superius commemoratæ, quibus potiorem æquitatis, quàm stricti Iuris rationem habendam esse demonstratur. Sanè exemplis ab Aristotele & D. Thoma allatis, hanc sententiam illustrare possem, sed supersedeo, cum libri sint vulgares, & omnibus in promptu esse possint.

Tertia est Conclusio. Quoties verba legis tam clara & præcisa non sunt, vt interpretationem ex æquo & bono respuant, veruntamen non adeò certum, & expeditum est, quid bonum, quid æquum existat, tunc Princeps consulendus, & adeundus est, atque ita accipienda est l. 1. & vlt. C de legib. & si quæ aliæ sunt, vel leges, vel authoritates, quibus est Iudicib. prohibitum, ne à verbis legis recedant. Neque enim Iudicibus recedere permissum est absque Principis rescripto & consilio. Nõ

ignoro, aliter hanc rem interpretatum fuisse Illustrissimum Cardinalem Bolognettum, sed mihi magis probatur, quod dixi, & nisi fallor, magis communiter receptum est.

CAPVT IV.

De petitione hæreditatis, contra titulo possidentem intentanda, controuersia vna.

INter omnes conuenit, eum regulariter petitione hæreditatis teneri, qui pro hærede, vel pro possessore possidet. l. Regulariter. ff. de petitione hæreditatis. Quare si quis bona fide, & iusto titulo rem possideat, nequaquam tenetur. Cæterùm, si titulum consecutus sit ab eo, qui petitione hæreditatis conueniri poterat, vtrum eo in casu conueniri possit, non est eadem omnium sententia. Sunt enim qui affirmant, conueniri posse, eo argumento, quòd absurdũ esse videtur eum, qui in alterius ius succedit, plus Iuris habere quàm authorem suum. vt in l. Si mulier. §. 1. ff. ad Velleianum. Ita responderunt Bart. in l. Cogi. C. de petitio. hæred. & in l. Neratius. ff. eod. tit. Aug. & Imo. in l. Si is, qui bonis. ff. de acquir. hæred. Castr. in l. vlt. ad fin. C. de edicto D. Hadriani tollẽdo, & ibid. Iacopi. de S. Georgio. idem Castr. in consi. 138. n. 4. lib. 2. Alex. in consi. 184. col. 2. li. 5. Ias in l. 1. n. 10. C. de Inoff. testam. Osascus decis. Pedemont. 55. vbi alios citat, quibus accedant Ruin. in consi. 54. col. vlt. lib. 4. Dominus meus Cephal. in consi. 386. lib. 3. Pancirol. in consi. 119, Marzari de Fideicom. q. 60. Vrsil. ad Afflictum decis. 228. Ang. Aret. in consi. 93. in fi. Corn. in consi. 207. lib. 1. D. Menoch. de Adipiscenda possess. remed. 1. n. 62.

Alij verò docuerunt, eum teneri petitione hæreditatis, qui titulum consecutus est ab eo, qui conueniri ea actione poterat, si lite pendente, titulum consecutus fuerit, aliâs secus. Talis enim titulus lite pendente acquisitus, videtur esse iniustus. l. 5. ff. de petit. hæredit. l. Alienationes. ff. Familiæ erciscundę. & tradit optimè Bart. in l. 3. §. Opus. ff. de alienatio. Iudicij mutandi causa facta. Ita docuerũt Alex. ad l. vlt. col. penult. C. de Edict. D. Hadri. toll. Francis. Aret. in l. Is, qui bonis. col. vltim. ff. de Acquir. hæred. Corne. in consi. 201. lib. 1. Ias. in §. Actionum. n. 220. in Instit. de Actio. Vbertinus Zuchardus in d. l. vlt. nu. 218. Couuar. practic. q. c. 12. Natta in consi. 15. Hieronym. Gabriel. consi. 31. n. 45. Rota Bononien. apud Petrum Benintendum decis. 35.

Hæc posterior sententia videtur mihi verissima, authoritate l. Etiamsi putauit. 35. §. 1. ff. de petitio. hæred. vbi Iurisconsultus respondit de hac ipsa facti specie, cùm scilicet, titulum quis habet ab eo, qui petitione hæreditatis tenebatur, & ait, eum, qui titulum acquisiuit, duobus casibus posse conueniri, si videlicet hæreditatis venditor non extet, vel modico pretio vendiderit, ex quo argumentum sumitur, in aliis casibus secus esse statuendum. Reddam ipsius Iurisconsulti verba. *Quod si quis*, inquit, *hæreditatem emerit, an vtilis in eũ petitio hæreditatis debet dari, ne singulis Iudiciis vexetur? Venditorem enim teneri certum est* (hic ergo titulus acquiritur ab eo, qui tenebatur) *sed finge non extare venditorem, vel modico vendidisse, & bonæ fidei possessorem fuisse, an porrigi manus ad emptorem debeant? & putant Caius, Cassius dandam vtilem actionem, &c.*

Solidius mihi videtur hoc argumentum, quàm contrariæ sententiæ, ex ea regula desumptum. Successorem melioris conditionis esse non posse, quam Authorem, vt in l. Si mulier. vlt. §. 1. ff. de petitio. hæred. quoniam argumenta ex huiusmodi regulis generalibus valde sunt periculosa. In specie quidẽ d. l. Si mulier, regula sibi locum vindicat summa ratione, nempe mulierem, pignora repetere posse per intercessionem, data, non solum ab ipso Creditore, verum etiam ab Emptore. Meritò. Nam plus Iuris emptor non habet, quàm creditor haberet. Nam ex eo, quòd pignora vendita fuerint, mulier actionẽ amittit. At in specie, de qua nostra est disputatio: Is, qui titulũ iustum & bonam fidem habet ante litem institutam, plus Iuris habet, quàm Author eius, neq; enim titulum is habuit, & cùm nec pro hærede, nec pro possessore possideat, conueniri hæreditatis petitione non potest.

CAPVT V.

De tertio ad Iudicium veniente, controuersia vna.

CVm inter duos litigatur de rei alicuius dominio, vel possessione, si tertius ad Iudicium veniat, ac petat sibi rem adiudicari, atque ita se litigatoribus opponat, constat inter omnes, eum admittendum esse, & audiendum ex l. Bona fides. ff. Depositi. & ex aliis legibus permultis. Cæterum illud est controuersum, An Iudicium inter priores litigatores inchoatum impedire ac retardare possit, ita vt iudex debeat vna sententia omnium trium personarum controuersiam, ac litem dirimere. Etenim Alciat. in d. l. Bona fides, respondit, vna sententia omne negotium terminandum, authoritate Baldi in capit. primo. §. Si duo. De pace tenenda, & eius violatoribus. Vbi Baldus ita docet, authoritate Innocentij, in cap. Veniens. 2. de testibus, & sequuntur Alex. ad Bart. in l. Is, à quo. ff. de rei vendic. Felyn. in c. Cùm super. num. 11. in 3. limit. de sententia & re iudicata, & ibi etiam Imola, nec non Afflict. in d. §. Si duo. Vrsillus ad Afflictum decis. 235. Nouissimè D. Iac. Menoc. in consi. 488. lib. 5. vbi eiusdem sententiæ alios authores comme-

commemorat, nempe Bart. in l. Si quis libertatem. n. 1. de petit. hæred. Petrum Ant. Angulosam in consil. 62. & Vincentium de Anna Neapolitanum in allegat. 76. nu. 6. lib. 2. affirmantem, sic obseruatum fuisse in causa Illustrissimorum fratrum de Gõzaga. & ibid. Menoch. multa præclarè, & eruditè disputat, ad consultationem suam pertinẽtia, in qua quidem causa, ego aliquando Iudex fui Placẽtiæ. Vertebatur n. coram Placentino consilio, cui & ipse vnà cum aliis adsidebam: sed quod attinet ad punctum quæstionis: eo vtitur potissimum argumento, quòd cùm tertius, qui se opponit, impediat eum, qui primò egit, quô minus rem, seu possessionem cõsequatur, meritò impedire quoq; processum causæ debet, sed non est mihi animus ea confutare, quæ vir præstantissimus deducit, præsertim cum non ignorem eam causam, & litem nondum esse definitam. Illud duntaxat hic admonendum putaui, nec mihi, nec aliis cõnixis supradictam Doctorum sentẽtiam probari potuisse: Existimo enim tertium comparentem, ac se opponentem, audiendum quidem, & admittendum esse, & si meliorem causam habuerit, rem illi adiudicandam fore. Cæterum si post inchoatum iam iudicium sit admissus, nihil proponi video, cur processum iam inchoatũ retardare possit, & expectare Iudex debeat, vt & ipse causam instruat, antequam sententiam inter priores litigantes proferat. Etenim quid in tali specie Iudicem seruare oporteat præclarè docet Iurisconsultus in l. Is a quo, ff. de rei vendic. & in l. penult. ff. de petitio. hæred. Nempe, vt priori, qui actionem instituit, per sententiam res aliud dicetur ea cautione præstita, vt si alter fundum euincat, illũ restituat. Legis verba hæc sunt: *Is à quo fundus petitus erat, ab alio eiusdem fundi nomine conuentus est. Quærebatur, si alterutri eorum fundum Iudicis iussu restituisset, & postea secundum alterum petitorem res iudicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret. Respondi vt priori Iudex adiudicaret, eum oportere ita petitori fundum restitui iubere, vt possessori caueret, vel satisdaret, si alter fundum euicisset eam præstare.*

Respondet D. Menoch. loco annotato, hâc legem loqui, quãdo agitur de sententiæ executione, ex Andr. Gayll. libr. 1. obseru. cap. 70. num. 15. Sed tanti viri pace, non rectè, quia repugnant legis verba, ibi: *Quærebatur si alteri eorum fundum Iudicis iussu restituisset, &c. Respondi: vt priori Iudex adiudicaret, &c.* Hæc verba indicant sententiam proferendam, nõ autem executionem sententiæ latæ, prout & sequentia. *Eum oportere ita petitori fundum restitui iubere, &c.* quæ quidem verba conueniũt sententiæ dictioni, non autem executioni.

Atque ita hanc rem interpretati sunt repudiata priore sententia, Anto. Butr. Belemerra. Fel. & Angel. quos refert, & sequitur Couuar. practicar. qu. c. 14. n. 4. Rota decis. 4. t. de Iudi. in antiquis. incipiente: Tres veniunt ad causam. Ioseph. Ludou. decis. Perus. 26. nu. 26. Io. Marc. Aquil. in l. Naturaliter, §. Nihil cõmune, n. 84. in 1. part. ff. de acquir. possess.

Quæ verò adferũtur pro contraria opinione facilè cõfutari possunt, quia etsi tertius admittendus sit, & audiendus, non tamen sequitur eum impedire ac retardare posse causæ priùs institutæ exitum. At impedit restitutionem rei ipsius. Concedo, si de iure suo docuerit, antequàm sententia à Iudice proferatur inter priores litigatores. Nam si tardè ad Iudicium venerit, non eũ expectare, donec causam instruat, Iudex iubetur, sed petitori rem adiudicare cautione præstita. Alia hic argumenta contrariæ opinionis commemoro, neque refello, quia nullum animaduerti, quod speciem probabilitatis præ se ferat. Nititur enim ea sententia, sola Innocentij authoritate ita doctis, ex quadã textus Canonici interpretatione, quam nec ipse secutus est, nec alij.

CAPVT VI.

Vtrum compensatio locum habeat, vbi quantitas ex vna parte debetur, ex altera verò quantitas debetur quæ se habet ad instar speciei.

CVM certum corpus nummorum designatur, veluti centum, quæ in arca habeo, quantitas videtur deberi tãquam species quędam, vnde in controuersiam venit: An si talis quantitas ex vna parte debeatur, compensatio locum habeat, cum quantitate simpliciter debita ex altera parte; & locum habere affirmarunt Vltramontani Doctores, quos Bart. Alex. Corn. Iacopin. Socin. Ias. & quidam alij secuti sunt in comment. ad l. Cum fundus. §. Seruum tuum imprudens. ff. Si certum petatur. Quorum illud est argumentum, quod compensationi hoc in casu obstare non possit, quòd ex vna parte quantitas debeatur, ex altera verò quodammodo species, sicuti alias regulariter obstat, vt in l. Si conuenerit. ff. de pignoratitia actione. Nam ideo obstat speciei, quod in eam cadit affectio propter quam Creditor ad compensandum compelli non potest. Cæterum in nummis affectio considerari non potest l. Nummis. ff. de in litem iurando. Consequenter nullum est impedimentum, quo minus compensationi sit locus. Huc accedat, quòd in deposito specialiter constitutum est, vt compensatio locum non habeat. l. vltim. C. de compensatio. & tamen pecunia depositi nomine restituenda, videtur consideranda, non vt simplex

quantitas, sed vt species, quia idem corpus nummorum reddi debet. Hoc igitur argumento est, in cæteris casibus, in quibus hoc modo quantitas vtrinque debetur, compensationi locum esse, alioquin Iure constituto in depositi causis opus non erat.

Secunda est sententia: Compensationi locum esse, si quãtitas sit designata & expressa, quamuis sub certo nummorum corpore: si vero expressa non sit, locum non esse. Authores huius sententiæ cõmemorantur ab Alex. & Aret. in d.§. Seruum tuum. Pro cuius sententiæ confirmatione nihil allatum inueni.

Tertia est sententia Tyndari in Tract. de Compensationibus, colum.5. Vt siquidem pecunia, quæ debetur vt species, extet, locus compensationi non sit, quia debitor præcisè cogitur ad eam soluendam, si vero non extet, secus.

Quarta & postrema est sententia, quæ mihi omnium verissima videtur, compensationem non admitti in proposito casu. Authores sunt, Accursius, Aretinus, Ludouicus Romanus & Decius, in d.§. Seruum tuum imprudens.

Adfertur pro hac sententia text. in d.§. Seruum tuum, quatenus ibi Iurisconsultus docet, peculiares nummos vendicari posse, licet is, qui vendicat, deberet quantitatem, quasi peculiares nummi certam speciem constituere videantur, quæ proinde causa sit impediendæ compensationis. Sed mihi magis hanc sententiam probat text. in l. Sed si certos, de leg. 1. vbi Iurisconsultus: *Sed si certos nummos, veluti quos in arca habet, aut certam lancem legauerit, non numerata pecunia, sed ipsa corpora nummorum, vel rei legata continentur, neque permutationem accipiunt, & exemplo cuiuslibet corporis æstimanda sunt.* Hactenus Iurisconsultus. Si permutationem non accipiunt tales nummi, & vt certum corpus æstimandi sunt. Ergo compensatio locum habere non potest.

Respondet Alexander, id non esse generaliter accipiendum, sed in illis tantùm casibus locum habere, de quibus in præcedenti lege. Non rectè, quia Iurisconsulti responsum generale est, nec verba adeo generalia, ita sunt coarctanda, contra eorum proprietatem & naturam.

Nec prioris sententiæ fundamentum est satis solidum: quia in nummis affectio non consideratur, quantum ad hoc, vt iuramentum in litem deferatur, pro eo, quod interest, certa est enim nummorum æstimatio, vt inquit Iurisconsultus in d.l. Nũmis. Sed quoad alios effectus ad excludendam scilicet compensationem, seu permutationem, quin affectio considerari queat, negari non potest, vt patet ex d.l. Sed si certus.

Quod verò dicitur, in deposito cessare cõpensationem quodam iure constituto, & speciali, & consequenter in aliis secus esse statuendum, nihil obstat, quia in deposito cessat compensatio, quomodocunque fiat siue nummi deponantur vt certum corpus, siue vt certa quantitas: cum tamen aliàs regulariter debita quantitas, compensationem cum alia debita quantitate simili recipiat.

Porrò illa distinctio, vtrum certa designetur quantitas necne? confutatur ex l. Plane 34. §.7. de leg.1. ibi: *Si non certum nummorum corpus sit sæpius relictum, vt puta centum, quæ in arca habet, sæpius legauit. Tunc enim fundo legato esse comparandum credo.*

CAPVT VII.

Vtrum debitor, qui iurauit se soluturum, obijcere compensationem possit.

IVratus Debitor compensationem obiicere an possit, vulgaris est controuersia. Sunt enim qui affirmant, sunt qui negant, nec desunt qui distinctione vtantur. Affirmant Bart. in l. Amplius. ff. rem ratam haberi. Bal. & Panorm. in c. Ad nostram. de Iureiur. & alij, quos refert Osascus deci. Pedem. 92. Couar. in c. Quãuis, de pact. lib.6. in 2. parte. §.4. n.9. Negant verò Inno. Io. Andr. Host. & Imo. in d.c. Ad nostrã, & alij quos commemorãt Couuarr. & Osasc. locis annotatis. Et latiùs Serafinus Senens. de priuilegiis Iuramenti priuil.74. nu.36. Denique hac distinctione vtuntur Panorm. in d.c. Ad nostram, nu.3. & alij à Seraphin. & Osasco citati, vt si quidem ante iuratam obligationẽ, illud debitum contractum fuerit, quod in cõpensationem deducitur, tunc nequaquam locus sit compensationi, si verò postea contractum sit, compensatio locum habeat.

Prioris sententiæ argumenta sunt ista. Primum ex l.4.§. Soluisse. ff. de re iudi. vbi Iurisconsultus: *Soluisse, inquit, accipere debemus non tantùm eum, qui soluit: verum omnem omnino qui ea obligatione liberatus est.* Sed is, qui compensat, liberatur. l. Si ambo ff. de compensatio. Ergo is, qui compensat, soluit. Exceptio autem solutionis procul dubio opponi potest. Ergo & exceptio compensationis.

Secundum argumentum est ex l. 2. C. de compensatio. vbi is, qui Iudicati conuenitur, pecuniæ sibi debitæ compensationem implorare potest. Si locum habet compensatio, vbi debitum est ex re iudicata. Ergo locum etiam habere debet, vbi descendit ex obligatione iurata, quia res iudicata, & iuramentum æquiparantur: l.1. ff. de Iureiur. l. Post rem iudicatam. ff. de re iudicata.

Tertium est ex l. Si debitor. ff. qui potiores in pi-

in pignoribus habeantur, ibi: *nec enim interesse, soluerit, an pensauerit.*

Quartum argumentum est huiusmodi, inutilis est actio eius, qui in causa est, vt, quod sibi debetur, non soluatur. l. Potior. §. vlti. ff. qui potiores in pignorib. habeantur. Sed creditor hoc in casu, est causa, quia ipse non soluit creditori suo, eidémque debitori: Ergo inanis est actio, & compensatio locum habet.

Quintum argumentum est ex l. Dedisse. ff. de verb. signific. ibi: *Dedisse intelligendus est is qui compensauit.*

Sextum argumentum. Quod sub conditione debetur, compensari potest, l. Si peculium. §. De illo. ff. de statuliberis. l. Iulianus. ff. de Condit. & Demonstrat. & tamen conditiones in forma impleri debent. l. Mæuius, l. Qui hære. ff. eod. tit. Ergo similiter, id compensari potest, quod iureiurando intercedente, debetur.

Postremum argumentum. Iuramentum sequitur naturam actus super quo interponitur. c. Quemadmodum, de Iureiur. Sed compensatio regulariter locum habet in omni debito. l. 2. ff. de compensatio. Ergo locum habet etiam in debito iurato.

Negantis autem sententiæ argumenta hæc sunt. Primum ex l. Ad nostram, de iureiur. vbi fructus ex pignore percepti, in sortem debitam non imputantur, quia debitor Iureiurando obstrictus erat.

Secundum est ex c. Debitores, Eod. tit. vbi patet, Debitorem qui iurauit Vsuras se soluturum, ad eas soluendas cogi, licèt solutas repetere possit.

Tertium argumentum. Nemo potest iuramentum commutare, authoritate propria, etiam in melius. c. peruenit. 2. de Iureiur. Ergo qui iurauit, compensare non potest, quia videretur iuramentum commutare.

Quartum argumentum. Iuramentum seruari debet, vbi absque dispendio salutis æternæ seruari potest. c. Cùm contingat, de Iureiur. Ergo seruandum est etiam hoc in casu, & sic debitor soluere debet.

Quintum argumentum, compensatio locum non habet in causa depositi, l. penult. C. Deposit. l. vlt. C. de compensatio. Ergo nec locum habere debet in causa debiti iurati, quia maior est ratio.

Fundamentum autem tertiæ opinionis, quæ distinguit, illud est, quoniam omnis promissio debet intelligi rebus sic stantibus. c. quemadmodum. de Iureiur. l. Quod Seruius. ff. de condict. indeb. Ergo is qui se soluturum iurauit, intelligitur iurasse rebus ita stantibus, non autem si postea ipsemet etiam creditor efficiatur alterius.

Ego existimo priorem sententiam æquiorem, & probabiliorem esse, authoritate Iuri-sconsulti, in l. 2. ff. de compensatio. *Vnusquisque, inquit, creditorem suum, eundémque debitorem repellit, si paratus est compensare.* Id ratio ipsa æquitatis suadet, quia nostra interest, potius non soluere, quàm solutum repetere. l. 3. ff. Eod. tit. Iuramentum autem iniquitati fauere non debet, neque solet, sed æquitati. Vnde hanc recipere debet interpretationem, quæ ex ipsa lege, & æquitate deducitur, vt scilicet is, qui iurauit se soluturum, compensare possit: & compensationem implorando creditorem suum eundémque debitorem repellere. Quòd si debitum, hinc inde sit liquidum, & clarum, nec res altiorem indaginem requirat, dolo facere videtur is, qui petit, quod posteà restituturus est. l. Dolo facit. de regul. Iuris.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respondeo: In specie d. c. ad nostrã, non illud quæri, an debitor possit compensare, fructibus in sortem imputatis. Sed vtrum iuramento non obstante, res oppignoratas vindicare possit, antequàm soluat. Ratio dubitandi erat; quia creditor ex re pignorata fructus perceperat. Ratio decidendi, quia nondum tot fructus perceperat, qui deductis expensis sortem æquarent, id patet ex illis verbis text. *Licèt autem depossessionib. illis & reditibus, nondum sortem deductis expensis receperit, &c.* Aliam adfert responsionem Couuar. loco annotato, sed mihi hæc planior videtur.

Ad secundum ex cap. Debitores, respõdeo: Nil agi eo in loco de compẽsatione, sed debitor iuramentum seruare tenetur, nec potest illud authoritate propria contemnere, quanquàm ecclesiastica authoritate compelli possit creditor ad vsuras restituendas.

Ad tertium respondeo, authoritate legis id fieri, non propria ipsius debitoris, quia lex compensationem inducit ex æquitate, ne quis cogatur soluere, & posteà repetere.

Ad quartum respondeo, iuramentum hoc in casu seruari, quia is, qui compensat, legis interpretatione soluere dicitur.

Ad postremum argumentum respondeo, negando consequentiam. Licèt enim in deposito specialiter constitutum sit, vt locum non habeat compensatio ob certas quasdam causas, nempe propter singularem fidẽ, quam depositum requirit, in aliis tamen obligationibus aliter est constitutum.

CAPVT VIII.

Ad interpretationem l. Transigere C. de Transact. Controuersia duæ.

TRANSIGERE, *vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est, in aliis autem publicis criminibus, quæ pœnam sanguinis non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.* Ita

Diocletianus & Maximianus in l. 18. C. de Tranſactio. Ad cuius legis interpretationem diſcutiendæ ſunt nonnullæ controuerſiæ in hoc & in ſequenti capite. Prima eſt, Quomodo verum ſit, quod primo loco dicitur, de crimine capitali, prohibitam non eſſe tranſactionem, cum & publicæ vtilitatis ratio, quæ, vt delicta puniantur, exigit, & Senatuſconſulti Turpiliani authoritas repugnare videantur: quo tranſigentes, & paciſcentes de criminibus, grauiſſimè puniuntur. Secunda, quomodo ab hac regula crimen adulterij excipiatur, cùm inter capitalia receſeri tempore legis conditæ non potuerit, exceptio autem debeat eſſe pars regulæ? Tertia, quid de criminibus priuatis ſtatuendum ſit, quæ pœnam ſanguinis non ingerunt, an ſit de illis tranſactio permiſſa? Quarta, quis ſit ſenſus illorum verborum textus: *Citrà falſi accuſationem*. Poſtrema, vtrum is, qui tranſigit, de crimine capitali accuſari & puniri poſſit tranſactione non obſtante? Priores duas hoc in capite tractabimus, tres poſteriores in ſequenti.

Quod igitur ad primam attinet, Franciſcus Hotomanus, quęſt. Illuſtr. cap. 23. ita expedit, vt exiſtimet, verba textus ſic concepta olim fuiſſe ab imperatoribus: *Tranſigere, vel paciſci de crimine non capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt*; ſed nouam legem ille condit, non antiquam interpretatur: Repugnat omnium Codicum fides & teſtimonium, cui vir doctus acquieſcere debuit.

Accurſius; ex parte rei exiſtimat prohibitā non eſſe tranſactionem, vt is, quomodocunque poſſit, ſanguinem ſuum redimat, quod permiſſum eſſe patet ex l. 1. ff. de bonis eorum, qui mortem ſibi conſciuerunt. & ex l. vlt. ff. de Præuaricatorib. Cęterum ex parte Actoris, ſecus exiſtimat, propter Senatuſconſulti Turpil. prohibitionem. l. Ab accuſatione. l. In Senatuſconſultum. ff. Ad Turpillianum. Quæ ſententia ſatisfacere non poteſt, cùm verba legis conueniant, tam Reo, quàm Actori. Nam ſi actor tranſigere non poſſet, Reus autem poſſet, id ſanè reticendum non erat, ſed exprimendum ab Imperatoribus.

Bartolus, Caſtrenſis & Alexander, ita hanc rem explicant, vt in ſumma velint, Reum impunè tranſigere poſſe, Actorem verò non adeò impunè, ſed ita tamen, vt pœnam talionis euadat, quæ illi perperam accuſanti imminere ſolet, vt in l. vlt. C. de Accuſationib. Quæ ſententia ſimiliter ſatisfacere non poteſt, quia Tranſactio ſimul eſſet prohibita. Non prohibita quidem, vt in hac lege, prohibita verò propter pœnam in Actorem tranſigentem conſtitutam, licèt capitalis non eſſet.

Alciatus & Iaſon in ea ſunt ſententia, vt exiſtiment tranſactionem eſſe permiſſam, tam Reo, quam Accuſatori, nec aliquem ex eis alicui pœnæ obnoxium eſſe, quæ videtur mihi veriſſima interpretatio. Nam quod legitimè fit, pœnam non meretur. l. 4. C. Ad l. Iuliam de Adult. & qui permiſſu Principis ab Accuſatione deſiſtit, non punitur l. Deſtitiſſe. ff. ad Turpillian. Ergo nec is punitur, qui authoritate legis tranſigit.

Ad argumentum verò, quòd ex Senatuſconſulti Turpilliani authoritate ſumitur, & ex his legibus, quibus dicitur, Priuatorum pactiones de his tantum valere, quæ ad rem familiarem pertinent, non autem de his, quæ publicam continent læſionem. l. Iuriſgentium. §. Si paciſcar l. Si vnus. §. Pacta. ff. de Pactis. Reſpondeo, non obſtare, quia Turpiliani authoritas, hoc in caſu locum habere non poteſt, in quo iuſtas ob cauſas eſt tranſactio permiſſa: & læſionis publicæ ratio hic habenda non eſt, cum omnis ratio honeſta ſit expediendæ ſalutis, nec prorſus is, qui delictum admiſit, tranſactione facta liberatur, imò verò, & accuſari ab alio, & puniri poteſt à Iudice. l. Qui cœtu. §. vlt. ff. ad legem Iuliam de vi publica: vt & inferius dicetur in poſtrema controuerſia ſequentis capitis.

Venio ad ſecundam, in qua illud difficultatem facit, quòd Diocletiano & Maximiano imperantibus, adulterium non erat capitale, vt patet ex l. Si quis viduam. ff. de quæſtionibus, & tradunt Alciat. lib. 5. Paradox. cap. 8. Cuiacius, Hotomanus & Balduinus in §. Item lex Iulia, in Inſtit. de publicis Iudiciis. Briſſonius libro ſingulari ad legem Iuliam de Adulteriis in verbo, *Qui ſtuprum, adulteriúmve*. Couuar. in Epitome de ſponſalib. parte 2. cap. 7. n. 16.

Reſpondet Antonius Faber lib. 2. cōiectur. Iuris cap. 20. illa verba *Excepto adulterio*, addita fuiſſe ab imperito interprete, ad id reſpiciente, Adulterij crimen ſanguinis pœnam irrogare, neque tamen de illo tranſigere, aut paciſci licere, nec animaduertente, Diocletiani & Maximiani temporibus capitale non fuiſſe.

Verùm obſtat elegantiſſimo Doctori, non ſolum authoritas omnium Codicum Latinorum, verum etiam Græcorum, nam & in Baſilicis & apud Conſtantinum Hermanopulum totidem verbis hæc lex habetur, ſicuti teſtatur Franciſcus Hotomanus d. quæſt. 23.

Mihi hæc interpretatio probatur, quam & Iacobo Cuiacio lib. 6. obſeru. cap. 11. & lib. 19. cap. penult. probari video, nempe Tribonianum ea verba poſuiſſe, ad poſteriores leges reſpicientem, quod & aliâs eum factitaſſe conſtat ex traditis à Franciſco Duareno, Anniuerſariarum

niuersariarum disputationum li. 2. cap. 9. Imò in hac ipsa specie, de qua agitur, textum habemus in Institutionibus de publicis Iudiciis. §. Item lex Iulia de Adulteriis. Vbi dicitur: Temeratores alienarum nuptiarum lege Iulia gladio puniri, quod sane dictum accipi debet, secundum leges posteriores, nempe Constantini. l. Quamuis. C. Ad legem Iuliam de Adulteriis. non autem secundum legem Iuliam: quæ, vt dictum est, pœnam capitis non imponebat.

Sed & illa interpretatio mihi non improbatur. Adulteros sæpe olim capite plexos fuisse, & idcirco inter capitalia crimina adulterium hic esse relatum. Adulteros autem capite fuisse non rarò mulctatos, constat ex his, quæ refert Iacobus Cuiacius lib. 20. Obseru. capit. 18. & Iacobus Menoch. de Arbitr. Iudi. casu 419. nu. 40. Cuius sententię acerrimus propugnator est Ioannes Corasius libr. 2. Miscellaneor. c. 1.

At his replicat Antonius Faber: Adulteriũ omnino excipiendum à Triboniano nõ fuisse, sed potius crimen Raptus, quod eo tempore erat capitale. Nam cum ex posterioribus legibus adulterium factum sit capitale, ratio postulare videtur, vt etiam de eo, sicut de aliis capitalibus transigere liceat. Ita olim in adulterij crimine abolitioni locus non erat absq; permissu Præsidis. l. abolitionem. C. Ad legem Iuliam de Adulteriis. Vbi verò factum est capitale, simul est permissum, vt qui de adulterio accusant, illud, si voluerint, abolitione compescant. l. Quamuis 30. C. eod. tit.

Respondet Iacobus Cuiacius li. 6. Obseru. cap. 11. in hæc verba: *Cæterùm, inquit, adulterio capitali effecto, consequens est, de eo transigi posse, quod tamen nequaquam dicemus. Nouæ enim constitutiones strictius accipiendæ sunt, adeò vt & necessariò ex eis consequentia contra ius vetus admittenda non sint, nisi exprimantur. Cuius rei innumera exempla suppeditant Nouellæ Iustiniani. & mores singularum Ciuitatum. Olim Adulterium capitale non fuit, hoc abrogatum est nominatim. Olim de adulterio transigi non potuit. l. De crimine. C. de Adulteriis, hoc abrogatum non est nominatim. Manet igitur. Quod intelligens volensque Tribonianus adiecit rectè, excepto adulterio.* Hactenus ille, qui idem docet, quod scholastici Doctores tradunt in Auth. quas actiones. Cod. de sacrosanctis Ecclesiis. licèt verbis paulò rudioribus correctionem legis inducendam non esse ex identitate, vel etiam ex maioritate rationis. Ita enim ipsi loquuntur, nec ideo sunt ridendi, quia res ornari negat contenta doceri.

CAPVT IX.

Tractantur tres aliæ controuersiæ ad interpretationem eiusdem l. Transigere. C. de Transactio.

Controuertitur præterea, An de priuatis criminibus, quæ pœnam sanguinis non ingerunt, transigere liceat: & licere docuit olim Ioannes antiquus interpres, Iacob. Butrigarius & alij, quos commemorat Albericus hoc in loco. Argumenta sunt ista. Primum est ex eo, quod lex dicit, de publicis criminibus, quæ pœnam sanguinis non ingerunt, transigere non licere. Ergo de priuatis secus videtur.

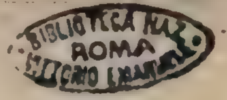
Secundum argumentum illud est, quia publica crimina seuerioribus pœnis vindicantur, & omnibus est permissa recusatio, quæ ratio facit, vt transactio permissa non sit. Vnde cum in criminibus priuatis cesset, videtur etiam transactio permittenda. Tertium argumentum. Nam in priuatis criminibus, videtur esse in potestate nostra, ne actio oriatur, vt patet in crimine iniuriarum. §. vlt. in Instit. de Iniuriis. Ergo, & vbi actio competit, permissum esse videtur eam transactione auferre & extinguere.

Sed contraria sententia mihi magis probatur, quæ etiam magis communiter recepta est, vt scilicet de priuatis criminibus prohibita transactio, vbi criminaliter agitur: secus autem, si ciuiliter, quę distinctio ciuilis, & criminalis Iudicij, optimè declaratur a Duareno lib. 1. Anniuers. disputat. c. 34. Atque ita docet Accurs. Bart. Ias. Alciat. & alij. Quæ sententia probatur ex l. Si quis repetere. ff. ad Turpil. vbi patet eum, qui desistit ab accusatione in causa furti, stellionatus & simili, officio Iudicis puniri & desistere dicitur, qui cum aduersario suo transigit, vt in leg. Ab accusatione. ff. eod. tit. Quòd si ciuiliter agatur, permissam esse transactionem, patet ex l. Interdum. §. qui tutelam. ff. de furtis. ex l. post decisionem. Co. eod. tit. ex l. Si pro fure. ff. de conditione furtiua, & aliis similibus.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo: non rectè colligi ex d. l. Transigere, permissam esse transactionem de priuatis criminibus, ex eo, quòd de publicis prohibita sit, quia publicum & priuatum crimen, non ita inuicem opponuntur, vt quod de vno negatur, de altero affirmari videatur.

Ad secundũ, licet maior ratio sit prohibendi transactionem de publicis criminibus. Non tamen efficitur de priuatis transigi posse, quia, & in priuatis criminibus publicę vindictæ ratio postulat, vt legitimis pœnis vindicentur, non autem, vt transactionibus & pactionibus aboleantur.

Ad tertium argumentum, licet in potestate nostra sit, actionem iniuriarum, & simi-



les paciſcendo remittere, quatenus ea res priuatum noſtrum commodum concernit. Non tamen ſequitur id etiam nobis licere, vt criminalem inſtitutam accuſationem paciſcendo deſeramus.

Altera eſt controuerſia: quis ſit ſenſus verborum illorum, *Citra falſi accuſationem*. Veterum interpretum communis eſt expoſitio ac ſententia, his verbis crimen falſi exceptum eſſe, ita vt ſententia legis ſit, de crimine falſi tranſigi poſſe. Adſtipulatur huic interpretationi Iacob. Cuia. lib. 6. Obſeru. Iur. cap. 11. & Anton. Goucan. li. 1. variar. lectio. cap. 30. quibus & ipſe lubens ſubſcribo.

Probatur autem de crimine Falſi tranſigi poſſe, ex l. penult. C. de tranſact. ex l. 7. Cod. ad legem Corneliam de falſis, & ex l. 2. C. de his, quibus vt indignis. Porrò illud verbum *Citrà*, idem aliquando valere, quod *prater*, ſatis patet ex l. vlt. ff. de calumniato. & ex l. vnica. §. Extraneum. C. De rei vxoriæ actione.

Cæterùm ab hac communi ſententia diſceſſerunt Anton. Faber libr. 2. coniectur. cap. 20. Franc. Hotom. quæſt. Illuſtr. cap. 25. & Alciat. in comment. huius loci, qui exiſtimant, ſenſum eſſe, neminem tranſigere poſſe de publicis criminibus, quæ pœnam ſanguinis non ingerunt, ſine accuſatione falſi, quia ſcilicet de falſo accuſari poterunt. Illud verbum *Citra* idem aliquando ſignificare quod, *Sine*, probat l. 2. Cod. Sententiam reſcindi non poſſe. l. 6. ff. de Curatore furioſo. & ſatis notum & certum eſt. Porrò calumnia & præuaricatio, quæ ex tranſactione detegitur, falſi ſpeciem habere videntur. l. 1. §. 1. §. Præuaricatorem. ff. ad Turpil. & lex fallaciter accuſat hos appellat. l. vlt. C. de Abolitionib.

Pro confirmatione autem huius ſententiæ Anton. Fab. adfert hæc argumenta. Primum, quia falſi crimen dicitur eſſe capitale. l. 1. & l. 5. C. ad legem Corneliam de falſis. Vnde inter crimina non capitalia, hoc in loco recenſeretur, ſi prior expoſitio valeret, quia videlicet exciperetur crimen falſi ab aliis criminibus non capitalibus, quod cùm abſurdum ſit, nec bona videtur eſſe illa prior expoſitio.

Secundum argumentum eſt ex l. 1. §. An accuſationem. verſ. At qui n Papinian. ff. ad Turpil. vbi mulier, quæ ad falſi accuſationem non admittitur, qui ſuam, vel ſuorum iniuriam nō perſequitur, & ſi deſiſtat, non tamen punitur. Ergo, ſi ad accuſationem admitteretur, punienda eſſet, ſi deſiſteret iuxta l. Si fœmina. C. eod. tit.

Tertium argumentum eſt ex l. Quæſitum. ff. ad Turpill. vbi is, qui minatus eſt ſe falſi crimen obiecturum, etſi poſtea non obiiciat, non punitur. Ergo à contrario ſenſu, ſi obiiciat, & poſtea deſiſtat, puniendus eſt.

Ad leges, quæ aſſeruntur ad probandum de crimine falſi, permiſſam eſſe tranſactionem, reſpondet Faber, eas l. qui cùm de falſo inſtrumento agitur, hoc eſt, ciuiliter, nō autem cum de crimine falſi, ſcilicet criminaliter. Ad quam reſponſionem ita Cuiacius loco annotato: *Circumſcribor*, inquit, *niſi ſubueniant ſinceri Iudices. Quid ſit de falſo tranſigere, intelligo. Quid ſit de inſtrumento dubiæ fidei tranſigere, ſi hoc non eſt de falſo inſtrumento trãſigere, ſanè non intelligo.* Cui Faber. *Reprehendendi*, inquit, *ſunt, qui ſcribunt, ſe non intelligere, quid ſit de crimine falſi tranſigere, ſi aliud ſit, quàm de falſo inſtrumento tranſigere.* & paulò poſt, *aut ſi hæc differentia non ſunt, ego planè non intelligo, quid ſit illud quod ſcriptum eſt in l. De fide. Codice de falſis. et qui de fide inſtrumenti quærat, duplicem litigandi viam tributam eſſe, per accuſationem, & per priuatam diſceptationem.*

Reſpondeo, hæc argumenta non obſtare. Imprimis enim, vt dicebat Cuiacius, iure non probatur eum de falſo accuſari poſſe, qui de crimine tranſigit, quòd ſi accuſari poſſet, cur nō & puniri? At puniri tales tranſigentes pœna falſi nullibi cautum videtur. Vnde planior eſt prior expoſitio. Nec obſtat id, quod dicitur, leges, quibus tranſactio de crimine falſi permittitur, loqui, cùm ciuiliter agitur, quia etiam accuſatio criminalis per tranſactionem tollitur, vt patet ex d. l. 7. C. de falſis. ibi: *Facta igitur tranſactione, difficile eſt, vt is, qui prouinciam regit, veluti falſum, cui ſemel acquieuiſti, tibi accuſare permittat.* Illud verum eſt, calumniatores, tergiuerſatores & præuaricatores fallaciter agere, nec ſincera, vt decet, fide ac mente crimina tractare & accuſationes inſtitutas. Cæterùm eos de falſo accuſari poſſe hanc ob cauſam haud facilè demonſtrari poteſt.

Ad primum argumentum cōtrariæ opinionis reſpondeo, falſi crimen capitale non eſſe, eo ſenſu quo capitale accipitur in hac lege, nempe cùm pœna mortis infligitur. Etenim pœna falſi eſt deportationis & publicationis bonorum. lege prima. §. Pœna falſi. ff. Ad legem Corneliam de falſis, nec mortis pœna locum habet, niſi magnitudo rei id exigat, vt in lege. Vbi crimen. 28. Codice eodem titulo. & in leg. 1. ff. ad l. Cornel. de ſicar. & ſimilibus.

Ad ſecundum reſpondeo, non poſſe illud argumentum à contrario ſenſu rectè ſumi, quia repugnat tex. in leg. 4. ad Turpillianum, vbi expreſsè dicitur: Mulierem, quæ propriæ iniuriæ cauſſa falſi crimen denunciauit, deſiſtentem, Turpilliano Senatuſconſulto non

to non teneri. Ex quo argumentum aliud sumitur transactionem de crimine falsi videre.

Respondet Faber, textum dictæ l. 4. corrigendum esse, deesse enim illi negationem, quia scilicet Papiniani lex est, qui a Martiano in d. l. versic. Atquin Papinianus in eam sententiam citatur, Mulierem desistentem non puniri, si falsi accusationem non iniuriæ propriæ, nec suorum causa instituerit. Verum huic emendationi repugnat fides omnium librorum, & quæ aduersus eam emendationem latè disputat Robertus Aurelianus, Receptæ iuris Ciuilis lectio. lib. 1. cap. 25.

Non obstat text. in d. l. Si fœmina. C. ad Turpil. Quia non loquitur de crimine falsi, sed de fœmina, quæ suam, vel suorum iniuriam accusatione prosequitur.

Ad tertium respondeo, licèt textus in l. Quæsitum, istud velit, vt qui minatus est, se crimen falsi obiecturum, deinde non obiecit, non pertineat ad Senatusconsultum Turpilianum, non tamen infertur, istud quoque velle, vt qui illud obiecerit, & postea transegerit, ad illud Senatusconsultum pertineat, quia huic interpretationi & argumento, leges omnes aduersantur, quibus de crimine falsi transigi posse constitutum est.

Tertia est controuersia, Vtrum facta transactione de crimine, Reus accusari, & puniri possit pœna sanguinis. Etenim Bartol. in d. l. Transigi, num. 7. id negare videtur, nec non Curt. Iun. num. 29. Sed in contrarium se habet communis Doctorum sententia. Vide Clarum in §. fi. q. 58. vers. Sed pone. Ant. Gomes. de delictis, cap. 3. num. 55. & nouissimè Farinatium lib. 1. commun. quæst. criminal. quæst. 4. n. 34.

Probatur hæc communis sententia ex l. Qui cœtu. §. vlt. ff. ad l. Iuliam de vi publica, ibi: *Etsi pater iniuriam suam, precibus exoratus, remiserat, tamen extraneus sine quinquennij præscriptione Reum postulare poterit.* & ex l. 2. C. de Abolitio. ibi. *Redemta miserationis vox minimè admittatur, sed aduersus nocentem Reum inquisitione facta competens pœna ingeratur.*

Vnum autem hoc adferri potest argumentum pro contraria sententia: Cum transactio de crimine capitali sit permissa eam potissimum ob causam, vt sanguinem suum quis redimere possit, consequens esse videtur, transactione facta, pœnam sanguinis euitari, alioquin frustrà facta esse videbitur.

Respondeo, hoc non sequi simpliciter, & absolutè, sed eo duntaxat in casu, quo nemo alius de crimine inquireret & accusaret. Nam, transactio facta ad hoc valet, vt primus accusator, qui transegit, nec prosequi semel institutam accusationem, neque nouam inchoare possit, obstat enim ei transactio. Cùm itaque non semper Accusatores noui reperiantur, nec semper ex officio Iudex inquirere possit maleficia, non rarò accidet, vt ad euadendam sanguinis pœnam plurimum transactio profutura sit. Cùm scilicet nullus alius erit accusator, nec iudex inquisierit, ex officio.

CAPVT X.

De conciliatione l. Cum mota. C de transactionibus, cum l. si constituta ff. de Inofficio. Testam. & an ex transactione oriatur actio.

SI instituta de inofficioso testamento accusatione, de lite pacto transactum est. Nec fides ab herede transactioni præstatur inofficiosi causam integram esse placuit. Sic Vlpianus. At contra Imperator Alex. *Cum mota inofficiosi querela,* inquit, *Matrem vestram cum diuersa parte transegisse, ita vt partem bonorum susciperet, & à lite discederet, proponatis, instaurari quidem semel omissam querelam per vos, qui Matris heredes extitistis, Iuris ratio non sinit. Verùm si fides placitis præstita non est, in id, quod interest, diuersam partem rectè conuenietis.*

Prima est solutio nonnullorum interpretum, Vlpianum loqui de eo, qui transigit, vt nempe querelam instaurare possit, si transactionis fides non seruetur: Alexandum verò de transigentis hærede. Quæ solutio non satisfacit, quia ex persona hæredis conditio non mutatur obligationis. l. 2. §. Ex his. ff. de verb. oblig.

Secunda est solutio in specie de qua loquitur Vlpianus, transactionem factam fuisse sub conditione, si scilicet id, quod promissum erat, solueretur: Ideo si non præstetur, integra manet actio. In specie verò Alexandri, non sub conditione factam fuisse, sed sub modo. Ideo querelam instaurari non posse, licet quod promissum est non detur.

Non mihi probatur hæc solutio, quia meram continet diuinationem.

Tertia est solutio Vlpiani, legem correctam esse ab Alexandro, quæ solutio minus est probabilis: tùm quia Vlpianus à Consiliis Alexandri Cæsaris fuit, sicuti author est Lampridius, tùm quia non est inducenda legum correctio, nisi exprimatur. l. Præcipimus. in fine. C. de appellationibus.

Quarta est solutio Alciati lib. 5. Paradox. c. 6. Vlpianum loqui de transactione facta nudo pacto, vt patet ibi, *de lite pacto transactum est.* Alexandrum verò loqui de transactione, quæ renunciationem continet, vt patet ex illis verbis, *Et à lite discederet.* Videtur autem

efficacior esse renunciatio, quàm nudum pactum, vt notatur in l. Postquam liti. C. de pactis.

Hæc solutio non mihi videtur solida, quia omnis transactio, etiam nudo pacto interposita, hoc efficit, vt à lite discedatur, & sic renunciationem continere videtur. Quare Angelus à sancto Ioane meritò in Antiparadox. hanc solutionem impugnat.

Quinta solutio deduci potest ex distinctione Duareni, in comment. ad tit. C. si aduersus venditionem. *cùm quæritur*, inquit, *qua actione subueniatur actori, si reus transactionem seruare nolit, distinctionem seruandam esse, qua est in l. Siue apud, & in l. Vt responsum, & in l. Cum mota. C. de Transact. Aut enim acceptilatione actio sublata est, & tunc si aduersarius nolit conuentis stare, non ideo potest actor agere actione veteri per acceptilationem extincta: quia in perpetuum sublata obligatio restitui non potest, si verò pactum sit, ne peteretur sine acceptilatione, si debitor nolit conuentis stare, tunc actor potest agere prima actione.* Itaque sic dicere possumus, Vlpianum loqui, cum nudo pacto facta est transactio, quod verissimum est. Alexandum verò cum transactio facta est interueniente acceptilatione.

Cæterùm vt non prorsus huic expositioni assentiar illud efficit, quòd nullum verbum obseruare licet apud Alexandrum, quo significetur in ea specie acceptilationem interpositam fuisse.

Postrema igitur solutio, quæ mihi cæteris probabilior videtur, est Hieronymi Tornielli ad Rub. de Verbor. oblig. num. 144. quam & Angelus à S. Ioanne loco annotato excogitasse videtur, nempe in specie Vlpiano proposita, ita fuisse transactum & conuentum, vt à querela inofficiosi testamenti recederetur, Aduersarius verò aliquid daret, sed in specie Alexandro proposita conuentum fuisse, vt certa bonorum pars transigenti, & querelam remittenti daretur, de quibus agebatur in accusatione inofficiosi testamenti. Ideo hoc posteriori casu, querela instaurari non potest. Nam querela ipsa inofficiosi testamenti, quæ vniuersa bona vindicabat, per transactionem factam, rescissa est, ac diuisa in hunc modum, vt scilicet pars bonorum debeatur querelam remittenti, altera verò pars possessori cedat. Quare si accusatione instaurata, omnia bona peterentur, pacti obstaret exceptio, ex quadam æquitate, quemadmodum in l. Si maior. 36. C. de transactio. habetur: Exceptionis æquitatem proficere, vt nil amplius peti possit, quàm quod transactionis placito promissum est: quæ ratio in priore casu locum non habet. Etenim vt Torniellius dicebat, in specie ista, is, contra quem inofficiosi querela fuit instituta, promittendo actori partem bonorum, de quibus agebatur, aliquid actori præstitit, quia iam non amplius exceptionibus suis vti, quod ad illam partem, potest, & ideo actor debet eum conuenire, vt partem bonorum promissam tradat, non autem ipsam transactionem infringere. At in specie d. l. Si instituta, nihil reus conuentus præstitit, ideo dicta ratio cessat, & iure transactio rescindi potest.

Porrò Alexander dicit *ad id quod interest, actionem præscriptis verbis competere, si transactioni verborum obligatio subiecta non est*, quod quemadmodum consistere possit, summa ratione controuertitur, siquidem ex transactionis placito actionem non competere, proculdubio fit ex l. Cùm proponas. 21. C. de pact. & ex l. Siue apud act. C. de Transact.

Respondet Bart. in d. l. Siue apud acta. trãsactionem actionem parere ex parte rei conuenti, vt si quid ei promissum fuerit, actionem habeat ad illud consequendum: ex parte verò actoris, actionem non competere: quia non adimpleuit contractum ex parte sua. Etsi enim transigendo promiserit, se amplius non acturum, agere tamen semper potest, saltem de facto. Si dicatur: imò ipsi actori datur actio in specie dictæ l. Cum mota: & in l. si pro fundo. C. eod. tit. Respondet Bart. primo, actionem illam datiuam esse non natiuam: quæ solutio nihil valet, vt bene explicat Alciat. in d. l. Cum proponas, ad finem. Cod. de pactis. Secundò respondet, eas leges intelligendas esse, cum actor transigendo aliquid promittit, quod perfectè adimpleri potest, vt puta, si promittat Reum liberare, & cum liberet.

Sed nihil valet hæc solutio, aut ego fallor, nec enim habenda est ratio eius, quod de facto fieri potest, & quantumuis actor reum liberauerit, potest semper de facto agere, & meram continet diuinationem isthæc expositio. Quare sic ego respondendum iudicarem, ex transactione quidem actionem regulariter non dari, sed excipiendum esse ab hac regula hunc casum, cùm scilicet Actor ad primam, & veterem actionem redire non potest, vt in specie d. l. Cum mota. Ratio euidentissima est, quia si actionem non haberet ad petendum id, quod sibi transactione facta promissum fuit, omni prorsus remedio facta tutus esset, ipséque transactioni stare cogeretur, & Aduersarius nil omnino seruaret, nec enim actione veteri conueniri posset, nec actione vlla ex placito transactionis compelli ad standum transactioni, quæ quidem esset maxima iniquitas & iniustitia: Iure igitur hoc in casu ex trãsactione ad id, quod interest, agitur.

CAPVT

CAPVT XI.

Controuersiæ duæ ad interpretationem l. Si quis maior. C. de Transactio.

Non leuis neque parui momenti controuersia est. An quod in l. Si quis maior. C. de Transactio. constitutum est, in omni contractu locum habeat.

Affirmant autem locum habere in comment. d. l. Bart. Alexa. Iaso. Iacob. & Corn. quorum fundamentum est, quia textus non solum de transactione loquitur, verum etiam de omni alia pactione, vt patet ex illis verbis: *Si quis maior. &c. aduersus pacta, vel transactiones, &c.* Item ex illis: *Restituta pœna quæ pactis probetur inserta.* Item ex illis: *Careat emolumento quod ex pactione, vel transactione fuerit consecutus.* Itē ex illis: *Qui nomina nostra placitis inserētes, &c.* Omni autem contractui pactum inesse videtur, quia nihil aliud est, nisi duorum pluriúmve in idem placitum & cōsensus. l. 1. ff. de pact. Huc accedat, rationem legis ad omnem alium contractum extendi, illa enim est ratio; quia veniens contra Transactionem Iureiurando confirmatam, periurus est, atque adeò infamis, & consequenter omnibus pœnis in lege expressis obnoxius. Quæ ratio simili modo obtinere debet in cæteris contractibus, in quibus iurisiurandi religio contemnitur & violatur.

Sed contrariam sententiam secuti sunt, Riminald. Purpurat. & Alciat. in comment. eiusdem loci, sequentibus argumentis.

Primum quia lex odiosa est, & pœnam cōtinet valde grauem, vnde ad transactionem, de qua principaliter loquitur, restringenda esse videtur. Odia enim restringi oportet, & fauores ampliari. c. Odia. de reg. iur. lib. 6. & interpretatione legum pœnæ molliendæ sunt, non autem exasperandæ. leg. Interpretatione. ff. de pœnis.

Secundum argumentum. Lex intelligenda est ac interpretanda, ita vt titulo congruat, sub quo est posita. l. Imperatores. ff. de in diem addictio. Sed hæc lex posita est sub titulo de Transactionibus. Ergo de Transactione accipienda est, non autem de aliis contractibus.

Tertium argumentum est ex eo, quod inter cæteras pœnas in eum à lege constitutas, qui contra transactionem fecerit, illa connumeratur, vt ea, quæ accepit, restituat. Hæc autem pœna transactioni potissimum conuenire videtur, quæ semper fit aliquo dato, vel retento. l. Transactio. C. de Transact.

Quartum argumentum est ex l. penult. Co. de dignitatibus lib. 12. vbi patet, eum, qui contra iuramentum fecit, in pecuniariis caussis, infamiæ pœnam non incurrere, quam tamen incurreret, si locum haberent pœnæ huius legis in omni promissione iurata.

Quintum argumentum est ex eo, quod in transactione quædam specialis ratio suadere videtur, vt locus sit huiusmodi pœnis, vt scilicet pœnarum metu, transactionum placitis stetur. Nullus enim erit litium finis, si à transactionibus bona fide interpositis, cœperit facilè discedi. leg. Fratris C. de Transactio.

Ego hac in re non ignoro, sententiam priore loco relatam frequentioribus Doctorum suffragiis receptam esse, vt patet ex notatis à Mathessilano, singul. 50. ab Alexand. cons. 85. lib. 1. Decio 452. Corneo 40. lib. 4. Guido Pap. consil. 31. & singul. 620. Ruin. consi. 198. libr. 1. Cassiodor. decisi. 2. tit. de Iureiurando. Rolan. à Valle in consil. 31. libr. 2. Hypol. Riminal. in cons. 124. & aliis passim.

Cæterum in acerrima disputatione crediderim, posteriorem sententiam fortioribus argumentis niixam esse. Aut enim hanc constitutionem ad cæteros contractus porrigendam esse existimamus, quia verba id suadeāt, vtpote cæteros contractus amplectentiâ, aut verò, quia ratio legis id a nobis exigat. Primum vix demonstrari poterit, quia verbum pactionis, cuius in textu frequens est mentio, sua natura omnem contractum non complectitur, sed solam ipsam transactionem, nudamque conuentionem significat; non autem eam, quæ in speciale nomen contractus transit. Id tam luculenter demonstrat Duarenus in comment. ad l. 1. ff. de pactis. & libr. 2. Anniuersariar. disputat. capite 8. Vt cæteris id demonstrandi facultatem præripuerit. Vnde ad omnem contractum illud verbum pertinere non potest, sed ad transactionem tantùm, vt & in l. Vbi pactum. C. eod. titul. Si verò ipsam legis rationem contemplemur, nihil minus cogitandum nobis videbitur, quàm de ea ad cæteros contractus omnes extendenda, siquidem lex dura est, perquàm seuera, & pœnalis, vt vocant. Et ideò non ita temerè in consequentiam trahenda. Adde quod Alciatus commemorat, summa ope legum authores niti, vt transactiones ratæ sint, ne lites finitæ suscitentur, vt nihil mirum, si tot propositis pœnis ad eas implendas, ac seruandas homines inducendos procurauerint, præsertim Iureiurando accedente. Quod verò in aliis contractibus & caussis eædem sint pœnæ constitutæ aduersus Iurisiurandi contemptam religionem, nec in legibus nostris adnotaui, nec adduci possum vt credam, propter ele-

gantem, & præclaram constitutionem l. 2. C. de reb. cred. & Iureiur. & l. vlt. ff. de Crimine ellionatus. Quibus ita se habentibus, argumenta contrariæ sententiæ refutatione particulari opus non habent, vt patet.

Secunda est controuersia, Vtrum ea constitutio Mulieres quoque transigentes comprehendat? Negant Fulgosi. in commen. huius l. & alij quos commemorat Gabrielius commu. concl. tit. de Transact. concl. 1. nu. 3. quia vt locum habeat hæc lex, dolus requiritur secundum communem omnium sententiam. Nam periurium non cõmittitur absque dolo, Ream enim linguam non facit, nisi rea mens. c. Homines. c. vlt. §. Episcopus. 22. quæst. 2. c. 2. ead. cau. cap. quæritur. §. Item opponit, ead. cau. & quæstion. Omnes autem pœnæ propter periurium ab ipsa lege constitutæ sunt. A dolo autem præsumpto mulier excusatur l. 1. §. vlti. ff. de edendo. Cùm itaque dolus requiratur, & in muliere non præsumatur, sequitur dicendum, eam lege ista non comprehendi. Huc accedat, quòd iuris ignorantia excusat à dolo. l. Sed si lege. §. Scire autem. ff. de petit. hæred. l. Si quis in graui. §. Si quis ignorans. ff. ad Syllan. Mulier autem præsumitur ignorare iura. l. Regula. ff. de iuris & facti igno. Castr. in cons. 132. lib. 1. Decius in cons. 351. in fine. Menochius de præsumpt. lib. 2. Præsump. 3. Denique mulier propter sexus fragilitatem plerunque mitiùs, quàm vir punitur. l. Sacrilegi. ff. ad legem Iuliam peculatus, Tiraqu. de legibus connubialib. lib. 1. n. 69.

Cæterùm & mulierem hac lege teneri affirmant Iason hoc in loco, & alij ab Antonio Gabrielio commemorati loco annotato: quorum argumenta duo sunt præcipua. Alterum ex illis verbis: *Si quis maior, &c.* quę verba tàm masculum quam fœminam comprehendunt. l. 1. ff. de verb. sign. Alterum; quia mulier non excusatur in iis, quæ sunt contraria iuri naturali. l. 2. C. de in ius vocan. Iason in l. vlt. ad finem. C. de iuris & facti igno. Sed promissa non obseruare, iuri naturali repugnat, l. 1. ff. de constitut. pecun. Similiter & iurisiurandi religionem violare, argument. l. Veluti. cum lege antecedenti. ff. de iust. & iure.

Tertia est sententia Hieronymi Cagnoli ita distinguentis. Aut mulier directò venit cõtra transactionem, litem instaurando, seu aduersus eam Principi supplicando: & tunc prior sententia locum habeat. Aut non directè contra transactionem venit, sed non obseruat ipsum transactionis placitum, & tunc posterior sententia locum habeat.

Ego verò eorum sententiæ magis accedo, qui affirmant, mulierem hac lege teneri. Sicut & aliàs legibus tenetur, vt in l. Si quis id quod. ff. de iurisdict. om. iud. & declarat ibi Iason & Menochius de recuperand. possess. rem. 9. numer. 9.

Nec iuris ignorantia mulierem excusat, præterquam in casibus à lege expressis. l. vlt. C. de iuris & facti igno. Tiraquell. de pœnis legum, causa 9. in fine & causa 11. numer. 23. Pręsertim verò, vbi aliquid delinquit contra ius naturale, vel ius ciuile, clarum & manifestũ, sicut illud est, pacta & conuenta esse seruanda, vt declarat Alciatus de Præsumpt. reg. 3. Præsumpt. 30. Quòd verò dicitur in l. 1. §. vlt. ff. de Eden. non Edenti ex mandato Prætoris, esse subueniendum, sexus & rusticitatis habita ratione, nihil obstat, quia iussus Prætoris in ea specie, non iuris rigore, sed æquitate sola nititur, ex his quæ tradunt Alciatus reg. 1. præsump. 39. & Menoch. de recup. possess. rem. 9. n. 22. 23. Quare non ita durè aduersus muliebrẽ sexum agendum fuit, vt aduersus alios, cum qualisqualis ratio sit pro muliere eo casu, nempe iuris ipsius rigor.

CAPVT XII.

Aliæ duæ controuersiæ de eadem re.

NOn desunt qui existiment, ea quæ sancita sunt in supra dicta l. Si quis maior. C. de Transactio. etiam ad vniuersitatem transigentem pertinere: ita enim docuit Ias. in Comment. d. l. Et ita etiam respondit in con. 118. lib. 1. Eo argumento, quoad illa verba, *si quis*, vniuersitatem quoque continere videantur, vt in l. Nihil. ff. ad Macedonianum, iuncta l. 1. ff. eodem titulo, & in l. Item ait Prætor, iuncta l. Ergo sciendum. ff. ex quibus causis maiores. Nam vniuersitas vicem sustinet personę, leg. Mortuo. ff. de Fideiussoribus. & cum agatur de periurio coërcendo, facilè extendenda esse videtur hæc lex, ex traditis in Authen. Sacramenta puberum. Cod. Si aduersus venditionem.

Sed istis ego non assentior, quemadmodum neque Hieron. Cagnolus in interpretatione eiusdem legis, neque Decius in l. Si familia. ff. de Iurisdict. om. iud. neque August. Berous in cons. 8. n. 36. lib. 3.

Fundamentum meum est, quia lex loquitur de maiore viginti quinque annis: Vniuersitas autem minori comparatur. l. Respublica. Cod. ex quibus causis Maiores l. Rempublicam. C. De Iure Reipub. lib. 10. Item, quia periurium, propter quod omnes pœnæ imponuntur, ligat ipsam animam: Vniuersitas autem vt sic, non dicitur habere animam. Vnde nec excommunicari potest. ca. Romana. de sententia excommunicationis libro sexto, & declarat Ludo. Roma. in consi. 408. Denique aut transactio facta est per Procuratorem vniuersitatis, aut

tis, aut per ipsosmet homines Vniuersitatis. Vtroque casu dicitur esse facta, non solum à maioribus xxv. annis, verum etiam à minoribus, siue nomine, tam maiorum, quàm minorum, cùm in vniuersitate sint tam maiores quã minores. Sed minores xxv. annis comprehendere non potest hæc constitutio. Ergo comprehendet duntaxat maiores. Si maiores tantum comprehendat. Ergo non Vniuersitatem, quia Vniuersitas constat ex maioribus & minoribus. Ex quibus patet nec locum esse extensioni, quia verba non patiuntur. Nec obstare leges in contrarium allegatas, quia loquuntur in casibus, in quibus eam extensionem nihil impedire potest.

Magis dubia est altera controuersia, in qua disputari solet, Vtrum nec lex locum habeat, vbi iuramentum transactioni non accessit, sed fides tamen data est & interposita, vt plerunque in Germania fieri solet.

Prima est sententia affirmantium. ita Spec. in tit. de Arbitr. §. vlt. vers. *Sed pone quod promissum*, & ibi Ioan. Andr. & Bald. Felyn. in cap. 2. de Sponsa. lib. Alex. Ias. & Cagnol. ad d. l. Si quis maior. Andr. lib. 2. Obser. 59.

Fundamentum est, quia iuramentũ, & promissio sub fide æquiparãtur. c. Ad aures. extra de his, quæ vi metúsve causa fiunt. ibi: *Nisi fortè iuramento, vel fide interposita, &c.* c. Peruenit. de Fideiussori. c. Querelam. Ne Prælati vices suas, &c.

Contrariam sententiam secuti sunt Ioan. Imol. in c. cum tempore. de Arbitris. nu. 2. Alciat. & Aret. in d. l. Si quis maior. Rota Romana decis. 1. incipiente: Vtrum violator. tit. de pact. in decis. Bisignetti, & decis. 138. in antiquis. Ant. Gabriel. commu. concl. tit. de Transactio. concl. 1. num. 29. & ante omnes Glo. in c. penult. de Iureiur. Quibus adstipulatur tex. in c. Commissum. extra de sponsalib. ibi: *De contrahendo matrimonio fidem dedit, & secum ea intra biennium, per verba de præsenti contracturum, præstito iuramento, firmauit, &c.* Quib. verbis insinuari videtur, non esse idem omnino iuramentum & fidei præstationem. Huc accedat, quod textus loquitur de transactione facta inuocato diuino nomine, & cùm de pœnis grauissimis agatur, videtur lex esse restringenda ad eam speciem, de qua expresè loquitur, iuxta l. Interpretatione. ff. de Pœnis, quãuis alioqui iuramentum & fidei præstatio pariter obligarent.

Mihi hæc de re cogitanti semper placuit doctrina Alciati, ad rubr. extra de Iureiu. nu. 5. & Couuar. ad rub. de Pactis. in 1. parte. §. 2. post num. 2. Nempe fidem duobus modis accipi, Vno modo pro fide Nobilitatis, nempe pro dictorum, conuentorúmque constantia, ab eo dicta, quod fiat, quod dictum est. Alio modo accipi pro fide Christiana: si primo modo accipiatur, fidésque in transactione interponatur, procul dubio est, ad eum casum l. Si quis maior, non pertinere: quia loquitur, vbi Iuramentum est interpositum. Fides autem sic accepta non est iuramentum. Si verò secundo modo accipiatur, tunc crediderim eam vim habere iuramenti, & idcirco ad eam speciem producendam esse constitutionem de qua agitur. Quòd si in obscuro esset, An fidei interpositio iuxta priorem, an verò iuxta posteriorem sensum transactioni subiecta fuisset, nihil proponi video, cur exequendæ essent pœnæ huius legis, apertè loquentis eo casu quo iuratum est, in eum, qui fide præstita, transegisset, quinimò ad periurium euitandum benigniore interpretatione adhibita, ad priorem sensum referrem ipsam fidei interpositionem, sicuti Couuar. loco annotato diligenter explicat. Porrò Canones allatos pro priore sententia, sic accipio, vt loquantur de fide, secundum posteriorem sensum, quo in casu eam iuramento comparari, ipse quoque affirmo, atque contendo.

CAPVT XIII.

Alia Controuersia de eadem re.

Controuertitur etiam, Vtrum pœnæ huius legis committantur ab hærede transigentis. Affirmat enim Castr. in consil. 13. lib. 2. & Socin. in consil. 38. libr. 3. eo argumento, quòd cùm obligatio principalis in hæredem transeat, videatur etiam transire debere accessoria, quæ ex iuramento contrahitur, ac consequenter omnis pœna, quæ infertur ex iuramenti violatione. Præsertim, quia hæres videtur esse vna, & eadem persona cum defuncto. Vnde & Iusiurandum à defuncto præstitum seruare tenetur, vt in §. 1. in Authen. de Iureiurando à moriente præstito. Denique hæres oneribus hæreditatiis obstrictus. l. Si duo. ff. de Acquirend. hæred. Illud autem est onus in præsenti, vt transactioni pareatur, aut si non pareatur, locus sit pœnis, de quibus in hac lege.

Cæterùm contrariam sententiam veriorem esse iudico, quam Cagnol. hoc in loco defendit, & latè D. Iacob. Menoch. in consi. 355. lib. 4.

Fundamentum autem illud est solidũ, quoniam iuramentum est personale, id est, obligat animam & personam ipsius iurantis, quo ad effectum periurij, ita scilicet, vt is, qui iurat, iuramentum obseruare teneatur, alioqui periurus sit, & grauiter peccet. Hæres autem iurantis, huiusmodi vinculo periurij non tenetur, quia ipse non iurauit, consequenter

Iurisiurandi religionem non contemnit. Ita docent Canonistæ omnes in cap. Veritatis, de Iureiur. sicuti declarat optimè Couuar. in cap. requisiuisti, sub num. 2. extra de Testamentis. Quare licèt hæres teneatur seruare ipsum iuramentum à defuncto præstitum: & omnia alia subire hæreditatis onera, sicuti optimè probat contrariæ sententiæ argumentum, non tamen sequitur, eundem obstrictum esse periurij vinculo, atque adeò iis pœnis, quæ propter periurium sunt impositæ. Quæ cum ita sint, palàm est, eas pœnas aduersus hæredem locum non habere, quæ hac lege exprimuntur. Omnes enim ad periurium vindicandum constitutæ sunt in contractu transactionis.

Postremò controuertitur, sitne locus purgationi moræ, saltem ex Iuris Canonici æquitate ad euadendas huius legis pœnas? Et locum esse respondit Alex. hoc in loco, Iason n. 26. & Ruin. in consi. 133. col. vlt. lib. 1. quibus adstipulatur, quod Cagnolus hoc eodem loco scribit n. 156. Hanc legem scilicet, iure Canonico inspecto, locum non habere. Sic & nimis rigidam esse, ac propterea in praxi non obtinere respondit post alios Franciscus Becius in cons. 106. n. 24. & Menoch. in d. consi. 355. n. 1. lib. 4.

A qua sententia facit, quod habetur in cap. Suam. De Pœnis. & quod notatur in c. Apud misericordem. 32. quæst. 1. & in cap. Beatus 12. quæst. 2.

Verùm istis nil morantibus, cõtrariam sententiam amplector, cui adstipulãtur quæ tradunt Alexander in l. Si Insulam num. 38. ff. de verb. oblig. Dec. in cons. 452. Rom. in consil. 457. & alij a Gabrielio citati, comm. concl. tit. de Transact. concl. 1. nu. 13. quibus adde Hipp. Riminal. in cons. 124. nu. 69. lib. 2. & Ruin. in cons. 20. lib. 4.

Fundamentum verò illud solidum mihi videtur, quòd non sit inducenda diuersitas, ac dissensio inter ius Canonicum & Ciuile, nisi expressum sacris Canonibus reperiatur. Nam & leges non dedignantur sacros Canones imitari, & sacrorum statuta Canonum principum constitutionibus adiuuantur, vt in ca. 1. de operis noui nunciatio. Cùm igitur inter omnes constet, iure Ciuili inspecto, locũ non esse purgationi moræ, non debet iure canonico contrarium decerni Iurisconsultorum interpretatione. Et parum mouet, quòd dicitur, Ius Canonicum æquitatem amplecti. Nã & Ius Ciuile illam sequitur, in omnibus ferè causis. l. In omnibus. de Reg. Iur. l. Placuit. C. De Iudiciis. Quod verò dicitur in cap. Suam. de Pœnis, huc non pertinet, quia de transactione Iurata non loquitur ibi Pontifex. illud non diffiteor idem respondendum esse in transactione iurata, quoties quis in minimo deficeret, vt in dict. cap. Suam. ne videlicet ob minimam rem incidat quis in tam graues pœnas. Quæ verò notantur in d. c. Apud Misericordẽ, & in c. Beatus, locum sibi vendicant in foro pœnitentiali, sicuti optimè declarat Alc. Deci. Roman. & alij superius a me citati.

CAPVT XIV.

Sitne aliqua pœna constituta ex Iure Ciuili peieranti, Diuino nomine inuocato?

Qvæ sit pœna constituta aduersus eos, qui transactiones & pactiones Iureiurando firmatas violauerint, satis, vt arbitror, explicatum est in præcedentibus. Nunc se offert insignis controuersia, quid statuendum de aliis speciebus, in quibus Iurisiurandi religio contempta sit: videlicet, Vtrum aliquã pœna afficiendus sit periurus? Tractat prolixè hanc controuersiam D. Iacob. Menoch. de Arbitr. iud. casu 319. ibique commemorat Authores; tam qui affirmantem, quam qui negantem sententiam sunt amplexi. Ego breuiter argumenta referam, tum quid ipse sentiam, paucis declarabo.

Qui periurio pœnam esse impositam cẽsuerunt, adducti in hãc sententiam sunt authoritate l. vlt. ff. de Crimine stellionatus, *De periurio*, inquit lex, *si sua pignora esse, quis instrumento iurauit, crimen stellionatus fit, & ideo ad tempus exulat.*

Secundò moti sunt ex l. Nam sufficit. ff. de Dolo. *Nam sufficit*, inquit, *periurij pœna.*

Tertiò eo argumento moti sunt, quod exploratum est, eum, qui per Principem falsum iurauerit, puniri, vt in l. Si duo. §. vlt ff. de Iureiur. Quare etiam arbitrati sunt, puniendum eum, qui per Deum peierauerit, cùm longè grauius crimen sit, æternam, quàm temporalem lædere maiestatem.

Denique authoritate Constantini Hermænopuli adducti sunt, in Epitome, seu prõptuario Iuris Ciuilis l. 1. tit. de Iureiur. in hæc verba scribentis: *Si quis iurauerit in re pecuniaria, per genium Principis, & peierauerit, fustib. castigatus, dimittitur. Quisquis autem ex decreto Iudicis, aut Aduersario postulante Iusiurandum in Ecclesia receperit, sacris inuiolatisque contactis Euangeliis, postea periurij conuictus, lingua abscindatur, idemque in testibus obseruetur.*

Cæterum qui contrariam sententiam amplexi sunt, vnicum fundamẽtum posuerunt in l. 2. C. de rebus creditis & Iureiur. vbi Alex. Imperat. *Iurisiurandi cõtempta religio* (inquit) *satis Deum vltorem habet.*

Respondent contrariæ sententiæ Authores,

res, Imperatorem loqui, vbi calore Iracundiæ periurium committitur, vt patet ex sequent. verbis, ibi: *Et si per Principis venerationem quodam calore fuerit peieratum, &c.*

Ego verò omnibus diligenter pensatis huic posteriori sententiæ magis accedo, cuius Authores habeo, præter Iacob. Cuiac. libr. 2. Obseru. cap. 19. & alios quam plurimos, quos refert Menoc. loco annotato, habeo, inquã, authorem, celeberrimum Iurisconsultum, Præceptorem, ac Promotorem meum, Tiber. Decian. in tract. rerum criminalium nuper edito. lib. 6. c. 13. Ita enim Iure nostro Ciuili constitutum opinor, vt qui per Deum peierauerit, Deum vltorem habeat, qui vero per Principem, vltorem habeat ipsum Principem, præterquam eo in casu, quo quis inconsulto quodam calore per Principem peierauerit, sicuti eleganter explicat ipsemet Imperator in d. l. 2. Cuius hæc planè sententia mihi videtur.

Nec difficile est ad argumenta contrariæ sententiæ respondere. Nam quod attinet ad l. vlt. ff. de Crimine Stellionatus, non ea est eius legis sententia, eum qui in instrumento iurauit, sua esse pignora, idcircò puniri, quòd falsò iurauerit. Nam & absque Iureiurando crimen stellionatus committitur, vbi quis hoc modo mentitur, rem alienam velut propriam obligando creditori. Sed sensus est, de periurio effici crimen stellionatus, hoc est, periurium eo in casu puniri tanquam crimen stellionatus effectum, quemadmodum dicimus de meo fit tuum. Itaque non disputat ibi Iurisconsultus, An periurium sit puniendum, vt periurium, sed vt annexum habens aliud crimen, ac in aliud crimen transitum faciens, nempe stellionatus, id quod ante me dixerunt Cuiac. & magis prolixe Dominus Decia. loc. annotat.

Quòd verò dicitur, in l. Nam sufficit. ff. de Dolo, nihil obstat: quia hoc tantum dicit sufficere ad periurij pœnam, scilicet apud Deum luendam, quem periurus satis vltorem habet, vel si per Principem falsò iuretur, pœnam sufficere, quam Princeps ipse constituet.

Quare nihil obstat, quòd dicebatur tertio loco eum puniri, qui per Principem peierauerit, quoniam id fatemur, & puniendum etiam à Deo grauiter non dubitamus eum, qui per Deum peierauerit.

Authoritas denique Hermanopuli nihil mouet: quia loquitur de periurio in Ecclesiis commisso. Secundò, quia legem nõ habemus, cuius ipse meminit. Tertiò quia eius sententia vim legis non obtinet, magisque deferendum est Imperatori Alexandro, satis apertè pronuncianti, Iurisiurandi contemptam religionem, satis Deum vltorem habere.

CAPVT XV.

Vtrum in causis criminalibus iuramentum in supplementum probationis deferri possit à Iudice?

IN causis criminalibus decidendis, vtrum iuramento suppletiuo sit locus, variæ ac diuersæ sunt Doctorum sententiæ. Prima est Accursij in l. In bonæ fidei. C de reb. credit. & Iureiur. etiam in causis criminalibus locum esse huiusmodi iuramẽto. Nam cum textus dicat, in bonæ fidei contractibus, & cæteris causis, inopia probationum per Iudicem causa cognita rem decidi oportere: is interpretatur, illa verba, vt & delictorum causas comprehẽdant. Pro cuius sententiæ confirmatione adfert tex. in l. 3. ff. de Iureiur. vbi Iurisconsult. ait: *Quacũque autem actione quis conuenitur, si iurauerit, proficit ei iusiurandum siue in personam, siue in rem, siue in factum, siue pœnali actione, vel quauis alia agatur, &c.*

Secunda est opinio Bartoli, Castrẽsis, Iasonis, Sichardi & aliorum communiter in commu. eiusdẽ l. In bonæ fidei. in causis criminalibus non esse locum huiusmodi iuramento. Fundamentum est quia in criminalibus probationes debẽt esse luce meridiana clariores l. vlt. C. de probatio. & necesse est, vt quis confessus, vel conuictus sit ad hoc, vt condemnari possit. l. Qui sententiam. C. de Pœnis. Et nemo ex suspicionibus damnandus est. l. Absentem. ff. de Pœnis.

Tertia est sententia Ludouici Romani in l. Admonendi. nu. 104. ff. de iureiur. & aliorum, quos commemorant Menoc. de Arb. Iud. casu 964. n. 7. & Dominus meus Cephalus in cons. 141. nu. 21. li. 1. Si actor semiplenè tantum, aut minus quàm semiplenè probauerit, non esse deferendum iuramentum in supplementum probationis, si verò plusquàm semiplenè probauerit, deferendum esse. Fundamentum est in c. vlt. de Iureiur. in illis verbis: *Nisi Iudex inspectis personarum, & causa circumstantiis, illud actori viderat deferendum.*

Quarta est sententia Cyni in d. l. In bonę fidei. Butrij in d. c. vlt. de Iureiuran. & aliorum, quos commemorat Dominus Cephalus in d. cõs. 141. n. 20. Si de pœna corporali agatur iuramentum non esse deferendum, secus autem, si de pœna pecuniaria. Argumento text. in d. l. in bonæ fidei. ibi: *Et in cæteris causis.*

Quinta est sententia; in caussis criminalibus reo deferendum esse iuramentum ad suam innocentiam purgandam, non autem Actori, Argumento tex. in d. c. vlt. de Iureiu. ibi: *Præsumptione verò faciente pro illo reo deferri po-*

test ad ostendendam suam innocentiam, iuramẽtum. Idem probat text. in Authen. Nouo iure. C. de pœna Iudicis, qui malè iudicuit. Huius sententiæ Authores diligẽter à Menochio commemorãtur de Arb. Iud. d. casu 464. n. 10.

Postrema est sententia Angeli in d. l. In bonæ fidei. de crimine criminaliter agatur, instituta scilicet accusatione ad publicam vindictam, non esse locum huic iuramento, secus autem si ciuiliter agatur, instituta scilicet actione ad priuatam vtilitatem.

Hanc postremam sententiam Iuri magis consentaneam existimo, atque ita interpretor l. 3. ff. de Iureiur. & c. vltim. eod. tit. vt de causa criminali ciuiliter intentata intelligatur, id quod significat verbum *actionis* vtroq; in loco vsurpatum, nempe in dict. l. ibi: *Pœnali actione*: & in dict. c. vlt. ibi: *Famosa actione*. Vbi enim criminaliter agitur, dicitur potius accusatio, quàm actio, l. de crimine. C. Ad legem Corneliam de falsis. Et sanè in causis criminalibus ita seruatur, vt si quidem reus sit confessus, vel conuictus, condemnetur, l. Qui sententiam. C. de Pœnis. Si verò non sit cõfessus, neque conuictus, sed tamen multis argumentis oppressus, subiiciendus est tormentis, ad eruendam veritatem l. 1. vers. Ad tormenta. ff. de quæst. Quòd torqueri non possit, tunc vel pœna extraordinaria afficitur, si argumenta, & indicia sint magna, vel absoluitur. Illud nõ diffiteor, & purgationis iuramentum hoc in casu aliquando deferri, sicuti declarat optimè Iul. Clar. in §. fin. quæst. 63. & larè de hoc iuramento purgationis Andr. Gayll. lib. 2. de pace publ. cap. 7. Porrò verba illa text. d. l. In bonæ fidei, *& in cæteris causis*, de similibus causis pecuniariis accipienda esse non dubito.

CAPVT XVI.

Vtrum, vt iuramentum possit in supplementum deferri, necesse sit, id ipsum à litigatoribus peti?

SEd vtrum necesse sit, à litigatoribus id peti, vt iuramẽtum suppletorium deferatur, non est eadem omnium sententia. Etenim petẽdum id esse a litigatoribus Authores sunt Bartol. in l. Admonendi, col. vlt. & ibid. Ias. in repetitio. n. 316. ff. de Iureiu. & alij quos refert Ioseph. Mascard. de probatio. vol. 2. conclu. 956. n. 46. Fundamentum est in ea regula, quę docet, Iudicem officium suum non impertiri, nisi petenti. l. 4. §. Hoc autem Iudicium. ff. de damno infecto.

Sed contrariam sententiam Nempe necesse non esse, vt id petatur, imò verò peti non debere, sed a iudice ex officio deferendum esse, probare videtur Panor. in c. vlt. §. sanè. de Iureiu. Et fundamentum est in d. §. sanè, & in l. In bonæ fidei. C. de Reb. cred. & Iureiur. nec non in l. Admonendi. ff. eod. tit. quibus in locis dicitur, Iudices in causis dubiis probationum inopia, iuramentum deferre solere & secundum eum pronunciare, qui iurauerit. Quod si a litigatore petatur, deferendum nõ videtur, quoniam vltro id petens, reddit se suspectum, Argumento l. Quæ omnia. §. 1. ff. de procuratoribus & l. Vxori §. 1. ff. Ad l. Corneliam de falsis.

Tertia est sententia, & id peti à litigatoribus posse, & à Iudice deferri debere, licet non petatur, si id expedire, & æquitati consentaneum esse cognouerit. Ita Alex. in cons. 53 col. vlt. lib. 1. Et hæc sententia videtur mihi verissima. Probatur autem tum ex legibus superiùs allegatis pro confirmatione secundæ sententiæ, tum ex eo, quòd Iudex interrogare potest litigatores in Iudicio, vbicunque æquitas id postulauerit. l. Vbicunque. ff. de Interrogatoriis actionibus. Tale autem Iuramentum perquàm simile videtur esse interrogationi. Etenim Iudex petit ab altero ex litigatoribus; an iureiurando affirmare velit verum esse, quod ipse in iudicio contendit. Quare nihil obstat regula l. 4. §. Hoc autem Iudicium ff. de damno infecto, cùm ad eruendam veritatem satis constet, Iudicem multa ex officio decernere posse. Vide Alex. in d. §. Hoc autem iudicium. n. 8. Nattam in cons. 166. n. 23. & Ias. in l. Vbi pactum. num. 11. & 12. C. de Transactio. Quòd vero litigator id petere possit, mihi videtur satis certum & exploratum, ea ratione, quòd nulla lege id prohibeatur, & quòd Iuris æquitati consentaneum appareat. Neque verò suspectum se reddit id postulans, cùm de causa propria contendat & litiget, nec periuratus præsumatur, & idipsum ex legibus didicerit, causas inopia probationum iureiurando decidi solere.

CAPVT XVII.

De tempore quo huiusmodi iusiurandum deferendum sit, controuersia dua.

CÆterum vt intelligatur, quo tempore deferendum sit huiusmodi iuramentum litigatoribus, duæ sunt breuiter expediendæ Doctorum controuersiæ. Vna, An post conclusionem, in causa peti à litigatoribus possit, vt deferatur? Altera, si ante conclusionem in causa petitum id non fuerit, vtrum à Iudice nihilominus deferri possit? Tractant has quæstiones Bartol. Bald. Salicet. & alij in l. In bonæ fidei. C. de reb. cred. & iureiur. Ias. in l. Admonendi, in repetitio. num. 318. eod. tit. Andr. Gail.

Geyll. practic. obser. l. 1. c. 108. Mascha. de Probati in. vol 2. concl. 956. n. 46. & 47.

Quod attinet ad primã, duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ, altera affirmans, altera verò negans. Affirmat Salicetus, quem multi alij sunt secuti. Negant Bartolus & Baldus, quibus non desunt adstipulatores.

Fũdamentum Saliceti est in l. Generaliter: C. de reb. cred. & Iureiu. *Omne igitur iuramentum*, inquit, *siue à Iudicibus, siue à partibus illatum, vel in principio litis, vel in medio, vel in ipso definitiua sententia, sub ipso Iudice detur.* Huc accedat ratio, quia litigator ante conclusionẽ in causa scire non potest, An iuramento suppletorio sit opus, sed id demum intelligit, cùm nil amplius probari & produci potest, quia videlicet in causa conclusum est.

Fundamentum autem Bartoli, Baldi & sequacium, illud est, quia post conclusionem in causa, nil amplius produci potest ad probandum. c. Cum dilectus. de fide instrum. Auth. At qui semel. C. de probatio. Ergo nec tale iuramentum offerri posse videtur, quia offertur ad supplendam probationem.

Ad d. l. Generaliter, respondent, eam loqui quando ante conclusionem in causa petitum est à litigatore tale iuramentum deferri. Id suadetur ex illis verbis textus: *Omne iuramentum, siue à partibus, siue à Iudicibus illatum, &c.* Ad rationem Saliceti, respondent, nihil impedire litigatorem, quò minus post publicatas attestationes, deliberare possit, an tali iuramento indigeat.

Mihi Saliceti sententia verissima esse videtur, non tamen eo argumento, quod ipse sumit ex d. l. Generaliter, quia non deciditur in in ea lege, Iuramentum peti posse, vt deferatur post conclusionem in caussa, sed hoc deciditur ea lege, siue initio caussæ offeratur iuramentum, siue in medio, siue in fine, illud esse ab eo subeundum, cui est delatum, ne si moriatur hæres, qui iurare non potest, ea probatione destituatur. Moueor itaque altero argumento, quo ipse vtitur, nempe ante conclusionem in caussa, deliberare non posse litigatorem an tali iuramento opus habeat. Non obstat quòd dicitur, eum deliberare posse post publicatas attestationes, quia id falsum est, cùm & post publicatas attestationes vsque ad conclusionem in causa multa produci possint. Moueor præterea hoc argumento, Omni tempore litigatori licet Iudicis officium implorare, vt id decernat, quod æquitatis ratio postulat, præsertim cum initio litis, omnis litigator petat sibi iustitiam administrari. Sed æquitatis ratio hoc postulat, vt in dubiis causis inopia probationum, causa, iureiurando delato, decidatur, vt patet ex d. l. Admonendi, & ex d. c. vlt. de Iureiurando. Ergo nil proponitur, cur omni tempore, litigator id petere non possit.

Ad contrariæ sententiæ argumentum respondeo. Nihil noui producere eum, qui iusiurandum sibi deferri postulat. Implorat enim Iudicis officium, & eum admonet, si causa dubia sit, & iureiurando decidenda, sibi potius, quàm Aduersario deferendum esse iusiurandum.

Quod attinet ad alterã quæstionem, duę similiter sunt contrariæ Doctorum sententiæ, altera affirmans, altera negans. Ego affirmantem sententiam, quæ in ipsa Imperiali Camera magis est recepta, teste And. Geyll. loco superius annotato, verissimam esse iudico. Primò, quia, vt in præcedenti dictum est, nec Litigatores, neque Iudices scire possunt ante conclusionem in caussa, Vtrũ iuramento suppletorio sit opus. Secundò, quia vbicunque æquitas suadet, Iudex interrogare potest. l. Vbicunque. ff. de interrogatoriis Actio. Tertiò, quia Iudex cuncta rimari & perquirere debet, vt pro Iustitia caussæ finem imponat. l. Iudices. C. de Iudiciis. c. Iudicantem. 30. quæst. 5. Quartò ex eo, quod habetur in c. Cũ Iohannes, de fide instrumentorum, in illis verbis. *Non obstante, quòd interrogatio à Iudice facta fuerit, postquam à partibus extitit in causa conclusum, cùm Iudex vsque ad prolationem sententia debeat vniuersa rimari, & possit interrogare de facto, quoties dubitationis aliquid occurrit.*

Contrariæ sententiæ argumenta nihil obstant. Primum est; nisi à parte petatur, tale iuramentũ deferri à Iudice non posse. Sed hæc sententia falsa est & confutata in præcedenti capite. Alterum est argumentum, quod post conclusionem in causa non sit amplius locus probationibus. Respondeo, id verum esse, si agatur de probationibus testium vel instrumentorum. Sed quò minus Iudex Iureiurando causam decidere possit, nihil impedire potest conclusio in causa, neque enim hæc est probatio litigatoris, sed iudicis, potius ad veritatem vestigandam prouisio.

CAPVT XVIII.

Cui deferendum sit Iuramentum suppletorium, Reo, an Actori.

NOn est prætereunda quæstio illa satis olim, & nunc etiam controuersa, cui sit deferendum iuramentum ex litigatoribus, quod suppletorium appellamus, Reo, an Actori. Sunt enim qui Actori, sunt qui Reo deferendum putant, sunt qui Iudicis arbitrio id mandent. Vide Iasonem copiosè disserentem hac de re in l. Admonendi, in repetitione. n. 314. ff.

de Iureiu. & Francis. Duaren. lib. 2. Anniuers. Disput. c. 33.

Qui esse deferendum Reo censuerunt, sequentibus argumentis vtuntur. Primum, ex d. l. Admonendi, vbi patet, Iuramentum delatum fuisse Reo. Secundum est ex c. vlt. eod. tit. vbi similiter Reo ad purgandam Innocentiam deferendum esse §. Pontifex mandat. Tertium illud est, quia fauorabiliores sunt rei quàm actores. l. Fauorabiliores. de reg. Iur. Quartum est, quia post publicatas attestationes non licet Actori nouos testes producere super eisdem capitulis, vt in Authen. At qui semel. C. de Probat. & in Clem. 1. de Testibus. Ergo multò minùs producere se ipsum in testem licebit, quod fit, cum iuramentum Actori defertur, & is iurat, videtur enim esse testis in causa propria, iuxta l. vlt. C. de Fideicomm.

Qui verò Actori putant deferendum, illud fundamentum habent, quòd defertur tale iuramentum ex inopia probationum. l. in bonæ fidei. C. de Reb. cred. & Iureiur. Hoc autẽ sic interpretantur, cum videlicet Actor semiplenè probauit, ita vt magna sit præsumptio contra Reum, tunc Actori deferendum est iuramentum, in supplementum ipsius probationis, quæ illi deest.

Tertiæ denique opinionis fundamentũ est in c. vlt. §. Sanè, de Iureiur. in illis verbis: *Nisi Iudex facti, & personarum circumstantiis consideratis, Actori deferendum esse putauerit.* Vnde S. Pont. indicare videtur, hanc rem ex arbitrio Iudicis pendere.

Ego hac in re sic statuo, Actori, qui semiplenè probauit, deferendum esse iuramentum in supplementum probationis, in causis pecuniariis, si Reus nil probauerit, quo Actoris intentio excludatur, vel obscuretur; & in locis, in quibus sum versatus, ita semper obseruaui, & ab aliis seruatum vidi, & hoc summã habet æquitatem, & rationem, quia ex semiplena probatione, facilè Iudex inducitur ad opinandum, meliorem esse Actoris, quàm Rei causam, cùm videt Reum nihil prorsus præstitisse duntaxat Actoris intentionem negare. Absoluere Reum non posse, nec debet, quia est penè conuictus; eundem condemnare simpliciter non debet, quoniam Actoris intentio plenè probata non est. Quid ergo faciat? Ex probationis inopia iureiurando caussam decidet d. l. In bonę fidei. At cui deferet Iusiurandum? Reóne? nequaquam, primò, quia iam suspicatur ipse Iudex, ac penè certus est, cum mentiri, & Actorem vera dicere; secundò quia nulla est ratio, vt potius Reo iuranti in causa propria credat, quàm Actori, qui iam de suo Iure aliqua ex parte docuit, & pro quo maior est præsumptio, quàm pro Reo. Deferet ego Actori potius. At cõtrà inquit Duarenus, Actore non probante Reus absoluitur. l. Qui accusare. C. de edendo. Concedo, si nil probauerit Actor. At hic probauit, licet nõ plenè. Quare si & iusiurandum eius accesserit, plena & sufficiens erit probatio, aut Duarenus cum legibus pugnet: quæ in dubiis causis ex inopia probationum iureiurando rem decidendam esse statuunt. Sed inquit Duarenus, Reo potius deferendum est ex dict. l. Admonendi, quæ hoc probat, non autem vulgarem illam opinionem, iuramenti suppletorij, vbi Actor semiplenè probauit. Respondeo illam legem hanc vulgarem opinionem non probare, sed alias leges, Nempe regulam generalem, d. l. In bonæ fidei. & tex. d. c. vlt. §. 1. de Iureiur. quatenus ibi Pontifex dicit: *Nisi Iudex Actori potiùs deferendum putauerit.* Si enim Actori deferendum aliquando est, hoc sanè in casu, quo semiplenè probauit, deferendum erit, sicuti communis sententia, & forensis vsus docet. Quòd si pares hinc inde sint probationes, & reus aliquid præstiterit, quo causa dubia red datur, nõ dubito, quin reo potius, quàm actori deferendum sit, authoritate d. l. Admonendi. & d. c. vlt. §. 1. de Iureiur.

CAPVT XIX.

De iuramento delato à parte parti, in Iudicio An recusari possit, si illud deferens nil probauerit.

SOlent etiam litigatores iusiurandum inuicem offerre in iudiciis. Vnde controuertitur, si Actor nil probauerit, & Reo iusiurandũ obtulerit, an is iurare compellatur aut soluere, nisi iusiurandum referre maluerit. Affirmant Paul. Castr. in l. Iusiurandum & ad pecunias. §. Ait prætor. ff. de Iureiur. Alexan. & Ias. in l. Manifestæ. ff. eod. Duarenus in comment. ad tit. de Iureiur. cap. 3. Negant verò Specul. Socin. & alij, quos commemor. Mascard. de probatio. volum. 2. conclus. 657. num. 7. Ego affirmantem sententiam amplectendam censeo, multarum legum authoritate. In primis ex l. Tutor. ff. de Iureiur. *Tutor Pupilli*, inquit Paulus, *omnibus probationibus deficientibus iusiurandum deferens audiendus est.* Secundo, ex l. vlt. C. de fideicommiss. vbi hæres iurare compellitur, si fideicommissum aliunde probari non possit. Tertiò, ex l. Generaliter. C. de Rebus cred. & Iureiur. vbi dicitur, etiam in principio causæ (quo sanè tempore nondum est probatum) iusiurandum offerri posse. Quartò, ex l. vlt. §. Licentia. C. de Iure deliberandi. Quintò, ex l. Manifestæ. ff. eod. tit. vbi non distinguitur, an Actor probauerit, nec ne, sed manifestæ turpitudinis confes-

confessionis esse dicitur, nolle iurare, aut iuramentum referre. Nam is, cui iuramentum offertur testis, & Iudex in propria causa constituitur, vt in l. vltima. C. de fideicommissar. Quare, si iurare recuset, confiteri videtur, se malam causam habere. Postremò, ex l. Delata. C. de rebus cred. & iureiur.

Primum argumentum contrariæ sententiæ, Actore non probante Reus absoluitur, & si nihil præstiterit. l. Qui accusare. C. de edendo. c. vlt. de iureiurando. Respondeo. Verum est in hoc sensu, quòd videlicet, Reus nihil probare tenetur, Veruntamen, si iusiurandum offeratur, tenetur iurare.

Secundum argumentum. Si Actor plenè probauerit, non tenetur iurare, licet ei offeratur iuramentum à Reo. c. 2. de probatio. Ergo neque reus iurare tenetur, vbi Actor nil probauit. Respondeo, hæc esse dissimilia, quia cùm Actor plenè probauit, iam de iure suo docuit, nec iuramento indiget, quia causa est satis liquida, sed vbi nihil probauit, & is contendit sibi deberi, reo id negãte, res est dubia. Vnde iureiur. oblato decidenda est.

Postremum argumentum: Probationes non sunt sumendæ de domo Rei. l. Nimis graue. C. de testibus. Sed hic sumuntur, si Reus cogatur iurare. Ergo. Respondeo, non sumuntur probationes, sed Iudex & Testis efficitur in causa propria ipse reus. Quòd si recuset, in manifesta turpitudine & confessione versatur. Præsertim cum possit illud referre. Vnde de iniuria conqueri non potest. l. iusiurandum & ad pecunias. ff. de iureiuran.

CAPVT XX.

De eodem iuramento. Vtrùm, si Reo offeratur ab Actore, qui conatus est suam intentionem aliter probare, & non probauit, sit necessariò subeundum?

SEd & controuersi Iuris est. Actor probare conatus est suam intentionem, & non probauit, quamobrem iuramentum ei detulit. Vtrum is iurare teneatur, aut iusiurandum referre. Etenim affirmant reum teneri complures Doctores, quos secutus est Senatus Pedemont. dec. 97. apud Osascum, & nouissimè apud Antonin. Thessaur. decis. 93. Nec non alij, quos commemorat Maschar. de probatio. vol. 2. concl. 957. nu. 9. Cæterùm negant Ripa ad l. Admonendi n. 65. ff. de Iureiur. Deci. in c. 2. probatio. Socin. sen. in consl. 184. lib. 1. Natta in consl. 35. & alij a Maschardo citati, loco proximè annotato.

Sed mihi verissima videtur prior sententia, primò: quia leges, quibus constitutum est, vt is, cui Iuramentum defertur ab Aduersario illud subire cogatur, aut referre. Nempe l. Manifestæ ff. de Iureiur. l. Delata. C. eod. tit. Hæ inquam leges nulla distinctione vtuntur, vtrũ is, qui iuramẽtum offert nixus fuerit probare, necne. Secundò, quia legis ratio æque viget, vtroque casu, quòd videlicet manifestæ turpitudinis & confessionis sit, vbi in causa propria, testis, & Iudex aliquis efficitur, oblato sibi Iureiurando, nec iurare velle, nec Iusiurandum alteri referre.

Nec me mouet contrariæ sententiæ fundamentum, quod est positum in l. Si quis iusiurandum. C. de Reb. cred. & Iureiur. Etenim ille textus loquitur de eo, qui à principio Iusiurandum obtulit, deinde pœnitentia ductus, cùm speraret se probationes habiturum, illud reuocauit, tandem cùm se probationibus quoque destitutum animaduerteret, ad iuramentum iterum redire volebat. Talis inconstantia & variatio nequaquam toleranda est. Vnde meritò tale iuramentum recusari potest. De hac specie, nos non loquimur, sed de eo, qui simpliciter conatus est probare, nec plus quam semel variauit, imò, ne variauit quidem, cùm & ab initio fortassis animum habuerit iuramentum offerendi, si probationes deficerent. Sanè adferuntur alia nonnulla, sed leuiora argumenta, quòd videlicet, Actore non probante, reus absoluendus sit, & similia, quibus ex his, quæ dicta sunt in præcedenti capite, responsio patet.

CAPVT XXI.

Vtrum, si locus relationi iuramenti non sit, delationi tamen locus esse queat?

ALiquando accidit, vt iuramentum referri non possit, veluti cum is, qui illud offert, veritatis, ac rei gestæ ignarus est. Nam si is iusiurandum Aduersario offerat, Aduersarius verò illi referat, iustam habet recusandi causam: Vnde quæritur, An sicut relatum iusiurandum recusari potest hoc in casu, ita etiam & delatum. Hæc est celebris controuersia, de qua responderunt Aymo. Crauetta in cons. 203. & Marcus Antonius Natta in consi. 35. Crauetta respondit iuramentum delatum recusari non posse, licèt referri non possit: Contrarium respondit Natta, si referri non possit, nec deferri posse. Posterioris huius sententiæ, illud est argumentum, quòd leges de tali iuramento verba facientes, plerunque delationi, relationem coniungunt, vt nempe is, cui iuramentum defertur, illud referre possit. l. Iusiurandum. §. ait Prætor. ff. de Iureiuran. leg. Manifestæ. ff. eodem titulo l. Delata. C. eod. tit. Et quod caput est, ait l. Iusiurandum & ad pecunias. ff. eodem titulo.

In omni causa iusiurandum permitti, quia de iniuria conqueri non potest is, cui defertur, cùm possit illud referre. Igitur si referre non possit, vt in proposita quæstione, nec deferri posse videtur.

Sed mihi probabilior Crauettæ sententia videtur, quæ crebriori etiam Doctorũ calculo probatur, vt patet ex Menoch. de Arbitr. Iud. casu 189. & in Maschardo de probatio. vol. 2. concl. 957. num. 16.

Probatur hæc sententia primùm argumento sumpto ex l. Iusiurandum. 34. §. Non semper. ff. de Iureiur. vbi habetur, iurandum esse ab eo, cui offertur iusiurandum, licèt illud referri nõ possit ad illum modum quo delatum est: *Non semper autem*, inquit, *consonans est per omnia referri iusiurandum quale defertur, &c.*

Secundò probatur, quia etiam hoc in casu viget ratio æquitatis, nempe, quòd turpiter quis recuset testimonium ferre in causa propria fateríque videatur se malam causam habere, cùm iurare non audeat.

Tertiò, quia nõ desunt alij casus, in quibus referri non potest iuramentum, & tamen deferri potest, vt in l. Marcellus. §. 1. de actione rerum amotar. & in c. vlt. de iureiur.

Ad Argumentum Nattæ respondeo, regulariter quidem esse coniunctam relationi delationem, sed tamen si contingat, vt relationi locus esse non possit, non ideo tamen negandum est, locum esse delationi. Non obstat illa ratio, quòd videlicet conqueri non possit is, cui defertur, cùm possit illud referre, quia cũ referri potest, sine dubio maior est æquitatis ratio, sed tamen etsi referri non possit, illa ratio non cessat, quod turpiter recusetur iusiurandum, cùm in causa propria Iudex & testis is, cui offertur, efficiatur. l. vlt. C. de fideicom. miss. l. 1. ff. Quarum rerum actio non datur.

CAPVT XXII.

Vtrum Iuramentum excusari possit, vbi periculum est, ne periurium detegatur?

VBi periculum est, ne periurium detegatur, puta, si quis testes produxit, deinde aduersario iuramentũ offerat, non desunt, qui existimant, iuramentum recusari posse. Ita decidit Senatus Pedemontanus dec. 11. Osaschi, & decis. 93. Tessauri Fundamentum est in Bartoli doctrina, qui id notat in l. Iusiurandum quod ex conuentione. §. vlt. n. 4. ff. de Iureiur. Sed pace tantorum virorum perquam absurda mihi videtur hæc sententia: vnde magis assentior contrarium docentibus, videlicet Crauettæ in cons. 207. & Maschardo de probation. volumine secundo conclus. 957. circa fin. In primis. n. satis constat, leges hoc præcipere, vt quis non falsum, sed verum iuret, quamobrem, si verum iurauerit is, cui offertur iusiurandum, non est quod metuat, ne periurium detegatur. Nam si testium depositiones obiiciantur, respondere poterit, postquam iuratum est, non aliud quærendum esse: An debeat, nec ne. l. Quinta §. Dato. ff. de Iureiur. Si periurii arguatur ex testibus, respondere poterit, se quoque testes, & alias probationes producere potuisse, nisi placuisset causam iureiur. decidi. Deinde fieri vix potest, vt post exhibitas probationes, Iusiurandum quis offerat Aduersario, nisi probationibus ipsis magnoperè diffidat, ac timeat, ne Aduersarius ipse contrariis testibus, & probationibus eum superet. Quare magis suspicari licet, eum, qui iusiurandum offert, metuere, ne suorum testiũ detegatur falsitas, quàm eum, cui offertur, de periurio sollicitum esse, ne detegatur. Authoritas verò Bartoli nihilo plus suffragatur, quàm aliorum. Nulla sanè lex à contraria opinione facere potest. Ab hac verò nostra, generalis militat ratio legis, nimirum manifestæ turpitudinis esse, nolle aut iurare, aut iusiurãdum referre. Et eum, cui offertur Iusiurandũ, aut iurare oportere, aut soluere, nisi referre maluerit. l. Manifestæ. ff. de iureiuran. l. Delata. C. eod. tit.

CAPVT XXIII.

Vtrum à sententia Iudicis, Iureiurando causam decidentis, liceat appellare?

CErtum est eum, qui iusiurandum detulit, appellare non posse, vt habetur in l. Generaliter. §. Sin autem. C. de Reb. credit. & Iureiu. E contrario verò constat eum appellare posse, cui iuramentum est delatum, si videlicet illud præstare recusauerit, ac proinde ad soluendum condemnatus fuerit. Ita enim est decisum in d. §. Sin autem. Cæterùm, an si is, cui iuramentum offertur, Aduersario suo illud referat, atque is iuret, & eius iuramentum Iudex secutus, ipsum, qui retulit, condemnet, vtrum is appellare possit à sententia Iudicis, non satis constat. Etenim appellare eum posse censuerunt Petrus & Cynus in d. §. Sin autem. Imola in c. vlt. numero 4. de Iureiur. & alij quos refert & sequitur Osaschus, decis. Pedemont. 60. Horum fundamentum est in regula generali. quæ dictat ab omni sententia permissam esse appellationem. l. Et in maioribus. C. de appellatio. Nec obstat text. in d. §. sin autem, quia negat appellandi licentiam ei qui iuramentum detulit. Rectè, & summa ratione.

Nam

Nam is sponte elegit hanc viam, vt Iureiur. causa definiretur. Is verò, cui offeretur iusiurandum, non sponte illud refert deferenti, sed necessitate quadam impulsus, ne videlicet, ipse iurare cogatur, aut soluere.

Cæterùm contrariam sententiam veriorem esse non dubito, quam Salicetus in d.l. Generaliter, post Ioannem & Azonem est secutus. Probatur primò, quia eadem ratio est in referente, quæ in deferente. Nam & ipse elegit hanc viam sponte, vt Aduersarij testimonio & iuramento causa decidatur, cùm liberum ipsi fuisset iurare, Iudéxque & testis in propria causa esse, quamobrem de se queri, non de Iudice debet. Secundò certum est: Iusiurandum hoc, speciem esse transactionis, & maiorem Authoritatem habere, quàm res iudicata. l. 1. ff. de Iureiur. Ergo appellare non licet, quemadmodum nec licet aduersus transactionem supplicare. l. Causas & lites. C. de Transactio. Tertiò, Iureiurando præstito, nil aliud quæri debet, nec sententia retractari prætextu periurij potest. l. 5. §. Dato. ff. eod. titul. l. 1. C. de Reb. credit. & Iureiuran. Frustrà ergo appellatur. Quartò, si iureiurando causa sit inter partes transactione finita, illa retractari non potest, etiam sub prætextu instrumenti de nouo reperti. l. Admonendi in fi. ff. de iureiuran. Ergo nec appellatione interposita retractari poterit. Legatarium iurantem excipio, quando scilicet ex testamento constat, legatum non esse relictum, tunc enim detecto periurio, sententia retractatur, & repeti potest, quod solutum est. l. vlt. C. de rebus credit. & Iureiur. Ratio est, quia tale iuramentum, vt dictum est, speciem transactionis continet. De his autem, quæ ex testamento pendent, non aliter transactio valet, quàm inspectis & cognitis verbis testamenti. l. De his. ff. de transactio. Ad argumentum in contrarium, patet responsio ex præmissis, quia vt dictum est, eadem ferè ratio est in referente, quæ in deferente.

CAPVT XXIV.

Vtrum Procurator in causis criminalibus ad defendendum admittatur?

ALexander Imperator in l. 3. C. de Accusationibus scribit in hæc verba: *Reos capitalium criminum absentes, etiam per Procuratorem defendi, legibus publicorum Iudiciorum permittitur.* Sed contrarium docet Iurisconsultus in l. penult. §. Ad crimen. ff. de public. Iudic. *Ad crimen,* inquit, *Iudicij publici persequendum frustra Procurator interuenerit, multóque magis ad defendendum.* & in l. 1. ff. An per alium causæ appellationis reddi possint. *Si autem,* inquit, *non sit pecuniaria causa sed capitalis per Procuratorem agi non licet.* & in l. Miles qui. §. Ea quæ. ff. ad l. Iul. de Adulterio, *Ea quæ inter reas adulterij recepta est, absens defendi non potest.* Prima est solutio Accursij, reos defendi posse per Procuratores, quantum ad hoc, vt eorum absentiam excusare Procuratores possint, non autem quantum ad hoc, vt innocentiam defendere possint. Eiusdem sententiæ videri potest Iacobus Cuiacius lib. quinto sententiarum Pauli, tit. 16. dum ait in textu l. Seruum quoque. §. Publicè ff. de Procurator. legendum esse: *Absentiam excusantem,* non autem, *Innocentiam excusantem.* Neque enim innocentia excusatione eget, & ad absentiam tantùm excusandam Procurator admittitur, non ad innocentiam ostendendam.

Sed huic expositioni obstat, quod ipsemet Cuiacius adfert, lib. 20. Obser. cap. 20. *Quod ait,* inquit, *l. 3. C. de Accusatio. Reos capitalium criminum absentes, etiam per Procuratorem defendi, leges permittere publicorum iudiciorum, vulgò accipiunt de absentia reorum tantùm, vt possint redditis iustis causis defendi & excusari, non etiam integra causa agi: qua interpretatio coacta nimis est, & improbabilis. Nec enim, si de absentia tantùm excusanda sensisset, absolutè dixisset, defendi, quo verbo significatur plena defensio.* Sic ille.

Secunda est solutio Bartoli in d.l. Seruum quoque §. Publicè Procuratorem admittendum esse ad innocentiam rei absentis ostendendam, sed non ad totam causam peragendam. Eandem sententiam probat Castrensis ibid. Nec non Menoc. de Arbi. Iud. q. 80. & 98. ibi.

Sed obstat huic interpretationi, quod text. in d. §. Ad crimen dicit, *frustrà Procuratorem interuenire, multò magis ad defendendum.* & idem dicit text. in d.l. Miles qui. §. Ea quę. Defenditur autem is, cuius innocentia demonstratur.

Tertia est solutio Brissonij lib. singul. de Adulter. in verbo: Ne quis in reos, circa finem: *Ad crimen publici Iudicij persequendum,* inquit, *frustrà Procuratorem interuenire, multóque magis ad defendendum, Ciuilis constitutio est. Cui tamen refragari Alexandri rescriptum creditur, quod ita est, &c. Sed non omnia,* inquit, *capitalia crimina Iudicij publici sunt. Igitur in priuatorum criminum causis defensor rectè interuenit, in publicis Iudiciorum criminibus, non rectè interuenerit.*

Verùm obstat huic sententiæ tex. in d. Seruum quoque §. Publicè, vbi dicitur, in capitalibus Iudiciis Procuratorem admitti ad defendendum reum, vbicunque absens damnari potest. Sed in publicis Iudiciis capita-

libus Reus abſens damnari poteſt, ſicuti explicat Cuiac. lib. 20. Obſeru. cap. 20. Ergo & in his publicis criminibus defendi poterit. Obſtat ſecundò, quòd Imperator Alexander in d.l. 3. dicit, leges Iudiciorum publicorum permittere, vt reus per procuratorem defendi poſſit. Si enim leges publicorum Iudiciorum id pemittunt, ſequitur dicendum, & in publicis criminibus id permittere.

Ego exiſtimarem has leges ſic conciliari poſſe, vt, quod attinet ad d.l. 3. C. de Accuſatio. & ad leg. Seruum quoque. §. publicè. ff. de Procuratoribus, accipiendæ ſint illæ de reis abſentibus, vt videlicet in cauſis capitalibus per Procuratorem defendi poſſint, vbicunque damnari poſſunt. Quod verò attinet ad tex. in l. pen. §. Ad crimen. ille intelligendus ſit de Reo non abſente, ſed præſente, neque enim textus mentionem facit rei abſentis, ſed duntaxat dicit, fruſtrà Procuratorem interuenire ad defendendum, quod ego ſic intelligo, ſcilicet ad defendendum eum, qui preſens eſt. Nam reus præſens auditorio adeſſe debet, non autem Procuratorem mittere, ac ipſe ſe ſubtrahere, vt in l. 1. ff. an per alium cauſæ appel. reddi poſſint, ibi: *Sed etſi ex cauſa ſit, &c.* Vnde ſtatim ſubdit Iuriſconſultus, ſed excuſationes abſentium ex Senatuſconſulto, iudicibus allegantur, & ſi iuſtam rationem habent, ſententia differtur. Nihil ergo aliud vult ille textus, niſi cauſas publicorum criminum agitari non poſſe per Procuratores, ſiue agant, ſiue defendant id, quod etiam docet Iuriſconſultus in dict. l. ff. An per alium cauſæ appellationis reddi poſſint. Vtrum autem in ſpecie reus abſens defendi poſſit per Procuratorem, non decidit ibi Iuriſconſultus, ſed hoc deciditur ab Alexandro Imperatore in d.l. 3. & à Iuriſconſulto, in d. §. publicè, quamobrem dictæ leges non ſunt contrariæ, ſed vna ponit regulam, altera exceptionem. Regula eſt iſta. Cauſæ publicorum criminum per Procuratorem agi non poſſunt, ſiue agant, ſiue defendant reum. Exceptio verò hæc. Reus tamen abſens per Procuratorem defendi poteſt, quoties damnari poteſt: quia publicè vtile eſt, abſentes à quibuſcunque defendi, vt in d. §. Publicè.

Quòd verò attinet ad text. in l. Miles qui. §. Ea quæ. ff. de Adulteriis. Illa eſt præclara & vera ſolutio, quam adfert Cuiacius libro 20. obſeru. cap. 20. Quòd videlicet, in capitalibus criminibus reus abſens defendi poſſit, vt in dict. l. 3. C. de Accuſatio. Sed crimen adulterij non erat eo tempore capitale, ſicuti optimè probat idem Cuiacius ad l. 8. ff. de Tranſactio. & lib. 20. Obſeru. cap. 28. & lib. 21. cap. 27. nec non Briſſonius lib. ſingul. de Adulter. ca. 2. & ſatis patet ex l. Si quis viduam. ff de quæſtio.

Cæterum Hermannus Vulteius ſcholaſt. diſceptatio. lib. ſingul. cap. 11. perpendit contra ſolutionem iſtam textum in d.l. Seruum quoque. §. Publicè. Primò, dum inquit: *Nam & in capitalibus Iudiciis defenſio datur, &c.* Ergò inquit etiam in Iudiciis non capitalibus danda erit, quia illa dictio, *Et*, videtur ampliare & extendere. Secundò, dum inquit tex. *Vbicunque itaque abſens quis damnari poteſt, ibi quemuis verba pro eo facientem, & innocentiam excuſantem audiri æquum eſt.*

Reſpondeo, ex illa dictione (*Et*) non rectè deduci illã cõſequentiam, quia hæc eſt ſẽtentia Iuriſcõſulti. Publicè vtile eſſe abſentẽ dẽfẽdi. Probatur hæc ſẽtẽtia à Iuriſcõſulto. Nã & in capitalibus Iudiciis inquit defẽſio datur.

Quòd autem in Iudiciis non capitalibus defenſio detur, non infertur ex illis verbis. Quòd verò ſubdit textus: *Vbicunque ergo abſens damnari poteſt, &c.* Non ita generaliter accipiendum eſt, ſed de Iudiciis capitalibus tantum, de quibus ibi eſt ſermo. Reos enim capitalium criminum abſentes per Procuratorem defendi legibus publicorum Iudiciorum eſt permiſſum. Reos autem criminum non capitalium defendi poſſe, nulla lege demonſtrari poteſt, & contrarium indicat text. in dicta lege Miles qui §. Ea quæ. ff. de Adulteriis.

CAPVT XXV.

Vtrum Abſens defendi per Procuratorem poſſit in criminibus publicis, quibus pecuniaria pœna eſt conſtituta?

IN criminibus publicis, quibus pecuniaria pœna eſt impoſita, defendi abſentem reum per Procuratorem non poſſe, cenſuit Angel. in l. penult. §. Ad crimen. ff. de publicis Iudiciis. & eum ſecutus Menoch. de Arbitr. Iud. quæſt. 80. n. 5. Fundamentum eſt in d. §. Ad crimẽ, vbi generaliter eſt cõſtitutum in publicis criminibus, fruſtrà Procuratorem interuenire, & multò magis ad defendendum. Sed iſtis ego non aſſentior, quin potiùs contrariam ſententiam amplector, quam ſecutus eſt Marian. Socin. in c. Veniens. num. 68. de Accuſat. Moueor in primis authoritate l. 1. ff. An per alium cauſæ appellationis reddi poſſint, in illis verbis: *Planè ſi pecuniaria cauſa eſt, ex qua ignominia ſequitur, poteſt & per Procuratorem hoc agi.* Secundò moueor ex eo, quod habetur in l. Tunc conuenit. C. de Accuſat. ibi: *Licèt in pecuniarijs cauſis per Procuratores litẽ ſubſtineant.* & l. 3. C. vbi Senatores vel Clariſſimi. ibi: *Crimen quidem publicum, priuatúmve, cui*

tamen

tamen per Procuratorem respondere liceat. His enim verbis innuit textus, aliqua esse publica crimina, in quibus Procurator interuenire potest. Postremo moueor ea ratione, quod vbi pœna est duntaxat pecuniaria, cessat causa propter quam per Procuratorem agi non potest, sed ipse reus præsens auditorio adesse debet. Nam illa est causa, quia vbi agitur de pœna capitis, vel alia corporali, sententia Iudicis reddi posset elusoria, nec executioni mandari posset: In procuratorem enim non esset executioni mandanda, quoniam ipse non deliquit, contra Reum autem absentem, non facile executioni mandaretur, quoniam in Iudicis potestate non esset.

Respondent contrariæ sententiæ Authores, argumenta ista, locum sibi vindicare in criminibus priuatis, non autem in publicis, in quibus specialiter est constitutum, vt Procurator non interueniat. Sed, vt mihi videtur, text. in dict. §. Ad crimen, quod vnicum est contrariæ sententiæ firmamentum, recipere hanc potius interpretationem debet, vt non procedat, vbi pœna est pecuniaria, quia in pœnis pecuniariis Procuratorem admittendum esse constat, quàm è diuerso leges, quibus probatur, in pecuniariis pœnis causas agi posse per Procuratorem interpretari debeant: vt non procedant in publicis criminibus. Est enim magis congruum, vt locus clarus declaret ac interpretetur obscurum, quàm contra.

CAPVT XXVI.

Quid statuendum sit in criminibus, quibus pœna relegationis est constituta.

CÆterum in criminibus, quibus pœna relegationis irrogatur, Procuratorem admitti posse, ad reum absentem defendendum censuerunt Marian. Soci. in c. Veniens. col. 21. vers. Decimo quæro. de Accusatio. & alij, de quibus per Clarum, in §. fina. quæst. 32. versic. Hinc est. & per Menoch. de Arbitr. Iud. quæstio. 80. num. 86. Horum argumenta hæc sunt. Primum, quia vbi pœna corporalis non est imposita, secundum communem Doctorum sententiam, Procurator est admittendus, quasi cessare videatur illa ratio, quæ prohibet Procuratorem admitti. Sed pœna relegationis nō est corporalis, vt patet. Igitur &c. Secundum, Vbicunque absens damnari potest, defendi etiam per Procuratorem potest, l. Seruum quoque. §. Publice. ff. de Procuratoribus. Sed absens damnari pœna relegationis potest. l. Absentem. ff. de pœnis. Ergo & per Procuratorem, defendi poterit. Tertium argumentum sumitur ex l. 1. ff. An per alium causæ appellationis reddi possint, in illis verbis: *Sed etsi ea causa sit, ex qua sequi solet pœna vsque ad relegationem, non oportet per alium causas agi, sed ipsum adesse auditorio debere, sciendum est* Illa dictio (*vsque*) stat exclusiuè, ita vt sensus sit: In omnibus pœnalibus Iudiciis Procuratorem reiici, excepto Iudicio, pro quo sola indicitur relegationis pœna. Quòd si illa dictio staret inclusiuè, pœna relegationis enumeraretur inter pœnas capitales, atque ita æquipararetur pœnæ damnationis in metallum, quod falsum est.

Sed horum sententiæ ego non assentior, quin potius contrariam amplector, in qua fuerunt Vltramontani Doctores, quos refert, & sequitur Rubeus Alexandrinus. in l. penultim. §. Ad crimen. numer. 127. ff. de publ. Iud. & Robertus Aurelianus lib. 2. sententiar Iur. cap. 3. Moueor in primis authoritate l. vltim. Codice de Iniuriis. vbi specialiter est cōstitutum fauore personarum illustrium, vt in causa iniuriarum criminaliter mota, defendi per Procuratorem possint, quo quidem in casu pœna est relegationis constituta, iuxta l. vlt. ff. eodem titul. ex hoc enim infertur, alios qui non sunt illustres, defendi non posse in tali causa.

Secundò moueor authoritate l. Miles qui §. Ea quæ. ff. Ad legem Iuliam de Adult. vbi patet, in crimine Adulterij, reum absentem defendi non posse per Procuratorem, & tamen constat eo tempore, Adulterij pœnam plerúmque relegationis fuisse, sicuti declarat Cuiac. lib. 20. obseru. capit. 26. & lib. 28. capit. 17. nec non Brissonius libro singul. de Adult. capit. 2.

Tertiò moueor authoritate l. 1. ff. An per alium causæ appellationis reddi possint, in illis verbis: *Sed etsi ea causa sit, &c.* Neque enim video, quomodo illa dictio, *Vsque*, stare possit exclusiuè, & non potius includat ipsam relegationem. Nam si relegationem non includeret, sequeretur Iurisconsultum istud velle, vt si pœna sit minor relegatione, Procurator non admittatur, si verò imponatur pœna ipsa relegationis, velle, vt admittatur, quod certè absurdum esse videtur. Nec ex hac interpretatione sequitur, relegationis pœnam censeri capitalem, nam cùm Iurisconsultus dixisset, causas capitales agi non posse per Procuratorem: ne quis existimaret causas non capitales quibus tamen non pecuniaria pœna est constituta, sed relegationis, agi posse per Procuratorem, statim subdit, *Sed etsi ea causa sit, ex qua sequi solet pœna vsque ad relegationem, non oportet per alium causas agi*, postea de pecuniaria causa agens per Procuratorem agi posse respondit. Hic videtur mihi verus & germanus sensus dictæ legis.

Ad argumenta in contrarium, reſpondeo. Ad primum. Nego communem illam ſententiam locum habere poſſe in pœna relegationis: ſed locum habet duntaxat in pœnis pecuniariis.

Ad ſecundum reſpondeo, tex. in d. §. Publicè. accipiendum eſſe de cauſis capitalibus, ſicuti dictum eſt in c. 24.

Ad tertium reſpondeo d. l. 1. ſecundum verã interpretationem, huic noſtræ ſententiæ, maximè fauere.

CAPVT XXVII.

Vtrum confeſſus ſe hominem occidiſſe ad ſui defenſionem, pœna homicidij condemnandus ſit.

TRactant hanc quæſtionem Panorm. in ca. Auditis. de præſcript. circa finem. Decius in c. Cùm venerabilis. nu. 20. de exceptio. Socin. ſen. in l. Non vtique. ff. de exceptio. Anton. Gabr. commun. concl. tit. de Maleficiis. concl. 19. n. 7. & Franciſcus Sarmient. l. 1. Selectar. interpret. c. 1. nu. 11. Et in ſumma, ſi probari non poſſit ea qualitas defenſionis neceſſariæ, ſunt qui dicunt, confeſſum eſſe capite plectendum, alioqui verò in mitiorem pœnam procliuiores ſunt.

Huius poſterioris, atque benignioris ſententiæ fundamentum ſtat in eo, quod capitalis ſententia, in quenquam ferri non poteſt, qui non ſit plenè conuictus, vel confeſſus, ita enim Conſtantinus ſtatuit, in l. Qui ſententiã. C. de pœnis. Sed hic non videtur plenè confeſſus homicidium, quia non purè & ſimpliciter confeſſus eſt: ſed ea adiecta qualitate, quòd nimirum illud ad ſui neceſſariam defenſionem commiſerit.

Prioris autem ſententiæ ſeuerioris illud eſt argumentũ, quod homicidium, vtpote grauiſſimum crimen præſumitur eſſe dolo cõmiſſũ: ac proinde, qui allegat ad ſui excuſationem, caſu, & non animo occidendi illud perpetraſſe, probare debet iſtud ipſum, quod eſt fundamentum ſuæ excuſationis ac defenſionis, vt in l. 1. C. Ad legem Corneliam de Sicar. ibi: *Qui probauerit non occidendi animo, hominem à ſe percuſſum eſſe, remiſſa homicidii pœna, &c.* & in c. de præſumptio. *Sicut noxius eſt*, inquit, *qui mittit lanceas & ſagittas in mortem, ita vir fraudulenter nocet amico ſuo, & cùm fuerit deprehenſus, dicit, ludens feci.* Idem probat text. in l. Si non conuicij. C. de iniuriis.

Opinor ipſe, vnà cum Alberico, & quibuſdam aliis antiquis, quos in loco annotato cõmemorat Sarmiẽtus, hanc quæſtionem ex facti & perſonarum circunſtantiis definiendam eſſe. Nam ſi is, qui hominem occidit, fuerit vir probus, non rixarum amans, ſed qui conſueuerit honeſtè viuere, & alterum non lædere, occiſus verò contrà, rixoſus ſit, nec vitæ admodum laudabilis, hoc in caſu, nunquam in capitis pœnam conſentire poſſem. Cæterùm, ſi occidens contra eſſet vir malus, vitiis & malis artibus deditus pœnæ capitali eum facilè adiudicarem. Si coniecturæ omnes ceſſarent, atque in obſcuro res eſſet, nec vlla ex parte aliquod eluceret argumentum neceſſariæ defenſionis priorem ſententiam, licèt magis ſeueram, amplectendam putarem, authoritate earum legum, quæ ſunt allatæ. Nam ſi ſola excuſatio & allegatio neceſſariç defenſionis, abſque vlla probatione ſufficeret ad capitis pœnam euadendam, multi eam euaderent, non abſque magno Reipubl. detrimento. Pauci enim ſunt homicidæ ac ſicarij, qui non aliquam prætexant excuſationẽ ſuis facinoribus. Quare hominum malitiis ac ſceleribus via obſtruenda potiùs, quàm aperienda eſt.

CAPVT XXVIII.

Quid ſi non conſtat de corpore delicti, vt vocant, an confeſſus condemnadus ſit.

ET ſi non conſtet maleficium perpetratum eſſe, ſiue, vt Doctores noſtri loquuntur, de corpore delicti non conſtet, confitentem nihilominus condemnandum eſſe reſpondit Alexand. in conſ. 19. lib. 7. & Ruin. in conſ. 80. li. 4. quorum illud eſt argumentum, quòd leges non adhibita illa diſtinctione, an conſtet, vel non de corpore delicti, confitentem eſſe condemnandum, ſtatuũt, vt in l. Qui ſententiam. C. de pœnis. in l. Seruos. Co. ad legem Iuliam. de vi. in l. Si quis in hoc genus. C. de Epiſcop. & Cleri. in leg. Inter pœnas. ff. de Interdict. & Relegatis. Huc accedat, quòd ſi hoc prius cõſtare oporteret, ſæpe accideret, vt delicta remanerent impunita, quòd non ſemper delicti veſtigium remanere poteſt. Denique in l. Inde Neratius. §. vlt. ff. ad legem Aquiliam. Ait Iuriſconſultus: *Non eſſe damnandum eum, qui dicitur hominem occidiſſe, ſi paratus ſit docere eum viuere*, vnde à contrario ſenſu, damnandus erit, ſi id non probauerit, & ſic neceſſe non eſt probare delictum ipſum fuiſſe commiſſum, ſed qui confitetur, eſt puniendus, niſi probet contrarium, hoc eſt, non fuiſſe commiſſum.

Sed contraria ſententia mihi magis probatur, quæ communis eſt, vt patet ex Claro, in §. fi. quæſt. 55. verſ. Poteſt etiam. & in Mynſingero obſeru. 18. cent. 3.

Probatur hęc ſententia primùm, ex l. 1. §. Diuus. ff. de quæſtio. ibi: *Confeſſiones reorum pro*

explo-

exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instituat Secundo, ex l. 1. §. Item illud. ff. Ad Syllanianum, ibi: *Nisi constet aliquem esse occisum, non haberi de familia quæstionem. Liquere igitur debet, scele e interceptum, vt Senatusconsulto locus sit.* Tertiò, ex l. Inde Neratius. §. vlt. ff. ad legem Aquiliam, ibi: *Cæterum occisum esse hominem à quocunque oportet.* Quarto, ex l. 4. ff. de Confessis. ibi: *Si tamen occisus sit homo, ex confessione sua tenetur.*

Ad primum argumentum respondeo, leges, quæ simpliciter dicunt, ex confessione quempiam esse damnandum, interpretandas esse ex aliis legibus, quibus dicitur necesse esse, vt constet hominem, scelere interemptum esse, & sic delictum fuisse admissum.

Ad secundum respondeo, sententiam communem locum non habere in his criminibus, quę post se vestigium non relinquunt, in quibus casibus, fama publica, querela partis offensæ, & quæuis alia coniectura sufficit, vt dicatur constare de corpore delicti.

Ad tertium respondeo, sumi non posse illud argumentum à contrario sensu, quia verba sequentia textus refragantur, dum dicit: *Cæterum occisum esse hominem à quocunque oportet.*

CAPVT XXIX.

Verum ex præsumptionibus aliquis damnari possit in iudiciis criminalibus.

VTrum ex argumentis & præsumptionibus Reus, qui neque confessus, neque cōuictus est, damnari possit, & quid de eo sit statuendum, non est eadem omnium sententia. Nam sunt qui putant, eum esse damnandum, non tamen ordinaria delicti pœna. Nec desunt, qui absoluendum putant: sunt & qui pœna ordinaria afficiendum esse docent. Vide Franciscum Sarmientum lib. 1. selectar. Interpret. cap. & Menoch. de præsumpt. lib. 1. quæst. 79. n. 19. & seq.

Fundamentum prioris sententiæ positum est in nonnullis Iuris Canonici locis, quibus probatur, propter præsumptiones, ac suspiciones Reum esse puniendum aliqua leuiori pœna, vt in c. Accedens. de accusatio, in c. Significasti. de Adulteriis, in cap. Literas. §. penult. & in c. Afferte. de præsump. in cap. de hoc. de Simonia, & in cap. Contumacia. de hæreticis lib. 6.

Eorum autem qui absoluendum existimāt, fundamentū est in l. Qui sententiā. C. de pœnis. in l. vlt. C. de probat. & in l. Absentem. ff. de pœnis. Qui verò pœna ordinaria Reum afficiendum docent, tribus potissimum Iuris ciuilis legibus adducuntur: ex quibus probatur, ex præsumptionibus reum esse damnandum, non aliter ac si de ipso crimine plenè constaret l. Si qui adulterij. C. Ad legem Iuliam de Adulterijs. l. 1. C. ad legem Cornelia de sicariis. l. Si non conuitij. C. de iniuriis. Ego in ea sum sententia, vt ex indiciis, & argumentis non cōdemnari reus aliqua pœna, sed torqueri debeat. Quod si cōditio personæ vel causæ id non patiatur, eum absoluendum esse non dubito. Moueor authoritate l. Milites. §. Oportet. Cod. de quęstionibus. *Oportet*, inquit text. *Iudices nec in iis criminibus, quæ publicorum Iudiciorum sunt, ad inuestigationem veritatis, à tormentis initium sumere, sed argumentis primùm verisimilibus, probabilibúsque, vt etsi iis, veluti certis indiciis ducti inuestigandæ veritatis gratia ad tormenta putauerint esse ueniendum: tunc id demum facere debebunt, si personarum conditio patiatur.* Secundò moueor authoritate l. Vnius. §. Reus. ff. eo. vbi Paulus: *Reus*, inquit, *euidentioribus argumentis oppressus, repeti in quæstionibus potest, &c.* Non dicit condemnari debet, sed iterum torqueri, si in tormenta animus, corpúsque durauerit. Tertiò moueor ex l. Absentem ff. de pœnis, vbi expressum est, neminem ex suspicionibus subdamnandum esse.

Ad argumentum contrariæ sententiæ, quæ extraordinaria pœna coërcendum docet; respondeo, Canones ad id probādum allegatos de personis Ecclesiasticis accipiendos esse, quasi infamia laborauerint, purgare se debent, aut certè suspendi ab officio, siue aliter puniri, ne videlicet, qui sacra Dei administrant, occasionem vllam scandali cęteris pariant. Igitur in consequentiam dicti Canones trahendi non videntur ita generaliter ad omnes casus, præsertim cùm in caussis & personis laicis, de quibus est iam disputatio præcipua, Iure ciuili sit constitutum, quæstionibus reum esse iiciendum.

Ad argumentum verò seuerioris opinionis, quæ videlicet pœnam ordinariam hoc in casu indicit, respondeo. Tres leges inductas ad id probandum sufficientes nō esse. Nam quod attinet ad l. Si qui Adulterij, ibi ita specialiter constitutum est in odium eorum, qui cognationis velamento, celare adulterium studuerunt. Vnde ad alios omnes casus generaliter id producendum non videtur. Quod verò attinet ad alias duas leges, illæ non probant ex præsumptionibus, quemquam esse damnandum, sed istud volunt, vbi constat crimen esse commissum, reum esse condemnandum, nisi ipse probauerit, quæ ad sui defensionem allegat, veluti se casu occidisse, vel iniuriandi animum non habuisse.

CAPVT XXX.

Cùm quis allegat se occidisse ad sui defensionem quomodo id probare debeat.

CVm quis allegat, se ad sui defensionem hominem occidisse, nonnulli esse videntur

controuersia, quomodo testibus id probare possit. Nam sunt qui hoc exigunt, vt testes dicant ad necessariam defensionem, hominem fuisse occisum. Et sunt qui arbitrentur sufficere, si simpliciter testes dixerint, quempiam occidisse ad sui defensionem. Prioris sententiæ authores sunt Balb. in l. 1. C. de Confess. col. 3. vers. Item tu Assessor. Roman singul. 28. Felin. in c. Significasti, col. 5. de Homicidio. Vasquius controuers. illustr. cap. 18. n. 6. Andr. Gayl. de pace publica li. 1. c. 16. n. 3. & 4. Posterioris autem sententiæ Authores sunt Bart. in cons. 110. Quidam Masiolus. Ias. ad l. Vt vim nu. 3. & ibid. Dec. nu. 17. ff. de Iust. & Iur. & alij quos refert & sequitur Clarus in §. Homicidium. vers. sed quomodo probatur.

Prioris sententiæ argumenta sunt ista. Primũ ex l. Scientiam. §. Qui cum aliter. ff. Ad l. Aquiliam. *Qui cùm aliter*, inquit, *tueri se non possunt, damni culpam dederunt, innoxij sunt*. Secundum est ex l. 2. C. Ad l. Corneliam de sicariis, ibi: *In dubio vitæ discrimine cõstitutus, &c.* Tertium ex Clement. 1. de Homicidio, ibi; *Qui mortem aliter vitare non valens, suum occidit, vel mutilat inuasorem.* Quartum est ex c. 1. §. Si quis hominem de Pace tenenda, ibi: *Si autem omnibus manifestum sit, quòd non necessariò, sed voluntariè illum occiderit, &c.*

Posterioris autem sententiæ argumentum est ex l. Vt vim. ff. de Iust. & Iur. ac similibus legibus, quibus dicitur, quod quisque ob tutelam sui corporis fecerit, iure fecisse existimari, nec adiungitur illa qualitas necessariæ defensionis.

Mihi tantorum virorum pace, videtur hæc quæstio potius esse de nomine, quam de reipsa. Nam qui statuunt exprimendam esse qualitatem necessariæ defensionis, rectè & sapienter dicunt ac statuunt. Etenim si quis se defendere possit, ac liberare ab omni vi illata, & nihilominus aggressorem occidere voluerit, non mihi videtur ad defensionem, vt loquuntur, sed ad vindictam hominem occidisse, ac moderamen inculpatæ tutelæ planè excessisse. Quare facilè adducor ad opinandum, idem & eos velle ac sentire, qui simpliciter loquuntur de defensione, nec addunt qualitatem illam necessitatis. Quòd si secus sentiant, homicidiúmque impunitum esse velint ab eo, qui se id fecisse pro sui defensione allegat, eo in casu, quod se defendere potest, licet inuasorem non offendat, tunc priori sententiæ magis accedo posteriori repudiata. Neque enim dubito, quin ea sit Iurisconsultorum, ac legum intentio, vt tum demum excusetur is, qui occidit inuasorem, cùm id fecit ob tutelam sui corporis, cum scilicet in dubio vitæ discrimine constitutus, aliter euadere non posset.

CAPVT XXXI.

Vtrum pro defensione liceat inuasorem occidere?

PRo defensione rerum hominem occidere licere, scriptum reliquerunt Accursius in l. vt Vim, in verbo: *Nam iure*, ff. de iust. & iure. Bart. ibid. n. 6. Iason n. 23. & alij communiter, teste Decio n. 31.

Primum argumentum est ex l. 1. C. vnde vi: ibi: *Ad defendendum possessionem, illatam vim propulsare licet.* Secundum ex l. 5. Eum igitur, ff. de vi & vi arm. ibi: *is qui armis venit, potest armis quoque repelli*, & loquitur de vi illata rebus. Tertium ex l. 1. C. quando liceat sine iudice se vind. quatenus ibi textus permittit depopulatores agrorum & latrones occidi.

Quartum ex l. 4. ff. ad l. Aquil. vbi lex duodecim tabularum furem nocturnum deprehensum occidere permittit.

Cæterum non licere pro rerum defensione aliquem occidere, docent Ioan. de Anania in c. 2. de homicid. & Garzias Hispanus ad d. L. vt vim. ff. de Iust. & Iur. Quibus suffragari videtur l. Si ex plagis: §. 1. ff. ad l. Aquil. in illis verbis: *Sed si ab eo non prior vapulasset sed cùm & lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarij culpa factum videri.* Neque leges pro contraria sententia allegatæ probant pro sola rerum defensione, licere hominem occidere, sed pro personæ defensione: ita ipsi respondent.

Tertia est sententia Felyn. in c. 2. n. 4. vers. sed in quantum omnes concludunt, de homicid. quem sequitur Carer. de homicidio. §. 5. nu. 20. iure canonico non licere pro sola rerum defensione quemquam interficere, quicquid iure ciuili constitutum sit.

Huic sententiæ suffragatur primò text. in c. 2. de homicidio, ibi: *Te tuáque defendendo*, & sic defensio rei & personæ simul coniungitur. Secundò, text. in c. Si perfodieris. eod. tit. vbi fur occidi non potest, cum discernitur cum ad furandum, & non ad occidendum venisse. Tertiò, textus in c. Suscepimus, eod. tit. ibi: *Verùm quoniam expediebat potius post tunicam relinquere pallium, & rerum sustinere iacturam, quàm pro conseruandis vilibus rebus & transitoriis tam acriter in alios exardescere, &c.*

Postrema est sententia, licere hominem occidere pro defensione rerum, quãdo aliter defendi non possunt sine vitæ periculo. Ita Decius in d. l. vt vim. nu. 31. ff. de iust. & iur. Couuar. in Clem. Si furiosus, in 3. parte. §. Vnico, sub n. 6. vers. secundo proponitur. de homicidio, & hæc sententia videtur mihi verissima, arbitrórque ferè omnes doctores idem sensisse, licèt verbis ab ea discrepare videantur.

Probatur primò ex l. Furem. ff. ad l. Cor. de sicar.

ficat. vbi Iurisconsult. ait: *Furem nocturnum ita demum impunè occidi posse, si occisor parcere illi, sine periculo non potuit.*

Secundò ex l. Si vt allegas. C. eod. tit. ibi. *Latrocinantem qui inferendæ cædis voluntate processerat, iure cæsum videri.* Tertiò ex l. 1. C. vnde vi, quatenus Imper. requirit moderamen inculpatæ tutelæ; Tunc enim res defendit quis, tali moderamine adhibito, cùm aliter eas tueri absque periculo non potest.

Quartò ex cap. 2. de Homicid. ibi: *te tuaque liberando, &c.* Postremò probatur ex c. 3. eod. tit. & ex cap. Dilecto, de sent. excom. lib. 6.

Huic sententiæ non obstat text. in contrarium citatus in l. Si ex plagis. §. 1. ff. ad l. Aquil. Quia ibi agebatur de defendenda lucerna, quæ res est vilis & modica, de qua non est hæc sententia accipienda.

Ad text. in c. suscepimus, de homic. responderi potest, in ea specie non fuisse adhibitum moderamen inculpatæ tutelæ. Nam fures litigati fuere, & metu, ne soluerentur, occisi, quod propterea summus Pontifex ait, fuisse contra mansuetudinem ecclesiasticam.

CAPVT XXXII.

Qua sit afficiendus pœna is, qui aggressorem occidit, non seruato moderamine inculpatæ tutelæ.

EVm, qui aggressorem occidit, non seruato moderamine inculpatæ tutelæ, pœna ordinaria homicidij afficiendum censuerunt Salyc. ad l. Gracchus, col. penult. C. de adult. Bal. in l. 1. Co. de Emend. seru. Deci. in d. l. Vt vim, numero 18. ff. de iust. & iur. cùm scilicet animus occidendi apparet in eo, qui moderamen excessit.

His adstipulatur primùm regula generalis textus in l. 1 §. Diuus. ff. de sicariis, nempe eum qui occidendi animum habuerit, tanquam occisorem puniendum, vt & in l. is qui cum telo. C. eo. tit. Secundò, quia seruum occidens dolo malo, reus est homicidij, licèt eum punire leuiter possit, & sic excessus punitur ordinaria pœna. l. 1. Co. de Emenda. seruo. Et idem in magistro discipulum occidente statutum est. l. sed & si quemcunque. §. si magister. ff. ad l. Aquil.

Sed contraria sententia verior & communior est, nempe pœnam esse hoc in casu leuiorem infligendam: ita post alios Tiraquellus de pœnis legum. Causa prima, numer. 7. Couarr. ad Clem. Si furiosus, de homicid. parte 3. §. Vnico. numer. 3. Menoch. de Arbitr. Iud. casu 278. Andr. Geyl. lib. 2. Practicar. obseru. c. 110. num. 15.

Fundamentum huius sententiæ est in eo, quòd iusto dolore is mouetur ad occidẽdum, qui prouocatus ab aggressore est; Quamobrẽ si sibi non temperauerit, puniẽdus quidem est, sed mitiùs: argumento l. Si adulterium. §. Imperatores. ff. de adult. ibi: *difficillimum est iustum dolorem temperare, & ideo pœna est mitiganda.* & l. 1. §. vlt. ff. de sicariis. l. qui cum natu. §. Si libertus. ff. de bonis libert. ibi: *Ignoscendum est enim ei, si voluit se vlcisci prouocatus.* l. Gracchus. C. de adult. ibi. *Et nox & iustus dolor factum releuant.* Facit reg. l. quod calore, de reg. iur.

Ad primum argumentum respondeo animũ occidendi sufficere vt locus sit pœnæ legis Corneliæ: sed tamen id non procedit, vbi quis est prouocatus, & iusto dolore motus ad occidendum. vt in l. 1. §. Diuus, vers. sed & in eum. ff. de sicariis.

Ad alterum argumentum respondeo, nec dominum, nec magistrũ iuste dolore & causa prouocatos ac motos videri, vt seruum ac discipulum occidere debeant, vnde merito illis imputatur dolus, eósque pœna capitis dignos reddit.

CAPVT XXXIII.

Quid de reo statuendum sit, qui tormentis subiectus, negauit se maleficium commisisse.

CVm reus vehementioribus indiciis & argumentis opprimitur, quæstionibus subiici solet, ac debet. Verùm aliquando accidit, vt crimen nullo modo fateatur, sed constanter neget; quamobrem in controuersiam vocari solet, quid sit eo in casu decernendum? Et quatuor sunt potissimum sententiæ. Prima nihilominus condemnandum esse. Secunda absoluendum. Tertia mitiori pœna afficiendum, quam vocant extraordinariam. Quarta causã esse indecisam relinquendam, reo tamen ex carceribus liberato, fideiussore dato, de se iudicio sisti, siue, vt nostri loquuntur, de se præsentando. Vide Iuliũ Clarum in §. fi. q. 64. versi. Illata reo tortura. Anton. Gomes. variarum resol. tom. 3. cap. 13. num. 28. Menoch. præsumpt. lib. 1. quæst. 93.

Qui reum condemnandum esse existimãt, mouentur authoritate l. 1. §. quæst. ff. de quæst. vbi Iurisconsultus ait, *Quæstioni semper fidem non esse adhibendam, quoniam res est fragilis & periculosa, & quæ veritatem fallit. Nam plerique patientia, siue duritia tormentorum, ita tormenta contemnunt: vt exprimi ab eis veritas nullo modo possit.*

Qui verò absoluendum putant, eo argumẽto vtuntur, quòd tormentis iudicia purgari videãtur. Nam tormentis, verberibus, & igne fatigati quod dicunt, veritas ipsa dicere videtur, vt dicebat Glo. in l. Edictum, in verbo, efficacissimas. ff. de quæst.

Tertiæ autem opinionis fundamentum est, quia causa cognita fides adhibenda est quæstioni, vt Iurisconsultus docet in dict. l. 1. §.

quæſtioni. Quare cum vehementioribus argumentis reus vrgetur, licèt tormentis ſubiectus negauerit, videtur tamen afficiendus aliqua pœna, neque ſemper credendum quæſtioni.

Quartæ opinionis denique fundamentum eſt in l. Si qui adulterij. Cod. Ad l. Iuliam de Adulteriis, vbi patet, cauſam deciſam nõ fuiſſe, ſed ſuſpenſam, demúmque argumẽtis ac probationibus ſuperuenientibus rerum condemnatum.

Ego in re maximè dubia & controuerſa eorum ſententiam amplector, qui reum abſoluendum eſſe reſponderunt, rebus tamen ſic ſtantibus, vt pragmatici loquuntur. Moueor imprimis, quia tormentis reus non eſt ſubiiciendus, niſi ad inueſtigãdam veritatem, & eo duntaxat caſu, quo probabilibus argumentis, ac indiciis ſuſpectus eſt delati criminis: vt in l. Milites. C. de quæſt. Si ergo tormẽtis ſubiiciatur, & neget, nec veritas intelligi ac ſciri poteſt, & ſolæ præſumptiones aduerſus eum exiſtãt. Nemo autem ex præſumptionibus eſt damnandus. l. Abſentem. ff. de pœnis. Secũdo moueor, quia tormenta dicuntur eſſe efficaciſſima ad eruendum veritatem. l. Edictum. ff. de Quæſtio. Hæc autem efficacia non aliunde procedere poteſt, quam ex eo, quòd plerunque nocentes fateri veritatem ſoleant, innocentes verò negare, licet non negauerim, ſecus aliquando accidere. Quod ergo plerũque fit, ſequendum eſſe videtur. Tertio moueor ex leg. Quæſtionis modum. ff. de Quæſtionibus. vbi dicitur, reum eſſe ita torquendum, vt ſaluus eſſe poſſit, vel innocentia, vel ſupplicio. Quæ verba ſic accipienda vidẽtur, vt videlicet ſaluus ſit ſupplicio, ſi criminis reus deprehendatur ex confeſſione. Si verò negauerit, tanquam innocẽs liberandus ſit.

Ad argumẽtum prioris ſentẽtiæ reſpondeo: Non ſemper quidem quæſtioni eſſe fidem adhibendam, ſed tamen plerunque adhibendam eſſe, tãquam efficaciſſimæ ad veritatem inueniendam. Nos verò loquimur de eo, quod regulariter eſt ſtatuendũ, nõ autem de omni caſu particulari, in quo ſingulares circũſtantiæ aliud requirant. Quæ reſponſio valet etiam ad argumentum tertiæ opinionis præterquàm quod conſequentia non eſt bona. Fides adhibenda eſt quæſtioni cauſa cognita: Ergo reus eſt damnandus. Præſertim ſi ſequamur eorum ſententiam, quam & in cap. 29. ſuprà firmauimus, Neminem ex ſuſpicionib. & præſumptionib. damnandum eſſe.

Ad Argumentum poſtremæ opinionis, reſpondeo negando, cauſam indeciſam fuiſſe relictam, in ſpecie d. L. Si qui adulterij. Textus enim dicit. Accuſatos obiecta crimina depuliſſe obtentu proximitatis, ex quo ſequitur, eoſdem abſolutos fuiſſe, rebus ſic ſtantibus: quia Iudex de qua re cognouit, pronunciare quoque cogendus eſt, lege. De qua re. ff. de Iudiciis. Vel ſi abſoluti non fuẽre, noua ſuperuenerunt indicia & argumenta, dum cauſa ipſa penderet. Denique vt maximè concedatur in ea ſpecie, ita fuiſſe obſeruatum, non tamen ſequitur, ita ſemper obſeruandum, cùm Iuris regulæ aduerſentur.

CAPVT XXXIV.

Vtrum iudex inquirere ex officio poſſit in delinquentes, & eos punire?

VT ſi conſuetudine receptum ſit, vt iudices ex officio in delinquentes inquirant, eóſque puniant, non tamen alienum erit inquirere, iuréve an iniuria id faciãt. Eſt eñim hac de re admodum inſignis controuerſia. Nam id iure fieri non poſſe aliqui exiſtimant. Aliqui verò iure canonico id permiſſum fatẽtur, iure autem ciuili negant. Nonnulli id in certis caſib. concedunt. Alij iure id regulariter fieri cõtendunt. Vide Gloſſ. & doctores in l. Reſcripto. §. Si quis. ff. de Munerib. & honorib. Bald. in capi. primo. de offic. ord. & ibi Imolam, Decium in rubr. de iud. num. 2. Bart. in l. 2. §. Si publico. ff. de Adult. Et in l. Si maritus. §. ſi ante. ff. eod. titul. S. Thom. in 2. 2. q. 67. artic. 3. Nauar. ad Rubr. de iud. numer. 79. & alios, qui criminales materias tractant.

Neganti ſententiæ adſtipulãtur hæc argumẽta. Primum ex d. l. Reſcripto. §. Si quis. ff. de Munerib. & honorib. vbi, ſi quis accuſatorem non habeat, honoribus prohiberi non debet.

Secundum ex teſtimonio Domini noſtri in Euãgelio: *Mulier, ſi nemo te accuſat, nec ego te damnabo.* Tertium ex teſtimonio Ambroſij libro 8. Epiſtolarum ad Syagrium. *Si leges publicas interrogemus, accuſatorem exigunt.* Alia id genus loca refert Cuiacius libro 1. obſeru. capit. 33.

Quartum eſt D. Thom. loco annotato. Homines ad Iudicem confugiunt, ſicut ad Iuſtitiam quandam animatam, vt docet Philoſ. 5. Ethic. Iuſtitia autem non eſt ad ſe ipſam, ſed ad alterum, vnde oportet, vt iudex inter aliquos duos diiudicet, quod quidem fit, cum vnus eſt actor, & alter reus.

Poſtremum argumentum eſt, quia tam lege naturali, quàm diuina præcipitur, ne quis inordinatè detrahat, ſiue infamet, vel ſit cauſa proxima detrahẽdi, ſeu infamandi alterũ. Sed qui inquirit in alterius crimen, cauſa eſt vt reus, de quo inquiritur, infametur. Ergo non licèt inquirere in aliorum delicta.

Qui verò putant iure ciuili permiſſam non eſſe inquiſitionẽ, ſed iure Canonico, eo argumento

mento adducuntur, quòd nullus extet Iuris Ciuilis locus, quo talis inquisitio permittatur: multa verò Iuris Canonici extēt loca, quibus inquisitio approbetur, vt in cap. 1. de officio ordinarij. in cap. 1. Qualiter & quando, de accusationibus & inquisitionibus, & per totum ferè illum titulum.

Ego verò, ne in referendis inanibus argumentis longum faciam, eorum sententiā amplector, & veriorem esse iudico, qui legitima diffamatione præcedente, ac legitimis indiciis & argumentis, asseuerāt, tam Iure Ciuili, quàm Iure Canonico, procedi per inquisitionem posse. Huius sententiæ Authores habeo Salicetum in l. Ea quidem. C. de Accus. Alciat. in c. 1. n. 12. de officio ordinarij. Anton. Gomes. Resol. tom. 3. cap. 1. tit. de Delictis. nu. 49. vers. Nono: & similiter Nauarrum, & S. Thom. locis proximè annotatis.

Et quidem, quod attinet ad Ius canonicum, ita res certa & explorata est ex c. Qualiter & quando, de Accusatio. & Inquisitio. & ex toto ferè illo tit. Vt nulla sit prorsus difficultas.

Omnis ergo difficultas est quantum ad Ius Ciuile. Cæterum quantum ad Ius Ciuile attinet, permissam esse inquisitionem, probo. Primum ex l. Iubemus. in Auth. de Collatorib. seu in Nouell. 128. tit. de publicis Tributis, secundum Haloandri translationem. *Iubemus autē*, inquit Imperator, *vt omnes Magistratus, tam militares, quàm etiam Ciuiles, per se requirant eos, qui latrocinia, aut violentias, raptúsue rerum, aut mulierum, aut quæcunque alia flagitia in prouinciis delinquunt, legitimáque ipsis irrogent supplicia.*

Secundò id probo ex l. Congruit. ff. de Officio Præsidis. *Congruit*, ait Vlpianus, *bono & graui præsidi curare, vt pacata, atque quieta sit prouincia, quam regit, quod non difficilè obtinebit, si sollicitè agat, vt malis hominibus prouincia careat, eósque conquirat. Nam & sacrilegos, Latrones, Plagiarios, Fures conquirere debet, & prout quisque deliquerit, in eum animaduertere.*

Tertiò id probo ex l. Ea quidem C. de Accusat. vbi probatur, Magistratibus licere Apparitores & officiales habere, qui maleficia inquirant & denuncient, & subinde in eos animaduertere, quos deliquisse cōpererint, etiā sine solennibus accusationum. Idem probat text. in l. 1. C. de Custodia & exhibitione reorum, dum ait: *In quacunque causa reo exhibito, siue accusator resistat, siue eum publicæ solicitudinis cura perduxerit, &c.* Hi Nunciatores appellabantur, vt in l. Ab Accusatione. §. Nunciatores. ff. Ad Turpilianum. Item Yrenarchę, vt in l. Diuus. ff. de custodia Reorum, qui elogia scribebant, quæ notoria dicebantur. Erant autem omniūm delictorum, quæ quis commiserat, annotationes, sicuti declarant Alciat. l. 6. Parerg. c. 19. Budæus in Annot. ad d. l. Diuus. ff. de Custodia reorum. & Cuiac. lib. 1. obseru. c. 33. Ex quibus tamen notoriis, seu elogiis, nemo condemnari poterat, antequam veritate cognita repertus esset noxius, vt habetur in d. l. Diuus. Non tamen Accusatore opus erat, quicquid nonnulli dixerint, propter illa verba tex. *Sed quasi re integra quæratur, si quis erit, qui eos arguat.* Etenim Accusatore opus non fuisse probat text. in d. l. Ea quidem. C. de Accusat. Itaque illorum verborum sensus est, veritatem esse indagandam, & diligenter quęrendum, An delictum commiserint, quos Apparitores huiusmodi denunciauerint, si videlicet ipsi nunciatores, vel quispiam alius eos deliquisse affirmauerit.

Ad primum argumentum contrariæ sentētiæ respondeo, nil obstare textum in d. §. Si quis: quoniam ibi non agitur de inquirendo, vel non inquirendo in delicta & delinquentes, sed de arcendo aliquem ab honoribus. vnde meritò respondetur arceri non posse, si nemo eum accusauerit alicuius criminis. Non tamen negat textus, si diffamatus esset de crimine, quin ex officio veritate conquisita puniri posset.

Ad secundum, concedo neminem damnari posse sine Accusatore, sed infamia criminis patrari, & publica vox est loco Accusatoris, vt dicebat S. Thomas loco annotato. Quæ responsio valet ad omnia reliqua argumenta. Etenim illa vires habent, vbi deficit publica vox, & fama, tunc enim nec inquisitioni locus esse potest, neque punitioni, & omnia, quæ in argumentis continentur, rectè applicantur. Verùm publica voce, & fama subsistente, omnia euanescunt, sicuti idem S. Thomas præclarè docet loco citato.

CAPVT XXXV.

Ad interpretationem Authen. Bona damnatorum. C. de Bonis proscriptorum & damnatorum, Controuersia vna.

Controuersia est inter Doctores, vtrum bona damnatorum sicut reseruanda sunt ascendentibus & descendentibus, vsq; ad tertium gradum, ita etiam reseruāda sint Fratribus & cæteris ex latere iunctis, vsque ad 3. gradum. Facit dubitationem, quod in Nouel. 134. §. vlt. tit. de Vicariis & locum tenentibus, vel secundùm veterē translationem, in Auth. Vt nulli Iudicum. §. vlt. His, inquam, in locis ex quibus Irnerius Authenticam desumsit, & Codici inseruit, nulla Fratrum, & similium mentio habetur, licèt habeatur expressa mentio in d. Authentica Irnerij.

Et quidem antiquorum interpretum com-

munis est sentẽtia, bona reseruãda esse Fratribus, & cæteris ex latere coniunctis, vsque ad tertium gradum. Ita enim docent Bald. Cyn. & alij d. Auth. Bona damnatorum, & Iulius Clarus alios commemorans in §.fin.q.78. Suffragatur huic sententię, quia in antiquis exemplaribus nonnulli testentur ea verba contineri, quæ de Fratribus, & cæteris ex latere iũctis mentionem faciunt. Nec verisimile est Irnerium authoritate propria illa verba adiecisse. Huc accedat, quod in Nouel.17.§. oportet, Imperator docet, bona damnatorum toti cognationi esse reseruanda. Vnde cùm in hac Nouella dicatur reseruanda esse ascendentibus, & descendentibus vsque ad tertium gradum, meritò adiectum est reseruanda esse etiã ex latere iunctis, vsque ad tertium gradum.

Cæterum Franciscus Aretinus in l. Eius qui. §. Si cui. nu.3. vers. sed quæritur. ff. de Testam. contrarium docuit: & eius fundamentum est, quòd in nullo exemplari illa verba habeantur in Nouella, ex qua sumpta est Authentica. Et ad tex. in d. §. oportet. Nouell.17. respõdet, id non probare, ad quod allegatur. *Hac est intentio,* inquit, *illius textus, quòd quando committitur delictum, quod sit dignum pœna corporali, non debeat Iudex commutare pœnam corporalem in pecuniariam. Non autem loquitur de damno pœna capitali. Id patet ex principio & fine illius textus. Ait enim in principio: Bona esse conseruãda generi & legi, id est, generi vocato à legibus ad successionem. Sed damnati capitali crimine non erat successio secundùm leges, quia bona adferebantur in fiscum. Ergo de tali damnato non loquitur ille textus. In fine autem ait, Iudicem non debere dimittere personam delinquentis, & bona auferre, prout multi faciunt. Sed in crimine capitali hoc non fit, quia principaliter persona condemnatur, & in consequentiam bona auferuntur.* Hæc ferè Aretinus.

A cuius sentẽtia longè discrepat Cuiacius, dum in expositione Nouellæ 12. docet hunc esse sensum d. Nouell. 17. Vt velit damnatorũ bona seruari cognationi vniuersæ in his criminibus, quibus nominatim irrogata bonorum publicatio non est.

Cæterum mihi hanc rem diligenter contemplanti, verissima esse videtur Francisci Aretini sententia ac interpretatio: Quod vt planum faciam, reddam ipsius Nouellę verba 17. §. Oportet, Tum dicam, quot incommoda sequantur ex communi interpretatione: Et demum quantum sit conformis textui, aptaque commoda Aretini sententia. Verba textus hęc sunt: *Oportet autem omnino & huius te rei prouidentiam gerere, vt si quis pœna dignus esse videatur, ne sumpto de illo supplicio, bona eius attingas, sed ad progeniem eius, & legem, legéque introductum ordinem inferri ea patiaris. Nam non bona, sed bonorum possessores delinquunt.*

Communis interpretatio tribus de causis est incommoda. Primùm, quia Imperator in Nouel.134. profitetur, se eam constitutionem ordinasse, vt nõ solum pœnæ corporales, verùm etiam pecuniariæ moderatiores fierent: deinde statuit bona damnatorum reseruanda esse descendentibus & ascendentibus vsque ad tertium gradum. Sed certè longè moderatiores erant & mitiores ex dicta Nouell. 17. §. oportet. cùm per eam vniuersæ agnationi absolutè bona conseruentur. Secundò, inter vtramque Nouellam manifesta est repugnantia, altera statuit vsque ad tertium gradum esse conseruanda, altera verò absolutè cõseruanda esse vniuersæ cognationi. Tertiò, si hic est sensus Nouell.17. altera Nouel.134. superuacanea erit in hac parte, nisi corrigat illam, quod dici nullo modo potest, nec vlla correctionis suppetit coniectura. Quartò, aut Nouell.134. est prior, & altera posterior, aut contrà est. Si primum, certè in posteriori Nouella, quæ absolutè docet, bona esse conseruanda vniuersę cognationi, aliqua debuit fieri mentio de priori Nouella, per quam reseruatio bonorum vltra tertium gradum non porrigebatur. Si contrà est, certè Nouell.134. quæ bonorum conseruationem restringit ad tertium gradum, mentionem facere debuit prioris Nouell.17. eámque corrigere, longè latiùs bona conseruantem.

Porrò Aretini sensum ad interpretationem commodam, aptam, & textui conformem esse manifestè patet. Nam hoc vult Iustinianus, vt qui ob delictum perpetratũ pœna est dignus, is corporali afficiatur, non autem pecuniaria pœna, nec corporalis in pecuniariam cõmutetur. Id patet ex verbis sequentibus, quæ sic habent: *Sed qui eum ordinem subuertunt,* (scilicet pœna pecuniaria delinquentem afficientes) *illi pœna quidem dignos dimittunt, bonáque eorum auferunt. Alios verò, quos ad illorum fortè successionem lex vocabat, in illorum locum obiiciunt supplicio.* Itaque harum Nouellarum sensus est talis, vt si quidem pœna capitali delinquens afficiatur, quo casu secundum veteres leges bona fisco applicabantur, illa de cætero non applicentur fisco, sed reseruentur, vt dictum est. Istud vult Nouel.134. Si verò agatur de crimine non capitali, cui tamen pœna corporali affici, & simul etiam pecuniaria, bonis ei ablatis, & multò minùs ordine peruerso, loco pœnæ corporalis irrogandæ, bona sunt auferenda. Istud est quod vult Nouel.17. in §. Oportet.

CAPVT XXXVI.

Mandans hominem vulnerari, & protestans ne occi-

occidat, si mandatarius eum occiderit, vtrum pœna homicidij teneatur.

CVm quidam hominem vulnerandum mãdasset, expresse prohibendo ne occideretur, mandatarius vero tale vulnus inflixisset, ex quo mors secuta esset, ingens ora est disputatio & controuersia inter Iurisconsultos, num talis mandans pœna homicidij afficiendus esset. Nam nequaquam afficiendum esse homicidij pœna responderunt Antonius Rossellus, Franciscus de Capitibus, legistæ, & Angelus à Castro, Pauli Castrensis filius, quorum omnium responsa sunt edita à Bartholomæo Veronensi, vt patet ex eius consiliis criminalibus, in cons. 35. 36. & 37. Sequitur Decius in cons. 482. Sed contrarium respondit ipse Bartholomæus Veronensis in cons. 34. quem sequitur alios commemorans Menoch. de Arbitr. Iud. casu 352. nu. 2. Didacus autem Couuar. in Clement. Si furiosus. de Homicid. in 2. part §. 1. n 3. priorem sententiam probat, nisi percussio mandato ostendat, voluntatem mandantis in homicidium directè ferri.

Argumenta prioris sententiæ sunt ista: Primum, Qui animum occidendi non habuit, pœna leg. Corneliæ non tenetur. l. 1. §. Diuus. ff. ad l. Corn. de sicar. Sed talis mandans animum occidendi non habuit. Ergo non tenetur, &c. Secundum, si talis mandans homicidij pœna teneretur, id non aliam ob causam esset, nisi quia cogitare debuerat ex vulnere, quod infligendum mandauit, mortem sequi potuisse, sicuti docet text. in cap. vltim. de Homicid. lib. 6. Sed hæc non est caussa sufficiens, vt pœna legis Corneliæ teneatur: Ergo nõ tenetur. Quod non sit causa sufficiens, patet ex eo, quia talis mandans non est in dolo, sed in culpa, quę quidem culpa non sufficit, vt pœnę legis Cornelię sit locus. l. in l. Corn. ff. eod. tit.

Tertium argumentum sumitur ex l. 3. §. Sed ex Senatusconsulto. ff. eod. tit. dum ibi dicitur. Iussam fuisse relegari eam: quæ, non quidem malo animo, sed malo exemplo, medicamentum ad conceptionem dederat, ex quo, ea quæ acceperat, decessit.

Argumenta verò posterioris sententiæ sunt ista. Primum: Nihil interest an aliquis occidat hominem, vel mortis causam præbeat. l. Nihil interest. ff. de sicar. Sed talis mandans, mortis causam præbuit. Ergo, &c. Secundum est ex c. vlt. de Homicid. lib. 6. vbi S. Pont. statuit mandantem aliquem vulnerari, irregularitatis pœnam incurrere, licet expresse prohibeat, ne occidatur.

Tertium argumentum est ex l. Si quis, aliquid. l. qui abortionis. ff. d. pœnis. vbi I. C. *Qui abortionis, aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum damnantur, honestiores in Insulam missa parte bonorum relegantur. Quòd si eo mulier, aut homo perierit summo supplicio afficiuntur.*

Sed mihi prior sententia longè æquior, & Iuri magis consentanea videtur, quia negari non potest, quin occidendi animus abfuerit à tali mandatore. Dum enim occisionem prohibuit, mandasse intelligitur vulnus infligi leue, non lethale, non in capite, sed in aliqua parte corporis, mortis periculo minus obnoxia, non gladio ad occidendum apto, sed alio instrumẽto. Rem quidem pessimi exempli mandauit exequendam, sed quoniam iuxta delicti mensuram esse debet plagarum modus, talem mandatorem nequaquam pœna legis Corneliæ reum esse iudico.

Ad primum argumentum respondeo, nihil interesse, an quis occiderit, seu mortis causam præbuerit, cum quis mortis causam præbuit directè, immediatè, dolo malo, secus si ex culpa, vel indirectè, vt patet ex l. In lege Cor. ff. de sica. Sed in quæst. nostra mandans in culpa fuit. Ergo.

Ad secundum respondeo, Mandantem irregularem effici, quia sola culpa sufficit ad incurrendam irregularitatem, vt patet ex c. Tua nos. & ex c. sicut. de Homicid.

Ad Tertium respondeo. Specialiter ita constitutum esse in eo crimine, quia pessimi exempli est, non tamen legis Corneliæ pœna locum habet, sicut declarat Iacob. Cuiac. lib. 5. sententiar. Pauli. 23. §. Qui abortionis.

CAPVT XXXVII.

Qui hominem occidit, puta Titium, cùm alium, puta Sempronium, occidendi animum haberet, vtrum homicidij pœna teneatur?

QVi vnum occidit per errorem, alium occidere volens, vtrum pœna legis Corneliæ teneatur; controuersia est inter Doctores. Etenim non teneri docuerunt Angel. in l. Si cum seruo. ff. de Iniuriis. Ias. in l. 1. num. 18. ff. de legibus, & alij quos refert & sequitur Tiraquell. de pœnis legum temperandis, caussa 14. numer. 4. Menoch. de Arbitr. Iud. casu 324. numer. 11. Horum fundamentum est in dict. l. Si cùm seruo. vbi I. C. ita dicit: *Si cùm seruo meo pugnum ducere vellem, in proximo astantem inuitus percusserim, iniuriarum non teneor.* Huc accedat, quòd animus & propositum delinquentis maximè attenditur, cum de lege Cornelia agitur, l. Diuus. ff. ad l. Corn. de sicar. Imò nec lata culpa sufficit, l. In l. Cor. ff. eo. Sed hoc in casu occisor, respectu hominis occisi,

non eſt in dolo, ſed in culpa, nolebat enim eum occidere, ſed alium. Ergo non tenetur pœna legis Corneliæ.

Cæterùm eiuſmodi occiſorem, haud quaquam euadere pœnam legis Corneliæ docuerunt Bartol. ad l. Reſpiciendum. §. Delinquũt, in fi. ff. de Pœnis. Bald. Ad l. Si quis non dicam rapere, col. pen. C. de Epiſcopis & Clericis. Boſſius tit. de Homi. nu. 73. Quorum fundamentũ eſt in l. Eum qui. §. ſi iniuria. ff. de Iniuriis. vbi Iuriſconſultus ita dicit: *Si iniuria mihi fiat ab eo cui ſim ignotus, aut ſi quis putat me Lucium Titiũ eſſe, cùm ſim Caius Seius, praualet, quod principale eſt, iniuriam eum mihi facere velle. Nam certus ſum ego, licèt ille putet me alium eſſe, quàm ſim, & ideò iniuriarum habeo actionem.*

Atque hæc poſterior ſententia videtur mihi probabilior, eamque confirmo hoc argumento. Si is, qui cum telo ambulauerit, hominis occidendi gratia, licèt non occiderit, pœna legis Corneliæ tenetur? Ergo multò magis eadem pœna tenetur, qui cum telo ambulauerit hominis occidendi gratia, & ſimul etiam hominem occiderit, licet non eum, quem occidere volebat. Verùm eſt prius: Verum igitur & poſterius. Probatur antecedens ex l. Is qui cum telo. C. Ad legem Corneliam de ſicariis. Conſequens verò patet, quia poſterius eſt maius delictum, quàm prius.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, legem illam loqui, cum quis operam dabat rei licitæ, quia videlicet ſeruum ſuum leuiter percutere volebat, quod proculdubio eſt permiſſum. Quamobrem ſi aliũ per errorem percuſſerit, meritò iniuriarum non tenetur. Sed in quæſtione noſtra occiſor dabat operam rei illicitæ, quia hominem interficere cupiebat, meritò ſi alium interfecerat, tenetur. Quòd verò dicitur eum in culpa fuiſſe, nihil obſtat: quia licèt in culpa fuerit reſpectu hominis occiſi: fuit tamẽ in dolo eam ob cauſam, quòd alium occidere volebat, qui quidem animus occidendi ſufficit, vt pœnæ ſit locus, vt in d. l. Is qui cum telo, quę quidem lex, etſi conſuetudine abrogata eſſe videatur, vigere tamẽ hoc in caſu debet, vbi homo occiſus eſt, quanquam ſi duntaxat quis occidendi animo cum telo ambulauerit, vt vigorem non habeat longæua conſuetudo effecerit.

CAPVT XXXVIII.

Reſtitutus à Principe, An recuperet fructus medio tempore perceptos.

SI is, cuius bona propter delictum confiſcata ſunt, à Principe reſtituatur, An recuperet fructus interea perceptos ex bonis ſuis à Fiſco, nonnulla eſt inter Doctores controuerſia. Etenim affirmantem ſententiam ſecuti ſunt Iaſ. ad l. Gallus. §. Et quid ſi tantum. nu. 67. ff. de liber. & poſthu. Deci. ad l. In condemnatione. §. 1. ff. de reg. Iu. & alij a Sfortia Oddo citati tract. de Reſtit. in integr. part. 2. q. 99. artic. 14. Horum argumenta ſunt iſta. Primum ex l. 1. C. de ſententiam paſſis. dum ibi declarat Imperator, quid ſit in integrum reſtituere. *Vt autem ſcias,* inquit, *quid ſit in integrum reſtituere, Honoribus & ordini tuo, & omnibus cæteris te reſtituo.* Secundum argumentum ſumitur ex multis legibus, quibus declaratur reſtitutionis verbum, etiam fructus comprehendere, vt in d. l. In condemnatione. §. 1. & in l. Videamus. 38. §. in fabiana. ff. de Vſuris. Tertium argumentum eſt ex l. vlt. C. de ſententiam paſſis. *Tantum ad reſtitutionem*, inquit textus, *indulgentia valet, quantum ad reſtitutionem ſententia valuit. Vtque deportationis ipſum per ſe nomen, rerum omnium ſpoliatio eſt: ita indulgentia reſtitutio bonorum ac dignitatis, vno nomine amiſſorum omniũ ſit recuperatio.* His verbis ita generalibus, etiam fructus contineri videntur.

Cæterùm negantem ſententiam amplexi fuere, Angel. in d. §. & quid ſi tantum. nu. 14. Alex. n. 21. Bald. ad l. vlt. C. de ſententiam paſſis, & alij quos commemorat Sfortia Oddus loco ſuperiùs annotato, quibus addi poteſt Andr. Geyll. lib. 2. de pace publica. c. vlt. n. 28. Horum fundamentum eſt in Auth. Idem de Neſtorianis. C. de Hæreticis. ibi: *Reſtituenda quidem ſed abſque ratione fructuum & adminiſtrationis.* Et in eo quòd bonæ fidei poſſeſſor fructus ſaltem conſumptos non reſtituit. l. Certum. C. de Rei vendicatio. ſed fiſcus proculdubio eſt bonæ fidei poſſeſſor: quia delinquentis bona detinet, ex iuſta cauſa confiſcationis. Ergo fructus reſtituere non tenetur.

Hæc poſterior ſententia videtur mihi veriſſima, licèt enim reſtitutio eam vim habeat, vt omnia recuperentur, quæ amiſſa fuêre, non tamen efficere poteſt, vt condemnatus interea nil amiſerit. Itaque non retrotrahitur reſtitutio, quaſi reſtitutus omnia bona, quæ habuit, nunquam amiſiſſe intelligatur. Sed operatur ex die, quo conceſſa eſt: vt ſcilicet condemnatus omnia, quæ amiſit recuperet, conſequenter bona ipſa recuperat, non autem fructus interea perceptos, quia ſic reſtitutio retrotraheretur, & condemnato prodeſſet: ab initio, antequam ei eſſet conceſſa à Principe, quod nulla lege, nulla ratione probari poteſt.

Ad primum argumentum reſpondeo. Reſtitutione in integrum, omnia bona, & Iura recuperari, & reſtitutum de cætero illa obtinere, ſicut ante condemnationem, vt in d. l. 1. Sed non facit reſtitutio, vt fructus recuperentur, quia reſtitutio, vt dictum eſt, valet in-

in futurum tempus, non in præteritum.

Ad secundum respódeo, leges allegatas loqui, quando restitutionis verbum in edicto Prætoris, vel in sententia Iudicis continetur: Et sic de restitutione agitur ex Iustitia, non autem ex gratia & indulgentia Principis.

Ad tertium: Concedo tãtum restitutionem tribuere, quantum abstulit cõdemnatio, vt in dict. l. vlt. Sed condemnatio bona abstulit, nõ autem fructus: fructus enim medio tempore percepti fuerunt, in consequentiam bonorum publicationis. Quare ad ipsa bona duntaxat, non etiam ad fructus trahenda est principis restitutio & gratia.

CAPVT XXXIX.

Vtrum restitutus recuperet hæreditatem alteri delatam?

Restitutum à Principe hæreditatem interim alteri delatam vindicare non posse, Authores sunt Bald. in l. Gallus. §. & quid si tantum. col. pen. ff. de liber. & Posthum. & Ias. ibid. nu. 76. Anton. Gomes. variar. resol. lib. 3. c. 13. nu. 36. Fundamentum ponunt in l. intercidit. ff. de conditio. & demonstrat. in illis verbis: *Non idem erit dicendum, si ea pœna in eum statuta fuerit, quæ irrogat seruitutem.* Sensus est, legatum intercidere, licèt condemnatus in integrum restitui possit.

Cæterùm contrariam sententiam habuerunt Cynus & Angelus, nec non Aretinus, in d. §. Et quid si tantum. Andr. Geyl. li. 2. de pace publica. ca. vlt. n. 18. Sfortia Oddus de Restit. in integr. part. 2. quæst. 99. art. 1. Atque isti fundamentum ponunt in l. 1. §. Filio qui mortis. ff. ad Tertullianum. in illis verbis: *Nisi fortè seruus pœnæ effectus Principis beneficio sit restitutus.*

Alexander verò in comment. d. §. & quid si tantum, nu. 11. vtitur hac distinctione. Aut apprehensa fuit possessio bonorũ ab eo, cui hæreditas est delata, & tunc, quia dominium in eum est translatum, restitutus non recuperat hæreditatem illam: aut verò possessio non est apprehensa, & tunc recuperat.

Mihi prima facie iã & olim omnibus quoque consideratis visa est prior sententia probabilior: Tum quia Principis restitutio alteri nocere non debet, argumento l. 2. §. Si quis à Principe. ff. Ne quid in loco publico. Tũ quia textus quo præcipuè nititur sententia contraria, in d. l. 1. §. Filio qui mortis. de filio loquitur, qui tempore mortis Matris Ciuis Romanus erat & consequenter hæreditatis eius capax: Et licèt seruus pœnæ propter delictum fuerit effectus, ideóque eam capere non potuerit, meritò tamen est admittendus, si Principis indulgentia fuerit restitutus. Cæterùm in quæstione nostra agitur de hæreditate delata non condemnato, sed alteri, neque enim condemnato deferri potest, sed proximiori, secundùm edictum successorium, seu leges successionum ab intestato.

Verum contrariam sententiam iam amplector maturius re perspecta & discussa, nempe, talem restitutum admittendum esse ad hæreditatẽ. Etenim hæc sententia clarè euincitur ex d. §. filio qui mortis. Licèt enim agatur ibi de filio, qui mortua Matre Ciuis Romanus erat. Is tamen antequam hæreditatem adiret, condemnatus fuit, & sic illam hæreditatem non habuit, & consequenter alteri hæreditas delata fuit, & tamen à Principe restitutus eam recuperat. Itaque quòd Ciuis Romanus esset, tempore mortis Matris, nihil facit ad eam decisionem: neque enim impedit, quo minùs hæreditas aliis delata fuerit, nec illi prodest, vt eã recuperet, sed causa recuperationis ex restitutione pẽdet. Moueor præterea ex l. Sed si hac lege. §. Liberos. ff. de in iùs vocãdo. & ex l. vlt. C. de sentẽtiã passis. Quibus ex legib. probatur, Patrono in integrũ restituto, edicti de in ius vocãdo beneficiũ saluũ esse. Itẽ probatur, Patrem restitutum, potestatem patriã recuperare. Ex his legibus argumentum sumitur, non cõtemnendum, quia ex eis patet, restitutionem efficere, vt quis recuperet iura in alium translata ex legis dispositione. Hoc enim Ius in filium translatum erat Patre condemnato, vt sui Iuris esset. Idem ergo & in proposita quæstione statuẽdum videtur, vt nimirum hæreditas recuperari possit. Ex quo cessat argumentum illud, quo dicebatur Principis gratiam & indulgentiam alteri nocere non posse ex d. §. Si quis à Principe. quia illa lex cum similibus locum habet, quoties alteri ius acquisitũ est, ex contractu, vel alia hominis dispositione, secus si ex dispositione legis, quia cum restituto lex concedat omnia Iura quæ prius condemnatus habuit, eidem in consequentiam concedere videtur, quæ aliis ex ipsius legis dispositione delata sunt, quasi ipsa lex quod dedit alteri, id restituto concedere videatur.

Quòd verò attinet ad l. Intercidit. illa lex non obstat, quia loquitur de legato sub cõditione facto, quod deficit moriente legatario, ante conditionis euentũ, & ad hoc sufficit legatarium seruum pœnæ effici. Itaque non absolutè probat restitutum, non recuperare iura in alium translata, sed eo casu duntaxat, quo sub conditione relictum fuit, & ante conditionem mors naturalis, vel ciuilis intercessit. Quòd si legatum purum esset, Vtrum legatarius seruus pœnæ effectus, & postea restitutus, legatum recuperaret nec ne?

non deciditur in illo textu.

CAPVT XL.

Quæ sit sensus l. Properandum. §. Sin autem ex gestis. C. de Iudiciis?

SIn autem ex gestis apud se habitis, parte Actoris minimè inuenta possit inuenire viã: ex qua manifestum ei fiat, quid statuendũ sit, etiã absente Actore, si eum meliorem causam habere prospexerit, pro eo ferre sentẽtiam non moretur, & præsentem Reum absenti Actori condemnare in expensis tantummodo litis, quas Reus legitimè se expẽdisse iurauerit, condemnatione excipiendis, quia hanc pœnam Actori, & meliorem causam habenti, propter solam absentiã contumaciam imponimus. Verba sunt l. Properãdum. §. sin autẽ ex gestis. C. de iudiciis. De quorum sensu, non est eadẽ omnium sententia. Accursius sequitur Ioãnis antiquissimi Glossatoris sententiam ita hanc rem explicantis. Actor petebat centum, & expendit decem: Reus verò expendit quinque: Sententia secundùm Actorem absentem fertur, & reus præsens in expensis condemnatur. Si actor absens non fuisset expensarum nomine ad decem præstanda teneretur. Sed quoniam Actor adfuit, deduci debent quinque, quę ipse Reus expendit. Hanc expositionem omnes ferè veteres secuti sunt, vt videre est ex Alexãdro, Iasone & Corneo, in commẽt. eius loci. Et ei tex. adstipulatur, eiusdem legis in §. Siue autem alterutra. vbi Imp. statuit, siue alterutra parte litigatore præsente, siue vtraq; causa fuerit decisa, semper victum victori cõdemnandum esse in expensas.

Cæterùm Placentinus, antiquus interpres aliam attulit expositionem: Existimauit enim hoc in casu Actorem, licet victor sit, condẽnandum esse Reo ad expensas. Et eãdem sententiam habuisse mihi videtur Iacob. Cuiac. lib. 9. obseru. c. 22. Eidémque adstipulatur Nouell. 94. vbi loquens Imperator de Appellationis causa, quam alter ex litigatoribus prosequitur altero absente, declarat absentem, non prosequentem causam, omnino condemnandum esse ad expensas. Aut enim, inquit, præsens litem obtinuit, & tunc absens ad expensas condemnandus est, quia victus est. Aut inferior discedit, & idem, quia victor, cùm absens fuerit, mulctandus est litis expensa, in pœnam contumaciæ & absentiæ.

Hanc expositionem & ipse opinor verissimam esse, hoc argumento, quia scilicet quod in §. siue autem alterutra, dicitur, victum victori condemnandum esse ad expensas, locũ habere non potest, quando victor est absens. Etenim rationi consentaneum non est, vt absens & contumax, qui alioquin non auditur, nisi refusis impensis, l. sancimus. C. eo. tit. expẽsas à præsente cõsequatur. Deinde quia Imperator vult eum in pœnam contumaciæ obligatum esse ad expensas, quas Reus præsens fecit. Ergo implicat, & absurdum est dicere, Reũ præsentem condemnandum esse in expensas ipsi Actori absenti. Deniq; ita hanc rẽ interpretatus est S. Pontif. in c. Calumniam. de pœnis. *Calumniam & audaciam*, inquit, *temerè litigãtium condemnando in expensis, & alio multiplici remedio sanctio imperialis compescit. Quoniã igitur sacris institutis consonare dignoscitur, præcipimus, vt de cætero, in causis pecuniariis, victus victori in expensis condemnetur. Nisi* (hoc facit ad rem nostram) *sententia pro absente feratur.*

Respondent aliqui, illa verba: *In expensis cõdemnetur*, exponi debere, id est, in omnibus expensis, & sic exceptio quæ sequitur, *nisi sententia pro absente feratur*, priori sententiæ cõueniat, quia cum pro absente sentẽtia fertur, victus condemnatur in expensis, sed nõ in omnibus, quia fit deductio expensarũ ab ipso Reo factarum. Sed violenta nimis, ne dicam inepta hæc est interpretatio, quam idcirco retulisse, confutasse est. Nam S. Pont. clarè loquitur, victum victori condemnandũ esse in expensis, nisi pro absente sententia feratur, quia cũ pro absente sententia fertur, non est in expensis condemnandus, sed potiùs ipse absens, & victor condemnandus est. Itaq; ex condemnatione Rei, deducendæ sunt expensæ, quas ipse fecit. Hoc est, Reus quidem est condemnandus. sed si v. g. condemnetur ad soluendum decẽ ab Actore petita, vel ad aliam summam in actione comprehensam, ex hac cõdemnatione deduci oportet, quod Reus expendit, ex quo patet Actorem ad expensas condemnari, quas Reus fecit. Maneat igitur hæc expositio, quam & in Imperiali Camera receptam esse testatur Mynsingerus Centu. 4. Obseru. 67.

CAPVT XLI.

De victo victori in expensis condemnando controuersiæ aliquot.

CVm lex dicat, victum victori condemnãdum esse in expensis, nonnullæ sunt inter Doctores controuersiæ ex variis factorum circumstantiis. Prima est, Quid statuendum sit, quando reus iustam habet causam litigandi, vsque ad certum tempus, quo Iudicium agitur, postmodũ verò non habet, Verum si pergat in lite, & succumbat, in omnibus expensis condemnandus sit, An verò in iis duntaxat, quas Actor fecit, posteaquam reus iustam litigandi causam habere desiit. Et quidem Deci. in l. Qui in alterius. ff. de regul. iur. in omnibus expensis condemnandum putat, ea ratione, quòd posteaquam cognouit se

malam.

malá causam habere, perseuerauit in lite. Nam ex eo coniectura sumi potest, eum fuisse litigatum, quamuis ab initio intellexisset, se malam causam habere.

Cæterùm diuersam sententiam Bart. habuit in l. Si quis inficiatus, ff. Depositi. & in l. Properandum. §. Siue autē alterutra. C. de Iudiciis, & ibi Alex. & Ias. & insuper Caguolus ad. d. l. Qui in alterius. nu. 22. Isti omnes docent, non in omnibus expensis reum esse condemnandum, sed in expensis duntaxat factis post illud tempus, quo desiit habere iustam causam litigandi. Quæ sententia videtur esse verissima. Nam si toto litis tempore, reus iustam litigandi causam habuerit, inter omnes constat, ab omnibus expensis absoluendum esse. Ergo, si pro parte temporis iustam litigandi causam habuerit, pro ea parte absoluendus erit. Confirmatur hæc sententia ex dicta lege, Si quis inficiatus, ff. Depositi, vbi, si is, apud quem res erat deposita, negauerit, eum, qui depositum repetebat, dominum esse, vel procuratorem, aut hęredem eius, qui deposuit, nihil dolo malo fecit, ait Iurisconsultus. Sed si postea cognouerit eum aut dominum esse, aut procuratorem, vel hæredem domini, tunc incipit dolo malo facere, inquit text. si reddere non vult.

Non obstat id, quòd dicebatur, mali animi argumentum esse, quòd talis reus in lite perseuerauerit, quoniam id negari non potest: sed non inde efficitur, eum à principio temerè litigasse. Quare debitas temeritatis pœnas luere debet, quatenus peccauit, non autem quatenus non peccauit, & iustam causam litigandi habuit, quia mulcta, seu pœna, non debet esse maior culpa, seu delicto.

Altera est controuersia. Si quis in priore instantia fuerit victor, sed in causa appellationis victus, An sit in expensis condemnandus. Triplex est Doctorum sententia. Prima condemnandum esse. Ita respondit Capella Tholosan. decis. 22. Cuius fundamentum est in regula generali, quæ habetur in d. §. Siue autem alterutra. Nempe victum victori in expensis esse condemnandum.

Altera est sententia sic distinguens, Aut is, qui in priore instantia victor fuit, in causa appellationis succumbit, ex eisdem actis: Aut ex nouis probationibus, si quidem ex eisdem actis succubuit, in expensis damnandus, quia prior sententia fuit iniusta, & sic temerè litigauit. Si verò ex nouis probationibus succubuit, nequaquam condemnandus est, quia iustam habuit causam litigandi, propter sententiam priorem, quæ iusta fuit, licèt a Iudice appellationis reformata ex nouiter deductis. Ita docent Bartol. & Ias. in d. §. Siue autem alterutra. Imola in c. Finem litibus. de dolo & contumacia, & alij quos commemorat Andr. Geyll. lib. 1. Obseru. 152.

Tertia est sententia, totam hanc rem Iudicis arbitrio esse committendam, qui ex variis rerū & causarum circumstantiis facilè dignoscet: vtrum victus iustam causam litigandi habuerit. Ita docet Bald. in l. Generaliter, §. Sed iuramento. C. de rebus credit. eius sententiam Camera imperialis sequi solet, teste Andr. Geyll. loco proximè citato. Ego plerumque vidi, vt & Geyll. ibidem ait, victum in causa appellationis absolui ab expensis propter prioris sententiæ authoritatem, si tamen euidenter esset iniusta contra leges & sacras constitutiones lata, vel contra manifestum ius litigatoris, rectè prudēterque Iudicem facturum existimo, si & sententiam talem reformauerit, & temerè litigantem expensarum condemnatione mulctauerit.

CAPVT XLII.

Victus victori in causis criminalibus sitne condemnandus in expensis?

DVplex est Doctorum sententia hac de re. Altera, esse condemnandum. Ita docuerunt Bart. ad l. 1. ff. ad Turpil. Ias. ad l. Properandum. §. Siue autem alterutra. C. de Iudiciis. Imola in c. Finem litigantibus. de dolo & contumacia. Couuar. practic. quæst. cap. 27. Andr. Geyll. lib. 1. Obseru. 152. Hyppolitus Riminal. in cons. 303. lib. 3.

Huius sententiæ argumenta hæc sunt. Primum sumitur ex d. §. Siue autem alterutra. Vbi generaliter est constitutum, victori condemnandum esse in expensis.

Secundum argumentum est ex l. 3. C. Qui accusare non possunt. Vbi dicitur, Eos, qui crimen publicum instituere properant, cogēdos esse causam prosequi, vocandósque esse, vt veniant, si iudicio præsentes nō fuerint. Quòd si non adfuerint, *nō solum extra ordinem*, inquit textus, *æstimatione Iudicis puniendi sunt, sed etiā sumptus, quos in eam rem, & circa ipsum iter ad litem vocati fecerunt, pendere cogentur.*

Tertium argumentum est ex l. Patre & Marito. ff. de qu. & ex l. Si postulauerit. §. Si reus. ff. de Adult. quib. legibus habetur, quæstionem habendam esse de seruo adulterij accusato, si accusator hoc desiderauit. Cęterum, si reus absolutus fuerit, siue mortuus fuerit seruus, siuè adhuc viuat, æstimari damnum oportere, & accusatorem ipsum æstimationem præstare.

Quartum argumentum sumitur ex l. vlt. C. de fructibus & litium impensis. Agit Imperator ibi de litigatore, priuilegium aliquod habente, quoad litis expensas, & ita dicit: *Per hāc legem decernimus, vt quicūque huiusmodi priuilegio munitus est, vt postea talem prerogatiuam*

quolibet modo meruerit, sciat, & si quos ipso, vtpote obnoxios sibi, pro quacunque criminali vel ciuili causa constitutos, in accusationem deduxerit, hos nihilominus iisdem priuilegiis vsuros. Hactenus Imperator. Ex cuius verbis infertur etiam in causis criminalib. locum esse condemnationi expensarum, quia si locus non esset, frustrà de tali priuilegio ageretur quo ad criminales causas.

Quintum & postremum argumentum est huiusmodi. Non debet hominum dolis & malitiis aditus aperiri. l. In fundo. ff. de rei vend. Sed si victus accusator in causis criminalibus ad expensas non esset condemnandus, via malitiis aperiretur, atque occasio præberetur malis hominibus alios iniustè accusandi: Ergo, &c.

Altera est sententia, victum victori non esse damnandum in expensis, in causis criminalibus. Ita docuit olim Iacob. Butrigarius, teste Bartolo in l. 1. ff. Ad Turpilianum. Anto. Butr. in c. Finem litibus. de dolo & contumacia. Alberic. ad l. Athletas. §. Calumniator. ff. de his qui notantur infamia. Et alij quos refert & sequitur Mynsingerus in consil. 59. Decade 4. Cuius sententiæ fundamentum est, quòd in calumniatorem, qui scilicet scienter falsa crimina in alium intendit, pœna Iure constituta sit, vt in l. 1. ff. ad Turpilian. & in l. vltim. C. de Calumniator. & alibi. Quod verò in expensas condemnandus sit, nullo Iure cõstitutum est.

Ego sanè hanc posteriorem sententiã probabiliorem esse existimo, & argumenta habeo satis, vt mihi videtur, probabilia. Primum ex l. Non ignoret. C. de fructib. & litium expensis: *Non ignoret,* inquit textus, *is, cuius ex interpellatione aliquis secundùm datam formam in longinqua protractus fuerit examina, quòd si culpa sua fuerit dilata cognitio, vel minimè actioni sua affuerit, vel delata non probauerit, pro calumnia quidem, pœnam luat legibus constitutam. Pro pecuniaria verò causa, post sumptus, considerata quantitate postulatorum vel medii itineris internallo, condemnationem pro æstimatione Iudicis sustinebit.*

Sumitur argumentum ex hoc loco, quatenus Imperator docet, Accusatorem pro calũnia puniri, si delata non probauerit, nõ autem in expensis condemnari, & hoc in causis criminalibus. In pecuniariis autem locum esse condemnationi expensarum.

Secundum argumentum sumo ex c. Calumniam de pœnis, ibi: *Præcipimus, vt de cætero in causis pecuniariis, victus victori in expensis condemnetur.* Ex quibus verbis patet, summum Pontificem ita hanc rem interpretatum esse, vt expensarum condemnatio locum habeat in causis pecuniariis tantùm. Nam si & in causis criminalibus locum haberet, generaliter præcepisset, victum victori in expensis condemnandum.

Tertium argumentum illud est, quòd nulla lege id constitutum est, vt in criminalibus sit locus expensarum condemnationi. Et quidem calumniator punitus similitudine supplicij l. vlt. C. de Calumniator. Temere autem accusantem nullam pœnam mereri, dicit Iurisconsult. in l. 1. §. quæri potest. ff. ad Turpil. Quamobrem in nostra potestate situm non est, vt id constituamus, quod lex non dicit, nec constituit, l. Illam. C. de Collat.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, text. in d. §. Siue autem alterutra, de causis ciuilibus loqui, non autem de criminalibus, & licèt in principio legis, de causis criminalibus mentio fiat, id tamen aliò pertinet, nempe ad ostendendum, etiam in causis criminalibus certum esse tempus cõstitutum, intra quod expediri debeant.

Ad secundum respondeo, textum in d. l. 3. C. Qui accusare non possint, de accusatore contumace loqui, quæstio verò nostra loquitur de Accusatore victo.

Ad tertium respondeo, illas leges loqui de serui æstimatione in causa Adulterij, in qua si absoluatur, Accusator duplum pretij soluere Domino tenetur. Sed hoc cũ expensarum condemnatione nihil prorsus commune habet.

Ad quartum respondeo, priuilegium, de quo in d. l. vlt. quantũ ad causas criminales attinet, locum habere posse in accusatore contumace, vel vbi ciuiliter tractatur causa, & si qui sunt alij casus. Nam in Accusatore victo, locum habere non potest, vt patet ex dictis.

Ad vltimum respondeo, Aliis modis accusatores & calumniatores puniri debere, quàm expensarum condemnatione, licet enim similitudo supplicij non sit in vsu, nihil tamen prohibet, quò minus pro æstimatione Iudicum, audacia calumniantium comprimi possit, ac debeat: & his modis occurratur hominum malitiis & dolis.

CAPVT XLIII.

Vtrum iudex necessariò de incidenti quæstione pronunciare nominatim debeat?

ANtiquus Interpres Placentinus, vt Accursius refert in l. 1. C. de ordine cognitionum, existimauit, Iudicem necessariò pronũciare debere de quæstione incidenti.

Primò, quia de qua re Iudex cognouit, pronunciare etiam debet, l. De qua re. ff. de Iudiciis. Sed de incidenti quæstione cognoscit. Ergo, &c.

Secundò mouebatur ex l. Intra vtile. ff. de Minorib. vbi Iurisconsultus refert, super ætate à Iudice

à Iudice pronunciatum fuisse, de qua inciderat quæstio.

Tertio ex l.3.ff. de præuaricator.ibi: *Vt non prius accusetur, quàm de priori accusatoris præuaricatione constiterit, & pronuntiatum fuerit.* Sic Iurisconsultus. Erat autem illa quæstio incidens in ea specie.

Cæterum diuersam habuit sententiam Bulgarus, Glossator antiquus. Primò ex l.1.C.de ordine Iud.in illis verbis: *Pertinet enim ad officium Iudicis, qui de hæreditate cognoscit, vniuersam incidentem quæstionem, quæ in iudicium deuocatur, examinare, quoniam non de ea, sed de hæreditate pronunciat.* Secundò ex l. 2. de ordine cognitio.in illis verbis, *Sed sufficit ei, qui libertate vtitur ad victoriam de hæreditate, secundum eum esse pronunciatum.*

Tertia est sententia Ioannis, similiter antiqui Glossatoris. Ita ille distinguebat: Aut de incidenti quæstione loquimur, quæ ante cœptum Iudicium originem, & causam habet, vt si quæstio sit, An actor sit filius, An sit liber, & id genus. Et tunc Iudex necessitatem pronunciandi non habet, vt probatur ex legibus allatis, pro sententia posteriore. Aut de incidenti quæstione agitur, quæ non ante iudicium; sed post Iudicium inchoatum, originem & causam habet; vt si quæstio sit, An Iudex sit competens, An Procurator mandatum habeat idoneum, & id genus, & tunc necessario pronunciandum est, secundum leges pro sententia priore adductas. Si tamen quæstio criminalis incideret, cùm de Ciuili causa agitur, vel è contrà, tunc de vtraque pronunciandum esse dicebat, & quidem prius de criminali quæstione, vt in l.3.& 4. C. de ordine Iudicior.

Hanc sententiam tertio locò relatam secuti sunt Bartol.Castr. Sicard.& alij in l. 1. C. de ordine Iudicior. & Canonistæ in cap. 1. de ordine cognitio. excepto quòd nonnihil discrepant circa declarationem, quæ sit incidens, & quæ sit emergens quæstio. Qua de re videndus est Menoch.de Arbitr.Iudic quæst. 45. Illud Bartolus monet, super incidenti pronuntiādum esse, cùm de exceptione agitur opposita ad impediendum processum Iudicij. Castrensis verò monet de quæstione emergenti Iudicem quidem pronunciare debere, sed sufficere si tacitè pronunciet, nisi quæstio vertatur, An sit Iudex competens, nec ne, quia tunc expresse pronunciare debet. Hæc ferè sunt ab aliis tradita, vt videre licet ex Ioanne Baptista Asinio, in praxi Iudiciaria §.18.cap.2.

Ego verò sequentibus conclusionibus vniuersam hanc disputationem, facilius explicari posse censeo.

Prima conclusio. Cùm de incidenti quæstione agitur, quæ ipsius causæ merita respicit, vt quęratur, nū aliquis sit filius, vel liber in eum finem, vt hæreditatem consequi, vel non consequi possit, tunc necesse non est Iudici de tali quæstione incidenti pronunciare. Verùm sufficit si de principali causa pronunciauerit. Probatur ex l.1. C. de ordine Iudic. ex l.2.C.de ordine cognitio.& ex c.1.eo.tit.

Secunda conclusio. Cum de incidenti quæstione agitur, causæ quidem merita respiciente, sed tamen quę ad impediendum causæ processum obiicitur, de illa Iudicem pronunciare oportet, priusquàm de causa principali pronunciet: Probatur ex l.Intra vtile. ff.de Mino. & ex l.3.ff.de Præuaricator.

Tertia conclusio. Quoties agitur de quæstione incidenti, quam Doctores nostri emergentem appellant, vt An dilatio sit concedenda? An Procurator sit idoneus? An libellus sit ineptus? & similia: quæ causæ merita non respiciunt, Iudicem pronunciare oportet, vt in l.A procedente. C. de Dilation. & in l. liberis. §.vlt.ff.de liberali causa. Ibi: *Quod si pronunciatum fuerit eo tempore, &c.*

Quarta conclusio. Licèt necesse sit de tali emergente quæstione pronunciare? sufficit tamen si Iudex tacitè pronunciet, ad vlteriora scilicet procedendo, exceptione non obstante, Argumento text.in c.ex parte.67.de Appellatio.ibi: *Sed quia dicti Iudices hac exceptione neglecta &c.* Nisi agatur de illa quæstione, An Iudex sit competens? tunc enim expresè pronunciare debet, vt videatur esse certus de sua Iurisdictione. Argumento l.2.§. Sed si dubitetur.& l.si quis ex aliena.ff.de Iudiciis. Sed mihi magis probatur Innocentij sententia in c. Præterea, de Dilatio. videlicet etiam hoc in casu sufficere tacitam pronunciationem, vt si mandat ad vlteriora procedi. Et ita sæpissimè obseruatū vidi, satisque Iudex, certum se esse de sua Iurisdictione, ita pronunciando, significat. Neque contrarium docent leges allegatæ, etsi dicant, Iudicem æstimare debere, An sua sit Iurisdictio, si de illa dubitetur, quia, dū ita Iudex pronunciat, in consequentiam pronunciat, se competentem Iudicem esse.

Postrema conclusio Vbi criminalis quæstio incidit cum ciuili, aut contrà; ciuilis cum criminali, de ea est pronunciandum, prius tamen de criminali. l.3.& 4.C.de ord. Iudicio.

CAPVT XLIV.

Vtrum Iudex secularis de causa spirituali & Ecclesiastica, quod ea, quæ constituat in facto cognoscere, & iudicare queat.

Inter omnes conuenit Iudicem secularem de causa spirituali, quamuis quæstio sit incidens, vel emergens cognosce-

re & pronunciare non poſſe. ita enim S. Pontifex docuit. in c. Tuam, de ordine cognit. in c. Lator, & in c. Cauſa. Qui filij ſint legitimi, & alibi. Sed verum ſaltem cognoſcere poſſit de ipſo facto, vtputa, An Matrimonium fuerit contractum? An contractus ita fuerit celebratus? & ſimilia, non eſt eadem omnium ſententia. Etenim id licere Iudici ſeculari affirmant Bart. ad l. Quoties. C. de Iud. & ad l. Titiam. ff. Soluto matr. & ibi etiam Alex. Couuar. qui alios commemorat in Epitome de ſponſalib. parte 2. c. 8. §. 12. nu. 3. & Senatus Pedemont. deciſ. 137. num. 11. Fundamentum eſt, quia talis cauſa merè eſt profana, neque vllo modo ſpiritualis & Eccleſiaſtica. Vnde nihil proponitur, cur ea cognoſci, ac definiri non poſſit à Iudice ſeculari.

Cæterum contrariam ſententiam ſecuti fuere Bald. ad d. l. Quoties, & ad l. Omni nouatione. C. de ſacroſanctis Eccleſiis. Imola in d. l. Titia. ff. Soluto matr. & in c. Cum ſit generale, de foro competen. Lupus allegatio. 55. Reueren de Domine, Quibus Doctorib. & ipſe adſtipulor, quoniam hæc quæſtio, licèt in facto conſiſtat, tamen eſt de re ſpirituali & Eccleſiaſtica, de qua iudex laicus cognoſcere nullo modo poteſt.

Confirmatur hæc ſententia ex c. ſi Iudex laicus, de ſententia Excommunicationis lib. 6. vbi dicitur, quæſtionem illam, An aliquis ſit Clericus? (quæ tamen videtur eſſe quæſtio facti) à Iudice Eccleſiaſtico examinandam & definiendam eſſe. Denique ſi Iudex laicus de quæſtione facti cognoſceret, de quæſtione autem Iuris Iudex Eccleſiaſticus, nihil eſſet aliud, quàm cauſæ vnius continentiam diuidere, contra l. Nulli. C. de Iud. & diuerſis proceſſibus intricare negotium, vt in ſimili caſu dicebat S. Pont. in c. Tuã. de ordine cognitio.

Ad argumentum reſpondeo, negando quæſtionem facti merè profanam eſſe, deinde dato quòd profana eſſet, cùm attingat rem ſpiritualem, & circa eam verſetur, ac de ea ſit cognoſcendum in ordine ad cauſam ſpiritualem, tota hæc res videtur mihi à Iudice Eccleſiaſtico decidenda.

CAPVT XLV.

Vtrum Iudex delegatus alium ſubdelegare poſſit ſi eam habens à delegante poteſtatem?

Iudicem delegatum, cui ſubſtituendi alium, ſiue vt Doctores loquuntur, ſubdelegandi poteſtas à delegante conceſſa eſt, poſſe alium ſubſtituere, atque ſubdelegare, docuerunt Bart. Alberic. Fulgoſ. Alex. Zaſius, & alij multi in l. More. ff. de Iuriſdi. omn. Iud. Iaſ. in l. A Iudice. n. 9. C. de Iudiciis.

Argumenta ſunt iſta. Primum ſumitur ex l. Vnum ex familia. §. ſi falcidia. ff. de legatis 2. vbi dicitur, electum ab hærede ex poteſtate à Teſtatore data, videri electum ab ipſo teſtatore. Ergo, & in propoſita quæſtione is, qui à delegato ſubſtituitur, videtur ab ipſo delegante ſubſtitutus.

Secundum argumentum eſt ex l. Nõ diſtinguemus. §. quæſitum. ff. de Arbitris. vbi dicitur, Arbitrum electũ à partibus, non poſſe controuerſiam in alterius arbitrium cõferre. Si tamen talis a partibus poteſtas ei data fuerit, poſſe.

Tertium ſumitur ex l. Cùm eſſet. §. vlt. ff. de ſeru. ruſt. præd. dum ibi dicitur, Eum, qui ſeruitutem Aquæductus habet, alteri non poſſe eam ſeruitutem cedere, niſi data ſit à Domino poteſtas.

Quartum ſumitur ex l. Solet. ff. de Officio eius cui mandata eſt Iuriſdict. & aliis ſimilib. locis, quibus dicitur, delegatum fungi vice delegantis. Si enim vice delegantis fungitur: Ergo ſubdelegare poteſt.

Quintum & poſtremum argumentum eſt huiuſmodi. Quæ iure magiſtratus competũt, delegari poſſunt l. 1. ff. de Officio eius cui mãdata eſt Iuriſdict. Sed delegandi poteſtas Iure magiſtratus competit, l. Imperium. ff. de Iuriſd. omn. Iud. Ergo alteri mandari poteſt. Si mandari poteſt. Igitur delegatus talem habens poteſtatem ſubdelegare poterit.

Cæterùm contrariam ſententiam ſecuti fuere Petr. & Cyn. in d. l. More. Specul. in tit. de Iudice delegato. §. 2. verſ. Sed nunquid ſubdelegatus. Ioan. Imolen. in c. ſuper quæſtionum. §. porrò. n. 7. de Officio delegati. & hanc ſententiam veriorem eſſe dicit Alex. in d. l. A Iudice. C. de Iudiciis.

Argumenta ſunt iſta. Primum eſt ex d. l. A Iudice, & ſimilibus, quibus dicitur, A Iudic. Iudicem datum, Iudicem dare non poſſe, niſi à Principe Iudex datus fuerit, & ſic ſpecialiter conſtitutum eſt, vt delegatus duntaxat Principis alium ſubdelegare poſſit.

Secundum argumentum. Iudex incertus dari non poteſt. c. Ad hæc de reſcript. Ergo delegato Iudici ſubdelegandi poteſtas dari non poteſt, quoniam ſi dari poſſet, Iudex incertus daretur.

Tertium argumentum. Delegandi poteſtas maiorib. duntaxat Magiſtratibus conceſſa eſt. l. Cùm Prætor. ff. de Iudiciis. Ergo non poteſt alteri concedi. Videretur autem concedi poſſe, ſi diceremus delegatum ſubdelegare poſſe ex poteſtate ſibi conceſſa.

Tertia eſt ſententia Angeli in d. l. More. ita diſtinguentis, vt ſi quidem poteſtas ſubdelegandi fuerit ſimpliciter conceſſa, tunc delegatus ſubdelegare non poſſit, ſecundũ ſenten-

tiam

tiam posteriorem, secus autem si delegato ea potestas data fuerit, vt nomine ipsius delegãtis, subdelegare possit, quia tunc subdelegare poterit, iuxta priorem sententiam.

Quarta & postrema est sententia Decij in comment. d. l. More. n. 42. aliter distinguentis. Vt si potestas subdelegandi data fuerit certa persona nominata, tunc liceat delegato, eam personam substituere & subdelegare, secus autem si generaliter potestas data fuerit subdelegandi. Pro qua distinctione argumentum sumit ex cap. Si cui nulla. de Præbend. lib. 6.

Mihi eorum sententia probabilior videtur, qui delegatum negant subdelegare posse. Et moueor eo argumento, quod supra tertio loco pro hac sententia relatum est, quódque planiùs & pleniùs deduci potest in hunc modum. Quæcunque specialiter lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione Principum certis tribuuntur Magistratibus, ea in alios transferri non possunt ab ipsis Magistratibus. l. 1. ff. de officio eius cui mandata est Iurisd. Sed potestas Iudicem dandi, siue vt Doctores loquuntur, delegandi, ac subdelegandi, certis Magistratibus concessa est specialiter lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione Principum. Ergo non potest talis Magistratus eam potestatem in alios transferre. Quod si verum est, sequitur delegantem concedere non posse delegato, talem subdelegandi potestatem, & per consequens ipsum delegatum, subdelegare non posse, licèt talem habuerit potestatem.

Minor propositio probatur ex l. Cùm Prætor. ff. de Iudiciis. in illis verbis: *Iudicem dare possunt, quibus hoc lege vel Constitutione, vel Senatusconsulto conceditur.* Ergo potestas dandi iudicem in alium transferri non potest. l. 1. ff. de off. eius, &c.

Ad primum argumentum respondeo, Id tãtùm probare, scilicet subdelegatum ab ipso delegante datum videri. Sed obstat huic rei, quòd delegans eam potestatem delegato conferre non potuit.

Ad secundum respondeo, illud in arbitris procedere, eam specialem ob causam, quod vniuersa arbitrorum potestas, pendet ex compromisso, & ex potestate à partibus ipsis arbitris data, l. Non distinguemus. §. De officio. ff. de recept. arb.

Ad tertium respondeo. Illud in priuatis iuribus, & negotiis locum habere, quorum Dominus est moderator & Arbiter, secus in Iudicibus & Magistratibus est dicendum, quia Iura Magistratuum & Iudiciorum ex legum forma sunt metienda, atque censenda, non cuiusuis arbitrio.

Ad quartum respondeo. Nego consequentiam. Etsi enim delegatus fungitur vice delegantis, non tamen omnia potest expedire, ac facere, quæ potest delegans, quia nec ipse delegans potest, talem delegato tribuere facultatem.

Ad vltimum respondeo, Negando Iudicis dandi potestatem, Iure magistratus competere: quoniam iis tantum competit, quibus a Lege, vel Senatusconsulto, vel Cõstitutione cõceditur, vt in dict. l. Prætor. ff. de iudiciis. Nec contrarium docet l. Imperium. ff. de Iuris. omn. Iud. quoniam id tantum docet, Iurisdictionẽ esse etiam Iudicis dandi licentiam, sed non dicit, eam licentiam competere omnibus Magistratibus Iurisdictionem habentibus.

CAPVT XLVI.

An delegatus vnum saltem ipsius causæ articulum subdelegare possit?

SEd & illud controuertitur: an delegatus possit vnum saltem ipsius causæ articulum subdelegare: & posse respondit Bartol. in leg. More. ff. de iuris. omn. Iud. Authoritate textus in Clement. 1. de offi. delega. quæ tamen nihil facit, cum de Principis delegato loquatur. Quam ob rem communior & verior est sententia talem delegatum non posse vnum articulum causæ subdelegare. Ita docent Alex. Ias. & alij in l. A Iudice. C. de Iudiciis. & probatur satis luculenter ex l. A Iudice. Co. de Iudiciis. dum ibi generaliter habetur, Iudicem datum, alium Iudicem dare non posse. Item probatur ea ratione, quòd delegatus nihil proprium habet, sed delegantis Iurisdictione vtitur. l. 1. §. Qui mandatum. ff. de Officio eius, &c. Quare ad instar Vsuarij suum ius in alium transferrẽ non potest, nec in totum, nec in partem.

CAPVT XLVII.

Vtrum delegatus Principis causas meri Imperij subdelegare possit.

NOn desunt qui existiment, Principis delegatum causas meri Imperij subdelegare posse, quibus tamen alij non pauci aduersantur, vt videre licet ex Iacobo Menochio de Arbitr. Iud. q. 54.

Affirmatiuæ sententiæ argumenta sunt ista. Primum ex l. 1. C. Qui pro sua Iurisdictione, &c. in illis verbis: *Hac teneant, nisi Iudices à nobis specialiter delegantibus datis aliis causas delegauerint iudicandas. Nam his delegantibus nullo personarum, Causarumve habito tractatu appellationem ad nos Iura remeabunt.*

Secundum argumentum. Causę meri Imperij cum alicui delegantur à Principe, videntur esse iam delegabiles effectæ, vt dicitur de re semel alienata, quòd sit alienabilis effecta, vt loquuntur nostri, in l. Pater. §. Quindecim de leg. 3. Ergo delegari possunt.

Tertium argumentum. Delegatus Principis est maior ordinario. cap. Pastoralis. de officio delegat. Ergo vt aliquid plus Iuris, quàm Ordinarius habeat, delegare huiusmodi causas poterit, licèt ordinarius non possit.

Quartum & postremum. Subrogatum sortitur naturam eius, in cuius locum subrogatur. l. Si eum. §. Qui iniuriarum. ff. Si quis cautio. Ergo delegatus Principis, videtur esse loco Principis. Et consequenter delegare posse tales causas, sicuti Princeps potest.

Istis nil morantibus contraria sententia mihi magis probatur. Primò authoritate l. 1. ff. de officio eius cui mandata est Iurisd. ibi: *Et ideo videntur errare Magistratus, &c.* Patet enim ex illa lege, quæcunque specialiter, lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione Principum demandantur, sicuti sunt causæ meri Imperij, non posse aliis demandari. Secundò ex regula generali. Nemo potest gladij potestatem sibi concessam ac demandatam alij demandare. l. Solet. ff. de officio Proconsl. leg. Nemo potest gladij. de reg. iur.

Ad primum argumentum respondeo, non eum esse sensum dictæ l. 1. vt delegatus Principis possit nullo adhibito discrimine causas omnes aliis demandare, sed sensus est. Neminem posse alienæ Iurisdictionis causam delegare, sed ita demum delegationes valere, si ad Iurisdictionem pertineant delegantis. Cæterum si Iudices ab Imperatore specialiter dati aliis causas delegauerint, non esse tractandum, an causæ pertineant ad Iurisdictionem delegantis, quia omnes causæ possunt ab Imperatore delegari, cùm in omnes Iurisdictionem habeat. Et consequenter Iudices delegati ab Imperatore, si aliis causas delegauerint, non est dubitandum, quin delegare poterint, cum Imperatorẽ ipsum repræsentent, & ab eo delegati fuerint, is verò in vniuersos Iurisdictionem & Imperium habeat.

Ad secundum respondeo, longè alienum esse à quæstione nostra id, quod habetur in d. §. Quindecim, nec ita licere ex *Broccardicis*, vt vocant argumentari, ad quęstionem longe diuersam.

Ad tertium nego consequentiam, quia argumentum à minori ad maius, valet ad negãdum, non ad affirmandum, hoc modo. Non licet hoc facere illi qui est maior: Ergo neque illi, qui est minor, non autem ita, Id non potest facere is, qui minor est. Ergo facere poterit is, qui maior est. Fieri enim potest, vt neque maiori, neque minori data sit ea potestas.

Ad postremũ respondeo. Delegatum Principis fungi vice delegantis, & loco Principis haberi quoad cognitionem causæ demandatæ, sed prætereà nihil proprij Iuris habet. Ideo nec delegare potest, præsertim legibus id vetantibus, vt iam dictum est.

CAPVT XLVIII.

Quomodo accipiendum sit, quod dicitur in l. Vnica, C. de sententiis, quæ pro eo, quod interest, nẽpe id, quod interest, dupli quantitatem excedere non posse.

Cum Iustinianus dicat in l. Vnica. C. de sententiis quę pro eo, quod interest, proferuntur, id, quod interest, excedere non posse dupli quantitatem, controuersia est inter Doctores, quomodo id accipiendum sit. Et quidem Placentinus dicebat, sic accipiendum esse, vt non excedat duplum precij conuenti. Bulgarus autem, vt non excedat duplum precij communis. Accursius, *Nec vnum nec aliud*, inquit, *sed quod plus est*, hoc est, si commune precium rei in contractum deductæ, sit maius precio conuento, id duplandum est. Si verò precium conuẽtum maius sit precio communi, illud duplari debet. Accursium sequi videtur Bartolus, sed Placentini sententia verior & communior est. Secuti eam sunt Alciatus, Cagnolus, Rebuffus, Decius & Cuiacius in comment. d. l. Vnicæ.

Itaque, si rem venditam precio centum aureorum, mihi non tradideris, id, quod mea interest, petam, l. 1. ff. de Actio. empt. Cæterum illud excedere non poterit duplum dicti precij. Probatur hæc interpretatio, quia in duplo simplum inest §. Trip. in Inst. de Actio. Simplum autem est æstimatio rei in contractum deducta & expressa à contrahentibus, non autem communis æstimatio, quia ad eam non respexerunt contrahentes. Huc accedat, quod Imperator loquitur de casibus, qui certam habent quantitatem, & in illis statuit id, quod interest, duplum excedere non posse. Vnde necessariò id referendum est ad æstimationem in contractum deductam, quæ certa est & definita, non autem ad communem æstimationem, quæ incerta & varia esse potest.

CAPVT XLIX.

Vtrum etiam in delictis id, quod interest, ad dupli condemnationem sit restringendum?

ID, quod interest in casibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, duplum excedere non posse, certi Iuris est. Sed non vsque adeo exploratum est, An & in delictis, seu in obligationibus, quæ ex delictis descendunt, idem constitutum esse intelligatur. Affirmant Bartolus, ad l. Vni. C. de sententiis, quę pro eo, quod

quod interest, n. 26. Deci. nu. 70. Rebuff. super Gloss. in verbo. In omnibus casibus. Et fundamentum ponunt in d. l. vnica, in illis verbis: *Sanciamus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, &c.* Hæc enim verba generalia comprehendere, videntur omnes casus, etiam ex delictis descendentes, & licèt textus subiungat: *Veluti in venditionibus & locationibus, & in omnibus contractibus.* Exempla tamen non restringunt regulam, secundum regulas vulgares.

Cæterum contrariam sententiam Alciatus habuit in commentar. eiusdem l. vnicæ. ca. 10. motus primò ex l. Iulianus. ff. de actio. empt. vbi patet, id, quod interest, excedere duplum, quia prouenit ex dolo venditoris, qui scienter tignum vitiosum & pecus morbosum tradidit.

Secundò ex l. Inficiando. §. 1. ff. de furtis. Vbi Iurisconsultus ita dicit: *Si tibi surreptum est: quod nisi die certa dedisses, pœnā promisisti, ideóque sufferre eam necesse fuit, furti actione hoc quoque æstimabitur.* Ex hoc loco argumentum sumitur, quia talis pœna duplum excedere potuit, rei furto subtractæ.

Tertiò, ex l. semper. §. Hoc interdicto. ff. quod vi aut clàm: *In hoc interdicto,* inquit, *tanti lis æstimatur, quanti actoris interest opus factum non esse.* Ergo duplum excedere poterit.

Ego Alciati sententiam probabiliorem esse iudico. Sed primum & tertium argumentum nil me mouent: Nam quod attinet ad l. Iulianus, illa loquitur in casu incerto. Nempe cum id, quod interest, debetur ex ea stipulatione, Dolum malum abesse oportere, sicuti declarat Alciat. in commentar. d. l. Vnica, ca. 9. n. 26. Item illa lex loquitur non in delictis, sed in contractu emptionis & venditionis. Quod verò attinet ad tex. in §. Hoc interdicto, loquitur in casibus incertis. Restitutionis enim causa, vtpote facti, incerta est, sicuti optimè declarat Iacobus Cuiacius in Paratit. Co. De sententiis, quæ pro eo, quod interest.

Vt igitur Alciati sententiam amplectar, illud me primum impellit, quòd Imperator in d. l. vnica. constitutionem edidit de eo, quod interest, vt Antiquorum Iurisconsultorum circa illud, infinitatem & prolixitatem tolleret. Talis autem prolixitas in delictis non erat, quia in delictis plerunque agitur de pœna, non autem de eo quod interest. Deinde exempla profert in contractibus, & licet exempla non restringant regulam, declarant tamen, in quibus casibus regula sit intelligenda, vt docet Gloss. in l. Nunquam plura, ff. de priuatis delictis. & præclarè Bellonus, lib. 3. supputatio. Iuris, c. 10. n. 1.

Secundò mouet me text. in d. l. Inficiando, §. 1. Respondet Bartolus, ibi non agi de interesse, sed de pœna. Non rectè. Quia textus ait: *Hoc quoque æstimabitur.* Illud verò non est pœna furti, sed est interesse eius, qui furtum passus est, quia scilicet pœnam soluere coactus est, propterea, quòd reus non tradidit, quia furto subtracta fuit.

Respondet secundò Rebuffus loco superius annotato: Illum textum esse declarandum ex l. vnica. Et scilicet talis æstimatio duplum excedere non possit, rei furto sublatę. Non rectè. Quia nec textus hanc declarationem patitur, & pœna promissa potuit esse triplo maior.

Tertiò respōdet idem Rebuffus, dictū textū loqui de pœna certa, & cōuēta inter partes, quæ quantacunque sit, præstanda est. Non rectè. Quia pœnæ stipulatio interposita non fuit inter furem & dominum rei, sed inter dominum rei, & alium tertium, & nihilominus fur condemnatur in id, quod interest ipsius domini, propter eam pœnæ stipulationē.

CAPVT L.

Vtrum pœnæ conuentionales duplum excedere possint.

IN explicatione eiusdem l. vnicæ. C. de senten. quæ pro eo, quod interest, proferuntur, controuerti solet de pœnis conuentionalibus, an possint excedere duplum, ad similitudinem eius, quod interest. Et variæ sunt dissidentesque Doctorum sententiæ.

Prima Accursij eò loci, vt siquidem pœna conuentionalis adiiciatur per verba multiplicatiua (ita enim ipse loquitur) veluti duplum, triplum, quadruplum, &c. tunc quadruplum excedere non possit, sicuti nec pœnæ legales, vt in §. Omnes. Instit. de Actio. Aut adiicitur certa summa expressa, puta mille, &c. & valet in infinitum. Argumento textus in §. Alteri in Inst. de inut. stip. & in l. Stipulatio ista. §. Alteri. ff. de verb. oblig.

Secunda est sententia Bartoli in d. l. vltim. nu. 21. Aut ista nomina duplum, triplum, &c. referūtur ad certam & taxatam quantitatē, & tunc potest ascēdere pœna in quantum cōtrahētes voluerint, quia eadē est ratio, sicuti quādo profertur per omnia simplicia. Tātundem enim est dicere, sub pœna mille, quantum si dicerem sub pœna quadrupli, cum ducēta sunt promissa: Si verò ista verba referantur ad quātitatem incertam, nō potest excedere quadruplū: imò fortè nec duplū, argumēto d. l. Vnicę.

Tertia est sententia Ludouici Romani in cons. 510. & Menochij de Arbitrar. Iudic. casu 260. Vt si quidem pœna adiiciatur propter contemptum, tunc arbitrio Iudicis sit definienda: si verò loco interesse adiiciatur, tunc si contractus certam contineat quantitatem,

duplum excedere non poterit, sicut nec illud, quod interest. Excipiuntur tamen aliqui casus, vt ibi per Menoch. n. 33.

Quarta est sententia Alciati in commentariis d. l. Vnicæ, ca. 11. Pœnam conuentionalem excedere non posse id, quod re vera interest: Videtur enim in eius locum subrogata, & Imperator Iustinianus in d. l. Vnica. argumentum sumit ex pœnarum moderatione, ad moderationem eius, quod interest.

Quinta est sententia Petri & Immolæ ac aliorum, quos Rebuffus commemorat in commentariis d. l. Vnicæ. in Glos. in ver. Proferuntur. Pœnam conuentionalem, ad instar pœnæ legalis, quadruplum excedere non posse.

Postrema est sentẽtia Innocẽtij in c. Sacro. de sentẽt. excõ. Et Rebuffi loco annotato, n. 33. Pœnã cõuentionalẽ, & duplũ, & quadruplum excedere posse, & quantacũque fuerit in stipulationem deducta, præstandam esse, nisi in fraudem vsurarum fuerit promissa: iuxta l. Iulianus. §. Ibidẽ Papinianus. ff. de Actio. empti.

Confirmatur hæc sententia ex regulis generalibus, quibus dicitur, contractus ex conuentione legem accipere. l. 1. §. Si conueniat. ff. de Pactis. Pacta & promissa seruanda. l. 1. ff. de Pactis. cum similibus. Sed iudicio meo melius confirmari potest ex l. Stipulatio ista. §. Alteri. ff. de verb. oblig. vbi dicitur, non esse suspiciendum quid intersit, sed quæ sit pœnę quantitas in stipulationem deducta.

Et hæc sententia videtur mihi cæteris longè probabilior, si modò ita intelligatur, vt valeat quidem pœnalis ipsa conuentio & stipulatio, quantacunque sit pœna, sed tamẽ Iudex moderari ac taxare debeat ipsam pœnam, nec pati, vt immoderata exigatur pœna, sicuti docet summus Pontifex, in cap. Suam, de pœnis, quo ex responso exemplum sumi potest pœnæ immoderatæ & meritò damnandæ. Atque hæc sententia disertè probatur ex verbis d. l. Vnicæ. ibi: *Cùm sciamus esse naturæ congruum, eas tantummodò pœnas exigi, quæ vel cum competenti moderamine proferuntur, vel à legibus certo fine conclusæ statuuntur.* Atque ita se vidisse obseruatum à Senatu Parisiensi testatur Rebuffus loco superiùs annotato, n. 49.

CAPVT LI.

Vtrum aduersùs rem iudicatam restitutio detur propter instrumenta nouiter reperta, cùm quis ex iusta & probabili ignorantia, ea non produxerit.

DVæ sunt Doctorum sententiæ hac de re: Altera affirmans, altera negans. Affirmatiuæ authores sunt Inno. Io. Andr. Bald. & Panorm. in c. Vltra tertiam, de testib. & alij: quos refert, & sequitur Sfortia Oddus, de restit. in integrum quæst. 72. Art. 3. Negantis autem Cuma. in l. Imperatores. ff. de re iud. Fulgosius in Consil. 181. nec non in l. Arbitrio. §. Dolo. ff. de dolo malo.

Affirmantis sententiæ argumenta sunt ista. Primum: Restitutio in integrum ex iusta causa conceditur, etiam maioribus viginti quinque annis. l. 1. ff. Ex quibus caus. maio. Sed ignorantia est causa iusta & probabilis, l. 1. §. Si quis autem. ff. de itiner. actúque priua. Ergo, &c.

Secundum argumentum est ex l. Si mater. ff. de excep. rei iud. in illis verbis: *Si peteret rursus hæreditatem, ob statutam exceptionem rei iudicatæ, Neratius ait: Ego exceptionem obesse ei rei iudicatæ non dubito, sed ex causa succurrendum erit ei, &c.*

Tertium sumitur ex l. Argentarius. §. vlt. ff. de edendo, iuncta l. vlt. ff. De eo per quem factum erit, &c. Dicitur ibi eum, per quem factũ erit, ne aliquis se in iudicio sistat, cõdemnandum in id, quod Actoris interest. Quòd si soluendo non sit, aduersus ipsum restitutoriam actionem competere. Dicitur autem in d. §. vlt. Argentarium qui rationes alicui non edidit, qui propterea succubuit, cõdemnandũ esse in id, quod rationes petentis interfuit, rationes editas fuisse. Ergo si argentarius soluẽdo non sit, actio restitutoria aduersus ipsum reum competet, argumento d. l. vlt. Consequenter in integrum Actor restituetur, vt causam ex integro agere possit. Viget hoc argumentum Sfortia Oddus loco annotato.

Negantis autem sententiæ, Primum argumentum est: Rerum iudicatarum authoritas eludi non debet. l. Seruo inuito. §. Cum prætor. ff. ad Treb. Sed si restitutio in integrum daretur in hoc casu, eluderetur authoritas rei iudicatæ. Ergo restitutio concedenda non est.

Alterum argumentum. Is, qui fortuito casu læditur, in integrum non restituitur, etiam si minor sit. l. Verũ. §. Si locupleti. ff. de minoribus. Sed is, qui victus est in Iudicio, propterea quòd instrumenta non produxit ex ignorantia, vel alio impedimẽto, videtur casu fortuito victus. Ergo restituendus in integrum nõ est.

Hæc sentẽtia negãs videtur mihi verissima authoritate l. Sub specie. C. de re iudic. *Sub specie nouorũ instrumẽtorum postea repertorum* (ait textus) *res iudicatas restaurari exẽplo graue est.*

Hæc verba sunt generalia & consequenter comprehendunt eum casum etiam, quo quis ignorantiam habuit instrumentorum, & ideo illa non exhibuit. Id patet ex illis verbis: *Sub prætextu nouorum instrumentorum, postea repertorum.* Si noua sunt instrumenta & postea reperta: Ergo illa non erant litigatori nota, sed postea illa inuenit & ea tate cognouit.

Con-

Confirmatur hęc interpretatio, quia si de eo tantùm intelligatur textus, qui scientiam habuit instrumentorum, & ea non exhibuit, cùm posset exhibere, certè nulla est ratio dubitandi, quin res iudicata instaurari nequeat.

Si dicatur argumentum procedere, quoad ius ipsum ordinarium, sed quæstionem loqui de in integrum restitutione. Respódeo, rationem legis locum habere etiam in integrum restitutione, quia scilicet exemplo graue est, res iudicatas instaurari.

Quid? quòd text. in l. Imperatores. ff. de re iudic. loquitur de ipsa restitutione, & sic ait: *Imperatores Verus & Antoninus rescripserunt, quanquam sub obtentu nouorum instrumentorum restitui negotia minimè oporteat? &c.*

Ad primum argumentum respondeo. Maiores in integrum restitui, ex iusta causa, quo ad per leges, Plebiscita, Senatusconsulta, & ca. Licet, vt in dict. l. 1. ff. Ex quibus causis maior. Sed per leges non licet hoc in casu, quia ignorantia non est iustum impedimentum, & iusta causa restitutionis maiorum, quando sunt in vinculis, vel in hostium potestate, vel causa Reipublicæ absunt, vt in d. l. 1. & toto titulo: non autem cum instrumenta & iura sua ignorauit.

Ad secundum respondeo, textum in l. Si mater. non obstare, quia loquitur, quando ex vna tantum causa quis egit, cùm & alia subesset. Mater ibi bona filij vindicabat ex Senatusconsulto, tanquam intestati defuncti, & quia putabat patrem in testamento alium substituisse filio suo, dicebat ruptum esse testamentum patris, & sic substitutioni locum non esse. Quia verò testamentum ruptum non erat, succubuit. Posteà apparuit nullum in eo testamento substitutum fuisse, ait Iurisconsultus, succurrendum esse ei, quæ vnam tantùm causam egit rupti testamenti, vt nempe aliam causam deducere possit, vt ibi. Hæc species longo distat interuallo à quæstione nostra, in quá de restauranda lite contra rem iudicatam agitur, ex eadem causa, propter instrumenta nouiter reperta.

Ad tertium respondeo. Dato, quòd restitutoria actio competeret aduersus debitorem in specie l. Argentarius, §. vlt. Tamen id procederet argentario existente non soluendo. Itẽ quando argentarius dolo fecisset, quò minùs rationes ederet, ac scilicet ex eius dolo debitor lucrum faceret: & sic multa concurrunt in ea specie. Sed nos loquimur absolutè ac simpliciter, an ex iusta ignorantia quis restituatur aduersus rem iudicatam ex instrumentis nouiter repertis. Et meritò negamus restituendum, vt patet ex prædictis.

CAPVT LII.

Vtrum sententia retractari possit, prætextu testamenti nouiter reperti?

SEntentiam latam retractari posse prætextu testamenti nouiter reperti; Authores sunt Gloss. in l. 1. §. Ratio. ff. Quemadmodum testamenta aperiantur. Bald. in l. 3. §. 1. ff. de transactio. Roman. singul. 198. & alij, quos refert & sequitur Sfortia Oddus de restitutione in integr. parte 2. quæst. 73. art. 4.

Argumenta verò sunt ista. Primum, sententia & transactio æquiparantur. l. Non minorem. Cod. de Transactio. Sed Transactio retractatur prætextu testamenti nouiter reperti. l. Imperatores. §. Cum Transactio. l. Non est ferendus. ff. de Transactio. Ergo & sententia.

Secundum. De his, quæ pendent ex testamento, sicut transigi non potest, nisi perspectis, cognitisque verbis testamenti. l. De his. ff. de Transactio. ita nec iudicari potest. l. 1. §. Ratio. ff. Quemadmodum testamenta aperiantur: *Neque enim*, ait Iurisconsultus, *sine Iudice transigi, neque apud Iudicem exquiri veritas de his controuersiis, quæ ex testamento proficiscuntur, aliter potest, quàm inspectis cognitisque verbis testamenti.* Igitur sententia non valet. Consequenter ob testamentum nouiter repertum retractari non potest.

Tertium argumentum est ex l. Si mater. ff. de exceptione rei iudicatæ: Vbi mater contrà quam fuit iudicatum, admittitur tamen ad petendam hæreditatem ex testamento, in quo apparuit nullum fuisse datum substitutum.

Quartum. Iuramentum & sententia æquiparantur. l. Nam & postea. §. Qui temporali. ff. de Iureiurando. Sed iuramentum retractatur propter testamentum nouiter repertum. l. vltim. Cod. de rebus creditis. Ergo & sententia.

Contrariam sententiam habuerunt Glos. in l. 3. §. Si legatarius. in verbo, Euicerit. ff. Si cui plus quàm per legem Falcid. & Alex. in l. Sub prætextu instru. n. 5. C. de Trans. & in l. Imperatores. n. 2. ff. de re iud.

Quorum illud est fundamentum quòd generaliter lege sit cautum, sententiam retractari non posse prætextu instrumentorum nouiter repertorum: l. Sub specie. C. de re iudicata. l. Imperatores. ff. eo. tit. Testamentum autem est instrumentum l. 1. ff. de fide instrumentorum.

Ego autem animaduerto, duobus modis potissimum accidere posse hanc controuersiam ex testamento nouiter reperto. Primum: Si quis petat certam quantitatem testamento sibi relictam, & secundum eum pronunciatum sit. Deinde aliud testamentum proferatur, in quo maior quantitas relicta sit.

Hoc in casu agi potest, ex nouo testamento, re iudicata non obstante, quia noua petitio est, & nouum iudicium, diuersum à primo. l. 2. ff. de exceptione rei iudicatæ. l. Si ex testamento. ff. eod.

Secundò. Si quis agat ex testamento, & ex Iudicis sententia cõsequatur legatum, vel hæreditatem, postmodum appareat aliud testamentum, quo illud prius reuocatum sit. Atque hoc in casu res iudicata retractari non potest, sub prætextu talis testamenti nouiter reperti. Nam ex tali testamento nihil aliud constat, quàm nil deberi ei, pro quo est pronunciatum. Tanta est autem rei iudicatæ authoritas, vt rescindi non possit, etiamsi constet, postea nil deberi, nec repeti potest, quod indebitè solutum est authoritate rei iudicatæ. leg. Si fideiussor. §. In omnib. ff. Mandati, l. 1. C. de condict. indeb.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, transactionem ideo retractari, quoniam transigentes de eo tantùm cogitasse censentur, quod in ea scriptura tabularum, quas tunc nouerunt, continebatur, vt verbis vtar Iurisconsulti in l. Non est ferendus. ff. de Transactio. quæ ratio non habet locum in sententia.

Ad secundum respondeo, nihil aliud ex eo probari, nisi, quod Iudex ferre sententiam nequeat de his, quæ pendent ex testamento, nisi cognitis verbis testamenti. Quòd si testamentum viderit, & super eo pronunciauerit, non debet res iudicata retractari, quamuis aliud testamentum postea repertum fuerit.

Ad Tertium respondeo. l. Si mater. loqui, cũ quis egit ex vna causa, deinde vult agere ex alia, licet ex eodem facto. Hoc in casu succurritur ei, vt agere possit. Ideóque mater, quæ causam tantùm rupti testamenti intentauerat, ex testamento agere potest, quod ruptum non esse pronunciatum est: quia nullus in eo datus fuit substitutus, sicuti mater ipsa putauit, ob quam causam & testamentum ruptum esse dicebat. Nos autem loquimur, cùm res iudicata directè impugnatur ex testamento nouiter reperto.

Ad quartum respondeo. Iuramentum retractari per testamentum nouiter repertum, quia iuramentum est species transactionis. l. 2. ff. de iureiurand. & transactio retractatur, vt dictum est, ex testamento nouiter reperto, l. Non est ferendus. ff. de transact.

CAPVT LIII.

Vtrum Ecclesia aduersus rem Iudicatam audienda sit propter Instrumenta de nouo reperta?

Controuersia est in eadem materia vtrum Ecclesia restituenda sit in integrum aduersus rem Iudicatam, propter instrumenta nouiter reperta. Nam sunt qui affirmant, sunt qui negant, sunt qui ex iusta causa restituendam putent, cum videlicet apparet, eam vsam esse omni diligentia, vt instrumẽta inueniret, nec inuenire potuisse. Vide Iasonem in l. Imperatores. ff. de re Iudicata, num. 8. & Sfortiam Oddum de restitutione in integrum part. 2. quæst. 75. art. 2.

Ego puto ex causa restituendam. Moueor Authoritate d. l. Imperatores. ff. de re iudicata, vbi dicitur in negotio publico ex causa permitti, vt quis aduersus rem Iudicatam nouis instrumentis vtatur. Si in causa & negotio publico id est permissum, ergo & in negotio Ecclesiæ permittendum erit: videtur enim publicũ, argu. c. ius publicum, distinctione 1. imò Ecclesia & ciuitas æquiparantur, vt solet notari in l. fi. C. de sacrosanctis Eccles.

Secundò moueor: quia Ecclesia vtitur iure minoris c. 1. de restit. in integrum. Sed minor restituendus est, ergo & Ecclesia. Minorem esse restituendum probo ex leg. Minor 37. ff. de Minoribus, vbi Iurisconsultus ait, Minorem in integrum restitui propter allegationem omissam: ergo multò magis propter instrumenta non exhibita.

Contrariæ sententiæ fundamentum est in c. suborta, de sentent. & re iud. in illis verbis: *Si verò non fuerit coram eo exhibitum prætextu priuilegij de nouo reperti, non debet sententia retractari.*

Respondeo illum textum non obstare, quia & nos dicimus regulariter Ecclesiam retractare non posse rem Iudicatam propter instrumenta nouiter reperta, sed non propterea efficitur, quin ex causa restituenda sit in integrum, & audienda contra rem Iudicatam, sicuti in causa, & negotio publico constitutum est, vt in d. l. Imperatores. ff. de re Iud.

CAPVT LIV.

Cùm malæ fidei possessor sumptus necessarios repetere possit in rem factos, cur in specie l. 1. Cod. de Infantibus expositis, non liceat furi alimenta repetere.

Malæ fidei possessorem sumptus necessarios in rem factos repetere posse, docet tex. in l. Domum. C. de Rei vind. Cæterùm cur in specie l. 1. C. de Infantib. expositis, non idem sit constitutum, non est eadem omnium sententia. Verba textus hæc sunt. *Si inuito, vel ignorante te partus ancillæ, vel adscriptitiæ tuæ expositus sit, repetere eum non prohiberis, sed restitutio eius, si non à fure vendicaueris, ita fiet, vt si qua in alendo, vel fortè ad discendum artificium iustè consumpta fuerint, restituas.*

His

His verbis patet, furem tales sumptus repetere non posse. Sumptus autem in alendo necessarij esse dicuntur.

Prima est sententia Accursij, aliud esse constitutum in malæ fidei possessore, aliud in fure. Non rectè: quia etiam prædo sumptus necessarios repetit, l. Planè. ff. de petitione hæreditatis.

Secunda est sententia Petri, Cyni & Castrēsis iccirco in specie d.l.1. repeti non posse alimenta, quòd videantur à fure donata. Non rectè, quoniam verisimile non est eum donare velle, qui aliena surripuit, l. Fuit quęstionis, & l. Si extraneus. ff. de acquir. hæred.

Tertia est sententia Iacobi Menochij de Recuperan. possess. remed. 15. n. 515. Aliud esse statutum in malæ fidei possessore alicuius rei immobilis, aliud in fure. Ratio est, quia fur condemnatur ad quadruplum rei subtractæ, meritò sumptus tales repetere non potest. Sed cur prædo repetere possit, & non fur?

Quarta est sententia Francisci Sarmienti lib. 1. electar. Interp. c. 10. Tunc demum repeti posse sumptus necessarios à malæ fidei possessore, quando propter huiusmodi sumptus res efficitur preciosior, vt in d.l. Planè, in fi. ff. de petitione hæred. At in casu d.l.1. non propter sumptus factus fuit seruus preciosior, quia ad pubertatem illum natura perduxit & ætas. Non rectè: quia, vt viueret seruus, necessaria fuerunt alimenta, sine quibus ad pubertatem minimè peruenisset. Facit text. in l. Patrem. C. de Nuptiis. Ibi. *Hanc adultam sumptibus, & labore tuo factam, &c.*

Postrema est sententia Antonij Fabri lib. 2. Coniectur. Iur. c. 1. Impensas necessarias repeti posse, si tolli possint sine rei detrimento, secus si tolli non possint, vt in casu d.l.1. Non rectè. Quia necessariæ impensæ simpliciter repetuntur, vtiles verò si tolli possint, vt in d.l. Domum. C. de rei vind.

Ipse opinor causam huius rei colligi posse ex responso Iuriscōsulti, in l. Inficiando. §. Infans. ff. de Furtis, vbi sic ait. *Infans apud furem adoleuit, tam adolescentis furtum fecit ille, quàm infantis, ideòque dupli tenetur, tanti, quanti vnquam apud eum plurimi fuit.* Et paulò pòst: *Et nō dubitauerim*, inquit, *quin adolescentis potius, quàm infantis æstimationem fieri oporteat, & quid tàm ridiculum est, quàm meliorem furis cōditionem esse per continuationē furti existimare?* Idem docet text. in l. Ex argento. ff. de Condi. furtiua in illis verbis: *Quemadmodum si infans subreptus adoleuerit, æstimatio fit Adolescentis, quamuis sumptibus furis creuerit.*

Ex his legibus talem ego colligo rationem. Non potest aliquis actionem ex ea causa cōsequi, ob quam ille alteri obligatur. l. Siue hæreditaria. ff. de Negotiis gestis. Sed fur qui sumptus fecit, ex quib. infans creuit, & adultus factus est, obligatur eam ob causam, quia dicitur furtum adolescentis facere, & tenetur ad soluendam æstimationem adolescentis. Ergo non potest sumptus repetere alimentorum, propter quos adolescens factus est. Nam si repeteret hos sumptus, non videretur ipse condemnatus, quanti plurimi seruus apud eum fuisset. Et sic ad æstimationem adolescentis. Ratio est, quia de tali condemnatione deduceret sumptus alimentorum. Atque hæc est mea, de perdifficili hac controuersia, sentētia.

CAPVT LV.

De mala fidei possessore, An & quomodo vtiles impensas auferre possit, ad interpretationem l. Adeo. §. Ex diuerso. ff. de Acquirendo rerum dominio. & l. Vtiles. ff. de petitione hæredit. & l. 2. C. de Rei vindic.

IVrisconsultus Caius in l. Adeò. §. Ex diuerso. ff. de Acquir. rer. dom. scribit in hæc verba: *Ex diuerso, si quis in alieno solo sua materia ædificauerit, illius fit ædificium, cuius & solū est: & si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiæ intelligitur. Itaque nec diruto quidem ædificio, vindicatio eius materiæ competit.* Huic sententiæ repugnare videtur Iuriscōsultus idem, in l. Vtiles. ff. de petitione hæredit. in illis verbis: *Nam prædoni probè dicetur, non debuisse in alienam rem superuacuas impensas facere, vt tamen potestas ei fieret tollendorum eorum, quæ sine detrimēto ipsius rei tolli possint.* Sed magis apertè repugnare videtur Imperator in l. 2. C. de rei vindic. sic dicens: *Id quod in solo tuo ædificatum est, quoad in eadem causa manet, iure ad te pertinet, si verò fuerit dissolutum, eius materia ad pristinum dominum redit, siue bona fide, siue mala ædificium extructum sit, si non donandi animo ædificia alieno solo imposita sint.*

Prima est sentētia Accursij in §. Ex diuerso. in Inst. de Rer. diuis. & Barto. in l. In fundo. n. 11. ff. de rei vendic. Aliud esse Iuris in petitione hæreditatis, aliud in Rei vendi. Quare text. in d.l. Vtiles, de petitione Hæreditatis loqui, ac intelligendum esse, textum verò in d.§. Ex diuerso, de rei vendicatione. Sed nec rationē adfert diuersitatis, & nihil respondet ad d.l.2. C. de rei vindic.

Secunda est solutio aliorum interpretum, quam probat Eguinarius Baro in comment. ad d.§. Ex diuerso. In Inst. de rer. diuis. Iuriscōsultum loqui, cū quis ex propria materia in alieno solo ædificat, tunc animo donandi ędificare videtur, diuersum est cum quis ex aliena materia ædificat, quia dissoluto ædificio, materiæ dominus eam vindicare potest. Ita loquitur Imperator, ac intelligendus est in d.l.2. C. de rei vindicatione.

Non placet hæc sententia, quia nullum verbũ est in d.l.2. quo significetur Imperatorem loqui, cùm quis ædificat ex aliena materia. Et illa verba: *Si nõ donandi animo, &c.* magis propriè conueniunt ei, qui dominus sit materiæ.

Tertia est sentẽtia eiusdem Eguinarij, Malæ fidei possessorem censeri animo donandi ædificasse in alieno solo, & ideo materiam vindicare non posse, vt in d.§. Ex diuerso. Probare tamen potest, se non animo donandi impẽdisse, & tunc materiam vindicare potest. Ita accipiendum est quod dicit Imp. in d.l.2.

Sed huic interpretationi repugnat ipsa l.2. vbi regula hæc cõstituitur. Malæ fidei possessorem materiam vindicare posse, nisi probetur, animo donandi imposuisse.

Quarta est sententia Francisci Sarmienti lib. 1. selectar. interpretat. cap. 10. Leges, quæ malæ fidei possessorem vtiles sumptus repetere posse statuunt, si absque detrimento auferri possint, locum habere, quãdo malæ fidei possessor ipsam rem detinet, in qua sumptus fecit, vt in l. domum. C. de Rei vindic. & in l. Vtiles. ff. de petitio. hæredi. secus si rem non detineat, vt in legibus contrariis.

Sed repugnat huic sententiæ tex. in §. Certè. in Institut. de Rer. diuis. *Certè*, inquit Imperator, *illud constat, si in possessione constituto Ædificatore, soli dominus petat domum suam, nec soluat precium materiæ, & mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, vtique si bonæ fidei possessor fuerit, qui ædificauerit. Nam scienti alienũ solum esse, potest obiici culpa, quòd ædificauerit temerè in eo solo, quod intelligebat alienum esse.*

Quinta est sententia Mynsingeri in comment. ad d.§. Ex diuerso, de Rer. diuis. quòd habetur in d.l.2. accipiendum esse de ædificio extructo à Colono vel Inquilino, vel Emphyteuta, & idcirco eos vindicare posse materiam ædificio dissoluto, quia Ius ædificãdi habuisse videntur. Cæterùm aliis malæ fidei possessoribus, hæc actio non competit, quia cessat ratio prædicta: & ita sunt accipiẽdæ leges cõtrariæ.

Sed primò nullum verbum est in d.l.2. quod suadeat eam interpretationem, & Imperator loquitur siue bona fide, siue mala fide ædificium extructum sit.

Sexta est sententia Iacobi Cuiacij in posterioribus notis in Institutiones, in §. Ex diuerso. Malæ fidei possessorem, Iure quidem vindicare non posse materiam ædificij separatã, vt in d.§. Ex diuerso. Benignius tamen esse, vt eam vindicare possit, ne petitor cum eius iactura locupletetur, argumento l. Planè. ff. de Petitio. hæred. & l. Iulianus. ff. de Rei vindi. si sciente domino ædific[illegible]erit, argumento l. Puræ. §. Si donaui ff. d[illegible] mali except.

Huic senten[illegible] tex. in l. Sumptus. 48. ff. de Rei vendic. vbi Papinianus scribit, sumptus in prædium alienum factos, peti quidem nõ posse, sed exceptione doli opposita, per officium Iudicis æquitatis ratione seruari, si à bonæ fidei possessore facti sint, æquitatis ratione seruari non debent. Vtitur hoc argumento Anton. Faber lib. 3. Coniecturar. Iuris cap. 1.

Ego sic statuo Malæ fidei possessorem vtiles impensas deducere posse, si absque rei detrimento deduci possint, vt in l. Domum. C. de Rei vind. in l. Vtiles. ff. de Petitione hæredit. & alibi. Non obstat tex. in §. Ex diuerso, quia loquitur de ædificante in alieno solo. Is enim vindicare materiam non potest, quia voluntate eius intelligitur esse alienata, siue donata ei, qui Dominus est soli, vt ibi dicit Imperator & Iuriscõsultus in d.l. Adeo. §. Ex diuerso. Non obstat tex. in l.2. C. de Rei vindic. vbi contrarium dicitur, nempe materiam vindicari posse, quia loquitur, cùm aliquis in alieno solo ædificat sciente & patiente domino, talis enim scientia & patientia hoc operatur, vt materia vindicari possit, & in hoc Cuiacij sententiam probo, argumento d.l. Puræ. §. Si donaui. ff. de doli mali, & metus exceptio. ibi: *Dolo enim feci, quia passus sum eum ædificare, & non reddo impensas.* Quod d.l.2. hoc in casu loquatur, probo. Nam ita dicit: *Si inferiorem partem ædificij, quæ solum contingit, ad te pertinere probare potes, eam, quam vicinus tuus imposuit, accessisse dominio tuo, non ambigitur.* Hic Imperator loquitur de eo, qui in superiori parte domus habitabat, & simul dominus erat partis inferioris. Quamobrem præsumitur non ignorasse, ædificiũ fieri in parte inferiori meritò, Imperator postea considerata facti specie, & circunstantiis omnibus, declarat dissoluto ædificio, materiam vindicari posse, nisi animo donandi fuerit imposita. De qua quidem specie non loquitur textus in d.§. Ex diuerso. siue Imperatoris, siue Iurisconsulti. Atque hæc mea est, de hoc perquam difficili nodo, sententia.

CAPVT LVI.

Vtrum hæres in bona fide existens condemnandus sit ad restitutionem fructuum, quando defunctus reus possedit mala fide?

SI quis mala fide rem possideat, & hærede relicto, qui sit in bona fide, moriatur, in controuersiam reuocatur, vtrùm fructus restituere teneatur, an verò eos suos faciat, tanquam bonæ fidei possessor, & quidem ad restituendos fructus teneri Bartol. existimauit, in l. Ex diuerso n. 12. ff. de Rei vindic. & multi alij, quos refert & sequitur Menoch. de Recup.

Possess.

possess. remed. 15. nu. 617. fundamentum est in l. 1. C. de Fructib. & litium expensis. vbi, post quàm Imperator dixit: Malæ fidei possessorem teneri ad restituendos fructus, statim de hærede eius verba faciens, subdit: *Hæredis quoque succedentis in vitium* (scilicet defuncti) *par habenda fortuna est.*

Contrariam sententiam amplexus est Ioannes Copus in Tract. de fructib. lib. 2. tit. 4. cap. 3. Fundamentum ponit in l. Bonæ fidei. ff. de Acquir. rer. dom. & in aliis legibus, quibus dicitur, bonæ fidei possessores fructus suos facere. Quòd autem dicitur (inquit Copus) hæredem in vitia defuncti succedere, hoc non ad factum sed ad ius, hoc est, ad vsucapionem pertinet, quæ ob vitium defuncti nulla esse potest.

Ad l. 1. C. de Fructib. & litium expensis, respondet eam esse intelligendam de hærede, qui in ipsius defuncti malam fidem succedit, quod ex eo patet, inquit, quia textus loquitur de eo hærede, qui lite contestata aduersus defunctũ malæ fidei possessorem, non poterit ignorare, rem alienam esse.

Mihi probabilior videtur prior sententia, quæ & communior est, quam confirmo ex l. Vitia. C. de Acquirend. & retin. possess. *Vitia possessionum*, inquit, *à maioribus contracta, perdurant & successorem Authoris sui culpa comitantur.*

Ad argumenta Copi sic respondeo: Concedo bonæ fidei possessorem fructus suos facere, sed casum hunc excipio, cùm videlicet defunctus in mala fide fuit, quia ipsius vitium & culpa successorem comitatur.

Quod verò Copus dicit, hoc non ad factum, id est, ad fructuum perceptionem, sed ad ius, id est, ad vsucapionem pertinere, nec aliqua lege probat, aut ratione, & contrarium euincit tex. in d. l. 1. vbi agitur de fructibus restituendis à malæ fidei possessore, cuius hæres fortunam sequitur, vt pote in vitium succedens defuncti, vt ait ibi Imperator. Nec probabilis est illa interpretatio, quam adfert Copus: Imperatorem loqui de hærede, qui litem motam nõ ignorauerit, & sic in mala fide fuerit, quia si in mala fide hæres existat, hæc ipsa mala fides, non autem successio in vitium defuncti fructuum acquisitionem impediret. Imperator autem eò loci perpendit, non propriam ipsius hæredis scientiam, & malam fidem sed vnum illud, quod scilicet in vitium defuncti successerit, qui fuit in mala fide.

CAPVT LVII.

Vtrum bonæ fidei possessor lucretur, tam fructus naturales, quàm industriales.

Ingens est dissensio inter Doctores, vtrum bonæ fidei possessor omnes fructus lucretur, tam naturales, quàm industriales. Etenim Accurs. in l. Ex diuerso. ff. de Rei vind. negat, bonæ fidei possessorem fructus industriales lucrari: Sed duntaxat naturales suos facere opinatur. Eius autem fundamentum est in l. Fructus. ff. de Vsuris. vbi Pomponius ità dicit: *Fructus percipiendo vxor, vel vir ex re sibi donata suos facit, illos tantùm, quos suis operis acquisierit, veluti serendo. Nam si pomum decerpserit, vel ex sylua caciderit, non fit eius, sicut nec cuiuslibet bonæ fidei possessoris, quia non ex facto eius is fructus nascitur.* Idem docet Duaren. in comment. ad Tit. de Vsur. & fruct. tit. qui fructus in restitutionem veniant.

Confirmatur hæc sententia ex §. Si quis à nõ domino, Inst. de Rerum diuisione, vbi Imperator dicit, Bonæ fidei possessorem fructus lucrari pro cultura & cura, consequenter fructus naturales non lucratur, quia nullum ij requirunt curam, vel culturam.

Secunda est sententia Bartoli in d. l. Ex diuerso. Is distinguit inter possessorem bonæ fidei, qui etiam titulum habet, & eũ possessorem qui non habet titulum. Si titulum habeat bonę fidei possessor, existimat Bartol. cum omnes fructus lucrari, authoritate Pauli Iurisconsulti, in l. Bonæ fidei. ff. de acquir. rer. dom. *Bonæ fidei emptor*, inquit, *non dubiè percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, nõ tantum eos, qui diligentia & opera eius prouenerunt, sed etiam omnes.* Si verò titulum non habeat, existimat eum lucrari fructus duntaxat naturales, Authoritate Pomponij, in d. l. Fructus. ff. de Vsuris.

Tertia est opinio Iacobi Menochij, de Recuper. possess. remed. 15. n. 580. Bonæ fidei possessorem omnes fructus lucrari, siue naturales, siue industriales, tamen non absolutè, sed ad tempus, hoc est, interim, donec res fuerit euictą, si enim res euicta fuerit, restituere tenetur. Mouetur vir præstantissimus authoritate tex. in d. l. Bonæ fidei, quatenus ibi I. C. dicit. Bonę fidei possessorem interim fructus suos facęre, quod quidem confirmari potest, ex l. Qui scit. §. vlt. ff. de Vsuris. vbi Iulianus ita dicit: *Bonæ fidei emptor, quo ad percipiendos fructus intelligi debet quandiu euictus non fuerit.* Idem docet Cuiac. in notis ad Institut. §. Si quis à non domino. in verbo, Pro cultura.

Quarta & postrema est sententia, quæ mihi cæteris probabilior videtur. Bonæ fidei possessorem, omnes fructus consumptos lucrari, & suos facere, tam naturales, quam industriales. Ita docet Arius Pinell. ad l. 2. C. de Rescind. vend. parte 2. cap. 4. nu. 59. Anton. Faber lib. 4. coniectur. Iur. cap. 17. nouissimè Hermanus Vulteius libr. vnico Scholasticarum

disceptationum cap. vlt.

Probatur hæc sententia primùm ex dict. l. Bonæ fidei. ff. de Acquir. rer. dom. vbi Iurisconsultus ita disertè docet. Sic dicens: *Bona fidei possessor, &c.* Secundò, ex l. Certum. C. de rei vindic. dum ibi Imperator, nulla distinctione adhibita, declarat, Bonæ fidei possessorem esse condemnandum ad restituendum fructus extantes. Videtur enim significare, secus esse statuendum de fructibus consumptis.

Tertiò ex l. In pecudum 28. ff. de Vsuris. vbi Caius docet, fructus pecudum sicuti lac, pilũ, lanam & fœtum, statim pleno iure fieri bonæ fidei possessoris, & tamen constat hos esse fructus naturales.

Quarto ex l. Qui scit. §. vlt. ff. eod. tit. in illis verbis: *Porrò bona fidei possessor in percipiendis fructibus, id iuris habet, quod dominis prædiorum tributum est.*

Postremò ex l. 4. §. Lana. ff. de Vsucapio. vbi dicitur, lanam ouium furtiuarum, si apud bonę fidei possessorem detonsa est, statim eius fieri, quoniam in fructu est. Idémque de agnis dicendum esse, si consumpti sint.

Ad text. in l. Fructus. ff. de Vsuris, prętermissis aliorum responsionibus ac interpretationibus, illa magis probatur quàm Ari. Pinell. attulit. Illa verba textus: *Sicut, nec cuiuslibet bonæ fidei possessoris*, hunc sensum non habere, quasi nullus bonæ fidei possessor fructus naturales suos faciat: Id enim repugnaret aliis legibus, sed sensum esse, non quemlibet bonę fidei possessorem tales fructus suos facere. Itaque licèt bonæ fidei possessor regulariter tales fructus suos faciat, non tamẽ id Iuris habet omnis bonæ fidei possessor, veluti si possessor talis sit, qualis in specie, de qua ille textus loquitur, videlicet, vir & vxor, rem donatam possidentes. Similis casus est in bonæ fidei possessore obligato ad fructuum restitutionem, licèt bona fide perceptorum in l. Indebiti. 15. ff. de Condictio. indeb.

Ad text. in §. Si quis à non domino. in Inst. de Rerum diui. respondeo, non rectè sumi argumentum à contrario sensu, quia licèt bonæ fidei possessor pro cultura, & cura industriales fructus nuncupatos suos faciat, nihilominus tamen lucratur etiam fructus naturales, quia loco domini habetur. Illud verbum *interim*, quod est in dict. l. bonæ fidei in principio, ego sic interpretor, vt significet quidem, *interim*, antequàm res euincatur, bonæ fidei possessorem fructus suos facere, sed tamen etsi res euicta fuerit, non eos restituere teneretur, nisi extent, vt in l. Certum C. de Rei vind. Itaque interim suos facit, donec rem possidet. Re autem euicta si extent, eos restituere tenetur domino rei, nec amplius eos percipiendi facultatem habet.

Posthæc scripta legi comment. Donelli de Iure Ciuili lib. 4. c. 24. 25. & animaduerti, eum in noua quadam opinione esse. In primis existimat, bonæ fidei possessorem omnes fructus, tam qui natura, quam qui opera hominis proueniunt, consumptos, lucrari; quod nostræ sententiæ cohæret.

Deinde docet, bonæ fidei possessorem fructus industriales statim lucrari, & suos facere: ita, vt eos etiam extantes restituere nõ teneatur. Et hanc dicit esse sententiam Iurisconsulti in l. fructus. ff. de Vsuris.

Ad l. bonæ fidei. ff. de acquir. rer. domin. respondet, illud verbum *omnes*, id est, omnes, qui diligentia & opera bonæ fidei possessoris non peruenerunt.

Et ad l. Certum. C. de Rei vindic. respondet, illud verbum *extantes* idem significare, quod pendentes. Nõ autem esse referendum ad fructus perceptos, & non consumptos, multisque argumentis probat fructus industriales etiam non consumptos restituendos non esse. Et ex eo, quod Iustin. dicit in §. Si quis à nõ domino in Institu. de rerum diuis. bonæ fidei possessorẽ fructus consumptos lucrari, non rectè colligi opinatur, fructus industriales perceptos, & nondum consumptos, eum non lucrari. Sed illa collectio valere potest, quoad fructus, qui naturâ proueniunt: eos enim non lucratur bonæ fidei possessor, nisi consumpserit.

Sed etsi hæc speciosa videantur, parum tamen probabilia sunt. Inprimis quod ad l. fructus. ff. de Vsuris, attinet, non ibi fit mẽtio fructuum consumptorum, vel non consumptorum, sed textus dicit: fructus industriales acquiri possessori, non autem naturales, cuius contrarium docet textus in l. bonæ fidei. ff. de acquir. rer. domin.

Secundò dicit Donellus, illud verbum *Omnes* in d. l. bonæ fidei, referendum esse ad omnes fructus, qui industria quidem percipiuntur, sed non industria bonæ fidei possessoris. Contrà. Nam textus dicit: Bonæ fidei possessor fructus percipiendo, suos facit, non tãtùm eos, qui diligentia & opera eius prouenerunt, sed etiam omnes: illud verbum *omnes*, nullos excludit, & sic non excludit fructus, qui natura proueniunt, absque possessoris industria. Quę probabilior est expositio.

Tertiò vult Donellus: illud verbum, *Extantes*, quòd est in l. Certum. C. de rei vindicatione, idem significare, quod pẽdentes: sed nõ videtur hoc probabile: quia textus dicit, bonæ fidei possessorem, omnes fructus extantes solère cum ipsa re præstare. Quòd si fructus sint pendentes, & nondum illos habeat possessor, non video, quo pacto illos præstare possit.

Denique

Deniq; non est probabile Iustin. in §. Si quis à non Domino, in Inst. de rer. diuisio. dum ait fructus consumptos peti non posse, locutum esse de naturalibus fructibus tantum, cùm supra dixerit, bonæ fidei possessorem eos lucrari pro cultura & cura, & sic de industrialibus locutus fuerit. Aut ex illis verbis argumentum sumi à contrario sensu, respectu fructuum naturalium duntaxat non consumptorum, vt scilicet peti possint. Cùm de naturalibus ibi sermo non sit.

Quid? quod fructus extantes opponuntur fructibus consumptis in l. malæ fidei. C. de condict. ex lege. ibi: *de extantibus fructib. rei vindicatio, &c. de consumptis verò, &c.*

Videat ergo Donellus, quo pacto consistat ea interpretatio, qui exstantes fructus pro pendentibus accipiendo docet.

CAPVT LVIII.

Vtrum bonæ fidei possessor conueniri possit ad restitutionem fructuum consumptorum, siue eorum æstimationem, si factus sit ex eis locupletior.

IN iudiciis vniuersalibus, quin bonæ fidei possessor ex fructibus consumptis locupletior effectus, eorũ causa conueniri possit, nulla est prorsus dubitatio, quia conueniri posse decidit tex. in l. 1. C. de Petitione hæreditatis, & in l. Item veniunt. §. Eos autem. ff. eo. tit.

Cæterùm in iudiciis particularibus, vt puta in rei vindicatione, & similibus, vtrum idem sit dicendum, non est eadem omnium sententia. Affirmant Barto. in l. Ex diuerso, n. 7. ff. de Rei vindic. & multi alij, quos refert, & sequitur Couuar. Resol. lib. 1. c. 3. vers. Tertia conclusio. & Menoch. de Recuper. possess. Reme. §. n. 598.

Cæterùm negant multi alij, quos commemorant Couuarruuias & Menochius, & præter eos Pinellus ad l. 2. C. de rescin. vend. parte 2. c. 4. n. 74. & n. 60. vbi dicit, Hanc sentẽtiam forensi vsu receptam esse, & Anton. Faber. lib. 4. Coniectur. c. 17. non procul à fine.

Prioris sententiæ argumenta sunt tria. Primum: In petitione hæreditatis constitutum est, vt bonæ fidei possessor teneatur: Ergo id multò magis statuendum est in rei vindicatione, quia Dominus rem vindicans, plus iuris habet, quàm hæres, qui aliquando hæreditatem petit, neque rerum hæreditariarum dominium habet, quia fortè defunctus dominus non erat.

Secundum argumentum est ex æquitate. l. si me & Titium. ff. Si certum petatur. Æquum esse quod ex re mea ad te peruenit, mihi restitui. Item ex æquitate, quæ dictat neminem locupletari debere cum aliena iactura.

Tertium argumentum sumitur ex l. Item si verberatum. §. 1. ff. de Rei vindic. vbi dicitur, Si possessor fructus perceptos distraxit, ne corrumperentur, precium præstaturum.

Posterioris autem sententiæ fundamentum est in illis legibus, quibus dicitur, Bonæ fidei possessorem fructus consumptos lucrari, & suos facere, vt in §. Si quis à non Domino, in Instit. de Rerum diuisione. in §. Etsi Hæreditas. in Inst. de officio Iudicis. l. 4. ff. Finium regund. l. Quæsitum. 40. ff. de acquir. rer. dom. & alibi.

Et hæc sentẽtia videtur mihi verissima, quia si bonæ fidei possessor tenetur fructus cõsumptos restituere, eo in casu, quo factus esset locupletior, sequeretur leges, quibus dicitur eũ fructus consumptos lucrari, tunc demum procedere, cùm bonæ fidei possessor fructus inutiliter consumpsisset: quod sanè absurdum esset, quia nemo præsumitur iactare suum. Ideóque non ita leges accipiendæ sunt, vt eum casum comprehendant, qui non ita frequenter euenire solitus est.

Ad primum argumentum contrariæ sentẽtiæ respondeo, In petitione hæreditatis ita constitutum esse, tum quia fructus percepti hæreditatem augent. l. Item veniunt. §. Item non solùm. versu, Fructus. ff. de petitione Hæreditatis. Tum quia Senatusconsulto ita in vniuersum est constitutum, vt qui ex iusta causa existimauit, hæreditatem ad se pertinere, non teneatur, nisi quatenus ex ea factus est locupletior. l. Item veniunt. §. Præter hæc. vers. Eos autem. ff. eod. tit. Eæ autem rationes locum non habent in rei vindicatione, & cæteris particularibus Iudiciis.

Ad secundum respõdeo: Æquitatem de qua in d. l. Si me, & Titium, ad rem hanc non pertinere, nihil enim aliud docet illa lex, nisi æquũ esse, vt pecunia mea, quæ ad te peruenit, mihi à te restituatur. Nos autem loquimur de fructibus, quos vt bonæ fidei possessor lucretur pro cultura & cura, & alias ob causas, æquũ est. Iustáque est hæc causa, vt possessor locupletetur, cum aliena iactura, quia bonam fidem habet, & loco Domini pene est. l. Qui scit. ff. de Vsuris, cum aliis similibus.

Ad tertium respondeo, illam legem loqui de possessore, qui rem & fructus pendente iudicio distraxit, vt patet ex l. officium. ff. eod. tit. & ea ratione confirmatur, quòd si bonæ fide possessor rem distraxerit ante litem inceptam, conueniri rei vindicatione non possit, cũ nec possideat, nec dolo desierit possidere.

CAPVT LIX.

Vtrum, si possessor ab initio sit bonæ fidei, deinde incipiat esse malæ fidei, fructus suos faciat ad

interpretationem l. Bonæ fidei. §. In contrariũ. ff. de acquir. rer. dom. & l. Qui scit. §. vlt. ff. de vsuris.

DVo sunt iuris loca, quæ inuicem pugnare videntur. Primus est in l. Bonæ fidei. §. In contrarium. ff. de acq. rer. dom. Secundus est in l. Qui scit. §. vlt. de Vsuris. Ait Paulus in d. §. In contrarium: *In contrarium quæritur, si eo tẽpore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognouero alienam esse, quia perseuerat, per longum tempus capio, an ante fructus meos faciã. Puto verendum, ne non sit bonæ fidei possessor, quamuis capiat. Hoc enim ad ius, id est, capionem, illud ad factum pertinet, vt quis bona vel mala fide possideat.* Iulianus autem in d. §. vltimo ita dicit: *Bonæ fidei emptor sciuit, & antequam fructus perciperet, cognouit fundum alienum esse, an perceptione fructus suos faciat, quæritur. Respondit: Bonæ fidei emptor, quo ad percipiendos fructus intelligi debet, quamdiu fundus euictus non fuerit. Nam & seruus alienus quem bona fide emero, tamdiu mihi ex re mea, vel operis suis adquirit, quamdiu euictus non fuerit.*

Has leges conciliari non posse dixerunt Couu. lib. 1. Resol. c. 3. n. 7. Menoc. de recuper. possess. remedio 15. n. 613. Eguinarius Baro in §. Si quis à non Domino, in Inst. de rer. diuisi.

Contrà Donellus in commentariis de iure ciuili lib. 4. c. 24. *Et putem*, inquit, *rectè defendi, non esse has sententias contrarias. Reperimus enim vtrumque rectè dici, eum, qui postea cognouit rem alienam esse, malæ fidei possessorem esse, nec quicquam ex re possessa acquirere posse, & eundẽ non intelligi malæ fidei possessorem esse, si se esse neget, priusquàm ei res iudicio euicta fuerit.* Et post multa verba tandem concludit, ex Iuliani sententia, bonæ fidei emptorem non prius pro malæ fidei possessore habendum, quàm intellectum fuerit, eum cognouisse rem alienam esse. Id verò intelligi non posse priusquàm res fuerit euicta: Paulum autem loqui, quando constat possessorem cognouisse rem alienam esse, nec id ipse negat.

Sed hæc interpretatio non videtur cõgrua: quia Iulianus apertè loquitur de bonæ fidei emptore, qui posteà cognouit fundũ alienum esse, & tamen pronũciat eum esse bonæ fidei: quo ad fructus lucrandos donec fundus euictus fuerit. Quòd is neget se cognouisse rem alienã esse, nullum verbum in textu, & nil ei prodesset negatio, si verum esset, eum cognouisse rem alienam esse, quia fructus suos non faceret secundùm Pauli sententiam. Quare vix defendi posse censeo, quin pugnantia locuti sint Iurisconsulti.

Sed mihi tamen valdè probabilis videtur Accursij sententia ac interpretatio, quæ fuit etiam Iacobi Cuiacij in notis ad Institutio. §. Si quis à non domino, in ver. pro cultura, vt Possessor interim donec res euicta fuerit, fructus suos faciat, & sic loquatur Iulianus: Re autem euicta eos restituere teneatur, & ita intelligendus sit Paulus. *Ab eo tempore* (inquit Cuiacius) *fructus percepti, quo possessor cognouit rem alienam esse, eius interim sunt, l. Qui scit. §. vlt. ff. de vsuris. At si exitum finemq́ iudicij inspicias, eius non sunt,* vt in l. Bonæ fidei. ff. de acquir. rer. dom.

Contrà obiicit D. Menochius verba textus in d. l. Bonæ fidei in principio, quibus dicitur, bonæ fidei possessorem interim fructus suos facere: Cõsequenter in §. In contrarium, dum ait, bonæ fidei possessorem, qui postea fundũ alienum esse cognouit, fructus suos non facere, ita intelligi debet, vt scilicet nec interim fructus suos faciat. Quod verbum *Interim* in suo Codice contineri Menochius asserit.

Respondeo illud verbum, *Interim*, non significare idem ac si diceretur, antequàm res euincatur, quia si id significaret, sequeretur bonæ fidei possessorem fructus consumptos restituere oportere re euicta, quod falsum est, vt patet ex l. Certum. C. de rei vend. & declarat optimè Antonius Faber lib. 4. Coniectur. iur. cap. 17. sed sensus est, possessorem interim suos facere donec possidet, postquàm enim re euicta desierit possidere, sicut re ipsa caret, ita & fructibus.

Legibus itaque sic conciliatis, ita statuo, quod ad propositam quæstionem attinet: Possessorem fructus suos facere eius tẽporis, quo est in bona fide, eos autem quos percepit postquàm fuit in mala fide, nequaquam. Ita docent Io. Copus de fructibus lib. 2. tit. 4. cap. 5. Menochius loco annotato, n. 612. Et probatur ex l. Qui bona fide ff. de acq. rer. dom. ibi: *Cæterùm si cœperit scire eum alienum esse, vel liberum, videamus an ei acquirat, quæstio in eo est: vtrum initium spectemus, an singula momenta: & magis est, vt singula momenta spectemus:* Item probatur ex l. Certum. C. de rei vend. vbi bonæ fidei possessor restituere tenetur fructus extantes post litem contestatam vniuersos. Ratio est: quia per litis contestationem mala fides inducitur, l. Nemo. C. de acquir. possess. l. Sed etsi lege. §. si ante. ff. de petitione hæreditatis.

CAPVT LX.

Vtrum fructus post litem contestatam à possessore percepti, re euicta sint restituendi, si instantia fuerit prioris iudicij lapsu temporis perempta.

VTrum fructus actori debeatur ex die litis contestatæ in eo iudicio, cuius instantia est:

est perempta, si nouo iudicio inchoato rem euicerit, non vulgaris est controuersia. Et quidem deberi censuerunt Bartol. in l. 2. C. de fructib. & lit. expen. Menoch. de recuper. possess. remedio 15. n. 596. Robertus Lancellotus alios commemorat de Attentatis, in Præfatione secundæ partis cap. 4. n. 506.

Fundamentum est huiusmodi. Possessor condemnandus est ad fructus, ex eo tempore, quo est in mala fide, l. Certum, C. de rei vend. l. 3. C. de condict. ex lege §. 2. Inst. de off. iud. l. Bonæ fidei. §. In contrariũ. ff. de acqu. rer. dom. cum aliis allegatis in præcedenti capite.

Sed per litis contestationem in priori iudicio factam, licèt instantia fuerit perempta, possessor in mala fide constituitur; ergo condemnandus est ad fructuum restitutionem.

Probatur minor propositio ex l. 1. C. de Præscript. longi tempo. ibi: Quod si possessor inquietatus est, & si postea per longum tempus sine aliqua interpellatione in possessione remansit, tamen non potest vti longi temporis præscriptione.

Contrariam sententiam habuerunt Ripa in l. 2. n. 8. C. de Eden & Antonius Valla de rebus dubiis, quæst. 15.

Argumenta sunt ista: Instantia perempta est perinde ac si lis mota non fuisset. l. Cum lite mortua. ff. iudicatum solui. Sed si nulla fuisset lis mota, Possessor fructus interim suos fecisset, l. Bonæ fidei. ff. de acquir. rer. dom. Ergo idem statuendum lite mota & instantia perempta.

Secundum argumentum. Si talis possessor fructus ex die litis contestatæ in priori iudicio restituere teneretur, id propterea esset dicendum, quòd per litis contestationem videretur esse malæ fidei possessor. Sed consequens est falsum: Ergo & illud vnde sequitur.

Probatur minor propositio. Primò ex l. 2. §. vlt. ff. pro empto. ibi: *Non interpellari vsucapionem meam litis contestatione.*

Secundò, quia non solet deterior conditio fieri eorum, qui litem contestati sunt. l. Non solet, de reg. iur.

Tertiò, quia nemo tenetur ius suum indefensum relinquere, l. Illud. ff. de petitione hæredi. Ergo possessor non tenetur statim lite contestata rem actori restituere, consequenter si non restituat, sed retineat, non constituitur in mala fide.

Ad l. 1. C. de præscripit. longi temp. respondet Valla, illam legem non loqui, quando instantia est perempta, sed cum quæstio omissa est. Vbi enim instantia est perempta, nullus effectus remanet, vt in d. l. Cum mortua lite. ff. Iud. solui.

Sed mihi prior sententia verissima videtur, illis non obstantibus. Nam quòd possessor in mala fide constituatur per litis contestationẽ patet primò ex l. Nemo. C. de acquir. & reti possess. vbi Constantinus ait, Ita demum possessionem esse legitimam, *Cum omnium aduersariorum silentio, & taciturnitate firmatur. Interpellatione verò* inquit) *& controuersia progressa, non posse eum intelligi possessorem qui licèt possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione, & caussa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet, ac dubitet.* Secundò ex l. Fiscus 58. ff. de iure fisci. Tertiò ex l. Sed & si lege. §. Si ante. ff. de peti. hæred. vbi Iurisconsultus ita dicit: *Quoniam post litis contestationẽ omnes incipiunt malæ fidei possessores esse.* Et paulò infrà idem sæpiùs repetit.

Si dicatur id non procedere, quando post litem contestatam perempta est instantia, quia possessor credere potest petitorem, quia deseruit instantiam, nullum ius habere. Respõdeo, id non obstare, quia etiam instãtia perempta, durat effectus malæ fidei, quæ per litis contestationem inducitur: quod probatur tùm argumento d. l. 1. C. de Præscript. longi temp. tum ea ratione, quòd possessor credere potest actorem destitisse eam ob causam, quòd aliis fortè negotiis esset impeditus, vt in l. vlt. C. de Præscript. longissimi tempo. 30. vel 40. anno. & si suo iuri confidebat, actore cessante debebat ipse possessor ac reus instare, vt causa expediretur, iuxta l. Properandum, §. Et si quidem, C. de Iudiciis.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, lite mortua, seu perempta instantia omnia extingui, quæ pertinent ad litis ordinationem. Ita loquitur tex. in d. l. Cum lite mortua. Cæterum effectus malæ fidei, qui iam per litis contestationem inductus est, non tollitur, etsi perempta sit instantia.

Ad secundum respondeo, non probari quod assumitur in argumento, nempe per litis contestationem, malam fidem non induci quantum ad effectum, de quo loquimur, nempe vt possessor fructus suos faciat. Nam quod dicitur in l. 2. §. vltim. ff. pro emptore, id non pertinet ad factum, sed ad ius, hoc est, ad vsucapionem pertinet, non autem ad fructuum perceptionem: Inter hæc autem latum est discrimen, quia in percipiendis fructibus, quælibet momenta temporis spectamus, in vsucapione autem initium, l. Bonæ fidei, §. In contrarium. l. Qui bona fide, ff. de acquir. rer. dom. Quod verò dicitur, Non solere ex litis contestatione ius litigatorum deterius effici, l. Non solet, ad rem nostram non pertinet, sed aliò, quia per litis contestationem actio perpetuatur, & multa alia sequuntur commoda, vt declarant Glos. & doct. in d. l. Non solet. Sed quantum ad malam fidem, fit possessoris conditio deterior, vt dictum est, quia scilicet incipit dici

malæ fidei. Neque verò nos dicemus possessorem debuisse ius suum indefensum relinquere, aut statim actori rem tradere, sed dicimus ex litis contestatione effici malæ fidei possessorem, quia iam de suo iure dubitare ac vacillare incipit.

Quod postremò dicebatur, textum in l. 1. C. de præscript. longi tempo. non loqui, quando litis instantia est perempta, nihil mouere debet: tùm quia loquitur, quando lis incepta fuit omissa, quod potest fieri etiam lapsu totius temporis instantiæ præfixo, imò loquitur textus, vbi tempus longum præteriit, tum quia est eadẽ ratio, ac si perẽpta esset instantia vt patet.

CAPVT LXI.

Quomodo sit accipiendum, quod dicitur, neminem esse cogendum stare pacto de litigando coram Iudice non suo ad interpretationem l. Si conuenerit. ff. de iuris. om. iud. & l. penult. C. de pactis.

APhricanus ait: *Si conuenerit, vt alius præterquam cuius iurisdictio esset, ius diceret, & priusquàm adiretur, mutata voluntas fuerit, procul dubio nemo compelletur eiusmodi conuentioni stare.* l. Si conuenerit. ff. de Iuris. omn. iud.

Contrà Iustinianus in l. Penul. C. de Pactis: *Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit, non vsurum fori præscriptione, &c. Sancimus nemini licere aduersus sua pacta venire, & contrahentes decipere, &c.*

Respondent Bartolus & alij veteres communiter, Imperatorem loqui cùm quis iure communi subiectus est iurisdictioni alicuius, sed ex speciali priuilegio eam iurisdictionem declinare potest: tunc cogitur pacto eiuscemodi stare, quia facile res reuertitur ad ius pristinum. l. Si vnus. §. Pactus ne peteret. ff. de pactis. Aphricanum verò loqui, cùm iure communi quis non est subiectus eius Magistratus imperio, cui pacto se subiicit: tunc non est cogendus pacto stare.

Sed obstat, quòd ratio Iurisconsulti nulla sit alia, nisi quòd illud pactum nudum sit, & nullam producat obligationem l. Iurisgentiũ. §. legitur nuda. ff. de Pactis: quæ ratio locum habet etiam in alia specie, de qua Imperator loquitur.

Secunda est solutio Decij in d. l. Penul. n. 8. & in c. 1. de iud. col. 10. Imperatorem loqui, vbi is, qui renuntiauit præscriptioni fori, voluntatem suam mutat altero inuito, Iurisconsultum verò, quando vtraque pars consentit.

Non rectè meo iudicio, quia nullum verbũ est in d. l. Si cõuenerit, quo significetur vtriusque partis consensus.

Tertia est solutio vera, vt mihi videtur, quã attulit Antonius Goueanus in commentariis d. l. Si cõuenerit, & Iacobus Cuiacius ad Aphrican. Tract. 7. legem Aphricani capiendam esse pacto nudo, Iustiniani verò legem de pacto contractui adiecto, quod propterea nudum non est, & obligationem parit. Id patet ex verbis Iustiniani. Sic enim ait: *Si quis in cõscribendo instrumento sese confessus fuerit, non vsurum fori præscriptione, &c.* Et rursus: *Sancimus nemini licere aduersùs pacta sua venire & contrahentes decipere.* Hæc verba ostendunt, pactum in ipso instrumento contractus, seu in ipso contractu, vel in continenti post, adiectum fuisse. Porrò pacta huiuscemodi, qui contractibus adiiciuntur inesse contractui & obligationem parere, notissimum est ex l. In bonæ fidei. C. de Pactis & ex aliis locis.

Sed controuersia est, an & eo casu locum obtineat Aphricani sententia, quo iureiur. pactum est firmatum. Affirmant Antonius Butrius, Abbas & Decius in c. 1. nu. 23. de iud. eo argumento, quòd iuramentum sequatur naturam principalis obligationis. l. vlt. ff qui satisd. cog. l. vlt. C. de non nu. pecu.

Sed contraria sententia mihi verior videtur, quæ & communior est, vt patet ex Couuar. in c. Quamuis de Pactis li. 6. in 1. part. §. 4. n. 7. & ex Seraphino, priuileg. 74. nu. 165. Moueor eo argumento, quòd iuramentum obligat iurantem posthabitis Iuris ciuilis regulis, vt in cap. Cùm contingat de iureiur. Quare cum obligetur iurans, cogetur & iuramẽto stare, nec ab ea pactione poterit recedere. Non obstat argumẽtum, quia vt aliàs dictum est, quod attinet ad vim obligandi iurantem, non inspicitur natura principalis obligationis. Nam etsi illa non oriatur, & contractus non obliget, & improbetur iure ciuili, iuramentum tamen suam producit obligationem, vt in d. c. Cùm contingat.

CAPVT LXII.

Vtrum ex sententia Iudicis dominium transferatur?

RAræ ac diuersæ sunt Doctorum sententiæ hac de re. Prima est Accursij in §. vltim. in Inst. de officio Iudicis. Alexandri in l. Pomponius. §. Si iussu. n. 9. & 10. ff. de acquir. possess. & aliorum quos commemorat Ias. in l. Ex hoc Iure. nu. 44. ff. de Iust. & Iur. dominium transferri per sententiam.

Argumenta sunt ista. Primum ex d. §. vlt. in Inst. de offi. Iud. in illis verbis: *Quod autem in istis Iudiciis alicui adiudicatum fuerit, id statim eius fit cui adiudicatum fuit.*

Secundũ, ex l. Statuliberi à cæteris. §. Quintus. ff. de Statuliberis, in illis verbis: *Sed verissimum*

simum est, quod & Aristo Cælio scripsit, posse dari pecuniam hæredi ab intestato, secundùm quam sententia dicta est, quoniam lex XII. Tabul. emptionis verbo omnem alienationem complecti videtur, nec interesse quo genere quisque dominus fieret.

Tertium est ex l.3.§.5. Item quæri potest. ff. de Reb. eorum, &c. in illis verbis. *Idémque erit dicendum, etsi fundus petitus sit, qui pupilli fuit, & contrà pupillum pronunciatum, Tutorésque restituerunt. Nam & hic valebit alienatio propter rei iudicatæ authoritatem.*

Quartum argumentum. Factum à Iudice reputatur factum ab ipsa parte, l. Si ob causam. C. de Euictio. Sed si pars cōdemnata rem traderet, & iusta causa transferret dominium, ergo & per sententiam Iudicis transfertur.

Postremum argumentum, Ex causis, quibus à non domino re tradita vsucapiendi cōditio acquiritur, si res à domino tradatur, dominium acquiritur l. Clauibus. ff. de contrahen. emptio. Sed vsucapiendi conditio acquiritur si per sententiam Iudicis res adducitur, l. Si per errorē. ff. de vsucapio. l. Pōponius. § Si iussu ff. de Acquir. possess. Ergo si res adiudicetur, eius qui sit dominus, transfertur dominium.

Secunda est sententia Gloss. in l. Exceptio. ff. de exceptione rei iud. Petri, Cyni, Rainerij & aliorum a Iasone citatorum in d. l. Ex hoc Iure num. 44. ff. de Iust. & Iur. non transferri dominium per sententiam.

Fundamentum est, quia cum per sententiā res mea tibi adiudicatur, eo prætextu, quòd sit tua, ibi procul dubio error interuenit. Error autem dominij translationem impedire solet l.3.§. Subtilius. ff. de condic. causa data. Si verò nullus error interueniat, sed res tua sit, dominium per sententiam transferri non potest, tum quia illud iā habes. §. Sic itaque discretis. Instit. de actio. tùm quia sentētia declarat dominium ad te pertinere, & ad hoc tendit actio instituta, non autem illud transfert. l. Et ex diuerso. §.1. ff. de rei vēdic l. Pōponius. §. Sed & is ff. de Procur. l. Sicuti. §. si seruitus vindicetur.

Tertia est sententia Bartoli in d.l. Ex hoc iure. in actione personali, dominium transferri per sententiam, si ad hoc illa tendat, vnà cum actione instituta, In reali verò non transferri, si secundùm reum proferatur: Cæterùm si pro Actore, qui dominus non sit, transferri.

Quarta est sententia Hostiensis & Io. Andr. in c. Proposuit de Concess. præben. Per sententiam Iudicis dominium transferri in Iudicijs vniuersalibus, secus in particularibus.

Ego vero priorem sententiam magis probo, si modò & sententia & actio instituta in eum finem tendant, vt dominium transferatur, sicuti dicebat Bartol. & moueor authoritate d. §. vlt. in Instit. de officio Iudicis. & deinde hac ratione, quod sententia videtur esse iusta causa, per quam, traditione secuta, dominium transferatur. Quæ verò in contrarium adferuntur, locum sibi vindicare possunt, eo casu, quo vel error admittitur, vel sententia & actio instituta, ad alium finem tendunt.

CAPVT LXIII.

Vtrum leges, quæ præscriptionem inducunt cum mala fide, Iure Canonico sint correctæ?

VAriæ atque dissidentes sunt Doctorum sententiæ circa leges, quibus præscriptio inducitur, mala fide non obstante, An & quomodo sint Iure Canonico sublatæ.

Ac prima quidem opinio est Glos. in c. vlt. de Præscript. nec non Practici Papien. in forma responsionis rei conuenti, in verbo, Præscriptionis, Iure Canonico sublatas non esse, sed seruandas in foro ac Iurisdictione Cæsaris, Canones vero in foro Pontificis.

Et fundamentum est, quòd text in d. c. vlt. de Præscript leges ciuiles non corrigat, sed tantùm dicat, nullam præscriptionem cùm mala fide valere, siue Canonicam, siue Ciuilem. Quorum verborum sensus esse videtur, siue de re temporali agatur, siue de re spirituali & ecclesiastica, nullam Iure Canonico atque in foro ipso Ecclesiastico, valere præscriptionem cum mala fide.

Sed reiicitur cōmuniter hæc interpretatio. quia sensus dictorum verborum longè est diuersus. Quod enim ait S. Pontif. *Definimus vt nulla valeat absque bona fide præscriptio, tàm Canonica, quàm Ciuilis*, nihil aliud significat, nisi omnem præscriptionem, tam à lege Ciuili inductam, quàm à sacris ipsis Canonibus, corruere, & nullius esse momenti, propter malam fidem.

Secunda est sentētia Hostien. in summa de Præscript. tit. quæ res præscribi possunt. colum.1. vers. Actiones verò personales, & Bart. in l. Sequitur. §. Si viam, ff. de vsucap. Præscriptionem quidem rerum cum mala fide non procedere, secus in præscriptione actionum.

Et fundamētum est, quia S. Pontif. dum statuit præscriptionem cum mala fide non valere semper loquitur de possessore rei alienæ. Id patet ex c. Possessor malæ fidei de reg. Iur. lib. 6. & ex d. ca. vlt. de Præscript. ibi: *Oportet, vt qui præscribit, in nulla temporis parte rei conscientiam habeat alienæ.* Quamobrem leges quæ de actionum præscriptione loquuntur, eamque per longissimum tempus inducunt, non videntur esse sublatæ.

Sed obstant huic expositioni illa verba dicti c. vlt. *Nulla valeat absque bona fide præscriptio.* & rursus obstat ratio qua mouetur S. Pont.

Quòd videlicet omne, quod non eſt ex fide, peccatum eſt, &c.

Tertia eſt ſententia Panorm. in dict. c. vlt. de Præſcript. leges Ciuiles Præſcriptionem cum mala fide inducentes, in actionibus perſonalibus, ſublatas non eſſe, eo in caſu quo debitor non eſt in mora ſoluendi, nec offerre tenetur creditori debitam pecuniam. Nam ſi nõ fuerit ab eo petita, is videtur ſe præſcriptione tueri poſſe, eamque præſcriptionem non tàm ex mala fide procedere, quàm ex negligentia creditoris non petentis.

Verùm obſtat & huic ſententiæ, quòd licèt creditor ſit negligens, debitor tamen ſcit ſe obligatum eſſe, conſequenter ſi poſt longiſſimum tempus ab eo petatur debita pecunia, non poteſt ſe præſcriptione tueri, quia eſt in mala fide.

Quarta eſt ſententia nonnullorum quos Couuarruuias refert in c. Poſſeſſor malę fidei, in 2. parte. §. 11. Leges correctas nõ eſſe, de quibus dictum eſt, quantum attinet ad forum externum; ſecus verò quod attinet ad forum internum ipſius animæ & conſcientiæ. Sed cùm dicat S. Pont. nullam præſcriptionem valere, vbi mala fides adeſt, tam Canonicam quàm Ciuilẽ, ſequitur, vt neque in foro externo rectè obiici poſſit, aut aliqua eius ratio haberi debeat, ſecundùm tritam regulam. Non præſtat impedimentũ, quod de Iure nõ ſortitur effectum, præſertim, quia S. Põtif. derogat omni legi & conſuetudini, quæ abſq; peccato mortali obſeruari nõ poteſt, qualem procul dubio ibi exiſtimat eſſe legem & conſtitutionẽ, quæ abſque bona fide præſcriptionem inducit.

Quinta & poſtrema opinio, vera & communis, vſu etiam recepta: Omnes leges & cõſtitutiones, quæ præſcriptionem abſque bona fide inducunt, Iure Canonico ſublatas & correctas eſſe, ſiue pertineant ad actiones reales, ſiue perſonales, & ſiue agatur de foro interno, ſiue externo. Ita docent Ancharanus & Francus in d. c. Poſſeſſor malæ fidei. Imola & Felyn. in d. c. vlt. Balbus de præſcript. in 2. parte 3. partis principal. q. 13. & alij quos refert & ſequitur Couuar. loco nuperrimè citato. Nec non Ant. Gabriel. comm. concl. tit. de Præſcript. concl. 3. n. 3.

Probatur hæc ſententia hoc argumento. Si Pontifex omnes leges prędictas tollere & corrigere potuit & voluit. Ergo ſublatæ & correctæ eſſe cenſentur, quoniam ex poteſtate & voluntate, vt dicebat Ariſtoteles, actiones humanæ perfectionem accipiunt. Potuiſſe S. Pontificem, nemini dubium eſt, quia hic agitur de peccato, qua quidem in re propter animæ ſalutem, ſummam habent poteſtatem decernendi ac ſtatuendi, vt in c. Nouit. de Iudiciis. Voluiſſe autem, negari non poteſt, quia hoc expreſsè habetur in d. c. vlt. de præſcript. & alibi. Vt nulla valeat abſque bona fide præſcriptio, tàm Canonica, quàm Ciuilis, quoniam omne, quòd non eſt ex fide, peccatum eſt, inquit S. Pontifex: *Et generaliter omni conſtitutioni & conſuetudini derogandum ſit, quæ abſque mortali peccato obſeruari non poteſt.* Vnde ſic argumentatur S. Pontifex: Omni conſtitutioni eſt derogandum, quæ ſeruari non poteſt abſque peccato mortali. Sed præſcriptio ſine bona fide peccatum continet, ac nutrit, quia omne, quod non eſt ex fide, peccatum eſt. Ergo legibus & conſtitutionibus, quæ illam admittunt & probant, derogandum eſt, quia ſine peccato obſeruari non poſſunt. Et tantum ſufficit de iſta controuerſia.

CAPVT LXIV.

Vtrum præſcriptione completa bona fide, ſi is, qui præſcripſit, cognouerit rem eſſe alienam, teneatur in foro conſcientiæ eam reſtituere domino ſuo.

DOctiſſimus vir Alciatus in comment. in libello de quinque ped. præſcript. exiſtimauit, præſcriptionem in foro conſcientiæ locum non habere, & ideo poſſeſſorem teneri, ſi cognouerit rem alienam eſſe, domino reſtituere. Idem docuerunt nonnulli Theologi, quos cõmemorat Couuar. in ca. Poſſeſſor malæ fidei, in 3. parte. §. 2. & horum omnium illud eſt fundamentum, quòd in foro conſcientiæ ceſſet ratio præſcriptionis, vt litium aliquando finis eſſet, & ſi quæ alia ratio adfertur, in eóque maximè bona fides vigeat, quam quilibet Chriſtianus agnoſcere debet, & vltrò rem ad dominum deferre. Quibuſcunque enim verbis lex loquatur, iubeat, fingat, præſumat, nunquam naturalem illam iuſtitiam abolere poteſt, in qua cardo omnis, fundamẽtúmque Euangelicæ veritatis reſidet. Idem docuit Gregorius Syntagmate iuris lib. 4. c. 8. n. 4.

Sed contraria ſententia, quæ crebriori calculo, tum Theologorum, tum Iuriſconſultorum eſt recepta, mihi quoque magis probatur. Ita enim docuerunt Tiraquellus poſt alios de Præſcript. §. 1. Gloſ. 2. Couuar. loco ſuprà citato, Franciſcus Sarmient. libr. 2. ſelectar. interpretationum, c. 10. & Alciatus ſibi parum conſtans ad rub. de Præſcript. n. 13.

Fundamentum eſt præclarum ac ſolidum, quia qui præſcripſit bona fide, iam dominium acquiſiuit rei alienæ, conſequenter eam alteri reſtituere non tenetur, quia non alterius, ſed ipſius, qui præſcripſit, eſt. Abſurdum verò eſt æſtimare, præſcriptiones, quæ ſacris Canonibus receptæ ſunt, vimque habent in foro externo, ac poſſeſſorem tuentur, in interiori conſcienti-

conscientiæ foro locum non habere. Sic enim sequeretur eum peccare, qui sacris Canonum constitutionib. innititur, quo nihil est a veritate magis alienum. cap. Qui peccat. 23. quæst. 4. Præsertim cùm in hac ipsa præscriptionis materia, magnoperè sacri Canones inuigilarint, ne aliquod peccatum inducatur, vt in ca. vlti. de præscript. & alibi.

Quòd verò dicebatur, in foro animæ interiori, eam rationem non habere locum, cui præscriptionis leges innituntur, nec posse leges rationem naturalem tollere, quæ dictat rē restituendam domino, nihil mouere debet, quia iustas ob causas inducta est præscriptio, ideóque valet & obtinet, etiam in foro conscientiæ, sicut & aliæ leges, quib. ex iustis causis decernitur, dominio rei suæ aliquem priuari posse, & ratio illa naturalis iustas ob causas temperari à legislatore potest in aliquibus casibus, sicuti constat ex notatis in cap. Quæ in Ecclesiarum. de constitutionib. & alibi.

CAPVT LXV.

Vtrum is, qui dubitat, an res sua sit, vel aliena, possit præscribere?

SI possessor ab initio dubitauerit, an res sit sua vel aliena, inter omnes constat, eum præscribere non posse.

Cæterùm, si ab initio bonam fidem habuerit, & postmodum dubitare inceperit, Vtrum possit Iure præscribere & vsucapere rem alienam, aliqua est inter Doctores controuersia. Etenim præscribere non posse talem possidentem, opinati sunt Anton. Butr. in c. vlt. de Præscript. & Dom. Sot. de Iust. & Iur. lib. 4. artic. 4. quæst. 5.

Fundamentum est illud, quòd præscriptio requirat bonam fidem, dubitans verò, in bona fide esse non videatur, imò verò non procul esse à peccato, quandoquidem is, qui dubitat, an id, quod facit, sit peccatū, in peccatum incidit, iuxta sententiam illam; Qui amat periculum, peribit in illo, vt habetur in capit. Literas. de Restitutione spolior. & in c. In præsentia. de sponsal.

Sed contrariam sententiam & communiorem & veriorem esse iudico. Eam secuti fuere Panorm. Imola, & Felyn. in d. c. vlt. Baldus de præscript. in 2. parte 3. partis princip. q. 2. Couuar. ad c. Possessor malæ fidei. in 2. parte §. 7. de reg. Iur. lib. 6. Francisc. Sarmien. selectarum interpretationum, lib. 2. c. 10.

Probatur hæc sententia ex d. c. vlt. Si principium cum fine iungatur. Sic enim ait in principio: *Definimus, vt nulla valeat absq; bona fide præscriptio.* (sed in specie nostra possessor bonam fidem habet) sequitur deinde textus; *Itaque oportet, vt qui præscribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienæ.* Sed possessor in quæstione proposita non habet conscientiam rei alienæ, qui enim dubitat, non dicitur habere scientiam, sicuti declarat optimè Bartol. in l. Admonendi, n. 18. ff. de Iureiur. Igitur præscribere poterit.

Dubium autem est duplex, alterum speculatiuum, vt vocāt, alterum practicum. Speculatiuum, cùm quispiam dubitat, an res sit sua, vel aliena. Practicum verò cùm dubitat, an possit illam retinere sine peccato.

Priori dubio implicitus, nō est in mala fide, neq; peccat, quia licèt dubitèt, An sua sit res, vel aliena, credere tamen potest, se iustè eam possidere, ac retinere posse, donec cognouerit alienam esse.

Posteriori verò dubio inuolutus peccat, & secundùm illud habent locum argumenta prioris sententiæ.

Cæterùm non de posteriori hoc practico dubio, sed de priori speculatiuo, communis, & nostra hæc sententia est accipienda.

CAPVT XLVI.

Vtrum mala fides Authoris noceat bonæ fidei successori, quò minùs præscribere possit, seu vsucapere rem alienam?

HÆc res partim Iure definita est, partim cōtrouersa, in successore quidem singulari definita est ex Auth. Malæ fidei. C. de præscript. longi temporis. Cæterùm in vniuersali successore, qualis est hæres, dubia est & controuersa, vti videre licet ex Panorm. Felyn. & aliis Doctoribus, in c. Si diligenti. de Præscrip. ex Dino in regul. Possessor malæ fidei. de regulis Iuris, libr. 6. & ex Didac. Couuar. eodem in loco, in 2. parte relectio. §. 9.

Ego verò in eorum sententiam magis descendo, qui hæredem negant præscribere posse, quamuis sit in bona fide, si defunctus, cui successit, malam fidem habuerit.

Moueor inprimis authoritate tex. in l. Cùm hæres. ff. de diuers. tempor. præscript. vbi Iurisconsultus ita dicit: *Cùm hæres,* inquit Papinia. *in ius omne defuncti succedat, ignoratione sua, defuncti vitia non excludit, veluti cùm sciens alienum, vel precario possedit: quamuis. n. precarium hæredem ignorantem non teneat, tamen vsucapere non poterit, quòd defunctus non potuit.*

Secundò, authoritate tex. in l. Nec vsufructuarium. C. de vsufructu. *Nec vsufructuariū,* inquit textus, *ad obtinendam proprietatem rerum, quorum vsumfructum habet, neque successores eius, vlla temporis ex ea causa tenentes præscriptio munit.*

Tertiò, ex Iuris Canonici regula, quæ habet, hæredem obligari ad exonerandam defuncti conscientiam, vt vulgò dicitur, c. vlt. de

sepultu.c.In literis, de Raptor.c. Tua nos, de Vsuris.c.Si Episcopum.16.quæst.6. Si ergo defunctus malam fidẽ habuit, quippe qui sciebat rem alienam esse, tenebatur rem domino restituere, si non restituit, & ad hæredem ea res peruenit, is tenetur exonerare eius conscientiam, & sic domino rem restituere, non autem vsucapione suam facere.

Fundamentum contrariç sententiæ infirmũ est, nec magno labore opus est in eo refutando. Est enim in eo positum, quod hæres sit in bona fide. Concedo. Qui est in bona fide, præscribere potest. Concedo. Ergo hæres præscribere potest. Nego, quia minor propositio in vniuersum vera non est, excipiendus est enim ille casus, quo quis in vitia defuncti succedit. Etsi enim bonam fidem habeat, vitia defuncti non excludit, neque præscribere potest, quòd defunctus non potuit, d.l. Cùm hæres.

CAPVT LXVII.

Quomodo sit accipiendum, quod vulgò receptum est, ac dici solet: post longissimum tempus, malam fidem allegari non posse contra possessorem, & an sit verum.

MAlam fidem aduersus possessorem longissimi temporis allegari non posse docuit Bart. in l. vlt. C. Vnde vi. illius textus authoritate adductus, nimirum propter illa verba in fine posita: *Si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserint curricula.* Bartolum secuti sunt alij, vt testatur Couua. ad cap. Possessor malæ fidei, de reg. Iur. lib. 6. in 2. parte. §.8.n.3.

Iam controuertitur, quomodo id accipiendum sit. Prima est sententia Cornei, in consil. 207.col.2.libr.3. quem refert, & sequitur Crauetta in consil.146.nu.5. accipiendum esse illud dictum, quoad effectum, d.l. vlt. Co. Vnde vi. cùm enim ea lege caueatur, vt nemo possit absentis possessoris possessionem inuadere, ac inuadẽs eam restituere teneatur, ea allegatione reiecta, quòd per ignorantiam se alienam rem occupasse dicat, dum propriam esse putaret, excipitur ille casus, quo ex die occupationis triginta anni effluxerint, consequenter, quod ad eam speciem attinet, malæ fidei præsumptio ex lapsu triginta annorum cessat.

Verùm obstat huic interpretationi, quòd si in ea specie d.l. vlt. ita statuendum est, nil proponi videtur, cur & in aliis similibus, idem statuendum non sit. nam vt Iulianus dicebat, non possunt omnes articuli singulatim, aut legibus, aut Senatusconsultis comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui Iurisdictioni præest ad similia procedere, atque ita Ius dicere debet. leg. Non possunt. ff. de legibus.

Secunda est opinio eiusdem Crauettæ in d. consil.146.nu.6. quem secutus est Hippol. Rimin. in consil.249.lib.3. Communem illam assertionem intelligendam esse, vt locũ habeat inspecto Iure Ciuili. Cæterum Iure Canonico nequaquam vera est, quoniam omnis præscriptio etiam longissimi temporis Iure Canonico sublata est absque bona fide.

Sed obstat illud, quòd licèt Iure Canonico ita constitutum sit, non tamen est sublata cõmunis assertio, de qua loquimur, nempe post longissimum tempus malam fidem non præsumi.

Tertia est sententia eiusdem Crauettæ, & Riminaldi locis annotatis, & ante eos Aretini in consil. 154. adhibendam esse distinctionem inter malã fidem veram, & pręsumptam. Mala fides vera, semper allegari potest, sempérque præscriptionem infirmat, præsumpta verò nequaquam. Quare si quis probet rei alienæ possessorem, etiam longissimi temporis, reuera non ignorasse rem alienam esse, exceptio malę fidei obtinebit, & impediet præscriptionem. Cæterùm si hoc non obiiciatur longissimi tẽporis possessori, quod præsumatur esse in mala fide rem alienam non ignorasse, quoq; credere debuerit, quod suum non erat, ad alios pertinere, isthæc allegatio & exceptio nihil oberit, quia vires non habet post longissimum tempus elapsum.

Ego verò longè diuersam ab his opinionem habeo: Nam quod attinet ad l. vlt. C. Vnde vi; nihil illa aliud docet, nisi possessorem rem, quam occupauit restituere oportere, nisi triginta annorũ curricula excesserit. Verba textus sic habent: *His videlicet, quæ super recipienda possessione à nobis disposita sunt, locum habentibus, si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserint curricula.* Hic de præsumenda, vel non præsumenda mala fide post longissimum tempus, déq; potestate eam allegandi, vel non allegandi, nullum verbum animaduerto. Suprà quidem Imperator dixit, *Ridiculum etenim est dicere, vel audire, quòd per ignorantiam alienam rem, aliquis quasi propriam occupauerit: omnes autem scire debent, quod suum non est, hos ad alios modis omnibus pertinere.*

Cæterùm hæc allegatio, hæc præsumptio, hæc obiectio, non tollitur ex lapsu longissimi temporis, quoniam & post longissimum tempus mala fides possessoris durat, qui alienam rem occupauit, sed tollitur condictio ex illa lege, sicut & omnes aliæ actiones regulariter per triginta annorum spacium tolluntur, mala fide possessoris non obstante, vt in l. Omnes, & in l. Sicut C. de Præscript. longissimi temporis. Quod verò dicitur de mala fide præsumpta, nihil est, quia bona fides præsumitur in possessore,

fore, vt notum est, consequenter etiam ante longissimum tempus, malæ fidei præsumptio cessat, & qui dicit possessorem malæ fidei esse, id probare debet, leges sunt hac de re claræ & nouissimę. Quare sic statuo, bona tantorum Patrum venia, huius communis assertionis fundamentum nullum esse, ac proinde quomodo accipienda sit, superuacaneam esse indagationem.

CAPVT LXVIII.

Vtrum statutum Ciuitatis, quo cauetur, vt nisi intra certum tempus Creditor petierit debitum, excludatur, valeat & seruandum sit.

VAriæ ac inter se dissidentes sunt Doctorum sententiæ de statutis, quæ in Italia potissimùm multis in locis vigent, & quibus ita cauetur, vt nisi intrà certū tēpus creditor sibi debitū petierit, excludatur à Iure suo, an valeāt & seruanda sint. Nā valere ac seruāda esse in pœnā negligētis Creditoris Bart. existimauit, in l. Sequitur. §. si viam. ff. de Vsucap. & cū eo multi alij, quos commemorat Anton. Gabriel. cómun. concl. titu. de præscript. concl. 4.

Cæterùm non valere huiuscemodi statuta, quia peccatum inducere videantur, propter malam debitoris fidem, responderunt Io. And. & Anchóran. in c. 2. de Except. lib. 6. & multi alij à Gabrielo citati loco annotato.

Alij distinctione hac vtuntur, vt si quidē statuti verba ad debitorē referūtur, nō valeāt, si ad Creditorē, valeant. Ita Castrē. in d. §. Si viā.

Sunt & qui distinguant, vtrū debitū sit iuratum, necne, vt primo casu nō valeant, secūdo autem casu valeāt. Ita Ang. Ro. & Ias. in l. Nam & postea. §. Si is qui temporali. ff. de Iureiur.

Alij, vtrum statutum creditorem excludat à Iure suo, an verò debiti probationem, infringat, priore casu illud non valere docent, posteriore casu valere existimant. Ita Alexander in consi. 170. lib. 7. Socin. sen. in cons. 120. n. 19. lib. 1. Ant. Gabr. commun. concl. tit. de Statutis. concl. 11. n. 12. Hier. Gabriel. in cons. 4.

Alij denique statutum valere, quatenus debiti probationem infringit, putant, si modo iusta ratione id fiat: aliàs secus. Ioannes Andr. in Addit. ad Spec. titu. de Instru. edit. §. compendiosè, super verbo, sed nunquid. vers. sed conuerso casu. Ant. Butr. & Abbas in ca. 2. de Proba. Ego verò omnē hanc cōtrouersiam sequētibus conclusionibus dirimi posse iudico.

Prima Cōclusio. Statutum, quo cauetur, vt si creditor non petierit debitum, intra certum tempus, excludatur à Iure suo, non valēt, siue verba ad creditorem dirigantur, siue ad debitorem, simodò debitor sit in mala fide. Probatur hæc assertio, ex c. vlt. de præscript. in illis verbis, *Cùm sit omni consuetudini & constitutioni derogandum, quæ absque mortali peccato seruari non potest.* Et supra S. Pontifex sic statuit vt nulla valeat absque bona fide præscriptio, tam Canonica, quàm Ciuilis.

Secunda conclusio. Statutum huiusmodi Creditorem excludēs, & debiti probationem infringens, si ob iustam causam conditum esse non appareat, non valet. Probatur hæc conclusio; primò ex ca. 2. de Probatio. Quatenus ibi S. pontifex improbat consuetudinem, quæ absque iusta causa probationibus factis derogabat. Secundò probatur, quia statutum sicut & lex debet esse iustum. c. Erit autem lex 4. dist. Innocent. in c. Plerisque in fine de Immū. Ecclesiar. Abbas in d. c. 2. n. 4. de Probat. Tale autem statutum est iniustum, quia legitimis probationibus fides est adhibenda. Tertiò, quia tale statutum probationem infringens, licèt non directè, attamen effectu ipso considerato, præscriptionem inducit cum mala fide, neque seruari potest absque mortali peccato, quoniam debitor scit se debitorem esse, creditor verò id probare non potest, atque ideo excluditur & priuatur iure suo.

Tertia conclusio. Statutum, de quo agitur, si probationem infringat ex iusta & legitima causa, valet & seruandum est. Probatur hæc sententia, quia lex potestatem habet ex iusta & probabili causa, iustam & plenam probationem infirmandi, id patet, quia legitima probatio regulariter conficitur ex duobus, vel tribus testibus, iuxtà illud, in ore duorum, vel trium stat omne verbum. capit. Cùm esses. de Testam. c. in omni negotio. de Testibus. c. Forus. §. In omni negotio. de verb. signific. & tamen iustè ad fraudes tollendas sancitum est, vt in testamentis septem requirantur, in Codicillis quinque, & in aliis multis casibus. Iustam vero causam hic ego non præsumo, nec facilè probari posse iudico.

Postrema conclusio. Huiusmodi statutum ex iusta causa probationem infirmans, valet & locum habet etiam in debito iurato. Probatur hæc conclusio, quia iuramentum adhibetur, ad contractum confirmandum, nō autem ad probationem inducendam. Probatio enim differt ab eo, quod in obligatione continetur. Igitur hoc in casu iuramentum nihil operatur, quia scilicet ipsum iuramentum probari non potest, vti dicebat Alciat. in cap. Cum contingat. num. 242. de Iureiur. Et ideo receptum est, Iuramentum, nequaquam habere vim, & potestatem supplendi solemnitatem probatoriam, vt loquuntur nostri, talis enim solemnitas Iure publico inuenta est, ac proinde pacto & iuramento partium suppleri non potest. Vide Bart. in l. Si quis pro eo, num. 1 [illegible]

ff. de fideiuss. Panorm. in c. Cùm contingat n. 24. de Iureiur. & Gabriel. comm. concl. tit. de statut. conclus. 11. n. 12.

CAPVT LXIX.

Vtrum aduersus præscriptionē competat maioribus vigintiquinque annis in integrum restitutio, ex causa iusta, & probabilis ignorantiæ.

CONtrouersi Iuris est, an aduersus præscriptionem maioribus xxv. annis competat in integrum restitutio ex causa iustæ & probabilis ignorantiæ, vt videre licet ex Didaco Couuar. in c. Possessor malæ fidei. in 3. parte. §. 2. de Reg. Iur. lib. 6. Abbate & Felino in c. Vigilāti. de Præscri. Pinello in Authen. Nisi Triennale. nu. 58. C. de bonis matern. Crauet. in consil. 201. Boërio decis. 39. Sfortia Oddo de Rest. in integr. parte 2. quæstiq. 90. Francisco Sarmiento selectar. interpret. lib. 1. c. 10. & Federico Scoto, in cons. 1. lib. 4. tom. 2.

Ego eam sententiam vsu forensi receptam esse non ignoro, quæ restitutioni fauet. Sed tamen contrariam sententiam legibus esse magis consentaneam existimo, quam inprimis confirmabo, deinde communis sententiæ argumenta refutabo.

Igitur maioribus xxv. annis ex dicta causa non competere restitutionem aduersus præscriptionem his argumentis probatur.

Primum sumitur ex l. vltim. C. de Præscrip. longi temporis, in illis verbis: *Nulla scientia vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio.* quibus verbis, hoc Imperator vult, vt præscriptio locum habeat, tam contra scientem, quam contra ignorantem, ne si duntaxat contra ignorantem locum habeat, ob eam causam nouæ lites & dubitationes exoriantur. Ergo restitutio aduersus præscriptionem non est concedenda ex causa ignorantiæ, ne super ignorantia vel scientia nouæ oriantur lites vel dubitationes.

Secundum est ex l. Sicut. C. de Præscript. xxx. vel xl. annorum, vbi postquam Imperator dixit, eam præscriptionem contra omnes locum habere. *Non absentia,* inquit, *non militia contra eam legem defendenda, sed pupillaris ætas duntaxat huic eximenda sanctioni.*

Tertium est ex l. omnes. C. eod. tit. vbi dicitur, eum qui præscripsit, plenissima munitione securum esse, quòd sanè verum non esset, si restitutio in integrum competeret aduersus ipsam præscriptionem ex causa ignorantiæ.

Quartum est ex l. vlt. C. de fundis patrimonial. lib. 11. in illis verbis: *Nullam penitus super dominio memoratorum omnium fundorum, &c. à publica actionem vel molestiam: vel quamlibet inquietudinem formidare, &c.*

Quintum est ex l. vnic. C. de Vsucapione transformanda. vbi Iustinianus commemorās antiquas circa præscriptionem cōstitutiones, easque corrigens, quo ad tempus præscriptionis, clarè indicat præscriptionem vim habere, ac efficaciam, etiam aduersus ignorantes. Sic enim ait: *Sed si quis res alienas, Italicas tamen bona fide possidebat, per biennium miseri rerum domini excludebantur, & nullus eis ad eas reseruabatur regressus, quæ, & nescientibus dominis procedebant, quo nihil inhumanius erat, si homo absens, & nesciens, tam angusto tempore suis cadebat possessionibus.* Quam quidem temporis angustiam ibi corrigit Imperator duntaxat, & sic antiquæ leges valent, quibus præscriptio etiam ignorantibus nocet.

Sextum est ex c. Ad aures. de Præscript. ibi: *Quadragenalis præscriptio, omnem prorsus actionem excludit.*

Septimum argumentum, ac postremum est huiusmodi. Quia videlicet absētibus propter iustam ignorantiam maius tempus conceditur, vt suas res perquirant. Quare si intra constitutum tempus non requisierint, merito excluduntur. Item quia si restitutioni locus esset propter ignorantiam, nunquam, vel rarò præscriptio locum haberet, quis enim sciens pateretur suas res ab aliis vsucapi.

Respondēt contrariæ sententiæ Authores, his argumentis probari, Præscriptionem etiam ignorantibus obesse, sed non probari, nec iccircò colligi posse, restitutionem esse denegandam. Nam & absentibus Reipublicę causa nocere solet, qui tamen in integrum restituendi sunt. Rectè, si leges extarent, quibus & ex causa ignorantię, restitutionem esse concedēdam caueretur, sicuti ex causa absentiæ, Reipublicæ causa, cautum est. Sed nulla extat lex tale aliquid dicens, & multæ contra extant cōstitutiones ac leges, quibus contrarium suaderi probabiliter potest.

Sed iam videamus quantum habeant momenti sententiæ communioris argumenta.

Illud inprimis adfertur, quod habetur in l. 1. ff. ex quibus causis maiores in integrum restituantur. *Si qua alia iusta mihi causa esse videbitur, in integrum restituam.* Respondeo, Non ita simpliciter textus dicit, sed ita: *Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quo ad eius per leges, plebiscita, Senatusconsulta, edicta, decreta Principum licebit.* At nulla extat lex, nullum decretum, quo ignorantiam esse iustam restitutionis causam aduersus præscriptionem demonstrari possit.

Si dicatur, sufficere, nullam esse legem, quæ restitutionem prohibeat, quia sic illa verba edicti accipienda sunt, l. Nec non. §. quod eis. ff. ex quib. cau. maio. ib. *Quæ clausula non illud pollicetur, se restituturum, si leges permittant, sed si*

sed si leges non prohibeant. Item sufficere, si æquitas restitutionem suadeat, sic enim illa verba: *Si qua alia mihi iusta causa videbitur,* accipienda sunt, vt in l. Sed & si per Prætorem. §. Item inquit Prętor. ff. eod. tit. Respondeo, leges hoc in casu restitutionem prohibere, si non expressè, saltem tacitè: quia videlicet etiam ignoranti nocere volunt præscriptionem. Nec ratio æquitatis restitutionem dari postulat: quia sic nunquam esset litium finis, & parum ipsa pręscriptio prodesset, cùm scientes res suas ab aliis detineri, sæpius interrumpant præscriptionem, & longum tempus ideo sit constitutum, vt perquirendi res suas dominis facultas daretur.

Secundò adfertur tex. in l. 1. §. Si quis propter. ff. de Itinere, actúq; priuato. Respondeo, textum non loqui de impedimento, quod ex ignorantia procedit. Sic enim habet: *Si quis propter inundationem vsus non sit itinere, actuque hoc anno, cùm superiore vsus sit, potest repetita die hoc interdicto vti, per in integrum restitutionem, ex illa parte edicti, si qua mihi iusta causa videbitur.*

Tertiò adfertur text. in l. Et Atticilinus. ff. de seruitutib. Rustic. prædior. Respondeo. Restitutionem dari in ea specie ex alio impedimento, quàm ignorantiæ, sic enim ait textus, *Hi, qui ex fundo Sutrino, aquam ducere soliti sũt, adierunt me, proposuerúntque aquam, qua per aliquot annos vsi sunt ex fonte, qui est in fundo Sutrino, ducere non potuisse, quod fons exaruisset, & postea ex eo fonte aquam fluere cœpisse, petierúntq; à me, vt quod ius non negligentia, aut culpa sua amiserant, sed quia ducere non poterant, his restitueretur. Quorum mihi postulatio, cùm non iniqua visa sit, succurrendum his putaui. Itaque quod ius habuerunt tunc, cùm primum ea aqua ad eos peruenire non potuit, id eis restitui placet.*

Quòd adfertur tex. in l. Ab hostibus. ff. ex quibus causis maiores. Respondeo, textum loqui de absente ab hostibus capto, non autem de ignorante.

Quintò adfertur tex. in l. Si partem. §. 1. iuncta Gloss. ff. Quemadmod. seruitus amittatur. Respondeo, textum illum potius fauere sententiæ nostræ, & Glo. in verbo, Non vtendo, quæ restitutionem in causa ignorantiæ concedendam arbitratur, nisi authoritate l. Et Atticilinus. ff. de seruitut. Rustic. præd. qui tex. ad hanc rem non pertinet, vt suprà dictum est. Iurisconsulti verba, in d. l. Si partem. §. 1. hæc sunt: *Si per fundum meum viam tibi legauero, & adita mea hæreditate, per constitutum tempus ad amittendam seruitutem ignoraueris eam tibi legatam esse, amittes eam non vtendo.*

Sextò adfertur illa ratio, quòd cùm ex causa infirmitatis & absentiæ, & ex aliis iustis impedimentis restitutio concedatur, sit etiam ex causa ignorantiæ concedenda, quia iustum adferre videtur. Respondeo, hæc esse dissimilia. Nam iccirco tempus ignorãti datur à lege, vt res suas perquirat, ne iustam conquerendi causam habeat, & vt si vel noluerit, vel non potuerit, iura sua inuenire, id vel negligentiæ suæ, vel fato adscribat, neque enim perpetuæ lites esse debent in Republica, & dominia rerum incerta esse.

Postremò adfertur illa ratio, quòd præscriptio inducta esse videatur in odium negligentis. Is autem qui ignorat, negligens esse non dicatur. Respondeo, bono publico inductam esse vsucapionem, ne semper dominia rerum in incerto essent, & vt aliquando litiũ finis esset. l. 1. ff. de Vsucapio. l. vlt. ff. Pro suo.

CAPVT LXX.

Vtrum præscriptione, siue vsucapione acquiratur dominium directum, an verò vtile tantum.

Vtile dominium si nostrorum interpretũ loquendi vsum, & placitum spectemus, duobus modis dicitur. Primum illud, quod opponitur directo dominio, secundò, id quod ex directo dominio pendet, quale dicuntur habere Emphyteutæ & Vasalli: de qua quidem appellatione aliquibus quidem probabili, aliquibus non satis probabili, iam non disputo. Sed de re ipsa, ac omissa posteriore significatione. Quod ad priorem attinet, non desunt qui ex præscriptione negant, acquiri directũ dominium. Non desunt etiam qui affirment. Inter omnes autem conuenit, si de vsucapione rerũ mobilium agatur, directum acquiri dominium: similiter inter omnes cõstat, non acquiri ex præscriptione longissimi temporis, si possessor sit in mala fide. Vide Alciat. in l. vt. sunt. ff. de verb. signif. Vasquium Controuers. Illust. cap. 54. & Pinell. in Authen. nisi tricennale. num. 38. C. de bonis matern. Omnis controuersia est de præscriptione longi temporis, ac longissimi, cùm possessor est in bona fide. Etenim eiusmodi præscriptione vtile duntaxat dominium acquiri, responderunt Gloss. in l. Traditionib. C. de pact. & in d. Auth. nisi tricenale, quam vtroque in loco secutus est Bartol. & Felin. in rubric. de præscript. atque ibid. Panorm. Bald. de præscript. 2. parte 3. partis princip. quæstio. 2. & alij quos commemorat Couuar. ad reg. possessor malæ fidei, in 3. parte princip. de Reg. Iur. lib. 6.

Argumenta verò sunt isthæc. Primum ex l. Si duo Patroni. §. 1. ff. de Iureiur. in illis verbis: *Post longi temporis præscriptionem, etiam vtilem actionem habere debere:*

Secundum est ex l. 1. in fin. ff. de Aqua pluu. arcen. & ex l. Si quis diuturno. ff. quemadmodũ

seruitus vindicetur, in quibus locis habetur, Acquisita seruitute per præscriptionem, actionem vtilem competere.

Tertium argumentum est ex eo, quòd ex præscriptione dicitur oriri exceptio. vt in l. Super longi. C. de longi temporis præscript. & in l. Si quis emptionis. Cod. de Præscript. longiss. temp. Exceptio autem est actionis exclusio. l. 2. ff. de exceptio. Ergo is, contra quem excipitur, de præscriptione dominium rei habet, alioquin rem vendicare & agere non posset, cùm autem dominium vtile non habeat; est enim illud penes possidentem, necessario sequitur eum habere directum, & sic vtile duntaxat præscribenti fuisse quæsitum.

Postremum argumentum est huiusmodi: Dominium ex Iure gentium prouenit, l. Ex hoc Iuris. ff. de Iust. & Iur. Ergo à Iure Ciuili tolli non potest ex præscriptione. §. vlt. in Inst. de Iure naturali, gentium & ciui.

Sed contrariam sententiam habuerunt Doctores Galli veteres, Deci. & Alciat. in l. Traditionib. C. de pactis. Corrasius libr. 6. Miscellaneor. cap. 20. Couua. loco nupertimè citato. Vasquius Controuers. Illustr. capi. 54. & Pinel. in Auth. nisi Tricennale. C. de Bonis matern. num. 39.

Argumenta verò sunt ista. Primum ex l. 3. ff. de Vsucapio. & ex l. Acquiritur. 2. §. Non solum. ff. de Acquiren. rer. dom. & ex l. Traditionib. C. de pactis. quibus in locis habetur, Vsucapionib. dominia rerum nobis acquiri. Quæ quidem dominij appellatio, in potiori significatu est accipienda, l. 1. §. qui in perpetuum. ff. si ager vectigalis, vel Emphyteuticarius petatur.

Secundum argumentum est ex §. 1. in Inst. de vsucapio. vbi Imperat. ita dicit: *Et ideo constitutionem super hoc promulgauimus, qua cautũ est, vt res quidem mobiles per triennium, immobiles verò per longi temporis possessionem vsucapiantur, & his modis, non solùm in Italia, sed etiam in omni terra, quæ imperio nostro gubernatur, dominia rerum, iusta causa possessionis præcedente, acquirantur.*

Tertium est ex l. vl. C. de Edicto D. Hadriani tollendo, & ex l. Omnes in fin. C. de Præscri. longiss. tempor. quib. in locis habetur, Ei qui bona fide præscripsit, plenissimam securitatem super dominio præstari.

Quartum & postremum est ex c. inter memoratos. 16. qu. 3. vbi dominium præscriptione acquisitum appellatur æternum, & ex capit. Clerici, ead. q. Vbi proprietas nuncupatur.

Ego in hac difficultate sic statuo. Primum & secundum argumentum prioris sententiæ, ac postremum etiam, nullius esse momenti. Nam quòd attinet ad text. in l. Si duo. §. 1. ff. de iureiur. sensus illius loci non est, ex præscriptione nasci vtilem actionem, sed actionem vtilem ei, qui iurauit competere ex iureiurando, etiam post longi temporis præscriptionem, scilicet ab Aduersario possessore completam: vti explicat omnium optimè Duar. in comment. ad titulum ff. de iureiu. capitul. 5. Quòd verò attinet ad seruitutes, quia non propriè possidentur, non mirum videri debet, si earum nomine vtilis actio ex præscriptione quæratur.

Denique quod attinet ad vltimum argumẽtum, certum est illud nihil obstare, quia ius naturale, quo dominium propriè rei quisque habet, & quod dictat illud, nemini auferendum, interpretationem sumit ex alia eiusdem iuris naturalis ratione, quæ dictat, vt Reipub. & Principibus pareamus, & sic leges præscriptionem inducentes obseruemus, quæ iustam ob causam & propter publicam vtilitatem constitutæ sunt.

Vna superest difficultas circa tertium argumentum. Nam cùm antiqui legum interpretes intelligerent, Antiquo rerum domino, actionem competere ad rem ipsam vindicandam, ex eo statim argumentati sunt, dominiũ aliquod eum habere, si non vtile, saltem directum: quod verò agere possit antiquus rei dominus inde deduxerunt, quoniam leges dicũt, possessorem aduersus eum exceptionem præscriptionis habere. Exceptio enim est actionis exclusio, & sic præsupposita exceptione ex parte præscribentis, præsupponenda est etiam actio ex parte agentis, qui scilic. olim rei dominus erat. Sed istud argumentum parum habet ponderis, quia antiquus dominus etsi agat, & nomine tenus & de facto rem vindicare tanquam dominus videatur, attamen re ipsa & de iure dominus non est, quod patet primò, quia exceptione repellitur, ab eo qui præscripsit: deinde, quia ita iure constitutum est, vt si is, qui rem præscripsit, bona fide possessione cadat, rem vindicare possit, vt patet ex d. l. Si quis emptionis. Co. de Præscript. longiss. temporis. Consequenter non antiquus dominus: sed ipse possessor rei dominium habet: Quæ cùm ita sint, haud quaquam opus erat distinctione vtilis & directi dominij. Nihil enim interest ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. leg. Nihil interest. ff. de Reg. Iur.

Quare in eam sententiam descendo, quæ sic Vsucapioni fauet, vt ea directum & absolutum dominium acquiri confirmet.

CAPVT LXXI.

Vtrum Iudex teneatur minorem delinquentem leniori pœna afficere, quàm sit à lege imposita delicto?

Tractant

TRactant hanc quæstionem fusè & accuratè Sfortia Oddus, de Restitutione in Integrum parte 2. qu. 79. artic. 9. & Antonin. Thessaurus, in nouis Decisionibus Pedæm. decis. 161. Alios tam veteres, quàm recẽtes authores ipsi referunt, quorũ aliqui ad pœnam minuendam delinquentibus, minoribus xxv. annis iudicem obligatum esse concedunt, alij verò negant: alij distinctionibus quibusdam vtuntur.

Ego quid sentiam in hac difficultate, paucis explicabo, si priùs argumenta vtriusque sententiæ, tam affirmantis, quàm negantis in medium attulero.

Igitur eorum, qui existimant pœnam esse leniendam, argumenta hæc sunt præcipua. Primum est ex l. Auxilium. ff. de Minoribus. in illis verbis, *Nisi quatenus interdũ miseratio ætatis ad mediocrem pœnam Iudicem perduxerit.*

Secundum est ex l. ferè in omnibus, de Reg. Iu. *ferè in omnibus pœnalibus iudiciis, ætati & imprudentiæ succurritur.*

Tertium est ex l. Si adulterium. §. Fratres. ff. ad leg. Iul. de Adulteriis. *Fratres denique Imperatores, Claudio crimen incesti propter ætatem remiserunt.*

Quartum ex c. vlt. de sententia Excommunicationis. ibi: *Propter defectum ætatis in qua fuit commissus excessus, rigor mansuetudine temperandus sit.*

Postremum argumentum est huiusmodi, quia videlicet vbi minor est culpa, ibi minori etiam pœnæ locus esse debeat: negari verò non potest, quin minoris xxv. annis culpa, lõgè sit leuior, quàm maioris, propter imprudẽtiam atque inconsultum calorem, quibus illa ætas magis est obnoxia. Igitur lenienda esse videtur pœna minoribus delictum committentibus.

Argumenta verò eorum qui contrariã sententiam amplexi fuere, ista sunt præcipua. Primum ex l. Si ex causa. §. Nunc videndum. ff. de Minoribus. ibi: *Et placet in delictis minoribus non subueniri.* Secundum ex l. Si minor. 36. ff. ad leg. Iul. de Adult. *Si minor annis adulterium commiseris, lege Iulia tenetur.*

Tertium ex l. Excipiũtur. ff. ad Senatusconsultum Syllanianum. ibi: *Qui verò ministri, vel participes cædis fuissent, & eius ætatis, quanquã nondum puberis, vt rei intellectum capere possent, iis non magis in cæde domini, quàm in vlla alia causa parci oportere.*

Quartum est ex l. 7. C. de Pœnis, vbi text. ita dicit: *impunitas delicti propter ætatem non debetur.*

Quintum est ex l. 6. C. ad leg. Corn. de sicariis. ibi: *Innocentim purgari crimen, non adulta ætate defendi conuenit.*

Postremum argumentum est ab authoritate Constantini Hermanopuli, in promptuario Iuris lib. 6. c. 6 *Qui cædem, inquit, meditatò & consultò facit, cuiuscunque ætatis sit, gladio plectitur, &c.*

Ego igitur sic statuo, In Adulterij & Homicidij crimine minori delinquenti, haudquaquam pœnam esse minuendam, quoniam huiusmodi delicta, in ætate adulta potissimum committuntur.

Moueor authoritate text. in d. l. Si minor. 56. ff. ad l. Iul. de Adult. & authorit. text. in d. l. 6. C. ad l. Corn. de sicariis. Quòd verò ad alia delicta attinet, permagni referre iudico, vtrũ semel an sæpius minor deliquerit. Vtrũ fuerit aliàs punitus propter delictum cõmissum nec ne, sitne atrox delictum, vel leue, & an malitia ætatem suppleat nec ne, & denique, vtrum spes affulgeat aliqua melioris frugis. Equidem si de graui crimine agatur, quod sæpius adultus perpetrauit, haud semel animaduerti, capitali supplicio affectum fuisse, quod & magnoperè probo. His cessantibus benigniorem sententiam secutus fui.

Denique argumentum nullum video, quo sententia stabiliri possit perpetua, per quam Iudices ad mitiorem pœnam adultis delinquentibus infligendam, teneantur. Etsi interdum id eis licere non dubitem, quomadmodũ argumenta prioris sententiæ facilè euincunt. Illud enim argumentum postremum quod sumitur ex leuitate culpæ, non est solidum. Nam si, verbi gratia, Adultus hominem occiderit, non is quidem tam grauiter peccat, ac si maior esset xxv. annis, sed non propterea efficitur, cum minori pœna afficiendum, quàm hominem occidenti sit præscripta: ratio est, quia tam grauiter delinquit, vt pœnæ homicidij meritò reus esse debeat.

Exemplum esto. Homicidium est maius crimen Adulterio, vnde qui hominem occidit, magis peccat, quàm qui Adulterium committit, & tamen vterq; capitali pœna dignus est. Qui enim minus grauiter delinquit quàm alter, ita tamen delinquit, vt incidat in pœnam à lege constitutam.

CAPVT LXXII.

Vtrum minor xxv. annis restituendus sit aduersus confessionem delicti

MInorem annis qui confessus sit delictũ, de quo cõuictus non est, aduersus suam confessionem esse restituendum, Angelus existimauit in l. Certum. §. in Pupillo. ff. de Confessis, quem postea secuti sunt alij, vt Alexander refert, in cons. 115. lib. 3. & Iason in l. Nam & postea. §. si minor. ff. de iureiu. & alij passim. Horum argumenta sunt ista.

Primum ex dict. l. Certum. §. In pupillo. ibi: *Minorem à confessione sua restituemus.* Secundũ est ex eo, quòd minor aduersus negationem restituitur, vt patet ex l. Si ex causa. §. Nunc videndum. ff. de Minorib. Ergo eadem ratione restituendus videtur aduersus confessionẽ. Tertium est ex regula generali. Minoribus læsis succurrendum esse, l. Minoribus. ff. eod. tit. cum aliis, sed hic est læsus ex cõfessione, quia delictum non potest aliunde probari, ergo restituendus esse videtur.

Istis non obstantibus contrariã sententiam veriorem esse iudico, quam defendit Franciscus Sarmientus li. 3. selectar. interpr. c. 1. Moueor authoritate textus in l. Auxiliũ. ff. de minorib. vbi dicitur, In delictis minorẽ non mereri in integrum restitutionem, & paulò pòst de eodem minore confitente, ita dicitur: *Sed vt ad legis Iuliæ de adulteriis coercendis præcepta veniamus, vtique nulla deprecatio pœna est, si se minor annis adulterum fateatur.* His verbis probatur non esse in integrum restituendum minorem, aduersus suam confessionem, quia si restituendus esset, aliqua certè esset pœnæ deprecatio, quia scilicet restitueretur aduersus suam confessionem, & pœnam euaderet, nisi aliunde constaret eum deliquisse.

Confirmatur hæc sentẽtia: Nam aut verum fassus est minor, aut falsum, aut nobis nõ constat, vtrum verum vel falsum dixerit. Primo casu restitutionem non meretur, quia iure cõmuni visus est, l. vlt. C. de in integ. rest. mino. tenebatur enim verũ dicere. Secundo casu restituendus est, si de errore suæ cõfessionis doceat. l. 1. §. Si quis vltrò. ff. de quæst. Tertio casu est indignus restitutione, quia non est præsumendum, quòd mentitus fuerit contrà se, si modò sit sanæ mentis, & intelligat rem, de qua agitur, vt solent adulti.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, text. in §. In pupillo, de causis pecuniariis intelligendum esse. Id patet ex legibus præcedentibus. Nam in præcedentibus habetur confessum pro iudicato haberi & sufficere, si tutores vel curatores fateantur. Pupillo vero confessionem non obesse, quia restituendus erit. Nos verò loquimur de adulto confitente maleficium.

Ad secundum respondeo textum in d. §. Ex causa. locum habere, quãdo falsò adultus negauit delictum, propter quam negationem crescit in duplum condemnatio, & sic de læsione eius constat, & de falsitate confessionis.

Ad postremum respõdeo, hic non constare de læsione, nisi vel metu fuerit confessus delictum, vel alterius dolo, vel re vera illud non commiserit, tunc enim non debet ei confessio nocere, sicut nec maiori, vt in dict. l. 1. §. Si quis vltrò. ff. de quæst.

CAPVT LXXIII.

Vtrum filiatio probetur ex solo tractatu, vt loquuntur, & educatione: vbi agitur de obtinenda hæreditate aut similibus iudiciis petitoriis?

Filiationem probari ex tractatu & educatione respõderunt Antonius Butrius in c. Transmissa col. 3. Qui filij sint legitimi. Decius in consil. 54. Parisius in cons. 10. n. 110. lib. 2. Crauetta in cons. 249. n. 2. Illustrissimus & Reuerendissimus Cardinalis Paleotus de nothis & spuriis c. 22. n. 5. Alba. in cons. 83. Purpuratus in cons. 559. lib. 2. D. Cephalus in cons. 137. num. 44. lib. 1. Couuar. de sponsalib. part. 2. c. 8. §. 3. num. 6. Menochius de Arbitr. Iudicum, casu 89. nu. 70. & de Præsumpt. lib. 6. ca. 53. nu. 22.

Fundamẽtum est in eo, quòd ex tali educatione & tractatione filius quis præsumatur, & consequenter aduersæ parti id neganti onus incumbat cõtrarium probandi: iuxta l. Circa. ff. de Probat. Quod autem ea præsumptio oriatur ex educatione & tractatione, probatur ex l. 1. §. Ad quæstionem. ff. de quæstionibus. in illis verbis: *Nec facilè credendum, subiectam eã, quam ambo parentes dicuntur charam filiam habuisse, rescripto Diuorum fratrum ad Lucium Tiberianum emisso declaratur.*

Contrariam sententiam secuti fuère Baldus in cons. 180. Mortuo lib. 3. & in c. Per tuas. de probat. & in l. Non ignorat. C. Qui accusare non possunt, vbi etiam Petrus & Cynus, Albericus & Salyc. Ias. in l. Neque professio. C. de testam. & in cons. 120. lib. 4. Castrens. in cons. 434. non procul à principio lib. 1. Dec. in cons. 321. Alciatus Reg. 3. præsumpt. 38. & in cons. 201. 513. 614. Berous in cons. 158. n. 4. 5. li. 2. D. Cephalus in cons. 82. n. 48. lib. 1. Rolandus à Valle in cons. 49. n. 48. lib. 4.

Quæ posterior sententia mihi magis probatur. Primùm ex eo, quod habetur in l. Filiũ. ff. de his qui sui vel alieni iuris sunt, vbi Iurisconsultus, *Filium definimus, qui ex viro, & vxore eius nascitur.* Ergo id probare debet is, qui se filium asserit.

Nec obstat, si dicatur id probare ex præsumptione, quæ oritur ex eo, quòd habitus, & educatus fuerit tanquàm filius, quia in iudiciis petitoriis non sufficit actori suæ intentionis fundamentum probare ex præsumptione & coniectura. Id patet. Nam ex possessione dominium præsumitur, secundùm Bartoli sententiam communiter receptam in l. Quidam in suo. ff. de cond. instit. & tamen hæc præsumptio non sufficit, in rei vindicatione. sed probanda sunt quatuor, nempe Titulus, Traditio, Precij numeratio, & diuturna

possessio:

possessio: vt declarat optimè Menochius de arbitr. Iudicum, casu 44. Sic igitur & in proposita specie, cùm principalis sit quæstio, an aliquis sit filius, ad hoc vt hæreditatem vindicare possit, probandum erit, filium esse aliter quàm per vnam illam præsumptionem, illa enim nihil amplius tribuit, quàm possessionem vel quasi filiationis. Possessio autem non sufficit ad obtinendum in petitoriis iudiciis, vt dictum est.

Non obstat argumentum contrariæ sententiæ: quia textus allegatus nihil aliud probat, nisi quod de præsumptione dictum est. Eam videlicet suppositam non præsumi, quam parentes tanquam charam filiam habuerunt. Sed tamen ex eo non dicitur constare filium esse. argumento l. Neque professio. C. de testam. l. non nudis. l. non epistolis. C. de probationib. Neque enim coniectura loco probationis habetur. l. Tutor peritus. C. de Periculo tuto. & declarat Iason in l. Licet. n. 13. de Legatis 1. In petitoriis verò non sufficiunt præsumptiones, sed probationes requiruntur.

CAPVT LXXIV.

Vtrum appellari liceat à sententia Iudicis, qua pronunciat sententiam exequendam esse?

NOn est certi, sed controuersi Iuris, Vtrum ab ea sententia appellare liceat, qua pronunciatur sententiam exequendam esse. Diuersarum opinionum Authores non commemorabo, quoniam ex commentariis interpretum nostrorum facilè colligi possunt, ad l. Ab executione. C. quorum appellationes non recipiantur, & ad l. Ab executore. ff. de appellationibus & relationibus. Fusèque commemorantur à Gabrielio Commun. concl. tit. de appellat. concl. 4. Rationes potius & argumenta placet diligenter expendere.

Igitur qui putant appellari non posse trib. potissimùm argumentis vtuntur. Primum. Ab executione appellari non potest d. l. Ab executione, & d. l. Ab executore. Ergo nec à pronunciatione de exequendo. Consequens probatur, quia pronunciatio de exequendo nihil aliud est effectu, quàm verbalis executio. Si ergo non licet à reali executione appellare, nec licebit à verbali.

Secundum argumentum. Pronunciatio de exequendo, nihil aliud est, quàm præambulū ipsius executionis. Ergo lex, quæ prohibet appellationem ab executione, videtur etiam prohibere ab huiusmodi pronunciatione de exequendo, quoniam est eadem ratio, & lex non est imposita verbis, sed rebus. l. 2. C. Communia de legatis.

Tertium argumentum. Prohibito vno censetur etiam prohibitum id, per quod peruenitur ad illud, l. Oratio. ff. de sponsal. Sed prohibita est appellatio ab Executione. Ergo videtur etiam esse prohibita à pronunciatione de exequendo, per quam peruenitur ad ipsam executionem.

Fundamentum autem eorum, qui contrariā sententiam sunt amplexi, illud est, quod ab omni sententia regulariter appellare liceat. l. Et in maioribus. C. de appellat. Ergo & ab huiusmodi pronunciatione de exequendo.

Et licèt ab executione appellari non possit, est tamen ratio differentiæ, quia executor non potest grauare partem, nisi modum excedat: neque enim eius officium est in cognoscendo, sed in exequendo. Verùm qui non pronunciat sententiam esse exequendam, prius cognoscere debet, an sit exequenda, quare vt perperam pronunciet, facilè accidere potest.

Ego sanè, si de mero executore agatur, cuius officium sit in exequendo, non autem in cognoscendo, iuxta text. in c. Super quæst. de offi. delegati in illis verbis: *Nō tam cognitorem, quàm executorem, &c.* non dubito, quin prior sententia sit verissima, eamque planè euincant argumenta superiùs allata. Cæterùm, si de executore agatur non mero, sed misto, qui scilicet executioni præmittere cognitionem debeat, nihil sanè video, cur appellare non liceat. Etenim, vt contra ius litigatoris pronunciet, fieri potest. Ergo appellare licet. Nam & appellatio est permissa ab eo, qui sententiam malè interpretatur, vt in d. l. Ab executore, ff. de appel. & relatio. Quod si ius Canonicum inspiciamus, nulla ferè dubitatio esse potest, quoniam eo Iure inspecto, appellare licet ab omni sententia & interlocutione Iudicis.

Quæ quidem distinctio, si recipiatur, nihil obstabunt prioris sententiæ argumēta, omnia enim locum habent in executore mero: vt enim ab executione appellare non licet, ita neque ab eius præambula pronunciatione. Cæterùm in executore misto, qui & exequi, & cognoscere debet nullas habent vires ea argumenta, quia cognitio illa & pronunciatio, an sententia sit exequenda, non est preambulum executionis, neque res ei annexa, siue accessoria, sed principalis & prorsus separata, præcipuéque definienda ac terminanda.

CAPVT LXXV.

Vtrum in causis possessoriis appellare liceat?

VAriæ ac diuersæ sunt doctorum sententiæ, vtrum in causis possessoriis appellare liceat. Prima est opinio eorum, qui simpliciter appellari posse negant. Ita Bartolus,

Castren.& cæteri antiquiores, nec non Cæsar Contardus in commentariis l.1.C.si de momẽtanea possess.fuerit appellatum, quorum fundamentum est in textu dictæ legis, qui sic se habet: *Cùm de possessione & eius momento causa dicitur, etsi appellatio interposita fuerit, tamen sententia lata sortitur effectum.* Confirmatur ea ratione, quoniam præiudicium, quod per sententiam in possessorio latam, irrogatur, in iudicio petitorio reparari potest.

Secunda est opinio, Iure quidem ciuili appellari non posse à sententia in possessorio lata, verùm secus canonico. Ita Abbas in c. Cum ad sedem.n.30.de restit.spolior. Ripa in c.sæpe, col.pen.eo.tit. Federicus Senen.in cons.77. Decius ad l.1.n.6.C. de bon. possess. secundùm tabu. Contardus in commentariis d.l. Vnicæ, limitatione 3.num.1.Couuar.Practicar.quæst. cap.23.

Argumenta quibus probatur iure canonico appellari licere, sunt hæc: Primum, quia regulariter in omnibus causis etiam minimis appellatio est à sacris canonibus permissa. c. De Appellationibus, extra de appellationib.

Secundum, ex c.Cùm ad sedem.de resti.spoliorum, vbi sententia lata fuit in causa possessoria, & ad sedem Apostolicam appellatum, reformatáque ipsa sententia.

Tertium ex c.Ex Conquestione. eod. tit.& c.significauerunt.de Testib.quibus in locis de causa possessoria agitur, & præsupponi videtur appellari potuisse à sententia lata.

Quartum ex Clem.1.de causa possess.& propriet. ibi: *Tam appellanti, quàm appellato licere decernimus, ne dum petitorem, sed & possessorem intentare.*

Postremũ ex Clem. Vnica. de Sequestratio. possess.& fruct. vbi deciditur, non esse quempiam beneficij possessione priuandum, per vnam tantùm sententiam, in possessorio latam, sed beneficium esse sequestrandum, apud aliquem, qui fructus ei restituat, qui victoriam obtinebit. Deinde dicit, id obseruandum, etiã circa negotia pendentia, per appellationem, ex quibus omnibus Summus Pontifex indicare videtur, appellationem esse permissam in causis possessoriis.

Tertia est sententia tam iure ciuili, quàm iure canonico appellare licere in causis possessoriis, sed tamen executionem rei iudicatæ non suspendi, quod perinde est, ac si vna cum doctoribus dixerimus, appellari posse quo ad effectum deuolutiuum, non autem quo ad effectum suspensiuum. Ita Archidiaconus in c. Ei qui.§.Si quis ausus fuerit.2. q.6. Bartol.in l. 2.ff.de Appellat.recipien.Angelus in cons.107. Couuar.pract.quæst.cap.23 n.8.vers. Secunda conclusio.

Atque hæc postrema sententia videtur mihi probabilior aliis omnibus. Nam si ius ciuile spectemus, non dicit lex appellationem prohiberi, sed dicit sententiam latam effectum sortiri. *Etsi appellatio,* inquit, *interposita fuerit, tamen sententia lata sortitur effectum*, l.1.C. si de momenta.possess. fuerit appellatum, quæ lex à Gratiano inserta est decreto, vt patet ex c. ei qui.6.Si quis ausus fuerit,2.q.6.Ex quo aliquã coniecturam licet sumere, non esse hac in re discrimen inter ius canonicum & ciuile. Nullus verò iuris canonici locus adferri potest, quo appellatio permissa esse dicatur quo ad effectum suspensiuum, vt propterea loca superiùs relata pro secundæ opinionis confirmatione, huic nostræ nõ obstent. Etsi enim euincãt appellationem dari, non tamen euincunt, executionem sententiæ appellatione suspendi. Quod enim est constitutum in Clem.1. de sequestr. possess. & fruct. ad beneficia ecclesiastica nominatim pertinet, nec ad alias profanas causas rectè porrigitur, quia si generaliter acciperetur lata sententia, in petitorio, vel possessorio sequestrationi locus esset, vt in ea specie, quod tamen est absurdum affirmare, quoniam appellatione pendente nihil debet innouari. Vide Afflict.decis.98.Lancellotum de Attentatis appellatione pend.Ampl.7.

CAPVT LXXVI.

Vtrum à sententia, per quam hæres institutus in testamento in possessionem bonorum hæreditatis mittitur, appellatio sit permissa?

NOn *permittitur appellare, ne scriptus hæres in possessionem inducatur*, vt inquit Paulus Iurisconsultus, in l.vlt. ff. de Appellatio.recipien. Id quomodo accipiendum sit nonnulla est controuersia,& quidem appellationem permissam non esse, quo ad effectum suspensiuum, vt vocant, secus autem quò ad deuolutiuum, author est Iacob. Menoch. de Adipiscen.possess.remedio 4.nu.827. eo argumento, quòd & in plerisque aliis casibus, cum appellatio prohibetur, intelligitur esse prohibita quò ad effectum suspensiuum, non autem quo ad deuolutiuum, veluti in possessoriis, Bart.in l.1.ff.de Appellatio.recipien.in sententia dotis, Baldus Nouel.de dote, part.9.priu. 7.Cæterùm quò ad vtrumque effectum appellationem esse prohibitam, docuerũt Augustinus Berous, q.44. Petrus Benintendus, decis. 79.nu.7.& Iosephus Ludouicus, decis. Perus. 20 n.10.quib.& ipse assentior. Moueor authoritate tex.in l.quisquis, C.quorum appellationes non recipiantur, vbi Impp. Gratianus & Theodosius ita dicunt: *Quisquis ne voluntas defuncti testamento scripta referetur, vel ne ij*

quos

quos scriptos patuerit hæredes in possessionem mittantur, ausus fuerit prouocare, interpositámque appellationem is, cuius ea de re notio erit, recipiẽdam esse crediderit, viginti librarum auri mulcta, & litigatorem qui tam importunè appellauerit, & Iudicem, qui tam ignauam conniuentiam adhibuerit, inuoluat.

Argumentum ex hoc textu sumitur in hunc modum. Nam si & appellanti, & Iudici appellationem admittenti, pœna irrogatur, nullo discrimine adhibito, sequitur indistinctè appellationem esse prohibitam, quia si permissa esset quoad effectum deuolutiuum, neq; appellans, neque Iudex puniendus esset. Liceret enim aliquo modo & appellare, & appellationi deferre.

Quę verò adferuntur similia in argumento contrariæ opinionis, vt maximè vera sint, parum tamen obstant, quia nulla est lex in aliis causis possessoris & similibus, quę adferuntur, tam disertè appellationem prohibens pœna etiam cõstituta quemadmodum hoc in casu.

CAPVT LXXVII.

Vtrum in caussa alimentorum appellatio sit permissa, & quomodo?

QVod attinet ad causam alimentorum, vtrum appellatio sit permissa, Specul. in tit. de Appell. rub. In quibus causis cessat appellatio. vers. Octauo, quando res dilationem non recipit, &c. Vtitur hac distinctione. Aut alimenta officio Iudicis petuntur, & tunc à sententia Iudicis appellatio prohibetur, quia incidenter, & summatim cognoscit. l. Si iudex. ff. de his qui sui vel alieni Iuris sunt l. Si quis à liberis. §. solent. ff. de liberis agnoscẽdis. c. ex parte, & c. penu. de accusationibus. Aut actionibus Iure petũtur, & tunc appellatio est permissa, quoniã Iudex procedit, vt fit in Iudiciis ordinariis. Sequitur eandem distinctionem Bart. ad l. fi. ff. de Appellationibus recipi.

Altera est sententia, quæ mihi probabilior videtur, appellationem in causa alimentorum permissam non esse, quò ad effectum suspensiuum, secus quò ad deuolutiuum. Ita Ioann. Andr. in Additio. ad Specul. loco superiùs annotato. Bald. Nouell. de Dote, part. 8. priuil. 7. Scilicet si de futuris alimentis agatur, secus enim si de præteritis, vt tradit Lancellot. de Attent. tit. de Attent. lite pend. limit. 24. numer. 7.

Probatur hæc sententia: Nam appellari posse a tali sententia suadetur ex generali regula, quæ in omnibus causis appellationem permittit, nisi specialiter sit prohibita. l. Et in maioribus. C. de Appellat. c. de Appellationibus extrà de Appellation. Neque enim prohibitã esse probat text. in l. vlt. ff. de Appellationibus recipiend. quia loquitur de alia causa alimentorum, videlicet ne frumentum, in vsum militum in annonæ subsidia cõtrahatur, & sic cum agitur de alimentis, quæ militibus debentur. Appellatione verò non suspendi effectum rei iudicatæ, eo argumento demonstrari potest, quòd causa ipsa alimentorum, moram & dilationem non patitur, ne dum ipsa appellationis causa pendet, atque discutitur, alimentarius fame moriatur, quæ causa est, vt alimentorũ causæ etiam diebus feriatis audiantur. l. 2. ff. de Feriis. & multa alia priuilegia sint constituta, vt patet ex Bartol. & aliis ad l. Mella. ff. de Alimentis & cibariis legatis.

CAPVT LXXVIII.

Vtrum à sententia iudicis subdelegati appellandum sit ad subdelegantem, an verò ad subdelegantis superiorem, idest, ipsum delegantem primum?

IVrisconsultus in l. 1. §. 1. ff. qui, & à quibus appell. ita dicit: *Ab eo, cui quis mandat iurisdictionem, non ipse prouocabitur,* (hoc est a delegato non appellatur ad delegantem) *nam & generaliter is erit prouocandus ab eo, cui mandata est iurisdictio, qui prouocaretur ab eo, qui mandat iurisdictionem* (hoc est à delegato appellandum est ad superiorem ipsius delegantis.)

Cæterùm in l. 1. C. qui pro sua iurisd. contrarium docet Imperator. Ait enim: *Hæc teneant, nisi iudices à nobis specialiter delegantib. dati, aliis causas delegauerint iudicandas: Nam his delegantib. nullo personarum, causarúmve habito tractatu, appellationũ ad eos iure iudicia remanebunt.* Hoc est à delegatis iudicibus, ad ipsos delegantes appellabitur, non ad Principem, qui delegauit, ac delegante superior est.

Bartol. in d. l. 1. §. 1. distinguendum putat inter Principis delegatum, & alterius. Si Principis delegatus aliis vices suas commiserit, ad ipsum delegantem appellandum erit, vt in d. l. 1. C. qui pro sua iurisd. Si verò alius quàm Principis delegatus id fecerit, non ad delegantem appellabitur, sed ad superiorem delegantis, vt in d. l. 1. §. 3. ff. qui & à quibus.

Alij existimant has leges accipiendas esse secundum iuris canonici distinctionem, quæ habetur in cap. super quæstionum. §. Porrò. de off. deleg. nempe vt si delegatus totam causam subdeleget, nihil sibi reseruando, tunc ad superiorem ipsius subdelegantis appelletur: si vero aliquid sibi reseruauerit, ad ipsum subdelegantem, vt in c. si delegatus, de officio deleg. lib. 6. Ita Glo. in d. c. super quæstionem. §. Porrò, Abbas & Imol. ibid. Franc. in c. Dile-

cti.3.n.30.de appell.Io.Longouallius ad l.Imperium in 2.parte,nu.9.ff.de Iurisd.omn.iud. vbi ita scribit: *Ex cuius §. Porrò. dispositione & doctrina puto l. Vnicam. C. qui pro sua iurisd. esse variandam & declarandam. Nam si delegatus Principis totam causam subdeleget, (Ad Nos) in ea legendum erit, (hoc est appellationem interponẽdam esse ad ipsum Principem.) Si verò partem, scribemus. Ad eos, scilicet ad delegantem, iure remeabit appellatio.*

Ego in hac re sic statuo. Quod attinet ad antinomiam, nullam esse. Nam hęc duo differunt mandare iurisdictionem, & iudicem dare, siue delegare, l. Cùm Prætor. ff. de iudiciis: ibi: *Is quoque cui mandata est iurisdictio, iudicem dare potest.* Itaque mandatur iurisdictio in vniuersum, vel quò ad vnam speciem. Iudex verò datur in vna causa particulari, vel in articulo vnius causæ. Vide Longouallium loco annotato, n.2. Socin. in l.1. ff. quis, & à quo appell. Alciatum in rubr. extra de off. ordi. Cantiunculam lib.2. de off. iudicis, ca.2. vers. Hoc autem loco. Federicum Scotum ad rubr. ff. de officio eius, &c. n.48.

Textus ergo in d.l.1.§.1.ff. qui & à quib. loquitur de iudice, cui mandata est Iurisdictio, & qui alteri eam mandat: quare nõ ad ipsum, sed ad superiorem eius appellari debet. Ratio est, quia is cui iurisdictio mandata fuit, nihil proprium habere dicitur, sed eius, qui mandauit iurisdictione vti, l.1.§. Qui mandatam. ff. de off. eius cui mand. est Iuris. Itaque videtur quodammodo sententia ab ipso mandante lata: & sic ad eum appellari non debet, quasi videatur idem auditorium, ac Tribunal, sicuti de Episcopo & eius Vicario dicitur in c.2. de Consue. li.6. & in c. Romana. de Appel. lib.6.

Textus verò in d.l. Vnica. C. qui pro sua iurisdict. loquitur in Iudice dato, seu delegato à Principe, qui alij subdelegauit causam, sic enim ait textus: *Nisi iudices à nobis specialiter delegantibus dati, &c.* A iudice autem dato seu delegato secũdùm iuris regulas appellari debet ad delegantem. l.1. & l.3. ff. qui, & à quibus Imperatores. ff. de appel. & relatio. Ratio est, quia debet gradatim appellari, vt ibi dicitur.

Quod verò ad quæstionem ipsam propositam attinet, existimo, discrimen esse statuendum inter ius canonicum & ciuile. Iure canonico seruabitur, quod est in d.c. super quæstionem. §. Porrò, & in d.c. si delegatus. Iure autẽ ciuili, quod habetur in d.l. Vnica, & in d.l. Imperatores ff. de Appel. & relatio. & in l.1. & 3. ff. qui & à quibus. Est enim aperta hac in re diuersitas, vt patet ex dictis legibus. Sic enim constitutum est in d.l. Imperatores. *Idem rescripserunt à iudice, quem à Præside prouincia quis acceperat, non rectè Imperatorem appellatum esse: Ideòque reuerti eum ad Præsidem debere,* Vides ex hac lege ad delegantem appellari. Idem habetur in d.l. Vnica. Nec enim ea variatio admitti potest, quam commemorat Longouallius, quoniam omnes Codices habent: *Ad eos,* non autem *ad nos.* Et in l.1. & 3. ff. qui & à quibus. *Dato,* inquit textus, *iudice à Magistratibus populi Romani, cuiuscunque ordinis, etiamsi ex authoritate Principis, licèt nominatim dederint, ipsi tamen Magistratus appellabuntur.*

Quid verò canones? Audi. *Porrò* (verba sunt Pontif. Max.) *cùm delegatus à nobis, iurisdictionem suam in alium transfert totam, si fuerit appellandum, non ad eum, sed ad nos appellari debebit. Cùm autem sibi aliquid de iurisdictione reseruat, si causa sit ei appellatione remota commissa, non ad nos, sed eum poterit de iure appellari:* Hactenus tex. in d.c. super quęstionem. §. Porrò. de off. deleg.

Vides nonnihil differre canones & leges. Quare vtrumque ius obtinebit in suo cuiusque foro, nec aliquod absurdum inde sequitur. Cùm & in aliis hæc iura non nihil discrepent, in eadem appellationum materia.

CAPVT LXXIX.

An post lapsum anni, sententia, à qua appellatum est, possit executioni mandari, quasi appellatio deserta sit?

Annus appellanti conceditur ex die appellationis interpositæ, ad eam prosequendam, ac finiendam, & ex causa bienniũ, vt in Aut. Ei qui. C. de tempo. appell. in c. cùm sit. de Appellatio, & in Clem. Sicut. eod. tit. Sed vtrum elapso primo anno, sententia lata sit executioni mandanda, nonnulla est controuersia.

Et quidem negant exequendam, & biennij lapsum expectandum esse contendunt, Bartolus in d. Auth. Ei qui, Baldus in l. eos, col.2. C. de Appella. & ibi Salycetus, n.6. Alex. ad Bartol. in d. Auth. Ei qui. Felynus in c. Ex parte, 2. col.7. de rescript. Francus in c. Ex ratione, n.5. de Appellatio. his potissimùm argumentis.

Primò, per lapsum primi anni certum est appellationem desertam non dici, si aliquod impedimentum fuerit, vt in d. Authen. Ei qui. Cùm ergo impedimentum intercedere potuerit, iudicare debemus illud intercessisse, ne appellatio deserta esse censeatur. Hæc enim est benignior interpretatio.

Secundò, id probari posse videtur ex ipsa Auth. Ei qui, dum ibi semel atque iterum habetur, post biennij lapsum ratam manere sententiam.

Tertiò, ex Auth. Si tamen, C. de Tempo. appell...

pel. ibi: *Et propterea biennium transeat, infra quod oporteat appellationem finiri, &c.* Quibus verbis patet, biennium esse constitutum ad finiendam appellationem. Ergo ante hoc tempus sententia executionem habere nō potest. Verum istis non obstantibus contrariam sententiam veriorem esse iudico, nempe executioni esse mandandam sententiam lapso primo anno, nisi iustum allegetur, ac probetur impedimentum, propter quod expediri causa non potuerit appellationis.

Ita docuerunt Innocentius & Imola in c. ex ratione, de Appella. Angelus in cons. 310. nu. 2. Maranta parte sexta de Appellationib. n. 220. Senatus Pedemontanus apud Osascum decis. 28.

Probatur hæc sententia. Primum ex l. vlt. §. Illud, C. de temp. appella. in illis verbis: *Iubemus eundem appellatorem, nisi obseruauerit iudicium, & causam vsque ad finem peregerit, sed etsi per eum steterit, quò minus omnia litis certamina impleantur, nec appellatione defraudari, & sententiam contra eum latam in suo robore durare, & ad effectum perduci, tāquam si ab initio minimè fuerit prouocatum. Nisi ipse appellare euidentissimis probationibus possit ostendere, se quidem summa ope nisum voluisse litem exercere, per iudicem autem stetisse, vel aliam inexorabilem causam subsecutam, propter hoc facere minimè valuit.*

Quodnam verò tempus sit, intra quod finienda sit appellatio, initio legis habetur, nēpe annum esse. ibi: *Et in desidia reliquum tempus permaneat, & annale tempus post inchoatam litem praterierit, &c.*

Secundò probatur hæc sententia ex Clem. *Sicut de Appellat. Sicut appellationem iudicialem, sic & extraiudicialem intra annum à die interpositionis ipsius, vel à die illati grauaminis, vbi à futuro grauamine appellatur, prosequi & finire tenetur appellans. Quòd si iusto impedimento cessante, non fuerit, debebit eius appellatio deserta censeri.* Hactenus summus Pontifex.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, negādo illam consequentiam. Potuit impedimentum interuenire, ergo interuenit. Non valeat argumētum de potentia ad actum, ad affirmandum, l. Non hoc. C. vnd. legiti. Et textus docet in d. l. Vlt. §. Illud, impedimentum esse probandum ab appellante, non autem allegandum duntaxat.

Ad secundum respondeo, text. in d. Auth. Ei qui, non obstare, sic enim ait: *Ei, qui appellat, impertitur annus, intra quem secundùm se, communiterve cum aduersario litem exequatur, aut si iusta causa intercesserit, alius annus indulgeatur, quo transacto, lite non completa, rata manet sententia.*

Illa verba, *quo transacto* (scilicet biennio) *rata manet sententia*, nihil obstant, quia intelliguntur, quando alter annus ex iusta causa indulgetur. Sed nos dicimus indulgendum nō esse, nisi probetur iusta causa ab appellante.

Ad tertium eadē responsio valet, quia quod dicitur in d. Auth. si tamen: *Intra biennium oportet appellationem finiri*, intelligendum est, cum elapso primo anno, ex iusta causa bienniū indulgetur. Etenim iusta causa cessante, lapso primo anno, appellatio deserta censetur, vt in d. Clem. Sicut, de Appellatio.

CAPVT LXXX.

Vtrum Iudex teneatur regulariter admittere appellationem ab interlocutoria?

IVdicem, à cuius interlocutione appellatur, regulariter non teneri appellationem interpositam admittere, Authores sunt Glos. & Frācus in c. de Priore, de Appellatio. & Angelus in l. Quorum iudices. C. eod. tit.

Quorum illud est argumētum, quia si appellationi deferre teneretur, appellatione admissa, vlterius de causa cognoscere non posset, ca. cum Appellationibus, de Appellatio. li. 6. Certum est autem ipsum Iudicem appellatione interposita non obstante, in causa cognoscenda procedere posse, antequam inhibeatur, vt in c. Romana §. si vera, & c. non solum, de Appellatio. lib. 6.

Verum istis nil morantibus contrariam sententiam amplector, Decium secutus in d. c. de priore, & Romanū in cons. 101. Sic autem statuo. Si talis causa fuerit allegata, ab eo, qui prouocauit, quæ si vera esset, appellatio meritò fuisset interposita, iudicem debere appellationi deferre. Moueor ex c. debitus, de Appellationibus, vbi summus Pontifex monet appellātem, vt causam probabilem appellationis exponat, *talem* (inquit) *quæ si foret probata, deberet legitima reputari, & tunc superior de Appellatione cognoscat, & si minus rationabiliter eum appellasse constiterit, illum ad inferiorem remittat.* His verbis colligitur, si causam adferat appellans iustam, ac probabilem, Appellationem esse admittendam, aliâs secus.

Idem clariùs colligo ex c. Cordi, de Appellatio. lib. 6. vbi summus Pontifex ita dicit: *Sancimus igitur vt si quis in iudicio, vel extrà super interlocutoria, vel grauamine aliquo ad nos duxerit appellādum, causam appellationis in scriptis assignare deproperet, petat apostolos, quos ei præcipimus exhiberi. In quibus appellationis causam Iudex exprimat, & cur appellatio non sit admissa, vel si appellationi forsan, ex superioris reuerentia sit delatum, &c.*

His verbis summus Pontifex apertè indicat, appellationem esse admittendam, si iustam,

causam, vt suprà dictum est, appellans allegauerit: nam, si Iudex non reueretur illam admittere, non teneretur, etiam causam allegare summo Pontifici, cur eam non admitteret.

Secundò moueor ex c. Romana. 6. Quòd si obiiciatur, de Appellat. lib. 6. *Quod si obiiciatur*, inquit tex. *ex iniusta causa, seu minus legitima, ante sententiam appellationem interpositam iustitisse, & ex eo non esse appellationem huiusmodi admittendam, nequeunt prædicti, &c.* Quibus verbis apparet appellationem admittendam non esse, vbi ex legitima causa interposita non est. Igitur admittenda erit, si ex causa legitima interponatur.

Causam vero legitimam appello, vt iam dixi, quæ scilicet, si probata esset, legitima censeretur, vt in d. c. Vt debitus, de Appellatio.

Postremò Appellationib. friuolis deferendum non est. c. Cum Appellationibus, de Appellat. lib. 6. Ergo legitimis est deferendum. Quare cùm ab interlocutoria Iure Canonico liceat appellare, Iudex appellationem admittere debet, si fuerit legitima, & nō friuola, hoc est ex causa minus probabili interposita.

Ad argumentum contrariæ sententiæ respondeo; Iudicem à quo est appellatum, non posse de causa cognoscere, postquàm appellationē admisit, quia dicitur à se Iurisdictionem abdicasse, vt in d. c. Cum appellationibus, de appellatio. lib. 6. Sed si appellationem non admittat, tunc procedere in causa potest, antequam inhibeatur. Quòd si appellationis causam veram esse constiterit, processus reuocabitur: ita loquuntur Canones in argumento citati c. Non solum. de appellatio. lib. 6. Si verò minus rationabiliter appellatum fuerit, appellans ad Iudicem inferiorem remittendus erit, à quo scilicet appellauit, & in expensis condemnandus, vt in c. Vt debitus, de Appellationibus.

CAPVT LXXXI.

Vtrum appellans probare debeat, se iustè appellasse, & perperàm fuisse iudicatum, an verò appellatus iustè pronunciatum & perperam appellatum?

APpellanti onus incumbere probandi se iustè appellasse, indicare videtur textus in l. Hi qui ad Ciuilia. C. de Appellatio. in illis verbis: *Cùm igitur ad munus vocatus appellaueris, apud Præsidem Prouinciæ, iustè te appellasse ostende.* Sed contrarium Imperator docet in §. Illud, in Auth. de his qui ingrediuntur ad appellan. Ait enim: *Ita potiantur victores sententiis, si eas rectè habere monstrauerint.*

Bartolus in d. l. Hi qui, tres casus distinguit. Primus cum quæritur, an ritè, hoc est, legitimo tempore fuerit appellatum: & tunc appellanti onus incumbit probandi. Secundus cum quæritur, an iustè fuerit appellatum, & tunc si ex negatione fundatam habeat intentionem appellans, ei sufficit dicere se iniustè condemnatum, & acta exhibere. Si verò ex testib. vel instrumentis pendeat probatio, tunc probandi onus ad eum pertinet in causa appellationis, ad quem pertinet in causa ipsa principali. l. Per hanc. C. de temp. Appellat. l. Eos §. 1. C. de Appellatio. Si tamen ex litigatoribus vnus tãtum appellationem prosequatur, altero absente, tunc is probare debet, qui prosequitur. §. Illud. in Auth. de his qui ingrediuntur ad Appel.

Bartolum secuta est Capella Tholosana decisio. 341. Sed quod attinet ad primum distinctionis membrum, contrarium decidit Rota decis. 316. Item si possessor in nouis. vbi decidit, non incumbere id onus appellanti, vt doceat se intra decem dies appellasse, sed aduersario, vt contrarium demonstret. Idem docet Francus in cap. 1. nu. 11. de Appellatio & in cap. Bone. col. 8. vers. Octauo debet appellans, eod. tit.

Fundamentum est, quia tempus appellanti currit à die scientiæ, non autem à die sententiæ latæ, cap. Concertationi, de appel. libr. 6. ignorantia verò præsumitur. l. Verius. ff. de Probatio. Ergo probandum est appellantem sciuisse sententiam latam, & ex eo tempore intra decennium non appellasse.

Quod verò Bartolus dixit in secundo membro distinctionis, si vnus tantum ex litigatoribus appellationē prosequatur, altero negligente, onus ad eum spectare probandi, se iustè appellasse, visum est iniquum Præposito, in c. Vt debitus, de appella. & Auferio in Additione ad Capellam Tholosanam dicta decisione 341.

Ego verò sic statuo, Bartolum rectè locutum esse, si rectè intelligatur. Aut enim appellans fuit præsens sententiæ latæ, & tunc cùm scientiam habeat, tenetur appellare intrà decē dies, & id probare se fecisse, neque enim præsumitur, argumento l. Quicunque. 6. Qui à pupillo. ff. de Publiciana: Aut absens fuit, & tunc diuersa sententia locum habere potest.

Quod verò attinet ad alterum caput seu membrum distinctionis Bartoli, simili modo distinguendum est, vt si quidem is, qui prosequitur appellationem, altero absente, ex sola productione sententiæ contrà se latæ præsumptionem habeat pro se, veluti, si tanquam debitor fuerit condemnatus, & se debitorem esse neget, tunc probare non debeat se iustè appellasse: quia aduersarius eius, qui est actor, probare debet, l. Actor quod asseuerat. C. de Probatio. & ita accipiendus est textus in §. Illud, in Auth. De his, qui ingrediuntur

ad

ad Appella. Si verò appellans pro se non habeat præsumptionem, ac, vt dicitur vulgò, intentionem fundatam, tunc is probare debeat, se rectè appellasse. Veluti si actor, qui se creditorem esse cōtendit, in prima sententia succubuerit, & ab ea appellauerit. Non habet intentionem fundatam, sed probare debet se creditorem atque adeo se iustè appellasse. Ita accipiendus est textus, & doctrina Bartoli in d.l. Hi qui ad Ciuilia. C. de Appella. Etenim appellatio rem in eum statum reuocat, in quo erat ante sententiam, l. Appellatione. C. de Appellat. Sed in prima instantia ante latam ipsam sententiam à primo Iudice actori onus probandi incumbebat, ergo & in causa appellationis incumbet. Vide Menochium de Præsumpt. li. 2. c. 95.

CAPVT LXXXII.

Vtrum sit locatio, an verò alius contractus, cùm pro mercede pecunia non datur, sed aliud?

Communis est, & vera sententia, locationem esse, cum pro mercede pecunia datur, si verò aliud quàm pecunia, alium esse contractum. Ita docet Glos. in l. 5. §. 1. ff. de Præscript. verb. in l. Si olei. C. Locati. & in l. 1. §. Si quis seruum. ff. Depositi. & Bart. & alij in dictis locis. Anton. Gomes. de contract. c. 3. nu. 3. & recentiores, Balduinus, Eguinarius, & alij in Instit. de locato, in princ.

Argumenta sunt ista. Primum ex d. l. 5. §. At cùm do, ff. de Præscript. verb. *At cùm do vt facias*, inquit textus, *si tale sit factum, quod locari soleat, puta, vt tabulam pingas, pecunia data, locatio erit, sicut superiore casu emptio, si res sit, non erit locatio sed nascetur, vel Ciuilis actio, in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum condictio.* Secundum est ex d. l. 1. §. Si quis seruum. ff. Depositi, in illis verbis: *Quod si operæ eius serui cum custodia compensabantur, quasi genus locati & conducti interuenit: Sed quia pecunia non dabatur, præscriptis verbis datur actio.*

Contrariam sententiam defendit Ioannes Corasius lib. 2. Miscellan. ca. 11. nec non Atius Pinel. ad l. 2. C. de rescin. vend. in 2. parte subr. c. 3. n. 29.

Argumenta sunt ista. Primum ex l. Si olei. C. Locati. *Si olei certa ponderatione*, inquit tex. *fructus anni locasti, de contractu bona fidei habito propter hoc solum, quod alter maiorem obtulit ponderationem, recedi non oportet.*

Secundum est ex l. Et hæc distinctio. §. vlt. ff. eod. ti. in illis verbis: *Si proponatur inter duos qui singulos proprios fundos haberent, conuenisse vt alter alterius fundum, ita conductum haberet, vt fructus mercedis nomine pensarentur &c.*

Tertium ex l. licet. C. eod. tit. ibi. *Certis annuis quantitatibus.* quæ verba non magis ad mercedem in pecunia quàm in fructibus applicari possunt, pro qua sententia facit etiam textus in l. Excepto. C. eod. tit.

Quartum est ex l. Si merces. §. Vis maior. ff. eod. tit. ibi: *Apparet autem de eo nos Colono dicere, qui ad pecuniam numeratam cōduxit, alioquin partiarius Colonus quasi Iure societatis, & damnum, & lucrum cum domino fundi partitur.* Quibus verbis apparet prædium conduci posse, ita vt pecunia, vel fructus præstetur.

Quintum ex §. Adeo. in Instit. de conduct. & locat. ibi: *Quandiu pensio siue reditus præstetur, &c.*

Ad text. in l. 5. §. At cùm do, respondet Corasius, verbum *pecunia*, eo in loco omnes res significare, iuxta l. vlt. C. de constituta pecu. Aliter etiam Pinellus respondet, nempe illa verba: *Si res sit*, referri ad differentiam facti, vel rei in locationem deductæ, nō autem ad mercedem ipsius. Sed hæc & similia, quæ isti adferunt, non tanti ponderis mihi esse videntur, vt quempiam à communi sententia amplectanda deterream. Ea enim satis luculenter probatur ex duabus legibus allegatis. Et quod Corasius dicit, planè est improbabile, nempe pecuniæ verbum in d. l. 5. §. At cùm do, omnes res significare. Nam eo in loco pecunia opponitur rei, siue aliis rebus: *Pecunia data*, inquit textus, *locatio erit: Si res sit, non erit locatio*, hoc est, si res detur, quæ non sit pecunia, non erit locatio. Confirmatur hæc interpretatio, Nam textus dicit: *pecunia data, locatio erit, sicut superiori casu emptio.* Constat autem in emptione requiri pecuniam numeratam. Minus verò probabilitatis habet Pinelli sententia, aliò referentis illa verba: *Si res sit*, contra apertam Iurisconsulti mentem hoc discrimen statuentis, vt si quidem pecunia detur, sit locatio, si verò aliud quam pecunia, non sit locatio.

Itaque cum satis clara sint loca, quibus sententia communis fulcitur. Ego conuenientius esse iudico, alias leges, quæ obscuriores esse videntur, declarandas esse ex magis claris & perspicuis, quam è contrario.

Igitur quod attinet ad l. Si olei. Respondeo, illud verbum *Locasti*, ibi impropriè vsurpatum esse: nec mirū, quia etsi pecunia nō detur, videtur tamen esse quoddam genus locati & conducti, vt in d. l. 1. §. Si quis seruum. ff. Depositi.

Ad l. Et hæc distinctio. §. vlt. respōdeo, Non hoc velle Iurisconsultum ibi, vt locatio sit, cùm fructus dantur pro mercede, sed quando merces constituitur in pecunia numerata, ita tamen vt fructus mercedis nomine compensetur. Aut si secus Iurisconsultus dixerit, non erit propriè locatio.

Ad tertium respondeo, illa verba, *certis annuis quantitatibus*, accipienda esse de pecunia,

si propriè sit locatio, non autem de aliis rebus, vbi locatio propria non sit & vera, quæ responsio valet etiam ad d.l. Excepto.

Ad quartum respondeo. Inter Colonum partiarium, locationis contractum propriè non esse, sed potius societatis, vt habetur in d. l. Si merces. §. Vis maior.

Quintum nihil obstat, quia Imperator in d. §. Adeo, loquitur de contractu emphyteusis, in verbis, quæ ponderantur.

Cætera quæ Pinellus adducit looo annotato, mihi videntur esse leuiora, quàm vt confutatione egeant.

CAPVT LXXXIII.

Vtrum, si quis vendiderit agrum cum pacto redimendi intra quinquennium, & ad illud tempus illum conduxerit, deinde finito tempore, in conductione manserit, censeatur tempus redimendi prorogatum esse?

IN proposita specie renouatam videri locationem & conductionem cum eodem redimendi pacto respondit Alex. in consi. 28. lib. 4. quem refert, & sequitur Menoch. de præsum. lib. 3. c. 85. n. 21. Et fundamentum est in l. Item quæritur §. qui impleto. ff. Locati. in illis verbis: *Etiam pignorũ videtur durare obligatio, &c.* Item quia temporis prorogatio censetur facta cum eisdem qualitatibus ex regula desumpta, ex l. Lecta. ff. Si cert. petat. Præsertim verò quia pactum huiusmodi videtur esse pars precij. l. Fundi partem. ff. de contrahen. emptio.

Verùm istis nil morantibus contrariam sẽtentiam veriorem esse existimo, nempe locationem quidem renouatam censeri, sed non pactum redimendi ad longius tempus prorogatum videri. Ita respondit Alexander sibi contrarius in cons. 76. lib. 5. Gozadin. ad l. 2. C. de rescin. vend. quæst. 31. Cagnol. ibi quæst. 58. Alios refert nouissimè Iosephus Mascardus de Probatio. volu. 2. conclu. 992. n. 4. & 5.

Probatur hæc sententia ex regula generali. Quoties obligationi certum tempus est constitutum, si post tempus agatur, obstat exceptio. l. Eum qui ita stipulatur. §. Qui ita. ff. de verb. obl. Cum ergo venditor stipulatus fuerit, sibi ius ac potestatem redimendi intra quinquennium concedi, elapso quinquennio redimere volenti obstat exceptio.

Ad textum in d. l. item quæritur. §. qui impleto, respondetur, illum textum loqui de obligationibus & hypothecis ad locationem ipsam pertinentibus. Ita vt renouata locatione, renouatæ etiam intelligantur cæteræ obligationes, quæ ipsam locationem comitantur. Quæ responsio valet etiam ad regulam, l. Lecta. ff. Si cert. pet. Quod verò dicitur pactum esse partem precij, nihil obstat, quia intelligitur esse pars precij, secundum tempus conuentioni actionum. Quare tempore conuentionis elapso, is, qui vendidit, summa ratione redimendi facultate priuatur.

CAPVT LXXXIV.

Vtrum, sicut locatio finito tempore renouata, dicitur ex vtriúsque partis taciturnitate, iuxta l. Item quæritur §. Qui impleto. ff. locati, ita etiam Emphyteusis renouata intelligatur.

RESpondet Iason in l. 1. n. 66. C. de iure Emphy. renouatam non censeri, quia Emphyteusis requirit scripturam, vt in l. 1. C. de iure Emphy. vbi autem scriptura requiritur, tacita reconductio locum non habet, vt in d. §. qui impleto, in vltimis verbis. Eandem sententiam habuit Alex. cons. 76. lib. 5. Ruin. consil. 61. n. 6. li. 1. Crauetta cons. 87. n. 3. Iacob. Menoch. de Præsum. lib. 3. c. 85. n. 36.

Addit Alexander hanc rationem. Quod si Emphyteusis renouata intelligeretur, id esset argumento à locatione sumpto. vt in d. §. qui impleto, sed tale argumentum sumi non potest, quia diuersa est ratio inter locationem & Emphyteusin. Per Emphyteusin ius in rem, atque adeò vtile transfertur dominium. Per locationem verò non æque.

Contrarium placuit Ludouico Romano in concil. 103. & Alciato in tractatu de præsumptio. reg. 2. Præsumptione 17. n. 3.

Mouetur Romanus non solum argumento de locatione, sumpto ex d. §. qui impleto. verùm etiam quia datur tacita Emphyteusis renouatio, si enim Emphyteuta canonem non soluat per triennium, exclusus ac priuatus iure Emphyteutico dicitur, & tamen si postea soluat, Domino conniuente, renouatio Emphyteusis tacitè facta dicitur.

Quod verò dicebatur ad Emphyteusin scripturam requiri, & iccirco tacitè renouari non posse, respondet Romanus consuetudine haudquaquam esse id receptum.

Verior videtur mihi communis sententia, quia quicquid Romanus de consuetudine dicat, quæ in locis illis est obseruanda, in quib. viget l. de quibus. ff. de legib. illud certum est, de Iure scripturam esse necessariam ad Emphyteusin constituendam, propter illa verba l. 1. C. de iure Emphy. ibi: *scriptura interueniente.* vt tradunt Iulius Clar. l. 4. sententiar. q. 4. & Ioseph. Mascard. de Probat. num. 2. concl. 602. qui alios multos commemorant. Consequenter tacito consensu absque scriptura constitui non potest.

Non obstat, quod Romanus adducit de

Emphy-

Emphyteuta priuato propter canonem non solutum domino: renouatio enim Emphyteusis per Canonis receptionem fieri dicitur, non principaliter, sed per consequentiam. Non per receptionem canonis pœna remissa videtur, remissa autē pœna manet saluum Ius Emphyteutæ, quod prius habuit, ante scilicet quàm priuatus esset; & multa permittuntur in consequentiam quę principaliter non conceduntur. l. 1. ff. de Auth. tuto.

CAPVT LXXXV.

Vtrum conductor gratia colligendorum fructuum sumptus in rem conductam factos, repetere à locatore possit, quando ad perpetuam rei vtilitatem facti sunt?

RESpondit Paulus Castrensis in cons. 270. libro 2. Tales sumptus repeti non posse. Primo, quia videtur esse facti gratia colligendorum fructuum. l. Sumptus. ff. de rei vindic. l. Diuortio, §. Impendia. ff. soluto mat. Secundò, quia conductor est obligatus omnia facere, quæ pertinent ad vtilitatem & culturam agri, l. Item si fundi. ff. de Vsufructu. l. Si merces. §. conductor. ff. locati. Tertiò, quia conductor ipse eam ob causam vberiores fructus percipiet, argumento leg. 1. §. vltimo. ff. de aqua plu. arcen. & l. Si merces. §. Vis maior, ff. locati.

Verum istis non obstantib. contrariam sententiam amplector vnà cum Ruino in consil. 135. lib. 3. & Rolando à Valle in cons. 28. libr. 1. Moueor hoc argumento. Conductor repetere sumptus potest qui cadunt in perpetuam vtilitatem rei conductæ. l. dominus horreorum §. 1. ff. Locati. Tales sunt sumptus de quib. agitur. Ergo, &c.

Non obstat primum argumentum, quia intelligitur de sumptibus qui solent fieri, vt plurimum, veluti in arando, serendo & similibus, secus est in his sumptibus, qui pertinent ad perpetuam rei vtilitatem, nec ita soliti sunt fieri, neque necessarij.

Ad secundum, negatur, conductorem obligatum esse ad tales sumptus faciendos: licèt enim teneatur agrum colere, non tamen obligatus est ad sumptus ingentes faciendos, quò longè melior & preciosior reddatur.

Ad tertium respondeo, rationem habendam non esse eius vtilitatis & commodi, quod cōductor percipiet, quia temporaneum est, & nō perpetuum, & si ratio habenda esset; nūquam sumptus tales repeti possent, quoniam nunquam ferè accidere potest, vt res locata melior & preciosior reddita, maiora commoda & emolumenta non adferat, & tamē certum est, huiusmodi sumptus repeti posse, quod summa ratione constitutum est, vt scilicet locator, qui est dominus rei, & qui perpetuam vtilitatem est percepturus, onus illud sustineat refundendorum sumptuum conductori, leg. Secundum naturam. ff. de reg. Iur.

CAPVT LXXXVI.

Si conductor suscipiat in se periculum casus fortuiti, & casus insolitus contingat, vtrum ad illum, an verò ad locatorem pertineat?

REspondendum videretur ad locatorem pertinere, quia is, qui suscipit in se periculum casus fortuiti, censetur cogitare de solito, non autem de insolito, ex notatis per Bart. in l. Sed etsi quis, §. quæsitū ff. Si quis cautionibus. Ripam in Tracta. de peste. rubr. de priuilegiis contractuū tempore pestis, num. 97. Bossium de remissione conductori facienda. nu. 66. vbi dicit hanc sententiā communem esse. Menoc. de arbitr. Iud. casu 80. Andr. Geyll. lib. 2. pract. obseru. cap. 23. & probatur ex l. Fistulas. §. Frumenta. ff. de contrah. emptione.

Contrarium tamen mihi videtur verius, ex l. Si quis fundum. ff. locati. vbi dicitur, stādum esse pacto, si quis locauerit fundum ea lege, vt etiamsi quid vi maiore accidisset, præstaretur ei merces. Vis autem maior intelligitur omnis vis tempestuosæ calamitatis, cui resisti non potest, vt in l. Ex conducto. §. Si quis tempestatis. ff. eod. Vnde saltem in genere, de omni casu fortuito, siue solito, siue insolito, cogitatum videtur ea pactione. Nec dicitur casus fortuitus, nisi rarò contingat, vt dicebat Bald. in d. l. Sed etsi quis. §. Quæsitum. ff. Si quis cautio. qui propterea discessit à sentētia Bartoli, sicuti ab eadem discesserunt Ang. Fulg. Castren. & Alex. in d. §. quæsitum. Imola. in c. 1. de locato. Iason in cons. 107. lib. 1. Crauetta in consil. 294. num. 8.

Et re vera ille tex. in d. §. Frumenta nihil facit pro altera sententia. Eius verba hæc sunt. *Frumenta quæ in herbis erant, cùm vendidisses, dixisti te, si quid vi aut tēpestate factum esset, præstaturum. Ea frumenta niues corruperunt. Si immoderatæ fuerunt, & contra consuetudinem tempestatis, agi tecum ex empto poterit.*

Sensus legis est, eum qui vendidit frumenta in campis existentia, si promisit emptori se præstaturum id, quod vis, ac tempestas mala damni attulisset, eum ex hac promissione teneri; si damnum niues immoderatæ intulerunt, & contrà consuetudinem sæuientes. Nō si ordinatæ, mediocres & moderatæ sunt, quia cùm tempore hyemis ningere soleat, non censetur emptor damnum ex moderata niue ac solita tempestate timuisse, sed ex insolita, nec venditor præsumitur voluisse obligare se ex causa cuiuscunque damni hu-

nientis. Quæ res nihil iuuat sententiam dictam, imo alteram, quam sequimur, potius confirmat.

CAPVT LXXXVII.

An si domus conducta comburatur, locatoris damnum sit, vel conductoris?

QVæstio est sanè difficilis, quam Doctores tractant in §. Præterea. Inst. quibus modis re contrahi. oblig. in l. Data opera. C. qui accusa. non possunt. & in l. quæ fortuitis. Co. de pigno. actio. Ex consultantibus, Alexa. in consil. 50. lib. 1. Angelus 197. Cepolla cons. cri. 69. Roland. à Valle cons. 95. libr. 2. Ex aliis scriptorib. Grammaticus deci. 3. Iosephus Ludouicus decis. Perusina 25. Menoc. de Arbit. Iud. casu 390. Andr. Geyll. lib. 2. pract. obseru. cap. 21. Ioseph. Mascardus lib. 2. de probationib. in verbo Incendium. Aliquid per Couua. relectio. tom. 1. 2. parte, cap. 6. n. 14.

Atq; in duob. articulis omnes conueniunt, in vno autem discrepant. Inter omnes conuenit, si fortuito casu incendium exortum sit, conductorem non teneri, ex l. Ex conducto. §. Si vis, in fine. ff. locati. ex l. Contractus. ff. de reg. Iur. & similibus.

Item conuenit inter omnes è contrario conductorem teneri, imò puniri etiam, vbi culpa, vel dolo eius incendium factum sit. ex l. Si quis fundum. §. Imperator. ff. eo. l. Sicut certo. §. nûc videndum. ff. commodati. l. Capitalium. §. Incendiarij. ff. de pœnis. De genere autem pœnæ consulendus est Menochius loco nuperrimè citato.

Controuersia autem inter Doctores est in eo: Quid si nesciatur, vtrū culpa, vel casu ortū sit incendium? Aliqui enim, quorum sententia est communior, dicunt conductorem non teneri, & damnum ad locatorem pertinere. Alij verò cōtra, eum teneri, nisi de diligentia sua doceat. Et hæc posterior sententia videtur mihi verior, ea ratione, quia incendium plerunque culpa inhabitantium fit, vt ait Iurisconsi. in l. 3. ff. de officio præfecti vigilum. Respondent omnes id verum esse, sed culpam hanc leuissimam esse, de qua conductor non tenetur. allegant Gloss. vtrunque dicentem in §. præterea. Inst. quib. modis re contrahi. oblig.

Sed non videtur bona responsio, quia Glos. illa hoc dicit absq; lege & ratione. Verba Glos. hæc sunt: *Furtum fieri non potest sine leuissima culpa vt ff. Pro Socio. l. Cùm in duob. vel incendiū nasci (absque leuissima culpa) licet non noceat (talis leuissima culpa) inculpabilibus, vt ff. de off. præf. vigil. l. 3. §. 1. & ff. de peric. & commodo rei vendita. l. si vendita, & suprà proximè §. Sic Accurs.* Hic §. quem citat nihil facit.

Ad probandum itaque incēdium leuissima culpa inhabitantium plerunque oriri & consequenter non nocere, adducit tex. in d. l. §. 1. ff. de off. præf. vigi. qui non loquitur de leuissima culpa, sed de culpa simpliciter. Item l. si vendita. ff. de pericul. & commo. rei vend. Sed ille textus non solum id non dicit, verum etiam mirè adiuuat sententiam nostram. Verba eius hæc sunt: *Si vendita insula combusta esset, cùm incendium sine culpa fieri non possit, quid Iuris sit? Respondi, quia sine Patrisfamilias culpa fieri potest, neque si seruorum negligentia factum esset, continuò dominus in culpa est. Quamobrem si diligentiam venditor adhibuisset eam in insula custodienda, quam debent homines frugi & diligentes præstare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.*

Sensus legis est, incendium quidem regulariter absque culpa non fieri, & plerunque inhabitantium culpa, vt alibi dicit I.C. sed non statim Patremfamiliàs esse condēnandum, qui si diligentiam adhibuit, non tenetur. Diligentiæ ergo probatio excusat patremfamiliàs, quod argumento est, ad eum alioqui incendij damnum pertinere, propterea quòd in culpa præsumatur, vt habet sententia nostra, scilicet nisi probet diligentiam.

Nonnulla alia Iuris loca citātur à Menoch. loc. annot. num. 9. ad probandum. ex leuissima culpa conductorem non teneri, nimirum l. Sicut certo. §. nunc videndum, ff. commodati, l. In iudicio. C. locati & l. Contractus. ff. de reg. Iur. sed nullum in his verbum de leuissima culpa.

Sed dicit Andr. Geyll. loco proximè citato. Ad hoc, vt quis de incendio teneatur, & condemnari possit, necesse est probare culpam certi hominis, quia licèt incendium culpa inhabitantium factum præsumatur, non tamen præsumitur culpa certæ personæ, per text. inquit in l. Si vendita. ff. de pericu. & commodo rei vend. vbi casus apertus, quòd incendium sine culpa Patrisfamiliàs fieri possit, ergo vt teneatur conductor ex generali illa præsumptione, quæ ex habitatione suboritur, necesse est probare culpam certæ & determinatæ personæ, quæ si non probetur, remanet incertitudo, & per consequens sententia condemnatoria sequi non potest. l. Licet. §. vltim. ff. Nautæ, caupones & stabul. ibi: *Vt certi hominis factum arguamus.*

Respondeo; licèt d. l. Si vendita, affirmet incendium fieri posse absque patrisfamiliàs culpa, non rectè tamē infertur patrisfam. culpam non præsumi. Si non præsumeretur, non esset ei necesse probare diligentiam.

Nec vera est illa propositio, sic generatim sumpta, sequi non posse condemnationem, nisi culpa probetur certæ & determinatæ

personæ,

personæ. Nam contrarium docet tex. in l. Ita vulneratus. vers. his consequens est. ff. ad l. Aquiliam. vt per Menochium de Arbitr. Iud. casu 362. nu. 19.

Quod verò dicitur in d. l. licèt. §. vlt. locum habet in caupona publica, vbi sunt plures hospites & viatores, quorum culpa euenire potest incendium, vt meritò caupo non teneatur, nisi certi hominis factum arguatur: sic enim apparere posset, culpa ne cauponis, aut ipsius familiæ, incendium ortum fuerit, an verò hospitum & peregrinorum.

CAPVT LXXXVIII.

Si quis locauerit rem, & conductori obligauerit omnia sua bona, vt plerumque fit in Italia, deinde rem vendiderit, vtrum emptor possit conductorem expellere.

Finitur locatio, si locator rem vendiderit, l. Emptorem. C. locati, sed tamen ex communi doctorum sententia si in instrumento locator obligauerit, omnia sua bona conductori, vel specialiter ipsam rem locatam, pro contractus obseruatione, poterit conductor rem retinere vigore talis obligationis, donec sibi quod sua interest, præstetur, ob id quod re locata vsus non est, sicuti adnotarunt Bart. in d. l. Emptorem, & alij, vt per Couuarr. lib. 2. Variar. resol. cap. 15. num. 5. Et probatur hæc sententia in l. Si creditor. §. vlt. ff. de distract. pignor.

Controuersia igitur est, si emptor ac singularis successor offerat ipsi conductori id, quod interest, an possit eum expellere? Et posse communis est Doctorum sententia, de qua testatur Neguzantius de pignorib. primo mébro secundæ partis, n. 6. & Couuar. loco proximè citato. Etenim conductori, cui non licet facto locatoris vti re conducta, nil aliud debetur, nisi quod sua interest, cum posse vti re conducta, l. Ex conducto. ff. locati, & l. Si merces. §. 1. & l. qui fundum, eod. tit. Si ergo ei tale interesse offeratur, nihil habet quod conqueratur. Porrò à tertio offerri posse probatur, ex l. Paulus. §. qui pignoris. ff. quibus modis pignora vel hypoth. soluantur, & ex l. cum secundus. ff. de distractio. pignorum.

Contrarium respondit Bartol. Socinus in cons. 90. lib. 4. & ad superius argumentum respondet, negando conductorem pro obseruatione contractus agere posse tantum ad interesse. Imò verò locator (inquit Socinus) tenetur, & compelli potest præcisè ad præstandam patientiam vtendi, vt in l. æde. C. locati, & in l. Si duo. §. Si cum inquilinus, cùm ibi notatis. ff. vti possidetis, qui locus nihil penitus ad rem facit, & nihil de hac re dicit.

Ad l. æde. respondeo, nihil facere. Dicitur ibi conductorem expelli non posse, si pensionem soluat, quod facilè concedo, sed non efficitur, quin dominus possit eam rem alteri vẽdere, vt in d. l. Emptorem. C. eodem tit. Et consequenter quin ab emptore expelli possit, vt ibi dicitur.

Secundo dicit Socinus, communem sententiam non procedere, quando stipulatio in contractu locationis interposita est, quia illa corroborat contractum & maiorem ei efficaciam præstat, iuxta l. Ex placito. C. de rerum permutatio. cum similibus.

Respondeo, stipulationem contractui robur addere, quoad hoc, vt actionem producat, in reliquis naturam sequi contractus, super quo interponitur. l. 1. §. Si quis sub conditione. ff. vt legatorum nomine caueatur, & ex l. Si stipulatus. ff. de Vsuris, & simili. Quare cùm natura locationis sit, vt non impediat alienationem rei locatæ dominiique eius in alium translationem, vt d. l. Emptorem, sequetur stipulationem haudquaquam immutare ius emptoris, & singularis successoris posse.

Tertiò Socinus dicit, memoratam conclusionem non habere locum, vbi iuramentum in locatione interpositum est, simul cum bonorum obligatione, quia illud præcisè obligat ad obseruanda promissa. Et Socinum sequi videtur Couuar. loco suprà citato, licèt subdat dubiam esse hanc Socini sententiam, cùm hic non tractetur de vinculo iuramenti respectu iurantis, vel successoris eius vniuersalis, qui iuramento stare tenetur, sed respectu singularis successoris, qui non tenetur stare iuramento.

Sed mihi videtur vera Socini sentẽtia, quia cùm iuramentum obliget præcisè ad factum, vt in l. Si pecuniam. ff. de cond. ob causam. vbi Glo. Ias. & alij. poterit conductor rem conductam retinere. Et singularis successor dicat, quod tua interest, paratus sum dare: respondebit ipse, obligatus est mihi locator, ac rei dominus præcisè ad factum, hoc est ad patientiam præstandam vtendi, fruendi, in eámque causam obligauit bona. Quare competit mihi retinendi ius, quia tu non potes melioris esse conditionis, quàm locator, à quo causam habes, vt in l. Si mulier. §. 1. ff. ad Senatusconsultum Velleianum.

CAPVT LXXXIX.

Si particulare damnum contingat, ex quo tota rei emphyteuticæ substantia non depereat, vtrum ad Emphyteutam pertineat, etiam quando non exiguam pensionem soluere tenetur domino, sed magnam & respondentem fructibus.

SI particulare damnum contingat, illud spectare ad Emphyteutam certum est. l. 1. C de iure Emphy. sed controuersia est, quid si damnum notabile, puta insignis sterilitas contingat, & talis sit Emphyteuta, qui non exiguam, sed magnam pensionem soluere teneatur, vtrum idem statuendum sit?

Duplex est interpretum sententia. Prima est; hoc in casu locum non habere, & remittendam esse pensionem Emphyteutæ, sicut conductori remittitur. Ita respondit Alex. in cons. 112. lib. 1. Francisc. Aretin. cons. 55. n. 110. Carol. Rui. 77. nu. 7. lib. 1. Rolan. à Valle 96. n. 26. lib. 1. Io. Sichardus in d. l. 1. num. 28. Clar. lib. 4. sententiarum. §. Emphyteusis. q. 8. vers. Sed nunquid propter sterilitatem. Hippo. Rimi. cons. 49. n. 14. lib. 1. Et hanc sententiam benigniorem sibi videri dicit Andr. Geyll. lib. 2. pract. obseru. cap. 23. n. 14.

Altera est sententia penitus contraria, non esse remittendam pensionem Emphyteutæ, sed omne damnum particulare ad ipsum pertinere, siue modicam pensionem soluat, siue magnam. Ita respondit Natta in cons. 49. & 194. & alij, vt refert & sequitur nouissimè Aurelius Corbulus in Tract. de iure Emphyt. cap. 15. amp. 12.

Videbatur mihi prima sententia verior, primò ex l. Si vno. ff. locati. vbi dicitur conductori fundi vectigalis propter sterilitatem remittendam esse pensionem. Si conductori fundi vectigalis remittenda est. Ergo & Emphyt. is enim ab eo conductore vix differt, vt docet Glo. in rubr. ff. Si ager vectigal. vel Emphy. peta.

Secundò ex eo, quod habetur in §. Lex itaq; in Authen. De non alienandis reb. Eccl. & in Authen. perpetua. C. de Sacrosanct. Eccl. dicitur in illis legibus concedi posse rem Ecclesiasticam in Emphyteusim cum diminutione sextæ partis mercedis iustæ, & hoc propter fortuitos casus, qui ad Emphyteutam spectāt. Ergo si iusta pensio ab Emphyteuta soluatur, videtur dicendum, casus fortuitos ad eum non spectare.

Tertiò. Nam cessante ratione legis, cessat lex. l. Adigere. §. quamuis. ff. de Iure patro. Sed ratio cur damnum particulare spectet ad Emphyteutam, illa est, quia is modicam pensionem soluit in recognitionem dominij, non autem in compensationem fructuum, quos percipit ex re Emphyteutica, vt docet Bart. in d. l. 1. in 2. oppositione. C. de Iure Emphy. Ergo si magnam pensionem præstet æquiualentem fructibus, secus est dicendum.

Postremò, quia illa non est propriè Emphyteusis, in qua magna pensio soluitur fructib. attemperata, sed est potius locatio. Emphyteusis enim est propriè, cùm res datur ad meliorandum, modica aliqua pensione data. Id patet ex verbi etymologia, ex qua sumi potest argumentum, vt docet Bart. in l. omnes populi. n. 6. q. ff. de Iust. & Iu.

Cæterùm re diligentiùs considerata & perspecta, contrariam sententiam veriorem esse puto. Non esse remittendam pensionem Emphyteutæ, propter sterilitatem, licèt magnam pensionem soluat. Moueor ex d. l. 1. vbi dicitur damnum ex quo tota rei substantia non perit, ad Emphyteutam spectare, sed damnum propter sterilitatem contingens, non est tale, vt tota res intereat. Ergo ad Emphyteutam spectat.

Non obstant argumenta in contrarium adducta. Quod enim attinet ad l. Si vno; Respōdeo non esse veram assumptionem, quòd Emphyteuta non differat à conductore fundi vectigalis. Illa sententia Glo. nullo iure probatur. Contrarium patet esse verum ex traditis per Franc. Cona. lib. 7. comment. in ca. 12. n. 7. & per Alciat. lib. 3. dispunctionum cap. 10. & li. 1. parerg. cap. 36.

Ad secundum respondeo, non esse bonam consequentiam illam: Res Ecclesiastica in Emphyteusim concedi potest cum diminutione sextæ partis pensionis propter casus fortuitos, qui ad Emphyteutam pertinent. Ergo si iusta pensio præstetur ab Emphyteuta absq; vlla diminutione, casus fortuiti ad eum non spectabunt. Consequentia debet sic fieri. Ergo si casus fortuiti ad Emphyteutam non spectent, res Ecclesiastica concedi nequit, cum diminutione illius sextæ partis. Quid enim prohibet, quominus Emphyteuta damnum ex fortuitis casibus patiatur, secundum naturam contractus, & ad iustam & magnam pensionem soluendam obligetur expressa conuentione?

Ad tertium argumentum respondeo. Ratio cur particulare damnum ad Emphyteutam spectet, illa est, quia soluit pensionem in recognitionem dominij, non autem in compensationem fructuum, sicut conductor: Concedo. Sed dum dicitur, quia modicam pensionem soluit, nego. Quid enim impedit: quò minus soluat in recognitionem directi dominij, etiam magnam & iustam pensionem?

Ad quartum & vltimum. Emphyteusis dicitur propriè cùm res datur ad meliorandum.

Concedo. Sed cum dicitur constituta modica pensione annua, id nego. Nec argumentum illud probat. Et quod dicatur Emphyteusis, licèt magna & iusta pensio soluatur, probat text. in §. quia verò leuis. in Authen. de non alienand. reb. Eccl.

CAPVT XC.

Si res Emphyteutica sit ab hostibus occupata, vtrum

vtrum remittenda ſit penſio Emphyteutæ?

ILlud etiam eſt in controuerſia, Vtrum ſi res Emphyteutica ſit ab hoſtibus occupata, remittenda ſit Emphyteutæ penſio.

Variæ ac diuerſæ ſunt doctorum ſententiæ. Alij enim docent locū eſſe remiſſioni, & hæc videtur magis communis ſententia legiſtarum, vt inquit Abbas in c. Potuit. de loca. Iaſo. in l. 1. nu. 91. C. de Iure Emphy. Iul. Clar. libr. 4. Sententiar. §. Emphyteuſis, quæſti. 8. verſ. Sed quid Emphyteuta. Andr. Geyl. lib. 2. pract. obſer. cap. 23.

Alij contra non eſſe locum remiſſioni, quia caſus fortuiti ad Emphyteutam ſpectant, vt in §. Lex itaque. in Authen. de reb. Eccleſ. non aliẽ. Bellum autem dicitur caſus fortuitus, leg. in rebus. ff. commod. Et quia tota res non perit, licèt fructus pereant, fructus enim dicuntur pars rei, l. Fructus pendentes. ff. de rei vend. Ita Cardi. Florentin. reſpondit, vt refert Abbas loco annotato, & ita etiam reſpondit Collegium Patauinum, vt refert Iaſon, vt ſuprà. idem voluit Conanus lib. 7. comment. Iuris ca. 12. n. 7.

Alij diſtinguunt, vtrum penſio modica ſoluatur, an verò magna, & primo caſu locus non ſit remiſſioni, ſecundo caſu ſit locus. Ita Collegium Mediolanenſe, vt poſt Cuman. refert Clarus loco ſuprà dicto.

Alij diſtinguūt, vtrum bellum ſit iuſtum, an iniuſtum, primo caſu locus ſit remiſſioni, quia bona capta ab hoſtibus effecta ſunt capientium. Secundò verò caſu non, quia ſpes eſt recuperationis. Ita Aug. in d. l. 1. tit. noſtro & ibi. Io. Sichard. n. 31.

Alij deniq; aliter præſertim Aurelius Corbulus, qui diſtinguit in plures caſus hanc quæſtionem de Iure Emph. cap. 15. ampl. 18.

Mihi omnium optima, veriſſimaq; communis ſententia videtur, quòd ſcilicet Emphyteutæ remittenda ſit penſio, quando propter tumultus & calamitates fundum ingredi non poteſt. Et moueor, quia eo in caſu fundū poſſidere non dicitur, l. Cùm vnus. §. vlt. ff. de bonis autho. Iud. poſſi. ibi *Aut propter latronum potentiam non poteſt poſſideri, rectè dicitur non eſſe quod poſſideatur.* Si enim fundum non poſſidet, ergo penſionem ſoluere non tenetur fundi nomine, & perinde eſt, ac ſi fundus non extaret & periiſſet, reſpectu temporis, quo poſſideri non poteſt.

Vnde nihil mouet, quod dicitur hoc in caſu fundum extare, & non periiſſe, quia idem eſt, ac ſi non extaret. Nec enim dominus patientiam vtendi & fruendi præſtare poteſt, nec quicquam omnino habet Emphyteuta ex eo fundo amplius, quàm ſi verè non extaret.

Non obſtat, quod dicitur caſus fortuitos ad Emphyteutam pertinere, vt in d. §. Lex itaque. Quoniam id concedo, niſi tota res pereat, vt in l. 1. tit. noſtro. Hoc verò caſu, idem omnino eſt, ac ſi periiſſet pro eo tempore, quo impeditur poſſideri, & in poteſtate hoſtium reperitur.

CAPVT CXI.

An Emphyteuta Eccleſiæ tenetur ſoluere collectas, & tributa fiſcalia Domino temporali?

COntrouertitur etiam, vtrum Emphyteuta Eccleſiæ obligatus ſit ad ſoluendas collectas, & onera fiſcalia. Reſpondet Bartol. in leg. Priuatæ. C. de Excuſa. mune. li. 10. Emphyteutam Eccleſiæ non teneri, ne grauetur duplici onere ſoluendi, ſcilicet Eccleſiæ penſionem, & fiſco tributum. Eandē ſententiā ſecutus eſt Iaſ. in l. 1. n. 31. C. de Iure Emphy. eámque tutiorem dicit Boſſius, in tit. de Principe, & priuilegiis eius, n. 128. Eandem allis citatis nouiſſimè amplexus eſt Marcus Antonius Eugenius in conſ. 96. n. 22. lib. 1.

Sed contrarium docuit And. Iſer. in tit. Quæ ſint rega in verb. plauſtrorum, dicens, inſpiciendam eſſe perſonā Emphyteutæ, qui cùm ſit obnoxius collectis, tenetur eas ſoluere etiam pro re Emphyteutica Eccleſiæ, quia res à perſona conditionem accipit, non contra. l. 1. Cod. de Imponenda lucratiua deſcript. libro decimo.

Idem reſponderunt Alex. in conſ. 101. libr. 1. Natta cōſ. 114. n. 18. Et ad rationem illam Bartoli reſpondent eam nullius eſſe momenti, quia duplici onere aliquis grauari poteſt diuerſo reſpectu, vt patet ex multis, ſed præcipuè ex l. ſi pendentes. §. ſi quid Cloacarij. ff. de Vſufr. vbi conductor fundi vectigalis ſoluere tenetur vectigal municipio, & tributum fiſco. Et ſi bona eſſet ratio hæc, nullus Emphyteuta etiam priuati obligatus eſſet ad collectas. Is enim penſionem ſoluit domino, vnde ne duplex onus ſubiret, non tenetur ſoluere tributum fiſco, quod tamen eſt contrà l. 2. C. de Iur. Emphy.

Ego puto veriorem eſſe Bartoli ſententiam duplici ratione. Primò, quia videtur hæc ſatis bona regula, in hac materia, vt quoties dominus ad collectas non tenetur, non teneatur etiam Emphyteuta, l. Priuatæ. C. de excuſ. mune. libr. 10. vbi Emphyteuta fiſci non tenetur, quia fiſcus eſt immunis. Sed Eccleſia non tenetur ad collectas. l. 2. Co. de Epiſcopis & Cleric. capit. 1. de Immu. Eccleſiis. libro 6. cum vulg. Ergo nec Emphyteuta tenetur. Altera ratio eſt, quia vbicunque aliquis poſſidet rem immunem à collectis & tributis, is collectas

& tributa pendere non teneatur. l. 1. Co. de imponenda lucratiua descrip. lib. 10. ibi: *Contraque si cuiuslibet, &c.* Sed Emphyteuta Ecclesiæ possidet rem immunem à collectis, quia bona Ecclesiæ sunt immunia. l. Placet. Co. de Sacrosanct. Ecclesiis. ibi. *Ne prædia vsibus cœlestium secretorum dedicata, sordidorum munerum fœce vexentur, &c.* Non minus de Immu. Eccl. cum similibus. Ergo non tenetur ad collectas.

Ad argumentum respondeo. Quod dicitur rem à persona conditionem recipere, concedo, si intelligatur iuxta terminos d. l. 1. Cod. de Impo. lucra. descript. à qua desumitur pronunciatum. Dicitur ibi, Curiales esse immunes à collectis, & quòd si bona collectis subiecta perueniāt ad eos, sint immunia, sed si ad alios, secus: quia inquiritur personæ conditio. Iste non est casus noster, quia Ecclesię bona ab ipso principio natura sua sunt exēpta & libera, vnde ad quemcunque perueniant, sarcinam collectarum effugere debent, vt inquit textus in d. l. 1. vers. Contraq; si cuiuslibet. C. de imponenda lucratiua descript. Posset autem argumentum procedere, & simul etiam contraria Doctorum sententia, si res ab Ecclesia in Emphyteusin concessa, fuisset ab aliquo priuato Ecclesiæ vendita, ac propterea collectarum oneri subiecta, tunc enim locus esset decisioni dictæ legis, quòd à primordio tituli, posterior formetur euentus, id est, cùm res à principio est descripta in libro fisci, cum aliis rebus, quę collectarum oneri subiacent, si perueniat ad Ecclesiam, quæ immunis est, ipsa res euitabit onus collectæ, sed si ab Ecclesia transferatur ad alium non exemptum, redibit ad naturam suam propter personam possessoris, & sic ad collectas erit obligata.

CAPVT XCII.

Emphyteusi finita absque culpa Emphyteutæ, vtrum meliorationes repeti possint

Dicitur in l. 2. C. de iure Emphyt. Emphyteutam in solutione canonis cessantem per triennium iure suo cadere, emphyteuticamque rem reuerti ad dominum, vnà cum meliorationibus factis. Nūquid hoc procedat etiam, quando Emphyteuta cadit Iure suo, absque culpa, vt verbi gratia, si res Emphyteutica concedatur vsque ad certum tempus, certamve generationem, & illud sit elapsum, ac generatio extincta.

Respondit Bald. in l. Senatus. §. Marcellus. ff. de legatis, hoc in casu meliorationes ad Emphyteutam pertinere, eiúsve hæredes, nō autē ad dominum. Sequitur Ias. d. l. 2. C. de Iur. Emphy. num. 27. Deci. qui alios citat in cons. 518. Probatur hæc sententia multis similibus.

Primò ex eo, quod habetur in c. 1. §. Si vasallus. tit. Hic finitur lex, & consuetudines regni incipiunt. vbi textus dicit: *Si, vasallus in feudo aliquod ædificium fecerit, vel ipsum sua pecunia meliorauerit, & cōtingat postea, vt sine filio masculo decedat dominus, aut patiatur ædificium auferri, aut soluat pretium meliorationis.*

Secundò ex eo, quod dicitur in l. Diuortio. §. impēdia. ff. soluto matr. vbi tex. loquens de meliorationibus a marito factis in fundo dotali, sic ait: *Planè si nouam villam necessariò extruxit, vel veterem totam sine sua culpa collapsam restituit, erit eius impensa petitio.*

Tertiò ex l. Domos. ff. de legatis. *Domos hæreditatis exustas* (ait lex) *& hæredis nummis extructas ex causa fideicommissi, post mortem hæredis restituendas, boni viri arbitratu sumptuum rationibus deductis, &c. respondi.*

Quartò ex l. Eum ad quem. C. de Vsufr. vbi de meliorationibus vsufructuariis sic dicitur: *Proinde si quid vltrà, quàm impendi debet, erogatum potes docere, solemniter reposces.*

Quintò & vltimò ex leg. Sed addes. §. Si inquilinus. ff. locati. vbi tex. ait. *Si inquilinus ostium, vel alia quadam ædificia adiecerit, quæ actio locū habet? Et est verius, quod Labeo scribit, competere ex conducto actionem, vt ei tollere liceat, &c.* scilicet eiusmodi adiectiones & meliorationes.

Verùm aliis non obstantibus contrariam sētentiam veriorem esse puto, vnà cum Francisco Sarmiento lib. 3. select. interpret. cap. 4. nimirum eiusmodi meliorationes ad dominum pertinere, non autem ad Emphyteutam, vel eius hæredem.

Et moueor, quia Emphyteuta ex natura cōtractus Emphyteutici, tenetur fūdum, ac rem meliorare, vt verbum ipsum ostendit, quod significat meliorationem siue plantationem. Consequenter non potest meliorationes factas repetere: facit enim id, quia tenetur, vnde res non potest parere liberationem & repetitionem, leg. Qui hominem. §. vltim. ff. de solutio.

Confirmatur argumentum ex l. Colonus. & ex l. dominus horreorum §. in conducto. ff. loca. quibus in locis dicitur, conductorem demum impensas ac meliorationes factas repetere posse, si non tenebatur ex lege contractus eas facere. Vnde cùm Emphyteuta ex lege contractus teneatur, idem est dicendum, quia tantumdem operatur natura contractus, quātum expressa contrahentium conuentio. leg. quia tantundem. ff. de nego. gestis.

Ad similia in contrarium adducta, vno verbo responderi potest, ea nō loqui, nec procedere, quando is, qui meliorationem facit & impensas, tenetur ex natura contractus eas facere, vel ex conuentione & pacto. Quamobrem

obrem nec conclusio etiam procedit in iis expensis, quas Emphyteuta facere non tenetur ex natura contractus, veluti sunt ædificia. Vide Arium Pinel. de rescin. vend. 2. parte cap. 3. num. 10.

CAPVT XCIII.

Emphyteuta non soluens pensionem per triennium, an cadat ipso iure ab omni iure quod habet, an verò ita demum, cùm lata erit sententia?

Dicitur in l. 2. C. de iure Emph. Emphyteutam cessantem in solutione per trienniũ, cadere Iure suo, si dominus voluerit. An ipso iure cadat, an verò per sententiam. Hanc quæstionem tractat Spec. in tit. de Emphyt. q. 41. & concludit non ipso iure priuari, sed per sententiam. Hanc quæstionem tractat Spec. in tit. de Emphy. q. 41. & concludit non ipso iure priuari, sed per sententiam Iudicis.

Sequuntur eandem sententiam Paul. Cast. in cons. 68. li. 2. Ludo. Roman. in cons. 212. & alij quos refert Tiraq. in rep. l. Si vnquam. C. de reuo. dona. in verbo, reuertatur, n. 187.

Argumenta verò sunt hæc, vbicunque lex vtitur verbis futuri temporis, non autem præteriti vel præsentis, priuatio nõ inducitur ipso iure, sed per sententiam, vt docet Gloss. in l. iubemus. §. sanè. C. de sacrosanct. Eccles. in vers. priuetur, & in l. in criminal. in vers. habeatur. C. de iurisd. omn. iud. sed lex vtitur verbis futuri temporis: dicit enim in §. Si verò quis aut locator, in auth. de alien. & Emphy. Emphyteuta qui non soluit canonem *extraneus fiet à iure suo.* & l. 2. C. de iure Emphyt. vtitur verbo illo, *Cadat iure suo*, quod videtur tempus futurum designare.

Secundò probatur ex d. l. 2. eod. tit. dicitur enim Emphyteutam cadere iure suo, si dominus voluerit: necessaria ergo est domini petitio, & consequenter sententia iudicis.

Tertiò facit argumentum à simili. Nam vasallus feudo priuatur, si id irrequisito domino alienauerit, vel alias ob causas à lege definitas, & tamen ipso iure non cadit: sed per sententiam, vt in c. 1. de feudo sine culpa non amitten. c. 1. §. Sancimus, quo tempore miles inuestitu. petere possit.

Quartò, quia etiam lex dicit compensationem ipso iure fieri. l. vlt. C. de compensa. & tamen sententia iudicis requiritur. l. quod in diem. §. 1. ff. de compensa. l. Si autem. §. vlt. ff. de negot. gest. Ergo idem dicendum in Emphyteuta.

Postremò facit tex. in l. Lex vectigali. ff. de pignorib. vbi præsupponitur à Iudice pronunciari, super huiusmodi priuatione iuris, cum aliquis conduxit fundum vectigalem, & debitum vectigal non soluit. ibi: *Si cùm in exolutione vectigalis, tam debitor, quàm creditor cessassent, & propterea pronunciatum esset fundum secundum legem Domini esse, &c.*

Contrariam sententiã habuerunt alij, quos refert & sequitur Ias. in d. l. 2. C. de Iure Emphy. n. 14. Alex. in cons. 6. lib. 3. Deci. 146. & alij multi quos refert & sequitur Aurelius Corbulus de Iure Emphy. c. 15. Ampl. 45.

Argumenta huius contrariæ sententiæ hæc sunt. Primò, quia l. 2. C. de iure Emphy. dicit domino licere Emphyteutam expellere, qui per triennium cessauit in solutione. Si enim licet domino eum expellere, sequitur sentẽtiam Iudicis non esse necessariam.

Secundò, quia eadem l. 2. vtitur verbis illis, *Cadat omnino*, & eodem modo loquitur text. in §. scire. in authen. de non alienan. reb. Eccl. Verbum autem illud est præcisum, & significat ipso iure, vt tradit Ludo. Roman. in sing. suo omnium primo. ex Glo. in l. 1 § si pecunia, in verbo omni. ff. depo. Idem docet Mat;esil. sing. 10.

Tertiò, quia tex. in l. Lex vectigali. ff. de pignori. dum loquitur de sententia iudicis super eiusmodi priuatione, dicit pronunciationem fieri declaratoriam priuationis. & propterea (inquit textus) *pronunciatum esset, fundum secundum legem domini esse, &c.* Quod si non induceretur priuatio ipso iure, tunc per sententiam esset inducenda, & ita concipienda foret, ac si Iudex priuaret Emphyteutam, & doctrina Bald. in cap. 1. §. 1. quibus mod. feud. amittatur.

Hanc posteriorem sententiam ego sequor, veriorémque de iure puto, quia dict. l. 2. C. de iure Emphyt. dicit, Emphyteutam cadere iure suo, si dominus voluerit, quòd autem sententia iudicis requiratur, nullum verbum in textu, vt parum sit credibile, id Iustinianum omissurum fuisse, si necessarium esset. Illud tamen moneo, hanc sententiam intelligẽdam esse, quando certum est & in cõfesso, Emphyteutam in solutione cessare. Quod si dubium esset, tunc ad hoc vt constaret, Iudicis pronũciatione ac sententia opus esset, ex notatis per Iasonem in l. si quis maior. n. 25. C. de Transactioni. & fusiùs per Menoc. cons. 99. n. 163. li. 1.

Non obstant argumenta in contrarium, quia quod attinet ad primum, de verbis futuri temporis, verum esse fateor, illud quod dicitur, verba futuri temporis, legis designare priuationem, non ipso iure, sed per sententiam. Sed non procedit, quando talia verba sunt coniuncta, cum verbis designantibus ipso iure induci priuationem, vt est dictio, *mox, statim, omnino*, & similia. Bartol. in dict. l. iubemus, §. sanè, C. de sacrosanct.

Ecc. & in l. Imperatores. ff. de iure fisci. Sic autem est in quæstione nostra, vt dictum est suprà.

Ad id autem quod secundo loco dicebatur, Emphyteutam non priuari iure suo, nisi dominus voluerit, consequenter necessariã esse petitionem eius, ac subinde Iudicis sententiã. Respondeo, negando consequentiam. Necessaria quidẽ est domini petitio & declaratio, sed quid prohibet, quo minus domino volũtatem suam declarante priuatus Emphyteuta dicatur absque alia Iudicis sententia?

Ad tex. d. l. lex vectigal. respondeo, ibi quidem iudicialis pronunciationis fieri mentionem: sed nullum verbum quòd talis pronuntiatio sit necessaria. Et nos quoque fatemur euenire posse, vt Iudicis pronunciatio in hac re sequatur, negante, exempli gratia, Emphyteuta, se in solutione canonis cessasse, & domino eum non soluisse dicente: tunc & Iudex adeundus est, & sententia expectanda, quæ disputationem dirimat, licèt ante eius prolationem Emphyteuta intelligatur priuatus, si non soluerit.

Quod autem adducebatur de Vasallo, non adeò exploratum est, siquidem Iasone teste in l. 2. C. de iure Emphy. n. 10. multi contrarium docent, ipso iure scilicet vasallum feudo priuari. Et licèt sententiæ Iudicis fiat mentio in legibus in contrarium allegatis, illud est propter controuersiam inter dominum, & vasallum, quæ vbi existit, necesse est, vt competentis Iudicis sententia definiatur.

Eadem responsione tollitur vltimum argumentum de compensatione. Nam compensatio ipso iure inducitur, sed in legibus allegatis iudicialis sententiæ facta mentio est, propter controuersiam inter partes, vtrum locus esset compensationi existentem.

CAPVT XCIV.

Emphyteuta cessante in solutione, & domino declarationem suæ voluntatis differente, fructus interim percepti ad quem pertineant, An ad dominum, an verò ad Emphyteutam?

QVid si Emphyteuta cessauerit in solutione canonis, & antequam dominus declarauerit, se velle eum iure suo cecidisse, fructus perceperit, an teneatur ad restitutionem eorum?

Videbatur mihi prima facie respondendũ, teneri. Primò, quia postea quam cecidit, dicitur esse malæ fidei possessor. Possessor autem malæ fidei fructus non facit suos, sed restituere tenetur, l. si fundum C. de rei vindicat.

Secundò ex eo, quod in vsufructuario constitutum est, is enim ad restitutionẽ fructuum tenetur, quos finito vsufructu, percepit. l. si pater. C. de vsufruct.

Tertiò ex eo, quod dicitur de Vasallo. Nam si committat crimẽ feudi priuatione dignum, restituere tenetur fructus, quos percepit, antequam lata sit in eum sententia priuationis, l. 1. vbi Castren. notat. C. de his quib. vt indig.

Quartò, Nam Emphyteuta priuatur iure suo si dominus voluerit: hæc autem verba, *si dominus voluerit*, conditionem important: sed hæc est natura conditionis, vt retrotrahatur. l. si filiusfa. ff. de verb. oblig. domino ergo declarante, se velle, idem est, ac si statim, cum cessauit, priuatus fuisset, quo casu fructus, haud dubie ad dominum pertinuissent.

Quintò, Nam & filio legitimæ supplementum debetur cum fructibus. §. prohibemus. in authent. de Triente & Semisse. l. scimus. C. de inoff. testam. si voluerit, vt declarat ibi Glo. in verbo, ipso iure. Et tamen cùm declarat se velle fructus consequi, debet à die mortis Patris, non à die declarationis, vt tradunt Bald. in l. Papinianus, §. vnde si quis. ff. de inoffic. testam. & Corn. in consil. 265. circa finem, lib. 3.

Sextò, Rei legatæ dominium in legatarium transit, si velit, hoc est, si acceptauerit legatum, & tamen si acceptauerit, ex die aditæ hæreditatis, res eius esse intelligitur, non autem ex die acceptationis. l. si tibi homo. §. cum seruus. ff. de legat. 1. Sic ergo & in quæstione nostra, res Emphyteutica ad dominum pertinet ex die, quo emphyteuta in solutione cessauit, nõ autem ex die, quo dominus voluntatem suam declarauit.

Septimò, mouebat me Iuris regula, quòd principalis causa inspicienda sit, & ab ea dispositio regulam sumere debeat, l. si hæres testamento. ff. de act. empt. l. vxorem. §. agri plagam. ff. de leg. 3. Causa autem principalis, ob quam priuatur Emphyteuta, est, quia non soluit canonem, vnde illa videbatur inspicienda, & ex ea iudicandum, priuationem inductam esse, consequenter ex eo die fructus ad dominum pertinere, ad quem res pertinuit, non autem ad Emphyteutam iam exclusum, & priuatum iure suo.

Octauò, vbi lex imponit pœnam suo iure, propter aliquod factum, illa non habet locum, nisi sequatur Iudicis declaratio, per quam cõstet de tali facto, vt tradit Ias. in l. si quis maior. n. 25. C. de transact. & aliis. & tamen etiam ante declarationem pœna effectum habet. l. vlt. C. ad leg. Iul. Maiest. Dec. in cons. 255. Sic igitur in quæstione nostra etiam ante declarationem domini, videbatur locus esse pœnæ, & priuationi iuris emphyteutici.

Postremò

Postremò, non parum mouebant Authoritates eorum, qui in terminis quęstionis nostrę id affirmarunt Iuris esse, ita enim responderũt Ang. in §. si verò in perpetuum. in Auth. de non alien. reb. Eccl. Spec. tit. de emphyt. q. 10. Bald. in l. Si pater, in 3. notabil. C. de Vsufr. Soc. sen. in cons. 176. n. 10. li. 2. Ias. in l. 2. C. de Iure emphyt. n. 17. Feli. in c. de quarta. n. 33. de Præscri. Cæpolla in cons. ciuili 25. n. 7. Ripa in l. 1. §. si hæres. n. 26. ff. ad Trebell. & alij, vt per Tiraq. in rep. l. Si vnquam. in verbo, reuertatur. n. 271. C. de Reuoc. dona.

Verum re maturiùs considerata & discussa, contrariam sententiam veriorem esse iudico secundum quam iudicauit Rota Bononiensis, vt per Pet. Beninten. decis. 37. Sequitur Aurelius Corbulus in tract. de Iure emphyt. cap. 15. Ampl. 28. licèt distinguere videatur inter dominum scientem & ignorantem.

Sed mihi videtur indistinctè in proposita quæstione fructus ad Emphyteutam spectare, non autem ad dominum.

Moueor hac ratione, quia fructus ad eum spectant, qui rei est dominus. l. ex diuerso. §. 1. ff. de rei vind. Sed antequam dominus declaret se velle, Emphyteuta nõ est priuatus Iure suo, sed dominium rei retinet. Ergo fructus ad eum spectant.

Minor probatur ex l. 1. C. de Iur. emphyt. vbi dicitur, Emphyteutam cadere iure suo ob canonem non solutum, *si Dominus velit*. Ergo antequam dominus velit, non dicitur cadere, illa enim verba, *si dominus velit*, important cõditionem, antequam autem conditio eueniat, actus sub conditione factus, non habet effectum. l. Cedere diem. ff. de verb. sig. l. Legata sub conditione. ff. de cond. & demonstr.

Non obstant argumenta in contrarium. Quod enim attinet ad primum, nego Emphyteutam esse malæ fidei possessorem, ex eo tempore, quo cessauit in solutione, quia non dicitur priuatus iure suo, nisi dominus velit. Ergo ante domini declarationem non est priuatus, & sic est bonæ fidei; potéstque probabiliter credere dominum velle ei pœnam remittere.

Non obstat secundum, quia fateor finito vsufructu ad dominum fructus pertinere, non autem ad vsufructuarium. Sed nego in quæstione nostra finitum esse, & extinctum ius Emphyteuticum ex sola cessatione in solutione.

Ad Castr. in l. 1. C. de his quibus vt indig. respondeo, dato quod verum dicat, non enim disputo, doctrina eius nititur eius legis decisione. Ideo autem in casu dictæ legis fructus interim percepti ad fiscum pertinent: quia statim hæres priuatus fuit, nec expectanda fuit conditio à lege expressa, vt in quæstione nostra. Conditio scilicet, si fuerit.

Ad quartum argumentum de conditione, quòd retrotrahatur, respondeo duobus modis. Primò, id non habere locum in quæstione nostra, quia illud procedit ex fictione legis, & vbi agitur de pœna, cessat fictio legis, l. Sciendum, cum l. seq. ff. ex quib. cau. maio.

Secundò respondeo, id, quod dicitur, conditionem retrotrahi, locum habere, quando à casu pendet, secus, cùm à potestate contrahentium. l. Potior, & ibi Bartol. ff. qui pot. in pign. habeantur. Sed conditio illa, si dominus voluerit, pendet à voluntate domini, potest enim velle & nolle. Ergo non trahitur retrò. Item in præiudicium tertij conditio non trahitur retrò, vt probat text. & ibi Bald. in vlt. col. in l. 1. C. an seruus ex suo facto. Alex. in cons. 228. nu. 3. libr. 6. Tiraqu. tract. de Iure consti. 2. parte ampl. 21. n. 6.

Ad quintum & sextum argumentum; Concedo supplementum legitimæ ex die mortis Patris filio deberi, necnon legatæ rei dominiũ ex die aditæ hæreditatis legatario acquiri. Sed ex his nego ad quæstionem nostram rectè inferri. Est enim differentia inter conditionem à lege expressam, & eam, quæ tacitè subintelligitur. Conditio expressa suspendit dispositionis effectum, ita vt locum habere non possit, antequam illa purificetur, sed conditio tacitè subintellecta, dispositionem non suspendit. Vtrumque docet tex. in l. Si ita legatum. §. Ille si volet. ff. de leg. 1.

Quod attinet ad legitimam & eius supplementum, itémque ad rem in testamento legatam, verum est hæc non acquiri, nisi filius & legatarius velint, posset enim filius, si vellet, repudiare legitimam. Sed hæc conditio est tacita, & lege subintellecta, meritò non suspendit acquisitionem legitimæ & legati, sed ex die mortis legitima deberi dicitur, & legatum ex die aditæ hæreditatis acquiri.

Secus est in conditione expressa, qualis est in quæstione nostra, dicit enim lex, Emphyteutam cadere Iure suo, si dominus voluerit. Hæc conditio à l. exprimitur, vnde dispositionem & actum, id est, priuationem Emphyteutæ suspendit, donec impleatur, merito ex die quo purificata est huiusmodi conditio: & sic ex die, quo dominus se velle dixerit, priuatio effectum habet.

Ad septimum, quod causa principalis sit attendenda, concedo si talis sit causa, quæ possit effectum producere, sed causa illa, nempe negligentia soluendi canonem, sola non potest effectum producere, nisi cõcurrat domini voluntas, meritò ante voluntatem domini Emphyteuta cadere non dicitur iure suo, consequenter fructus lucratur interim perceptos.

Ad octauum de pœna ipso iure imposita cōcedo etiam ante declarationem iudicis pœnā effectum habere, ratio est, quia declaratio Iudicis non requiritur ad essentiam rei, id est, ad hoc, vt pœna lege imposita locū habeat, quasi pœnę locus non sit, si declaratio Iudicis sequatur, imò verò locus est pœnæ, Ipso iure ante Iudicis declarationem, quia declaratio requiritur, non vt pœna imponatur, quæ iam imposita est, sed vt constet de facto, propter quod pœna irrogatur. Sed in quæstione nostra declaratio & voluntas domini est de essentia priuationis Emphyteutæ, vnde ante declarationem non est locus.

Ad postremum argumentum ex authoritate sumptum, respondeo, argumentum ab authoritate Doctorum, probabile esse nō autem necessarium rationique & legi cedere, vt latè docent Doct. in l. 1. ff. Si cert. pet. Euerard. in locis legalib. loco ab authoritate.

CAPVT XCV.

Vtrum dominus authoritate propria appellare possit emphyteutam, propter Canonem non solutum per triennium?

ARdua est quęstio propter multiplices doctorum sententias. Aliqui enim dicunt, non posse dominum authoritate propria eum expellere, quia nemo potest sibi ius dicere, vt in tit. C. Ne quis in sua causa iudicet, & ius sibi dicat. & l. Non est singulis, ff. de reg. iur.

Alij verò affirmant dominum id facere posse, argumento l. 2. C. de Emphyt. in qua dicitur, domino licere Emphyteutam expellere. Item, quia idem in locatore constitutum videtur, vt conductorem expellere possit ob pensionem non solutam. l. Ædem. C. locati. l. quæro. §. inter locatorem. ff. eod. Et postremò ea ratione, quia dominus rem Emphyteuticam possidere dicitur ciuiliter, vt docet Glos. in l. 3. §. Ex contrario, ff. de acquir. poss. is autem, qui ciuilem habet possessionem authoritate propria ingredi potest naturalē ab alio occupatam. l. Clam possidere. §. Qui ad nundinas. ff. eod. & hæc videtur magis communis sententia. Vide Ias. in l. 2. C. de iure Emphiteut. num. 105. Decium in cons. 146. n. 7. Alex. cons. 105. n. 18. lib. 3. 113. nu. 21. lib. 1. Clar. lib 4. sent. §. Emphyteusi, quæst. 44. & quæst. 11. Corbulum de Iure Emphyt. c. 15. quæst. 11.

Alij dicunt domino licere Emphyteutam in possessione turbare, sed non expellere. Ita Bart. in l. 2. C. de iure Emphyt. n. 3.

Alij distinguunt hoc modo. Aut certum est Emphyteutam non soluisse Canonem, vt quia id fatetur: Aut dubium est, quia fortè ipse negat. Primo casu, licet domino propria authoritate eum expellere, secundo autem casu non licet. Spec. tit. de Emphyt. q. 48. Alij aliter dicunt, & distinguunt.

Mihi verior videtur eorum sententia, qui negant domino licere propria authoritate Emphyteutam expellere, quia nemo potest sibi ius propria authoritate dicere, vt dictum est.

Secundò ex l. Creditores. C. de pignor. vbi Imp. ita dicit: *Creditores, qui non reddita sibi pecunia conuentionis legem ingressi, possessionem exercent, vim quidem facere non videntur. Attamen authoritate præsidis possessionem adipisci debent.* Si creditor non potest absque Iudicis authoritate possessionem ingredi, licet ex lege conuentionis potestas ei facta sit, ergo nec dominus potest authoritate propria expellere Emphyteutam, etiamsi maximè potestatem habeat eum expellendi ex lege contractus.

Tertio ex eo, quod constitutum est in dote: soluto enim matrimonio dos ad mulierem reuertitur, & potest mulier eam vindicare, l. in reb. C. de iure do. & tamen propria authoritate id facere non potest. l. Dotis. C. Solu. matr.

Quartò & vltimò, quia possent ex eiusmodi expulsione, authoritate propria facta oriri scādala, rixæ & delicta, quæ omnia leges euitare student, vt in l. æquissimum. ff. de vsufr. inde enim iniurias nasci non oportet, vnde iura oriuntur, l. in fundo. ff. de rei vind.

Ad argumenta in contrarium facilè responderi potest. Nam quod attinet ad primum & secundum, concedo esse domino permissum, vt si velit, Emphyteutam expellat, sicut & conductorem locatori expellere licet, sed nego id propria authoritate fieri posse, nec id allegatæ leges dicunt.

Quòd verò dicitur, ei, qui ciuilem habet possessionem licet authoritate propria ingredi naturalem ab alio occupatam. Ergo domino licebit Emphyteutam expellere. Hoc argumentum, quod vrget omnium maximè pro hac sententia Iason in l. 2. C. de iure Emphyteut. numer. 105. tollitur ex notatis per eundem Iasonem in dict. l. Clam possidere. §. Qui ad nundinas, num. 24. ff. de acquir. possess. vbi dicit, domino non licere Emphyteutam expellere authoritate propria, quia Emphyteuta naturaliter possidens, initium habet iustum suæ possessionis, & is expelli potest, qui possessionem naturalem iniustè occupauit, sicut loquitur ille text. in dict. §. Qui ad nundinas, & aliæ leges concordantes à Iasone ibi allegatæ.

CAPVT XCVI.

Vtrum Emphyteuta, qui per triennium Canonem totum non persoluit, sit priuandus Iure suo?

Emphy-

Emphyteutam, qui totum Canonem non soluit per triennium, iure suo emphyteutico priuandum esse docuerunt Specul. in tit. de Emphyteut. quæstio. 29. Paulus Castren. ad l. in executione. §. Item si ita. ff. de verbor. oblig. Iason in l. 2. nu. 54. 55. C. de iure emphyt. Decius in authent. qui rem. C. de sacrosanctis Eccl. & alij, quos refert & sequitur Aurelius Corbulus de iure Emphyteutico, cap. 15. Ampliatione 5.

Argumenta verò sunt ista. Is, qui tenetur aliquid præstare sub pœna, in pœnam incidit, nisi totum præstet, dict. l. In executione §. Item si ita. ff. de verb. oblig. ibi; *Nisi totus detur, pœna committitur centum.* Sed Emphyteuta tenetur Canonem præstare domino sub pœna priuationis iuris sui: ergo nisi totum præstet, in pœnam incidit.

Secundò, quælibet conditio indiuidua est, nec pro parte impleri potest. l. Cui fundus. ff. de cond. & demonstr. Sed Emphyteuta ius suũ sub illa conditione habet, vt Canonem domino pendat: ergo nisi totum pendat, cadit omni suo iure.

Tertiò facit regula vulgaris. Nihil actum videtur, vbi superest aliquid agendum, l. pen. C. de his quib. vt indig. Vnde etiam dicimus, Non defendere eum, qui in totum non defendit. l. Defensor. ff. de interrog. act. Et is edere non dicitur, qui in totum non edit. l. Argentarius. §. 1. ff. de eden.

Quartò facit, quòd habetur in l. Fistulas. §. Qui fundum. ff. de contrah. emp. ibi: *Nec si partem soluat ex empto cum venditore aget, quoniam contractum æs alienum diuidi non potest.*

Quintò, textus in l. Quandiu. C. de distract. pigno. ibi: *Quandiu non est creditori integra pecunia numerata, etiamsi pro parte maiore eam consecutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem.*

Sextò, Is, qui totum Canonem non soluit, non adimplet pro sua parte contractum, frustrà ergo petit sibi à domino adimpleri, l. Quæro §. Inter locatorem. ff. Locati.

Septimò. Emphyteuta, qui totum Canonem non soluit, impunè euadere non potest. Itaque vel totum ius suum amittere, quia dominus inuitus cogeretur cum eo habere rem communem, contrà l. Si non sortem. §. Si certum. ff. de condict. indebit. Ergo totum debet amittere.

Octauò, pœna ista priuationis imposita est Emphyteutæ, quia cum Canonem non soluit, dominum contemnere videtur. Sed si non soluat totum, videtur dominum contemnere. Igitur in pœnam incidit.

Nonò facit, quod docet Glos. in l. res bona de. ff. de contrahen. empt. vbi docet. Pactum legis commissoriæ, quo cauetur, vt si emptor intra certum tempus venditori precium non soluat, res sit inempta, locum habere etiam vbi totum non soluit, licet deficiat, vt inquit illa Glos. *In vno nummo.*

Postremò facit, quod docet Bar. in l. Cùm si exhibuissent. §. vlt. ff. de Publica. & Bald. in l. Minorib. C. de his quib. vt indig. vbi docent, Eum, qui officium habet denunciandi maleficia, puniendum esse, licèt vnum tantum maleficium denunciare neglexerit. Item id quod docet Bald. in l. etiam. numer. 8. C. ad leg. Falcid. Eum, qui fidem accommodat defuncto testatori de restituendo aliquid incapaci, tota nihilominus hæreditate indignum reputari, ac proinde eam fisco applicandam.

Contrariam sententiam habuerunt Iason sibi cõtrarius in d. l. in executione. §. item si ita. ff. de verb. oblig. Guido Papæ dec. 174. Petrus Benintendus decis. 6. Paulus Picus in Authen. Præterea, n. 12. C. vnde vir & vxor.

Primum argumentum est ex l. Si seruus. §. Si plurium. ff. Si quis cautio. ibi: *Pœnam quidẽ integram committi, licet vnus status non sit, Labeo ait: quia verum sit, omnes status non esse. Verùm, si pro rata vnius, offeratur pœna, exceptione doli vsurum eum, qui ex hac stipulatione conuenitur.*

Secundum est ex c. Suam, de Pœnis. vbi obligatus ad certam quantitatẽ certa die sub pœna soluendam, si partem intra terminum soluit, ad pœnam integram non tenetur.

Tertium, ex l. Commissoriæ, C. de pactis inter emp. & vend. qui textus iudicio meo nihil ad rem facit.

Quartum, quia pœna non debet esse maior delicto. l. Sancimus, C. de pœnis, & pœnæ sunt interpretatione potiùs molliendæ, quàm exasperandæ. l. interpretatione. ff. eo. ti.

Ego verò tres casus distinguendos puto. Primus est, quando Emphyteuta non soluit quidem per triennium totum Canonem, sed tamen tantùm soluit, singulo anno quod si coaceruetur, vnius anni æquat Canonis debitam quantitatem, hoc in casu existimarem, eum non esse priuandum iure suo, duabus rationibus. Priore quidem, quia solutio à debitore facta cedere debet in duriorem & grauiorem causam. l. 1. & 3. l. Si ex pluribus. ff. de solutio. l. 1. C. eod. titul. Ergo in proposito cedere debet in causam debiti Canonis vnius anni, vt sic pœna euitetur, quæ vt incurratur, triennium requiritur. Altera est ratio, quia si exempli causa Emphyteuta sit obligatus ad soluendum annua decem, & singulò anno quinque soluerit, procul dubio soluisse dicitur plus, quàm vno anno teneretur soluere. Qualis ergo esset rigor priuare istum iure

suo, qui aliquid suprà vnius anni integrã pensionem soluit? qui si solam vnius duntaxat anni pensionem solueret, non priuaretur. Respõdet, sed frustrà, Corbulus loco superius annot. & Iasin d.l.2.n.57.C.de Iure emphyt.

Secundus casus est, quando id, quod soluit Emphyt. nequaquam sufficit ad vnius anni integram pensionẽ debitam, sed tamen aliquid minimum deficit. Et hoc in casu idem statuendum puto, argumento text. in c. Suam, de pœnis. Et quia, vt solet dici, de minimis non curat Prætor. l. Scio. ff. de in integ. rest.

Tertius est casus, quãdo id, quod soluit Emphyteut. singulis annis, non æquat debitam vnius anni portionem, & modicum non est, sed verbi gratia, deest tertia pars vel dimidia. Hoc in casu communiorem amplector sententiam, quæ docet Emphyteutam esse priuandum iure suo. Moueor iis argumentis, quæ superius allata fuere pro eiusdem sententiæ confirmatione.

Ad argumenta in contrarium ita respondeo: Ad primum, maior propositio est vera, minor autem falsa, quia Emphyteuta non tenetur Canonem soluere sub pœna priuationis: sed priuationis pœna est imposita in solutione cessanti per triennium. Non videtur autem cessare per triennium, cùm id, quod soluit annuatim, ad vnius anni pensionem integram extenditur.

Ad secundum, cõcedo totum argumentum, & sic Emphyteutam obligatum esse ad soluẽdum totum Canonem, sed dum infertur: Ergo nisi totum soluat, absolutè priuatur iure suo, nego consequentiam.

Ad tertium, fateor, si totum Canonem non soluat, non videri Canonem soluisse, sed non sequitur, ergo indistinctè priuandus est iure Emphyteutico.

Ad quartum, concedo ei, qui contractum non adimplet in totum, actionem non competere: vt in d.§. Qui fundum, sed non sequitur eum iure suo priuandum, quia sic priuandus esset, licèt vno duntaxat anno cessaret in solutione, quod tamen est falsum, quia requiritur triennium.

Ad quintum respondeo, creditori ius esse pignora vendẽdi, licet debiti pars soluta sit, quia, nisi totum soluatur: ius illi remanet pignoris pro residuo, ideo rem obligatam rectè distrahit, quæ res ab hac nostra longè diuersa est.

Ad sextum patet solutio. Neque enim bona est consequentia: Emphyteuta pro parte sua fidem non seruauit, ergo cadit iure suo: quia si id sequeretur, vnius anni negligentia in soluendo sufficeret ad incurrendam pœnam. Illud sequitur, actionem denegari Emphyteutæ non seruanti fidem: argumento d.§. Inter locatorem.

Ad septimum dico, Emphyteutam nec toto iure suo priuandũ esse, nec parte, quia non est absolutè verum, cum in solutione cessasse per triennium, vti lex requirit. Nõ cessauit, inquã, vbi Canonis pars soluta singulo anno ad vnius anni pensionem integram extenditur.

Ad octauũ nego, ita dominum contemni ab Emphyteuta totum Canonem non soluẽte, vt proinde iure Emphyteutico sit priuandus, neque enim omnis ad hunc effectum sufficit cõtemptus, sed requiritur cessatio triennalis.

Ad nonum respondeo, non ita constitutum esse in Emphyteuta, vt nisi Canonem persoluat anno quolibet, iure suo priuetur, sicut in pacto legis commissoriæ constitutum est, vt nisi totum preciũ soluatur, res sit inempta. Dicimus enim Emphyteutam cadere iure suo si per triennium in solutione cessauerit: Eundẽ verò non cessasse per triennium, si tantum soluit annis singulis, quod simul cumulatum, vnius anni pensionem adæquet.

Ad postremum respondeo, Constitutus officialis ad maleficia denunciando meritò punitur, si vnum maleficium denunciare negligat. Peccat enim in officio. Sic & ille, qui fidem suam accommodauit de restituendo aliquid incapaci. Non idem iuris in Emphyteuta, quia pro omni culpa & negligentia non punitur, sed propter triennalem cessationem, vt dictum est, duntaxat.

CAPVT XCVII.

Vtrum, si Emphyteuta decedat pluribus hæredibus relictis, quorum vnus suam Canonis portionem soluat, alter verò non, tota res emphyteutica reuertatur ad dominum, an verò pars tantùm?

QVatuor sunt opiniones Doctorum. Prima, totam rem ad dominum reuerti. Authores sunt Specul. tit. de locato. q.71. Ias. ad l. 2.n.57.58. C. de iure Emphyt. Clarus §. Emphyteusis, q.9. vers. Quæro quid si Emphyteuta, & alij à Corbulo relati de iure Emphyteutico. c. 15. Ampliatione 8.

Fundamentum est, quia si defunctus obligatus sit ad pecuniam soluendam sub aliqua pœna, altero ex hæredib. suam partem non soluente, pœna committitur contra omnes & qui suam partem soluit, familiæ herciscundæ iudicio id, quod sua interest, à cohærede, qui non soluit, consequitur, l. Hæredes. §. In illa. ff. Fam. hercisc. textus in l. Stipulationum. 2 §: Item si in facto. & in l. Stipulationum, 5. §. Si sortem. ff. de verb. obl. *Si sortem*, ait textus, *promiseris & si ea soluta non esset, pœnam, etiamsi vnus ex hæredibus tuis portionem suam ex sorte soluerit, nihilominus pœna committetur donec*

donec portio cohæredis soluatur.

Secunda est opinio quorundam antiquorũ, quos Ioan. And. refert in additione ad Specul. loco annotato, rem Emphyteuticam ad dominum reuerti pro parte non soluentis tantùm.

Fundamentum est in l. Fraudati. §. Sed si vnus. ff. de Publicanis, vbi; *Si vnus ex plurib. hæredibus rem communem causa vectigalis surripiat, portiones cæteris non auferuntur,* hoc est, si vnus ex pluribus hæredibus rei communis vectigal non soluerit, tota res non incidit in cõmissum, sed portio tantum non soluentis, vt ibi declarat Paulus Castr.

Tertia est opinio Bartoli in Commentariis d. l. Fraudati, vt si vnus hæredum singulis annis tantum soluerit, quod spacio annorum trium ad vnius anni pensionem integram sufficiat, tunc nullo modo res ad dominum reuertatur, quia solutio ab vno facta, cedere debet in causam vtiliorem ad euitãdam pœnam l. 1. & seq. ff. de solutio. Si verò non tantum soluerit, tota res Emphyteutica ad dominum reuertatur; & sic pœna committatur contra omnes.

Quarta est sententia Imolensis in c. Potuit, num. 47. de locato: Iure ciuili inspecto, totam rem ad dominum reuerti, secus autem inspecto iure Canonico, quo iure tantus rigor non seruatur, argumento cap. Suam, de Pœnis.

Ex his quatuor sententiam eligendam arbitror secundam, quæ docet non totam rem Emphyteuticam ad dominum reuerti, sed portionem non soluentis tantum. Moueor ex d. l. Fraudati. §. Sed si vnius. ff. de Publicanis, cui nemo respondet.

Moueor secundò, quoniam vbi Emphyteuta moritur relictis pluribus hæredibus, tot videntur esse Emphyteutæ, quot hæredes existunt. Vno ergo non soluente, alter prægrauari non debet: sed qui non soluit, suam iuris Emphyteutici partem amittit.

Ad argumentum in contrarium sic respondeo: hæredes defuncti Emphyteutæ non esse obligatos ad pensionem soluendam, tanquam hæredes, ex persona scilicet defuncti, sed tanquam nouos Emphyteutas, ex persona propria. Videtur enim is, qui rem concessit alicui in Emphyteusin, pro se & suis hæredibus, vel filiis, ipsis hæredibus & filiis Emphyteusin, dare. Quare sicut, si pluribus res in Emphyteusin detur, dicuntur esse plures Emphyteutæ, nec alterius negligentia in soluendo alteri nocet, ita & in præsenti specie respondendum est. Alia ratio in eo est, qui sub pœna aliquid promittit. Nam ex persona hæredum, conditio obligationis non mutatur, l. Stipulationum. 2. §. Ex his. ff. de verb. oblig. Conditio autem obligationis est, vt pœna committatur, nisi tota res promissa præstetur. l. In executione. §. Item si ita. ff. de verb. obl.

CAPVT XCVIII.

Verum Emphyteuta priuati moram in continenti post elapsum tempus ad euitandam pœnam purgare possit.

Est in Emphyteuta Ecclesiæ definitum, celeri satisfactione, eum moram purgare posse, c. Potuit. de locato. Sed in Emphyteuta priuati controuersum. Namque moram eum purgare non posse censuerunt multi, quos commemorat Ias. in l. 2. num. 73. C. de iure Emphy. Couuar. lib. 3. variar. resol. c. 17. n. 4.

Alij posse affirmarunt, Angelus in l. Et si post tres. ff. Si quis cautio. Bald. in l. Si pacto quo pœnam, C. de Pactis, Franciscus Sarmientus lib. 3. Selectarum interpretationum cap. 5.

Alij denique, vt refert Iason loco annotato, Emphyteutam purgare non posse moram docent, antequam dominus declaret priuationi locum esse, post declarationem verò non posse.

Ipse opinor priorem sententiam esse probabiliorem, quam in primis confirmabo, deinde argumentis in contrarium respondebo.

Probatur hæc sententia primum ex eo, quòd vbi dies & pœna est obligationi adiecta, mora purgari non potest, l. Traiect. §. De illo. ff. de verb. obl.

Secundò ex l. Celsus, ff. de Arbitr. vbi sic arbiter intra Kalendas Septembris dari iusserit, nec datum erit, licet postea offeratur, attamen *semel commissam pœnam compromissi non euanescere,* ait Iurisconsultus.

Nec valet Sarmienti responsio excipientis casum, quo in continenti moram debitor purgauerit, quia nullo iure probatur hæc interpretatio.

Tertiò probatur argumento l. 1. vers. Nisi fortè, ff. de penu legata, ibi: *Habebit igitur hæres obligationem tamdiu, quamdiu cum eo lis de pecunia contestetur, nisi fortè aliud tempus testator, vel mente vel verbis præstituit.*

Quartò ex l. 1. C. de iure emphyteut. vbi dicitur, Emphyteutam, qui non soluit per triennium, omnimodo repelli posse, ibi: *Sed omnimodo eo si dominus voluerit repellendo, &c.* Quæ verba arguunt, ita absolutè repelli posse, vt nec moram purgare possit.

Postremò, quia vbi pœna ipso iure imponitur, mora purgari non potest, l. Qui ob rem. ff. de Condict. indeb. l. Si is cui, de leg. 2. Tiraq. ad l. Si vnquam, in verbo, reuertatur, n. 310. C. de reuoc. donatio. Pœna verò de qua agitur ob Canonem non solutum ipso iure est imposita, vt conclusum est suprà c. 93.

Primum argumentum contrariæ opinionis

Vbi aliquid est decisum iure canonico, illud est seruandum etiam in foro Cæsareo, vt in Auth. Vt clerici apud proprios Episcopos, &c. Sed iure canonico decisum est, moram purgari posse, vt in d.c. Potuit, de locato, igitur, &c.

Respondeo, in Emphyteuta Ecclesiæ id esse decisum, non in Emphyteuta priuati, ratio differentiæ esse potest. quia Emphyteuta Ecclesiæ iure suo cadit si per biennium in solutione cesset, meritò purgare moram potest, sed Emphyteuta priuati triennale tempus habet, & sic longius tempus, & sic moram purgare non potest.

Secundum argumentum est ex l. Si seruum. §. Sequitur. ff. de verb. obl. vbi dicitur, ex æquitate moram purgari posse, æquitas verò rigori præfertur. l. Placuit. C. de iud.

Respondeo illum textum non procedere, vbi dies & pœna est obligationi adiecta, sicuti docent leges superius allegatæ: tunc enim moræ purgationi locus non est.

Tertium argumentum est ex l. Si cum dies. §. vlt. ff. de arbit. Respondeo, loquitur quando certa dies obligationi non est adiecta.

Quartũ est ex l. Etsi post tres. ff. si quis cautio. Respondeo, id, quod ibi dicitur, locum habet in obligationibus prætoriis, & iudicialibus, in quibus tantus rigor non seruatur, quantus in contractibus & conuentionibus.

Postremum est ex l. Si insulam. ff. de verb. oblig. ex l. Continuus. §. Item qui Insulam, & ex l. Si ita quis. §. Seia cauit. ff. eod. tit. Respondeo, illas leges loqui, quando dies tantùm obligationi est inserta, secus vbi dies est adiecta & simul pœna à lege imposita, vt in specie nostra.

CAPVT XCIX.

Si dominus canonem receperit ab Emphyteuta, postquam iam erat priuandus iure suo, quia nõ soluerat, vtrum videatur pœnam ipsam priuationis seu caducitatis remittere.

Qvæstio hæc grauis est, difficilis & controuersa, nec ab aliquo, quem viderim, interprete, clarè explicata. Ego sententiis omnium perpensis, eam distinctionem adhibendam puto, quæ sequentibus conclusionib. continetur.

Prima conclusio. Si dominus sciat Emphyteutam suo iure cecidisse, & canonem nihilominus recipit temporis futuri, caducitatis pœnam remisisse videtur. Probatur hæc conclusio: quoniam iniuria dissimulatione aboletur. §. vlt. Instit. de iniur. Dicitur autem iniuria domino inferri ab ipso Emphyteuta, si canonem ei non soluat: quasi non videatur illum agnoscere tanquam dominũ, cùm non soluat, quod in dominij recognitionem debet. Ita docent Bartolus in l. 2. n. 8. C. de iure Emphyteut. Ias. ibid. n. 114. Ruinus in con. 110. lib. 11. Clarus §. Emphyteusis, quæst. 10.

Secunda conclusio. Si dominus ignoret Emphyteutam cecidisse iure suo, recipiendo canonem, non videtur pœnam remittere caducitatis: quia nemo renunciare intelligitur iuri, quod sibi ignorat competere, l. Mater. ff. de inoffic. testa. l. Si quando. §. vlt. C. eod. tit. l. Legitim. ff. de petit. hæred. ita Spec. tit. de Emphyteusi, quæst. 24. Ias. in l. 2. C. de iure Emphy. n. 130. Aurelius Corbulus de iure Emphyteutico, c. 15. declar. 21. n. 14.

Tertia conclusio. Si dominus declarauerit Emphyteutam iure suo cecidisse popter canonem non solutum, & nihilominus temporis futuri canonem receperit, nisi protestatus fuerit, saluum sibi esse ius caducitatis, videtur eã remittere, ita Bart. in l. 2. n. 8. C. de iure Emphy. D. meus Cephalus in cons. 222. lib. 2. quia protestatio reseruat ius protestantis, l. Si debitor. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypo. sol. & declarat eius animum. l. At si quis. §. Plerique. ff. de relig. & sump. funer.

Si dicatur talis protestatio esse contraria facto, vnde nihil prodest, vt in hac specie dicebant Riminal. in cons. 249. nu. 49. Curt. sen. in cons. 81. Ruin. in cons. 110. lib. 1. Respondet D. Cephalus argumẽtum procedere quando dominus recepit canonem ante caducitatis declarationem, secus si post, quia tũc est ius quæsitum, cui renunciare velle non præsumitur, argumen. l. cum de indebito. ff. de Probatio. & eorum quæ tradit Alexand. in l. Non solùm. §. Morte. nu. 17. ff. de oper. no. nun. & in cons. 26. col. 1. lib. 3.

Sed contraria sententia verior & communior est, bona præceptoris mei pace. Nam protestationem hoc in casu non prodesse docuerunt Iason in l. 2. num. 124. C. de iure Emphy. Ruin. in d. cons. 110. lib. 1. Clarus in §. Emphyteusis, quæst. 10. Aurelius Corbulus loco nuperrimè citato, num. 2. Protestatio enim contraria facto nihil releuat, l. 1. §. 1. ff. Si vsusfruct. per l. Æmilius, ff. de Minorib. Iason in l. Si quis extraneus, nu. 6. ff. de acqu. hæred. Et vbi quis post ius quæsitum actum facit penitus contrarium, & vt vocant, incompatibilem iuri quæsito, censetur ibi renunciare, l. Post diem, ff. de lege Commisso. l. Commissoriæ, C. de Pactis inter empto. & vend. l. 2. C. de iure dom. impetr. l. vlt. ff. de inoff. test. Est autem actus receptionis canonis pro tempore futuro prorsus repugnans iuri quæsito. Nam ius quæsitum præsupponit soluentem non esse amplius Emphyteutã, eò quòd iure suo ceciderit: Receptio verò canonis, esse Emphyteutam, quia

quia nemo soluit canonem, nisi sit Emphyteuta.

Quòd verò respondet Alexander in consil. 26. & in d. §. Morte. ad rem non facit, quia loquitur in casu longè diuerso. Vendidit quis rem suam cum pacto redimendi, Instrumentum venditionis aliquot post menses celebrauit, nulla mentione facta pacti redimendi, respondit Alexander non idcirco pacto redimendi renunciatum. Rectè, quia actus postea factus, videlicet instrumentum venditionis, non repugnat pacto, licèt enim pacti mentionem non contineat, non tamen aliquid contrarium continet.

Si tamen Emphyteuta soluens, tali protestationi consentiat, sibi praeiudicabit. l. vlt. §. Item si praedixerit. ff. Nautae, caupones & stabu. Ita Ripa in cap. Cùm M. nu. 130. de constit. Ruin. in consil. 151. n. 12. lib. 1. Iason in d. l. 2. nu. 127. C. de iure Emphyt. secus est si taceat Emphyteuta, vt per Aretin. in consi. 35. in fine. Alex. in consil. 14. col. penult. lib. 2. Ruin. in consil. 110. numer. 4. & 151. num. 12. lib. 1. Boer. quaest. 309. Clarus §. Emphyteusis. q. 10. D. Menoch. lib. 3. de Praesumpt. cap. 112. num. 22.

Nec obstat argumentum Imolae in c. Potuit, de locato. ex l. vlt. §. Item si praedixerit, iuncta Glos. ff. Nautę, caupo. & stabul. quia ibi agitur de vectoribus, quibus facta est protestatio, vt suas res custodiant & seruent: ea protestatio nocet iis, quibus est facta, si non contradicant. Rectè, quia non est contraria facto, vt in praesenti specie.

Quarta conclusio. Si dominus recipiat canonem temporis praeteriti, & de Emphyteuta Ecclesiae agatur, non censetur remissa caducitatis poena, Authen. qui rem, C. de sacrosanct. Eccles. §. Si verò aut locator in Auth. de Aliena. & Emphyt. Ita Iason in l. 2. nu. 127. C. de Iure Emphy.

Quinta conclusio. Si dominus receperit canonem temporis praeteriti, & agatur de Emphyteuta priuati, distinguendum est. Aut dominus primò Emphyteutam expulit, deinde canonem recepit, & tunc non videtur poenam remittere. l. Colonus. ff. locati. Auth. qui rem C. de sacrosanct. Eccles. Aut prius canonem accepit, deinde vult Emphyteutam expellere, & tunc non potest, nisi fuerit protestatus, se nihilominus eum velle expellere. Ita Bartolus in l. 2. num. 8. C. de iure Emphyt.

Sed longè probabilior est eorum sententia, qui docent poenam caducitatis remissam intelligi absolutè hoc in casu, ita Specul. tit. de Emphyt. qu. 23. Imola in c. Potuit. num. 4. de locato. Franciscus Sarmientus select. interpr. lib. 3. cap. 6.

Probatur argumento l. Rescriptum. §. si Pacto. ff. de Pactis. ibi: *Sabinus putat, quod est verius, vtráque via vti posse, prout elegerit, qui stipulatus est, si tamen ex causa pacti exceptione vtatur aequum erit acceptò eum stipulationem ferre.* Item probatur in l. 3. §. Labeo ait, ff. de doli mali except. & in l. vir. §. vlt. ff. de eo quod certo loco. & in l. 2. ff. si quis cautio.

Sic & dominus vtraque via vti potest, nimirum potest Emphyteutam expellere, vel canonem exigere, si canonem maluerit, aequum est eundem poenam caducitatis acceptò ferre.

Non obstat text. in Auth. qui rem. C. de sacrosanctis Eccl. quia loquitur in Emphyteuta Ecclesiae, & ratio est: quia ius quaesitum ex caducitate, praelatus remittere non debet in praeiudicium ipsius Ecclesiae.

Non obstat text. in l. Colonus. ff. loca. quia colonus non habet ius in rem, nec meliorationes admittit, sicuti Emphyteuta: est enim valde durum & iniquum, vt Emphyteuta ius suum amittat, meliorationes perdat, & canonem soluat. Facit text. in l. 4. §. Labeo ait. ff. de doli mali except. ibi. *Exceptione esse repellendum: iniquum enim esse hominem possidere & poenam exigere.*

Sunt qui pro contraria opinione adducunt text. in l. Si pro fure. §. 1. ff. de condict. furtiua, vbi poena legalis remissa non videtur, ex eo, quòd quis agat ad rem furto subtractam. Sed non rectè: quia in ea specie constat vtrumque deberi, rem & poenam: At in specie nostra non constat: imò illud est, quod quaeritur; vtrum Emphyteuta cogi possit ad soluendum canonem temporis praeteriti, quando iure suo est priuandus, quia non soluit.

Sexta conclusio. Si dominus accipiat canonem, vt in praecedenti conclusione, adhibita tamen protestatione, saluum sibi esse ius caducitatis, non videtur poenam remittere caducitatis, quia protestatio reseruat ius, & declarat animum protestantis, l. si debitor, §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hyp. sol. l. Etsi quis. §. Plerique. ff. de religio. & sumpt. funer. Ita Bald. in l. 2. ff. si quis cautio. Iason in l. vlt. num. 4. ff. de eo quod certo loco. Clarus §. Emphyteusis. quaestio. 10. Menochius de Praesumpt. lib. 3. cap. 112. num. 8.

Septima conclusio. Si dominus petierit canonem, videtur poenam caducitatis remittere: Argumento est text. in l. Aemilius. ff. de Minorib. vers. *Precium petendo recessisse à lege suae videtur*, & l. Post diem. ff. de lege Commisso. ita Iason in l. 2. num. 128. C. de iure Emphyt. quod tamen intelligendum, nisi Emphyteuta soluere recusauerit, argum. l. Nihil interest. §. 1. ff. de inoffi. testamen. l. penul. ff. ne quis eum, qui in ius voca. est, vi eximat.

Octaua conclusio. Si posteaquam Emphyteuta iam in poenam incidit caducitatis, ca-

nomen recipiat, non ipse dominus, sed eius procurator, non videtur remissa caducitatis pœna. Ratio est; quia ius quæsitum domino procurator remittere sine speciali mandato non potest. l. contra iuris. §. filius. ff. de Pactis. Ita Decius in cons. 319. num. 3. Ruinus in cons. 100. num. 10. lib. 3. Berous in cons. 116. n. 20. lib. 1. Parisius in consi. 86. num. 17. lib. 4.

CAPVT C.

Vtrum, si res Emphyteutica fuerit ad dominum reuersa morte Emphyteutæ, ipsius & liberorum teneatur dominus eam dare proximiori agnato.

NOn desunt qui affirmant dominum teneri. Ita Bartolus in l. 1. §. Permittitur. ff. de aqua quot. & æst. Iason in l. 2. n. 22. C. de iure Emphy. Deci. in cons. 131. Ripa in l. 1. ff. de Priuileg. cred. & alij quos commemorat Antonius Gabrielius com. concl. tit. de iure Emphyteutico, concl. 1.

Sed contrariam sententiam, quæ negat dominum teneri, longè arbitror probabiliorem, quam amplexi fuêre Aretinus, Castrensis & alij à Gabrielio citati loco citato, Ruin. in cons. 152. li. 1. Franciscus Sarmientus lib. 3. Selectar. interpret. cap. 7. Rota Bononien. Benintendi dec. 19. Andreas Geyll. libro 2. obseruat. cap. 148.

Probatur hæc sententia in hunc modum: Res in Emphyteusin concessa vsque ad certam generationem, extincta generatione ad dominum reuertitur. Ergo dominus potest eam pro se retinere, vel cui maluerit, concedere, Argumento l. dudum, C. de contrah. empt. Est enim vnusquisque in re sua moderator & arbiter, l. in re mandata. C. mand. & nemini iniuriam facit, qui suo iure vtitur, l. iniuriarum, §. vlt. ff. de iniu.

Primum argumentum contrariæ opinionis est ex l. 1. §. Permittitur, ff. de aqua quot. & æstiua. *Permittitur autem* (ait Iurisconsultus) *aquam, vel ex castello, vel ex alio publico fluere; idque à Principe conceditur, alij nulli ius competit aquæ ducēdæ; & datur interdum prædiis, interdum personis. Quod prædiis datur, extincta persona non extinguitur; quod datur personis, cum personis amittitur, ideóque neque ad alium dominum prædiorum, neque ad hæredem, vel qualemcunq; successorem transit. Planè ei, ad quem dominium transit, interpretabile est. Nam si docuerit prædiis suis aquam debitam etsi nomine eius fluxisset, à quo dominium ad se transiit, indubitatè impetrat ius aquæ ducendæ. Nec est hoc beneficium sed iniuria, si quis fortè non impetrauerit.* Hactenus Iurisconsultus.

Respondeo, iurisconsultum loqui de iure aquæ ducendæ, & de eo, cui aqua debetur; is facilè eam impetrare potest, cùm ei debeatur, & eam habuerit is, à quo dominium habuit. Alia est ratio rei in Emphyteusim datæ, quæ maioris est momenti, nec proximior docere potest sibi debitum esse, eam ob causam, quòd aliarum rerum dominium ad se transit.

Secundum est ex l. congruit, & l. vltim. C. de locatio. prædior. Ciuit. lib. 11. *Congruit* (inquit text.) *æquitati, vt veteres conductores fundorum publicorum nouis conductoribus præferantur, si facta nobis augmenta suscipiant.*

Respondeo, specialiter ita constitutum esse in veteribus conductoribus, quia & ipsi cogi possunt ad reconducendum finita locatione, si lucrum aliquod fecerunt ex priori conductione, nēc inueniantur alij, qui conducant, l. Cotem. §. vlt. ff. de Publican.

Tertium est ex l. 1. C. de Metallariis, lib. 11. quæ nihil ad rem facit, hoc enim vult duntaxat, vt Metallarij fisco vendere cogantur metalla, quæ foderunt, potius, quam aliis.

Quartum est ex l. Si in emptionem. ff. de Minorib. quæ lex huc non pertinet; loquitur enim de minore in integrum restituendo, vt eam recuperet, quæ fuerat suorum maiorum.

Quintum est ex l. vlt. C. de iure dom. impet. vbi dicitur, creditorē cui res est pignori data, impetrare posse dominium pignoris, si tamen prius debitorem moneat, vt soluat, & redimat pignus, quæ res nihil habet commune cum quæstione ista.

Sextum ex l. Iubemus, §. & filios, C. de Aduoca. diuersor. iud. vbi filius aduocati aliis in officio paterno præfertur. Respondeo, alia est ratio in officiis publicis, in quibus parentum merita filiis prosunt, & speratur filius similis futurus patri, si sit idoneus, & fore, vt prudenter administret officium sicuti pater fecit.

Septimum ex l. 1. ff. de priuileg. cred. ibid. *Potior habetur Creditor cognatúsve*, & idem in l. Imperatores, ff. de pact. Respondeo, textum loqui cùm de vendendis bonis debitoris agitur, vt præferatur cognatus creditor, quod ad rem nostram nihil facit.

Postremum est ex c. 1. §. Porrò qualiter olim feudum poterat alienari: sed nihil ad rem facit. Hoc enim ille textus vult: Vasallo alienare volente rem feudalem, dominum esse præferendum, si idem precium offerat.

Porrò si agatur de re Ecclesiastica in Emphyteusin concessa, quæstio hæc est definita ex §. Neque illud. in Auth. de non alien. reb. Eccl. vbi dicitur pactū nō valere, quo cauetur, vt Ecclesia teneatur finita generatione proximiorib. Emphyteusin renouare. Nam si Ecclesia tenetur id facere, nulla esset ratio, cur pactum non valeret, l. Non possibile, ff. de Pactis.

CON-



CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER SECVNDVS.

CAPVT PRIMVM.

Tres controuersiæ circa precij certitudinem, ex qua consistit emptionis & venditionis substantia.



SICVT inter omnes conuenit, emptionis & venditionis substantiam ex re, & precio consistere, & precium certum esse oportere, ita controuersia est nonnulla circa precij certitudinem. Quid enim si vēditio fiat eo precio, quod in arca habeo? vel precio iusto? vel precio declarando à peritis æstimatoribus, quorum vnus eligendus sit a venditore, alter ab emptore, an precium satis certum esse dicatur, vt consistat emptio ac venditio?

Et quidem cùm Vlpianus dicat in l. Hæc venditio. §.1. ff. de contrahenda emptione. *Huiusmodi emptio, Quanti tu eum emisti, Quantum precij in arca habeo, valet.* Accursius ibidem in verbo *Quantum. Facias vim*, inquit, *in eo, quod dicit Quantum. Nam in quantitate debet consistere. Secus ergo si diceret pro eo precio, quod in arca habeat.*

Accursium secutus est Bar. ad l. si seruus, 111. §. qui quinque, de leg. 1. nec non Iason in l. vlt. n.12. ff. de condict. causa data, & alij quos commemorat Fabianus de Monte de emption. & vendit. in 5. quæst. princip. n.34. vbi dicit, hanc sententiam esse communiter receptam.

Fundamentum est in eo, quòd verba illa: *Eo precio, quod in arca habeo*, corpus siue speciem designent; non autem quantitatem, vt probatur ex l. Planè. §.1. & ex l. Sed etsi certos. & ex l. si seruus. §. qui quinque, de leg. 1. Emptio autē sine quantitate nulla est, vt inquit Imperator in l. Empt. C. de contrahenda emptione.

Sed contrariam sententiam longè probabiliorem & communiorem esse iudico. Nimirū in ea specie venditionem esse. Hanc sententiam amplexi sunt Albericus & Salicetus in d. l. Hæc venditio. §. 1. Fabianus de Monte loco proximè citato, & alij quos refert & sequitur Arius Pinellus in Commentariis l. 11. C. de rescind. vend. in prima parte rubricæ. cap. 1. nu. 2. & 3.

Probatur hæc sententia, quia nulla est differentia inter illa verba: *Quantum precii in arca habeo.* Et illa verba. *Eo precio, quod in arca habeo.* Vtroque enim casu designatur quantitas pecuniæ, quæ est in arca. Vnde non oportet calumniari, aut verba legis captare, vt alibi dicit textus in l. pen. ff. ad exhibend.

Huc accedat, quod verba sunt accipienda secundum subiectam materiam, l. si vno. ff. locati. subiecta autem materia postulat, vt verba illa quantitatem significent, non autem speciem. Præsertim quia per hanc interpretationem actus sustinetur. l. Quoties. ff. de rebus dubiis. & ff. de verb. oblig.

Alia ratio est in legatis & Fideicommissis, de quibus loquūtur leges allegatæ, valet enim legatum, licet species designata esse videatur.

Nec rectè ad propositam quęstionem accōmodatur, l. vlt. ff. de cond. causa data, quia illa lex non loquitur in ea specie, in qua contrahentes vtuntur verbo venditionis, sicut in quæstione nostra.

Quod attinet ad secundū, Albericus & Fulgosius in d. l. Hæc vend. §. 1. in ea specie venditionem esse dixerunt, quasi mentio illa iusti precij certitudinem continere videatur ex eo, quòd arbitrio boni viri declarandum sit, *in quo nulla dicitur esse mora vel conditio*, vt dicebat Vlpianus in l. 1. de leg. 2. & latè respondit Ioannes de Anania in cons. 19. n. 12.

Potissimum autem horum fundamētum est in l. Si fundus, 16. §. vlt. ff. de pignoribus. Cuius verba hæc sunt: *Posse ita fieri pignoris datio hypotecave, vt si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptionis possideat rem iu-*

sto precio tunc æstimandum: Hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio.

Alij magis communiter dixerunt non esse venditionem, sed contractum innominatum. Ita Bald. in l. vlt. nu. 8. Co. de contrahenda emptione. Alexander ad Bartolum in dict. l. hæc venditio, & in l. sciendum, n. 17. vbi etiam Ludouicus Romanus, n. 3. ff. de verbor. oblig. Socinus in l. si quis arbitratu, nu. 19. ff. eod. Fabianus de Monte de emp. & vend. in 5. q. princip. nu. 25. & 26. Ripa in l. Ita stipulatus. n. 20. ff. de verb. oblig. Ruin. in cons. 144. n. 1. lib. 1. Iacopinus Riminaldus in cons. 412. lib. 3. Crauetta in cons. 272. nu. 19. vers. Aliter etiam respondeo. Dominus Ioannes Cephalus in cons. 10. 11. nu. 14. & 15. lib. 1.

His subscribit Antonius Gomesius variarũ resolutionum iuris tit. de contract. capit. 2. nu. 9. Verum dicit venditori non competere actionem ad precium, sed ad rem & fructus: actionem, inquam, præscriptis verbis vel in factum ex æquitate, l. Quoties. ff. de præscriptis verbis.

Arius autem Pinellus in commentariis l. 2. C. de rescind. vendit. in secunda parte rubricæ, cap. 1. nu. 21. in proposita specie neque venditionem esse respondit, neque contractum innominatum. Non esse venditionem, quia precium non est certum. Non esse contractum innominatum, quia contrahentes de venditione tantùm cogitabant. Allegat l. Verbis ciuilibus, ibi: *Ne fiat contrà voluntatem*, ff. de vulgari & pupillari.

Probat verò Gomesij sententiam dicentis, in hac specie venditionis iusto precio factæ, non esse dandam actionem ad iustum preciũ petendum, etiam traditione facta. *Quia cùm conuentio illa*, inquit, *quæ ad venditionem tendebat, nulla sit ex defectu substantialium, non potest per obliquũ suscitari ex traditione secuta, l. Nunquam nuda. ff. de Acquire. rerum dominio.* l. Obligationes quæ propriis viribus non subsistunt, ff. de actionib. & obligationib.

Ego in hac re sic statuo. Primùm communem sententiam veriorem esse: Nempe in ea specie non esse venditionem. Secundò esse contractum innominatum. Tertiò traditione facta, actionem dandam esse venditoris ad precium iustum consequendum, quod scilicet Iudex æstimauerit.

Priorem propositionem ita probo. Venditio non valet, nisi precium sit certum, §. precium in Institutionibus de emptione & venditione. Sed in hac specie non est certum. Igitur non valet.

Si dicatur satis esse certum, quia iustum precium intelligitur arbitrio boni viri.

Respondeo, huic argumento Iustinianum occurrere in l. vlt. C. de contrah. emptione, vbi statuit, nullam esse venditionem, si precium certum non sit, vel commissum arbitrio certæ personæ: *Nulla coniectura*, inquit, *imò magis diuinatione in posterum seruanda, vtrum in personam certam, an in boni viri arbitrium respicientes contrahentes, ad hæc pacta venerunt, quia hoc penitus impossibile esse credentes per huiusmodi sanctionem expellimus.* Quamobrẽ, quod dicitur: In boni viri arbitrio nullam esse moram, vel conditionem, vel etiam incertitudinem, locum habere potest in legatis, quemadmodum Vlpiannus loquitur in d. l. 1. de legatis 2. Ratio est, quia legatum in arbitrium alterius conferri potest, & intelligitur in arbitrium boni viri collatum, & certa semper persona nominatur.

Ad l. Si fundus §. vlt. ff. de pignoribus, placet mihi communis responsio, quam latè defendit Pinellus loco proximè citato, Iurisconsultum in ea specie loqui, vbi pactum venditionis iusto precio pignori accedit. Nos autem loquimur, vbi pactum venditionis per se consideratur, ac in eum modum celebratur.

Secundam autem propositionem sic probo. Vbi cõtrahentes venditionem appellant eam conuentionem, quę verè non est venditio, intelligitur esse contractus innominatus, l. Insulã. ff. de præscriptis verbis: *Insulam*, ait Neratius, *vt aliam reficeres, vendidi.* (hęc non potest esse vera venditio, nullo precio designato) *Respondi nullam esse venditionem, sed ciuili intentione incerti agendum*, id est, *præscriptis verbis*, inquit Gloss. *quæ datur ad incertum*, id est, *ad interesse, vel vt fiat quod conuenit.*

Et Paulus Castrensis ibidem: *Non est venditio*, inquit, *quæ sine precio stare non potest, sed est contractus innominatus:* & codẽ in loco Ias. *Hic non potest*, inquit, *esse venditio, quia sine precio non consistit. erit ergo contractus innominatus.*

Quamobrem dum ita Pinellus argumentatur. Contrahentes de venditione tantùm cogitabant, ergo illa conuentio non valet, quasi contractus innominatus. Respõdeo, argumẽtum procedere, si constaret contrahentes voluisse tantummodò emptionis & venditionis contractum celebrare. Cæterum id non cõstat ex eo, quòd de venditione facta fuerit mentio. Nam & apud Neratium venditionis verbo vsi sunt contrahentes, & tamen contractus est innominatus.

Tertiam vrò propositionem ita probo. Nẽpe actionem esse dandam ad precium consequendum facta traditione, scilicet actionem præscriptis verbis. Actio pręscriptis verbis datur, vt fiat id, quod conuentũ est. l. Naturales. §. Etsi quidẽ. ff. de præscrip. verbis, etsi non fiat ad interesse, ibi: *Sed vt damneris mihi, quantò interest mea, &c.* Sicuti declarant ibi Bartol. Castrens. num. 7. & Iason nu. 6. Ergo vẽditori, qui

qui rem tradidit, actio danda erit, vt emptorem cogat ad iustum precium præstandum, quod scilicet iudex declarauit.

Quanquam interim non negauerim eidem venditori actionem competere, vt res restituatur veluti ob eam causam data, quæ secuta non sit, vt in d.§. Etsi quidem.

Denique, quod attinet ad tertium, duplex est Doctorum sententia. Altera Pinelli in d.l. 2.C. de rescind. vend. in prima parte rubricæ cap. 1. n. 6. existimantis venditionem sic factam non valere, quia precium sit incertum. Argumento l.vlt. C.de contrah. empt. & l. Si merces. ff. Locati.

Altera est sententia magis communis: huiusmodi venditionem consistere, ita docent Bart. & Castr. in l. Si merces. ff. Locati. Corneus in cons. 50. lib. 1. Decius in consil. 648. Franciscus Bursatus in consil. 149. nu. 25. lib. 2. & Simon Pretus in cons. 6. n. 16.

Et hæc sententia videtur mihi valde probabilis. Non enim vllum video discrimen, aut differentiæ rationem inter hanc speciem & illam, qua precium committitur arbitrio certæ & nominatæ personæ. Quæ quidem venditio valet, si sequatur declaratio. Idcirco enim venditio valet in ea specie, quia precium definiri debet a persona electa, nec circa eam electionem vlla potest inter contrahentes esse dissensio. Itaque negotium non dicitur esse tunc imperfectum, sicuti cum dicitur: *Quanti velis, Quanti æquum putaueris, Quanti æstimaueris, habebis emptum*. Vel cum precium alieno arbitrio generaliter committitur, in quib. casibus non valet venditio, vt in d.l. Si merces. ff. Locati, & in l. Quod sæpe. §.1. ff. de cōtrah. emptio.

Idem ergo Iuris est in casu de quo loquimur, cùm scilicet precium declarandum est à peritis æstimatoribus, quorum alter eligendus sit ab emptore, alter a venditore. Nam & nulla inter eos accidere potest discordia, & videntur esse iam electi aut pro electis habendi, quasi quod ex pacto destinatum & constitutum est, pro iam facto habendum sit, vt & alibi. l. Etsi non sunt. §. Quid ergo. l. Lana. l. Vestimentorum. ff. de auro & argento legato, l. Ligni, §.1. l. Si chorus. §.1. de legatis. 3.

Ex his patet responsum ad argumentum Pinelli, quia licet personæ non sint certæ ac nominatæ, quarum iudicio precio quantitas committitur, ex pacto tamen eligendæ sunt: eadémque est ratio, ac si essent electæ, vt dictum est.

CAPVT II.

Vtrum duobus vendentibus cum pacto redimendi, liceat vni totum precium offerendo rem redimere.

Dvobus vendentibus cum pacto redimendi, vni eorum ius redimendi rei partem non competere partem precij offerenti, communis est omnium sententia. Ita enim docuit Bart. in l. Si quis aliam ff. de solutionib. & in l. Cui vsusfructus. ff. de vsufructu legato, & in consil. 195. Angelotus, Castr. in d.l. Si quis aliam, & in cons. 221. libr. 1. Fabrianus de Monte de Empt. & vend. 7. quæst. princip. non procul à principio. Decius in l. Eius qui. §. Quas verò. ff. Si certum petatur. Iason in l. Stipulationes non diuiduntur, n. 20. ff. De verbor. oblig. Franciscus Aretinus in cons. 3. Socin. in consil. 16. libro 4. Cagnolus in l. 2. Cod. de pactis inter emptorem & venditorem, num. 102. vbi dicitur Ruinum contrarium docuisse in l. 4. §. Cato. in 2. lectura, ff. de verborum oblig. Qui tamen hoc non dicit, imo ipsemet Ruinus hanc sententiam est secutus in d. l. Stipulationes non diuiduntur, nu. 31. Eandem sententiam secutus est Tiraquellus de tractatu consanguineorum, §. 23. Gloss. 1. vbi num. 11. dicit, se neminem inuenisse qui contrarium docet, præter Obertum Cremonensem, & Firmianum. Sed quid facerent, inquit, aduersus tot legum proceres, & eos, quidem tot armis rationum & legum munitos.

Controuersia igitur est in eo, Vtrum si totum precium vnus offerat, ac rem totam redimere intendat, audiendus sit, altero nolente, vel negligente redimere.

Etenim Castr. in d.l. Si quis aliam. ff. de solutionib. apertè negat eum esse audiendum. Eandem sententiam secuti sunt Io. Crotus & Alciatus in l. 4. §. Cato. ff. de verbor. oblig. & idem Alciatus in l. Creditori, C. de pactis. Si Tiraquello credimus, hos ita referenti de retractu conuentionali. §. 1. Glos. 6. n. 33. Sed Alciatum non inueni ista docentem, imò vero contrarium docet in d.l. Stipulationes non diuiduntur, n. 56. & 66. Refert tamen alios eiusdem sententiæ sectatores.

Alij responderunt non licere vni totam rem redimere, licet totum offerat precium, sed ei licere partem suam redimere, si modò totum offerat precium. Ita respondit Raphaël Fulgosius in l. Quod si nolit, §. Idem Marcellus ff. de ædilitio edicto. Nec non vt mihi videtur Socin. in consil. 16. n. 51. lib. 4.

Sed hæc sententia est iniquissima, & minus firmo nititur fundamento. Est enim iniquum, vt is, qui reuendit rem, totum precium consequatur, & simul etiam partem ipsius rei.

Fundamentum verò solidum non habet, quia nititur l. Quod si nolit. §. Idem Marcellus ff. de ædilitio edicto. Eius verba hæc sunt: *Idem Marcellus ait, non posse alterum ex dominis consequi actione ex empto, vt sibi pro parte venditor tradat; si proportione precium dabit.*

Ex his verbis sic Fulgosius argumentatur, Ergo si non pro portione precium dabit, sed totum, partē rei, actione ex empto, consequetur.

Respondeo, non rectè sumi id argumētum, sed ita sumi oportere. Non potest partem precij soluendo, partem rei consequi: ergo si totum precium offerat, totam rem consequi poterit. Ita liceret argumentari, non autem ad eum modum, quo Fulgosius est argumentatus. Quanquam non diffiteor, etiam altero modo sumtum argumentum non esse admodum forte.

Cæterùm communior est sententia, &, vt mihi videtur, etiam probabilior, licere vni ex venditoribus totum precium offerendo, totam rem redimere. Ita docuit Castrens. sibi contrarius in cons. 221. lib. 1. Socin. in l. 1. §. Sed & quoties. ff. ad Trebellianum. Iason in d. l. stipulationes non diuiduntur, num. 21. & ibid. Ruin. n. 32. & Alciatus n. 65. & 66. Cagnolus in l. 2. C. de pactis inter emptorem & venditorem. nu. 103. & alij quos refert & sequitur Tiraquellus de retractu conuentionali, §. 1. Glo. 6. n. 37. quibus addo Laurentium Siluanum in cons. 22.

Probatur hæc sententia, primum ex l. Fistulas. §. qui fundum. ff. de contrahenda emptione, vbi Labeo ita scribit. *Qui fundum ea lege emerat, ut soluta pecunia traderetur ei possessio, duobus hæredibus relictis decessit. Si vnus omnem pecuniam soluerit, partem familiæ herciscundæ iudicio seruabit. Nec si partem soluat, ex empto cum venditore aget, quoniam ita contractum æs alienum diuidi non potest.*

Ex sententia igitur Labeonis, audiendus est, qui totum petit, si totum precium offerat.

Secundò probatur ex l. Fundus. ff. eod. titul. vbi Iabolenus ita: *Fundus ille est mihi, & Titio emptus. Quæro vtrum in partem, an in totum venditio consistat, an nihil actum sit? Respondi, personam Titij, superuacuò accipiendam puto, ideóque totius fundi emptionem ad me pertinere.*

Sic & in quæstione nostra superuacua videtur esse illius persona, qui redimere negligit, & totum ius redimendi ad alterum spectat.

Tertiò probatur ex l. 1. §. Si pecunia ff. Depositi. *Si pecunia,* inquit, *in sacculo signato deposita sit, & vnus ex hæredibus eius, qui deposuit, veniat repetens, quemadmodum ei satisfiat videndum est. Promenda est pecunia, vel coram Prætore, vel interuenientibus honestis personis, & exsoluenda pro parte hæreditaria.* Et paulò post: *Sed si res sunt, quæ diuidi non possunt, omnes debebit tradere satisdatione idonea à petitore ei præstanda, in hoc quod suprà partem eius est.*

Quartò probatur. Nam si duo sint hæredes, vnus potest pignus luere, totam debitam pecuniam offerendo. l. Hæredes. §. Idem obseruatur. ff. Familiæ herciscundæ. Ergo idem in proposita specie statuendum est, cum nulla subsit ratio diuersitatis.

Postremò probatur ex æquitate quadam. Emptor enim rem reuendere tenetur. Si pars precij offeratur, partem reuendere non cogitur, ne scilicet inuitus in communionem incidat. Sed si totum precium offeratur, non habet iustam causam recusandi, cùm nihil sua intersit, si modo ei caueatur à redimendo in eo, quod suprà eius partem est.

Sed videamus quantum habeant momenti contrariæ sententiæ argumenta. Sunt autem tria potissimum.

Primum argumentum. Vnus præoccupare non debet ius alterius, nisi altero consentiente. Sed redimere volens hoc in casu præoccupat ius alterius, ergo non est audiendus.

Respondeo. Non præoccupat ius alterius, sibi videlicet alterius partem applicando. Imò tenetur alterum ipsius socium ad communionem recipere, & partem ei tradere fundi redempti, si precij partem restituere paratus sit.

Secundum argumentum. Vbi quis tenetur pluribus ad factum indiuiduum, non potest cogi ad illud præstandum, nisi omnes consentiant. l. 2. §. ex his. ff. de verbor. oblig. l. vlti. ff. Communia prædiorum. Sed qui tenetur reuendere, teneri dicitur ad actum indiuiduum, ergo cogi non potest ad illud præstandum, nisi omnes consentiant.

Respondeo, nego maiorem. Non obstant leges allegatæ. Nam in §. ex his. hoc tantum habetur: Hæredes vnius, qui obligatus erat ad aliquid indiuiduum, omnes in solidum teneri. In l. vlt. ff. communia prædiorum. textus dicit; Plurium dominorum fundi consensum requiri, in imponenda, vel acquirenda seruitute. Rectè. Nam in specie nostra inuitus alter partem redemptæ rei non habebit.

Tertium argumentum. Obligatio reuendēdi dicitur continere obligationem dandi, quæ diuidua est, secundum Gloss. in l. 2. in verbo, Viam. ff. de verb. oblig. In obligationibus autem diuiduis vni actio in solidum non datur, sed tantum pro parte. l. Duo fratres. ff. de Acquirenda hæreditate. Ergo vni actio non est danda ad totam rem consequendam.

Respondeo. Nego maiorem. Quoniam obligatus ad reuendendum non dicitur esse obligatus ad dandum, sed ad tradendum, licèt ex traditione dominium transferatur, si tradens sit dominus. l. Ex empto. ff. de actionibus empti. Nec contraria sententia legibus probatur.

CAPVT III.

Vtrum minor XXV. annis emens rem cum pacto

pacto reuendendi, absque decreto Iudicis, & aliis solennibus, eiusmodi pacto obligetur.

CОntrouersia est inter Doctores de minore, qui rem emit cum pacto reuendendi, an teneatur eiusmodi pacto, nec ne. Etenim eum obligari responderunt Bald. subscribens Angeli respōso in cons.416.libr.2. Andreas Isernia in capit. 1.§. de feudo dato in vim legis commissoriæ. Cagnolus in l.2. C. de pactis inter emptorem & venditorem.nu.149. Pinellus in l.1.in tertia parte. C. de bonis maternis. Tiraquell. de retractu conuentionali ad finem tituli,n.13.& seq.

Quorum argumenta hæc sunt. Non licet vnam partem contractus approbare, & aliam reprobare.l.Cum quæritur. ff. de administratio. Tutor.l.Nam absurdum, ff.de bonis libertorum.l. Si ita stipulatio. ff. de operis libertorum. Si ergo minor approbat contractum venditionis, tenetur etiam approbare pactum reuenditionis.

Secundò. Pactum huiusmodi pertinet ad executionem primi contractus, hoc est, emptionis factæ: ergo minor illud seruare tenetur, argumento l.4.§.Si ab ignoto, ff.de Manumissionib.Ibi: *Nam etsi pupillus emat, aequum est eum fidem adimplere, cùm sine damno eius hoc sit futurum.*

Tertiò. Huiusmodi pactum est pars cōtractus, & res ea lege vendita minoris æstimatur, vt latè docet Tiraquel.de retractu conuentionali.§.1.Gloss.1.num.1.& in præfatione,nu.20. Ergo ne aliter decipiatur, æquum est vt minor obligetur.

Quartò. Minoribus à lege non subuenitur, nisi decepti esse probētur. l. Verū.§.Sciendum. ff.de Minorib.l.Quod si minor.§.Non semper. ff.eodem. Sed hic nulla est deceptio, ergo non est subueniendum. Consequenter obligari videntur.

Quintò, Pactum reuendendi approbatur etiam Iure Canonico; si vsura absit, cap. ad nostram.de emptione & vend.ca. illo vos.de pigno. Vnde comprehendit etiam personas ecclesiasticas. Cur igitur & Minorem non comprehendat.

Sextò. Cùm Minori res donatur, aliquo pacto vel onere adiecto, sine dubio obligatur.l. Causam 20 ff.de Manumiss.l. Si rogatus. ff.de Manumissis vindicta. Cur ergo & huiusmodi pactum seruare teneatur?

Septimò. Minor obligatur ex pacto additionis in diem.l.Si emptionem.ff. de Minoribus. Dum ibi dicitur, Minorem restitui. Nam si non obligaretur, restitutione nō esset opus. Ergo obligatur etiam pacto de quo agitur.

Octauò. Non debet Minor cum aliena iactura locupletari, cap.ex tenore.vers. *Nos igitur.* de foro competenti. Sed hic locupletatur cum aliena iactura, quia propter pactum minoris rē emit. Ergo tenetur pactum obseruare.

Postremò. Huiusmodi pacta resolutiua cōtractus locum habent in Ecclesia, cap.Verum, de conditionibus appositis. Ergo & in minoribus.

Alij verò dixerunt, minorem quidē non obligari huiusmodi pacto, si ipse contrahat, secus autem si tutor, vel Curator eius. Argumento l. Contra Iuris,§.vlt.& l.sequenti.ff.de pactis. Ita Curtius Iunior, in cons.146. Cagnolus in d. l.2.nu.148. Idem quoad Tutorem & Curatorem responderunt Angelus & Iacopinus de S. Gregorio, in d.l.Contra Iuris.§.vlt.& Bertrandus in cons.15.lib.2.

Sed longè probabilior & communior est sententia eorum, qui dixerunt, Minorem nequaquam obligari. Ita docuit Franciscus Accursius, quem refert & sequitur Io. Andreæ in Additione ad Speculatorem.rubric. de pactis. Sequitur Albericus in l.Si ad resoluendam. C. de Prædiis Minorum. Fabianus de Monte de Emptione & Vend.qu.7.princip.in principio. Castren.in cons.112.ad finem lib.1. Gozadinus cons.15.& 16. Alciatus responso 221. Menoch. de Arbitriis Iudicum casu 171.n.31.

Probatur hæc sententia ex l. Si ad resoluēdam C.de prædiis Minorum. *Si ad resoluēdam,* inquit, *donationem, quam in emancipatum te pater contuleras, minor X X V. annis cautionē ei emisisti, cum huiusmodi scriptura contra Senatusconsulti authoritatem facta sit, non oberit Iuri tuo.*

Respondent contrariæ sententię Authores, hunc textum esse intelligendum de pacto resolutiuo ex interuallo facto, postquàm scilic. minori est ius quæsitum.

Sed nihil valet hæc interpretatio, cum nullum sit verbum in ea lege, ex quo probari possit.

Secundò hęc sententia probatur ex l.1.§.vlt. & l.seq.ff.de reb.eorū,&c. *Si minor X X V. annis emerit prædia, vt quoad precium solueret, essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere. Nam vbi dominium quæsitum est minori, cœpit nō posse obligari. Sed hic videtur illud mouere, quòd cùm dominio pignus quæsitum est, & ab initio obligatio inhæsit. Quod si à Fisco emerit, nec dubitatio est, quin ius pignoris saluum sit. Si igitur talis species in priuato venditore inciderit, imperiali beneficio opus est, vt pignus confirmetur.*

Respondet Pinellus, differentiam esse inter pignus, & pactum reuendendi, quia pignus, præsupponit dominium esse translatum in emptorem.

Replicari potest, etiam rei venditæ cum pacto reuendendi dominium in emptorem

transferri, vt latè probant Tiraquell. de retractu conuentionali. §. 2. Glo. 1. n. 34. & Menoch. in consi. 26. lib. 1.

Sed Pinellus dicit, ex pacto reuendendi statim ab initio iudicari, rem firmiter non esse mansuram apud Minorem, vnde non habet quod conqueratur, si reuendere cogatur.

Respondeo. Idem est in pignore, vt patet ex d. l. 1. §. vlt. in illis verbis: *Et ab initio obligatio inbaesit.*

Nec difficile est ad argumenta in contrariũ respondere. Nam ad primum respondeo, totũ contractum esse approbandum, quando in omnibus partibus valet, & consistit, aliàs secus, vt patet in pupillo, qui ex contractu non obligatur, & tamen alios obligat. l. Iulianus. §. Si quis à pupillo. ff. de Actionib. empt. & in Institutionibus de Authoritate Tutorum in principio.

Ad secundum respondeo, pactum quidem esse annexũ priori contractui, sed tamen specialiter esse constitutum in minore, vt contractus valeat; & pacto non obligetur, propter Senatusconsulti authoritatem, quo cauetur ne minorum bona distrahantur, nisi auctore Prætore, & aliis solennib. adhibitis. Qua de re nihil prorsus agitur in l. 4. §. Si ab ignoto, quæ in contrarium adfertur.

Ad tertium respondeo. Pactum illud esse partem contractus, sed in Minore specialiter constitutum esse, vt non obligetur.

Ad quartum respondeo. Minorib. non esse succurrendum per restitutionem in integrum, nisi sint decepti, sed hic non indiget in integrum restitutione, quia non obligatur.

Ad quintum. Concedo huiusmodi pactum comprehendere etiam Minores, si modò interueniant Iuris solennia.

Ad sextum, Concedo minorem teneri ad seruandum pactum, si modò non contineat rei immobilis alienationem, vel obligationem.

Ad septimum respondeo. Aliud esse in pacto addictionis in diem, talis enim venditio aut est conditionalis, aut sub cõditione resoluenda, l. 2. ff. de in diem addictionẽ. Vnde minor perfectè dominium non acquirit. Secus in pacto reuendendi, quia non impedit dominij translationem, vt dictum.

Ad octauum respondeo, non esse nouum in minoribus & pupillis, si dum ipsi alios obligant, contrà, aliis non obligentur, vbi solennia Iuris non interueniunt.

Ad vltimum argumentum respondeo, pactũ quidem resolutiuum valere, cùm aliquid donatur Ecclesiæ. Ita loquitur tex. allegatus & in ea specie idem esse in minore cui donatur. Cæterum aliud in minore ac pupillo, quoad propositam quæstionem attinet, legibus nostris constitutum est; nec diuersitatis ratio deficit, quia vbi donationi conditio adiicitur, illa est seruanda, nisi contineat bonorum immobilium contra Senatusconsulti authoritatem alienationem, tunc enim Principali opus est authoritate.

CAPVT IV.

Venditione facta cum pacto redimendi intrà certum tempus, si ante lapsum temporis, precij pars soluta fuerit, & post tempus elapsum redimere volens, residuum soluere paratus sit, vtrum sit audiendus?

NOn est eadem omnium sententia, vtrum sit audiendus is, qui ex pacto, vt redimat prædium, partem precij soluit, intra tempus constitutum, residuum verò paratus est soluere post tempus elapsum. Etenim Io. Imolensis in consil. 36. in casu præmisso. & Gozadinus ad l. 2. C. de pactis inter emptorem & venditorẽ, in 7. quæstio. hunc audiendum esse responderunt. Hieronymus autem Cagnolus in d. l. 2. n. 162. id negat.

Argumenta Imolensis sunt duo. Primum. Cùm emptor venditori partem precij soluit, emptio dicitur esse perfecta, nec pœnitentiæ locus est, l. 2. C. Quando liceat ab emptione discedere. Ergo idem est respondendum in ipsa reuenditione. Idem probat tex. in leg. Non icciro, & in l. Ea conditione. C. de rescindenda venditione, quib. in locis dicitur non icciro licere à venditione recedere, quod totum precium solutum ex lege contractus non sit, sed actionem ad residuum, quod debetur, competere.

Secundum argumentum. Mora regulariter purgari potest. l. Interdum. §. vlt. ff. de verbor. oblig. §. vlt. in Institutionibus de perpetuis & temporalibus actio. Ergo & hoc in casu redimere volens audiendus erit, si post elapsum tempus residuum præstare, atque adeo moram purgare paratus sit.

Argumenta verò Cagnoli sunt ista. Nemo potest ex contractu agere, nisi illum perfectè adimpleuerit pro parte sua. l. Iulianus. §. offerri. ff. de actionib. empti. Sed hic redimere volens perfectè non adimpleuit, quia precium totum tempore conuento non soluit. Ergo actionem non habet ad redimendum.

Secundò. Nemo tenetur fidem obseruare illi, qui priùs eam non seruauit. l. Cùm proponas. 2. Cod. de pactis. Sed hic redimere volens non seruauit, quia non soluit, &c. Ergo, nec illi seruanda est.

Tertium argumentum est ex l. Si quis ita. §. Sententia. ff. de verbo. oblig. vbi soluens partem summæ promissæ intra tempus constitutum

tũ non auditur, si post elapsum terminum residuum soluere velit, sed non reperitur ille textus.

Ego animaduerti sententiam Cagnoli secutum fuisse Ioannem Petrum Surdum in consi. 52. vbi citat etiam Ancharanum, quæst. familiari 11. n. 12. in 1. parte. Existimo autem quæstionem posse definiri ex responso Scęuolæ in l. Si ita quis. §. Seia cauit. ff. de verb. oblig. cuius verba hæc sunt. *Seia cauit Lucio Titio, quod mãdante eo hortos emisset, cùm precium omne cum vsuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturum. Deinde in continenti inter vtrumque conuenit, vt intra Kal. Apriles primas vniuersam summam mandator numeraret, & hortos acciperet. Quæritur cùm ante Kal. Aprilis non omne precium cum vsuris à Lucio Titio Seia solutum sit, interposito tamen modico tempore, reliquum precium cum vsuris Seia Titius soluere paratus fuerit, neque Seia accipere voluerit, & vsque in hodiernum diem per Titium non stet, quò minus reliquum soluat, an si nihilominus Lucius Titius Seia pecuniam vniuersam soluere sit paratus, ex stipulatu agere possit. Respondit posse, si non multò post obtulisset, nec mulieris quicquam propter eam moram interesset. Quod omne ad Iudicis cognitionem remittendum est.*

Hoc responso dirimitur omnis hæc controuersia, vt fatetur etiam Surdus loco allegato, n. 44. & 45. Nam si paulò post tempus elapsum residuum precij offeratur, nec Aduersarij intersit, reuenditioni locum esse non dubito, aliàs secus.

Non obstant argumenta in contrariũ, quia fateor actionem ex contractu non dari illi, qui non seruat contractum ex sua parte, & fateor frangenti fidem non esse fidem obseruandam, sed in hac specie fides obseruatur, & licet aliqua mora interponatur, si tamen emptoris nõ intersit, nullum afferre debet venditori detrimentum.

Quod si longè post tempus residuum precij offeratur, aut emptoris intersit, nõ erit reuenditioni locus. Nec obstat id, quod dicebatur, non iccirco licere à contractu recedere, quod totum precium solutum non sit, ex l. Non iccirco, C. de rescin. vend. & ex aliis legib. Quia id locum habet, vbi quis agendo, vellet à contractu recedere, atque illũ infirmare, secus autem, quando excipiendo quis aduersùs eum se defendit, qui contractum nõ adimplevit, sicuti declarat optimè Riminal. in l. Cum proponas. col. 2. C. de pactis. Alciatus in cons. 108. nu. 5. Franciscus Becius in cons. 45. n. 38. Roland. à Valle in cons. 3. n. 38. lib. 4.

Porrò tertium argumentum Cagnoli ex l. Si quis ita. §. sententia, nihil mouet, neque enim reperitur illa lex, nisi errore librariorum ille textus allegatus fuerit loco l. Si ita quis. §. Seia cauit. ex quo textu, vt iam dixi: quęstio optimè definitur.

CAPVT V.

Controuersia inter Socinum & Iasonem de eo, qui vendere promisit, precioq; accepto rem tradidit, nulla tamen venditione facta, an dominium rei in accipientem transtulerit?

CElebris est controuersia inter Socinum & Iasonem de eo, qui vendere aliquam rem promisit, & nulla venditione facta, rem tradidit, an dominium transtulerit. Etenim Iason dominium translatum esse negabat in l. Si ante. ff. solut. matr. & ita etiam respondit ex facto interrogatus, in cons. 117. li. 1. Contrarium autem Socinus docuit in eadem l. Si ante, & contrarium respondit in cons. 170. lib. 2.

Argumenta Iasonis potiora sunt ista. Promissio de vendendo non est vẽditio, ideò nec per eam dominium transfertur, sed tantum actio personalis contra promittentem datur, l. Si sterilis. §. si tibi fundus. ff. de actionib. empt. l. Qui fundum. ff. de contrah. emp. Sed hic est pactum de vendendo, & nulla est secuta venditio. Igitur, &c.

Secundò. Nuda traditio in aliquem dominium non transfert, sed requiritur causa idonea, l. Nunquam nuda. ff. de acquirendo rerum dominio. Sed hic nuda est traditio rei: Nec pactum de vendendo causa est idonea ad translationem dominij. Igitur.

Argumenta verò Socini potiora hæc sunt. Per traditionem dominium acquiritur, si præcedat causa sufficiens saltem in potentia, l. Sub conditione, & ibi Bar. ff. de solutio. l. Dotis fructus. §. vlt. & l. seq. ff. de Iure dotium. l. 1. §. 1. ff. pro dote. Sed hic traditio interuenit, & præcessit causa idonea, saltem in spe & potentia, vt loquuntur, nempe pactum illud de vendendo. Ergo, &c.

Secundò. Emptor respectu rei emptæ, & Maritus respectu dotis æquiparantur: sicut enim emptor habet rem, quia preciũ soluit, ita Maritus dotem, quia sustinet onera matrimonij. l. Ex promissione. ff. de actio. & oblig. Sed Maritus dotem accipiens ante contractum matrimonium, dominium eius acquirit, si sustineat onera matrimonij, vt docet Glo. communiter recepta in l. Si ante, ff. soluto matrim. Ergo & emptor dominium acquirit, si rem acceperit & precium soluerit.

Ego lõgè probabiliorem & communiorem esse iudico sententiam Socini, eam enim secuti sunt Decius, in cons. 614. Curtius Iun. in cõs. 82. Ruin. in cons. 47. lib. 4. Cagnolus ad l. 2. C. de pactis inter empto. & vendito. num. 172. & alij, quos refert & sequitur Tiraquellus de re

tractu conuentionali ad finem tit. n. 83. A Iaſonis autem ſententia eſt Ruin. in conſ. 77. nu. 9. li. 1. & authoritas Alex. in conſ. 73. li. 2. Qui tamen loquitur eo in caſu, quo totum precium non eſt ab emptore ſolutum.

Probatur verò euidenter, quoniam emptio & venditio perficitur ex conſenſu contrahentium l. Conſenſu, ff. de actio. & oblig. Sed in hac ſpecie conſenſus adeſt contrahentium, vt patet ex factis ipſis, nempe ex rei traditione, & precij ſolutione. Ergo videtur eſſe perfecta venditio, & dominium translatum. Ex factis enim voluntatem & conſenſum elucere perinde, ac ex verbis, exploratum eſt, vt in l. De quibus. ff. de legib. in l. Recuſare. ff. de acq. hæred. & alibi.

Ad argumentum Iaſonis ita reſpondeo. Quod attinet ad primum, concedo aliud eſſe venditionem, aliud pactum de vendendo, ſi nihil aliud concurrat. Sed hic ſunt circumſtātiæ, quæ venditionem conſtituunt & faciunt, nempe precij ſolutio, & rei traditio, ex quibus venditio efficitur, nec enim verbis opus habet, ſicut ſtipulatio.

Ad ſecundum. Fateor nuda traditione dominium non transferri, ſed hic traditio nō eſt nuda, ſed ex cauſa venditionis, quæ reſultat ex traditione facta, & numeratione precij.

CAPVT VI.

Reuendita cum pacto redimendi, incrementum alluuionis an pertineat ad eum, qui redimit, an ad eum, qui reuendit?

DE incremento alluuionis, an pertineat ad emptorem qui reuendit, an verò ad venditorem, cui fundus reſtituitur, non vulgaris eſt controuerſia. Triplex enim eſt Doctorum ſententia.

Prima. Huiuſmodi incrementum ad venditorem pertinere cui fundus reſtituitur. Huius ſententiæ author citatur Paulus Caſtr. in conſ. 388. videtur dicendum ſecundùm antiquā impreſſionem, ſed non reperitur illud conſilium, vt Tiraquellus dicit, de retractu conuentionali. n. 92. ad finem tit.

Eandem ſententiam aliquando ſecutus eſt Cagnolus, vt ipſe refert in l. 2. n. 189. C. de pactis inter empto. & vendito. Et confirmari poteſt duobus argumentis. Alterum eſt, Reſoluta venditione omne commodum interea cōtingens, ad venditorem reuertitur, l. Cum autem, §. 1. ff. de ædilitio edicto. l. Si hominem. ff. De vſucapio. l. Quod dictum, & l. Imperator. ff. de in diem addictione. Sed in hac ſpecie venditio reſoluitur ex pacto reuenditionis, & reſtituitur res venditori. Ergo reſtituenda eſt cum omni acceſſione & commodo.

Alterum argumentum. Augmētum, ſiue acceſſio pertinet ad eum, ad quem res ipſa pertinet, quia ſequitur rem ipſam, vt patet in re pignori obligata. Si quid enim illi interea accedit, pertinet ad creditorem, cui res reſtituitur. l. Fundus. §. Si res. l. Paulus. §. Si domus. ff. De pigno. l. Si conuenerit. 2. §. Si nuda. ff. De pignoratitia actione. Ergo acceſſio per alluuionem facta, pertinere debet ad venditorem, quia ipſi venditori res reſtituitur.

Secunda eſt opinio. Si venditio facta ſit ad corpus, vt loquuntur noſtri, ad venditorem pertinere augmentum alluuionis, ſimul cum ipſo fundo reſtituto. Si verò facta ſit ad menſuram, ad emptorem pertinere. Ita Gozadinus, ad d. l. 2. C. de pactis inter empto. & vendito. in penul. quæſt. & Franciſcus Zoanetus ibidem, n. 128.

Fundamentum eſt, quia vbi vēditio eſt perfecta, omne commodum & incommodum ad emptorem ſpectat. l. 1. C. de periculo & commodo rei venditæ. Sed hic reuenditio videtur eſſe perfecta, quia inter partes eſt conuentum, vt reuenditio fiat certo precio. Ergo ad eum, qui rem redimit, omne commodum ſpectare debet.

Hæc vera ſunt, cùm vēditio facta eſt ad corpus, cæterùm, ſi ad mēſuram facta ſit, quia certus eſt numerus iugerum agri venditi, ſufficit emptori ſi tot iugera reuendendo reſtituat, quot ipſi tradita ſunt à venditore. Quod ſuprà eſt, ſibi retinere poteſt.

Tertia eſt ſentētia vera & communis. Augmentum de quo agitur, ad emptorem pertinere. Ita Hieron. Cagnolus in l. 2. num. 190. C. de pactis inter emptor. & venditor. Iacob. Menoch. alios citans in conſ. 26. lib. 1. & nouiſſimè Senatus Pedem. apud Anton. Teſaur. deciſ. 140.

Probatur hæc ſententia duobus potiſſimùm argumentis. Alterum eſt. Emptio cum pacto reuendendi dicitur eſſe perfecta, vſque adeò, vt emptor interea dominium acquirat, & fructus tanquam dominus cōſequatur. Hanc propoſitionem latè probat Tiraq. de retract. conuen. §. 2. Gloſ. n. 34. Ergo omne incrementum & commodum ad ipſum emptorem ſpectat. Hanc conſequentiam probat tex. in l. Id quod. ff. de periculo & commodo rei venditæ, & in l. 1. C. eodem tit.

Alterum argumentum. Inter contrahentes æqualitas eſt obſeruanda. l. Si id quod. §. vlt. ff. de reſcind. venditio. & latè reſpondet Crauetta in conſil. 245. num. 7. Sed ſi fundus diminueretur, damno id cederet emptori, nec enim venditor illum redimere cogeretur. Ergo & commodum augmenti ad emptorem ſpectare debet. Facit regula l. Secundum naturam. ff. de reg. Iur. & ferè in terminis. l. Pen. C. de

de solutionib. vbi tex. ita dicit: *Cùm pro pecunia, quam acceperas, secundum placitum Euandro fundum dedisse profitearis, eius industriam, vel euentum meliorem tibi, non ipsi prodesse, contrarium non postulaturus, si minoris distraxisses, non iustè petis.*

Ad argumentum in contrarium respondeo. Quod attinet ad primum: Distinguo maiorē. Nam si venditio resoluatur, eò quod facta sit sub conditione, siue sub tali pacto, vt pro infecta habeatur, tunc fateor perinde statuendum esse, ac si facta non esset venditio, ac proinde omnia esse restituenda venditori, quæ medio tempore accesserunt. Secus autem dicendum, vbi venditio est resoluta ex pacto reuendendi, neque enim perinde resoluta esse videtur, ac si facta non fuisset, quia sic etiam fructus medio tempore percepti restituendi essent venditori, quod est falsum.

Ad secundum respondeo. Leges allegatas loqui in creditore, qui cùm dominium rei pignoratæ non habeat, sed illud pertineat ad debitorem, meritò etiam carere debet eo argumento & commodo, quod rei accessit alienæ.

Ad argumentum secundæ opinionis respondeo Nihil aliud probare, nisi commodum & incommodum spectare ad emptorem, & consequenter etiam ad hunc redimentem, posteaquam reuenditio facta est, & id nemo negat, sed quæstio est de augmento, quod medio tēpore accessit, videlicet antequam venditor oblato precio venditam rem sibi restitui ac reuendi peteret.

CAPVT VII.

Vtrum, qui promisit facere pactum de reuendendo, immediatè cogi possit ad reuendendum?

EVm, qui promisit facere alicui pactū de reuendendo, immediatè cogi posse ad reuendendum censuerunt Io. Franciscus Purpuratus in l. Cum fundus. §. Seruum tuum. ff. Si certum petatur. Boerius decis. 183. n. 14. & Tiraq. de retract. conuen. ad finem tit. n. 61.

Contrarium responderunt Cagnolus ad l. 2. nu. 201. C. de pactis inter empto. & vendito. Rolan. à Valle in cons. 69. lib. 3. Huius quæstionis definitio pendet ex doctrina Ioan. Andr. in additione ad Spec. tit. de solutionibus & obl. vtrum scilicet vera sit, vel falsa. Dixit Ioan. Andr. Eum, qui promisit se obligaturum ad decem, immediatè ad decem præstando conueniri posse.

Nos hic tria breuiter explicabimus: In primis docebimus Iohan. Andreæ sententiam frequentioribus Doctorum suffragiis munitam esse. Deinde probabiliorem esse demonstrabimus, quàm contraria sententia. Tertiò, quæ sit in specie proposita opinio nostra, subiungemus.

Communiorem esse hanc sententiam Ioan. Andr. patet ex Doctorū numero qui eam sunt secuti Alex. Soci. Ias. Curt. Iun. & Purpuratus. Ad l. Cum fundus. §. Seruum tuum. ff. si cert. pet. Ruinus in l. 4. §. Cato, n. 25. ff. de verb. obl. Romanus sing. 186. Obligo me, Gomesius in §. In personam. n. 41. de actionib. Affl. decis. 61. Rubeus cons. 29. Chassaneus in cons. 56. Zasius in cons. 10. n. 36. lib. 2. Alios citans Hieron. Gabrielius in cons. 58. nu. 11. Michaël Grassus lib. 1. comm. opin. c. 20. Bursatus in cons. 100. n. 11. lib. 1.

Eandem verò sententiam improbarunt Decius, & Rimina. in d. §. seruum tuum, Marsilius sing. 469. Grammaticus decis. 103. n. 188. & quidam alij quos commemorat Rolan. à Valle in cons. 69. nū. 25. lib. 3. vbi tamen Alciatum citat, qui hoc non dicit.

Hos verò & numero & authoritate longè antecedunt, sententiæ Iohannis Andreæ sectatores, vt patet.

Quod attinet ad secundum, veram esse hanc sententiam, sic demonstro. Circuitus inutiles euitandi sunt. l. cum fundus. §. seruum tuum. ff. si cert. pet. l. Dominus testamento. ff. de condictio. indeb. Clemētina, Auditor, de rescriptis. Sed euitantur inutiles circuitus hoc in casu, si promissor immediatè cogatur ad soluendum: ergo cogi debet.

Secundò. Pactum de liberando aliquem, liberationem parit, vt propterea exceptio detur debitori. Ergo eodem modo pactum de se obligando obligationem inducere debet. Prior illa propositio probatur ex l. si intrà. ff. de pactis, & ex l. si creditoris. C. de fideicommissis.

Quinque verò sunt potissimùm argumenta contrariæ sententię. Primum. Actus agentium non operantur vltra eorum intentionem. l. Nō omnis. ff. si cert. pet. Sed promittens se obligaturum, non videtur animum habuisse statim se obligandi. Ergo statim conueniri non potest vt soluat.

Respondeo. Cùm nulla dies adiicitur, præsenti die debetur id, quod promissum est, l. Cū qui calendis. §. quoties. ff. de verb. obl. Ergo is, qui promisit se obligaturum, statim conueniri potest, non tantum vt se obliget, sed ad euitandos circuitus, vt soluat.

Secundum argumentum. Qui promittit se obligaturum, videtur promittere factum. argumento l. consilio. in fine. ff. de curatore furioso. Consequenter præcisè cogi non potest, sed præstando interesse, liberatur. l. stipulationes non diuiduntur. vers. Celsus. ff. de verbor. obl. l. si pœnam, in fine. ff. eod. Ergo statim ad præstandā decem non compellitur.

G 2

Respondeo. In hac specie id, quòd interest, nihil aliud esse, quàm rem ipsam promissam, nam si tu promisisti, te mihi obligaturum ad decem, nec te obligare velis, id quod mea interest præstando, decem procul dubio mihi pręstabis, quia mea interest habere decem. Facit tex. in l. Stipulatio ista. §. alteri. ff. de verborum oblig. dum ibi dicitur inuentas esse stipulationes, *vt vnusquisque stipuletur quod interest.*

Tertium argumentum sumitur ex l. si quis stipulatus sit Stichum. §. vlt. ff. de verbo. oblig. vbi is, qui promisit fideiubere, pro fideiussore non habetur, sed in id tenetur, quod stipulatoris interest.

Respondeo. Illud meritò esse constitutum in ea specie, quia non aliam ob causam satisdatio à stipulatore desideratur, quàm, vt suæ prospiciat indemnitati. Quare si consequatur id, quod sua interest, propterea fideiussio non præstatur, satis illi consultum est.

Quartum argumentum. Aliud est venditio, aliud promissio de vendendo ex communi Doctorum sententia. Castr. & alij in l. bonæ fidei. ff. de eo quod certo loco. ergo similiter aliud est promissio de se obligando, aliud ipsa obligatio.

Respondeo. Concedo totum argumentum. Sed propter circuitum datur actio immediatè promissa.

Quintum argumentum sumitur ex l. Quod si nolit. §. in factum, ff. de ædilitio edicto. vbi Iurisconsultus docet, non posse ad precium agi, ex pacto de redhibendo, sicut ex ipsa redhibitione. *In factum*, inquit, *actio competit ad precium recuperandum, si mancipium redhibitũ fuerit.* Et paulo pòst, *Illud planè hac actio exigit, vt sit redhibitum. Cæterùm nisi fuerit redhibitũ, deficit ista actio, etiamsi nudo consensu placuerit vt redhibeatur.*

Respondeo, ex pacto actionem non dari. l. Iurisgentium. §. igitur nuda. ff. de pactis. Meritò ibi non datur actio, si nudo consensu placuerit vt redhiberetur. At in quæstione nostra præsupponendum est, oriri actionem ex promissione facta, vel quia stipulatione vallata sit, vel quia sufficientem habeat causam, vnde actio oriatur.

Quod verò attinet ad tertium, quod suprà sum pollicitus, vbi pactum de reuendendo continet rem certam, ac precium certum, existimo promittentem immediatè compelli posse ad reuendendum. Mouet inprimis authoritas Io. Andreæ, & sequacium, tum illa ratio circuitus euitandi.

Respondet Rolan. à Valle, Io. Andreæ decisionem longè differre ab hac specie, quoniam obligatus ad reuendẽdum, dicitur esse obligatus ad factum, quo casu præcisè compelli non potest, sed præstandò interesse, liberatur, quod quidem interesse est incertum. Sed in casu Ioa. Andreæ certum est ac definitum.

Replicatur, falsum esse Antecedens, quòd scilicet obligatus ad reuendendum præcisè compelli non possit, vt in sequente capite fusiùs demonstrabitur.

CAPVT VIII.

Is qui reuendere promisit, an præcisè compelli possit ad reuendendum.

Eum, qui reuendere promisit, ad reuendendum præcisè compelli non posse responderunt Corneus in con. 4. lib. 1. Soc. sen. in cons. 253. in quæst. 3. lib. 2. Gozadinus ad l. 2. C. de pactis inter emptorem & vend. col. 2. & ibi etiam Cagnolus n. 12. & nu. 129. Corasius lib. 5. Miscellaneorum. c. 9. & alij quos recenset Tiraq. de retract. conuen. §. 1. Glo. 7. n. 60.

Fundamentum est in eo, quod obligatus ad factum, præcisè compelli non possit, sed in id, quod interest condemnetur. l. Stipulationes non diuidũtur. vers. Celsus, ff. de verb. obl. Sed talis promittẽs dicitur esse obligatus ad factũ. Reuendere enim est facti, argumento l. 4. ff. de vsuris. & l. Consilio, in fine. ff. de Curatore furioso. Ergo præcisè compelli non potest.

Sed contraria sententia semper mihi verior visa est, quam amplexi fuêre Pinellus in commentariis l. 2. C. de rescind. vendit. in 2. parte, c. 3. n. 22. Io. Bapt. Lupus in comment. l. 2. C. de pactis inter emptorem & vendit. com. 2. n. 24. vers. sed aduertendum est. Chassanæus in consuetudine Burgundię, rubr. 5. §. 1. vers. Aduerte, & Francis. Zoanetus in ead. l. 2, n. 78.

Probatur hæc sententia lege & ratione: lege quidem, quia ita cõstitutum est in d. l. 2. C. de pactis inter emptor. & venditor. *Si fundum*, inquit, *parentes tui ea lege vendiderunt, vt siue ipsi, siue hæredes ipsorum emptori pretium quandocunque, vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, téque parato satisfacere conditioni dictæ, heres emptoris non paret, vt contractus fides seruetur, actio præscriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum, quæ post oblatam ex pacto quantitatem, ex eo fundo ad aduersarium peruenerunt.*

Nec obstat verbum, *restituere*, quo vsi sunt in ea specie contrahentes, & quod imprimis perpendunt contrariæ sententiæ authores. Quoniam cum intelligi debeat secundum subiectam materiam, vti regulariter verba accipiuntur, idem importat, quod reuendere. Vel id, quod reuenditionis consequens est, emptori rem restituere.

Ratione verò probatur hæc sententia, quia semper contractus interpretari debet secundum.

secundùm mentem contrahentium. l. Semper in stipulatio. de Reg. Iur. & prout ipsi contrahentes verisimiliter respondissent, si tempore contractus essent interrogati. l. Tale pactum, §. vlt. Vbi Iason latè nu. 16. ff. de pactis. Ac denique in eum modum interpretari debet, per quem nemo ex contrahentibus decipiatur. l. Si id quod. ff. de rescind. vend. l. penul. in fine. C. communi diuidundo. Crauett. in consi. 133. n. 7. & alibi.

Sed si dicamus promittentem esse præcisè compellendum, & satisfacimus menti contrahentium, & nemo deceptus remanet, si verò secus interpretemur, contrarium sequitur: Ergo illa interpretatio præcipua esse debet, quæ promittentem præcisè cogit ad reuendendum, atque adeò ad rem restituendam, cùm scilicet rei restituendæ facultatem habet.

Illa minor propositio euidenter patet. Quis enim in ea conuentione existimaret aliud, quàm eum animum vendentis fuisse, vt restituto precio rem suam recuperaret? Quis non videt eum decipi, si in eo laborare debeat, vt id, quod sua interest, demonstret: cuius rei plerunque difficilis probatio esse solet, vt icirco de pœnis in facti stipulationibus adiiciendis admoneamur, ne circa eiusmodi probationes laboremus. §. non solùm, Institutio. de verbo. oblig.

Ad argumentum contrariæ sententiæ vno verbo respondetur. Illud in præsenti specie vires nō habere, propter circumstantias supradictas, quibus euincitur, eam fuisse mentem cōtrahentium, vt præcisa esset obligatio.

CAPVT IX.

De mutatione monetæ, controuersia VI.

CVm mutatio monetæ alia sit extrinseca, alia verò intrinseca, quędam sunt de vtraque controuersiæ.

Extrinsecam mutationem appello vnà cum Doctoribus, quoties materia non mutatur, sed tantùm æstimatio. Intrinsecam verò quoties eadem æstimatio quidem manet, sed materia preciosior, aut vilior efficitur.

De extrinseca sunt quinque controuersiæ.

Prima in contractu mutui. Secunda in dote. Tertia in emptione & venditione. Quarta in eodem contractu, vbi pactum reuendendi accessit. Quinta in legato Testatoris. Circa verò intrinsecam mutationem vnica est generalis controuersia, Sitne habenda ratio ipsius mutationis intrinsecæ, ita vt eadem bonitas materiæ, quæ tempore contractus aderat, etiam tempore solutionis præstari debeat.

Quod attinet ad primam quæstionem, seu controuersiam, illa est huiusmodi. Si tu mihi mutuasti centum aureos, & antequàm restituerem, aucta, vel diminuta sit aureorum æstimatio, vtrum id cedat, tui Creditoris commodo, vel incommodo, an verò mei debitoris.

Tres sunt Doctorum sententiæ. Vna: Hanc mutationem pertinere ad commodum, vel incommodum debitoris. Huius sententiæ Authores sunt Anto. Butrius & Abbas, in c. quantò. de Iureiu. Curti. sen. & Iun. ad l. Cùm quid. ff. Si certum petatur. Modern. Parisien. in tract. de contract. quæst. 92. num. 604. Qui quidem tractatus adscribitur Gaspari Caballino. In eandem sententiam propendere videtur, Decius in d. l. Cùm quid. n. 56. & Couuar. de Collatione veter. numismatis. §. vnico. nu. 3. vers. cæterùm. Idem tradidit Afflictus, decis. 194. num. 5.

Argumenta huius sententiæ sunt hæc. Substantia nummorū in æstimatione potissimum consistit. l. 1. ff. de contrah. emp. ibi. *Eaque materia forma publica percussa, vsum, dominiumq, non tam ex substantia præbet, quàm ex quantitate.* Ergo id actum inter contrahentes censetur, vt pecunia restituatur eiusdem æstimationis, non autem maioris, neque minoris. Consequē ter si diminuta est æstimatio Principis edicto, tot Creditori refundere nummos debitorem oportet, vt eādem pecuniæ æstimationem accipiat quam mutuò dedit. Quemadmodum & contrà si augeatur ęstimatio, debitori sufficiet, tantùm restituere, quanta erat pecuniæ mutuo datæ æstimatio.

Secundum argumentum. Obligatio ad pecuniam dicitur esse certa, l. Nummis. ff. de in litem iurando. l. 1. ff. de condictio. triticaria. Ergo siue augeatur, siue minuatur æstimatio pecuniæ, nil creditoris interesse videtur, si modò illi restituatur pecunia æstimationis eiusdem, quam ipse dedit, alioqui, si secus statuatur, incerta erit obligatio, & variabitur ex mutatione ipsius monetæ.

Tertium argumētum. Pecunia recipit functionem in genere suo, & quidem etiam cum pecunia diuersæ speciei, vel materiæ, l. Quæ extrinsecus. ff. de verb. oblig. Ergo pecuniæ æstimationem principaliter in contractum deducta esse videtur, sufficit enim si Creditori altera tanta pecunia diuersæ speciei, ēiusdem tamen æstimationis, restituatur. Quòd si æstimatio præcipuè attendenda est, illa certè attēdenda erit, quæ tempore contractus erat, Argumento l. Rutilia Polla ff. de contrah. empt. Consequenter omnis mutationis cōmodum, vel incommodum ad debitorem spectare debet, non autem ad creditorem.

Quartum argumentum. Si diminutio æstimationis damno creditoris cedere deberet, sequeretur absurdum, nempe eum, dum alteri benefacit, in damnum incidere? Quod proba-

tur. Nam si pecuniam non mutuò dedisset, potuisset eam exponere, secundùm æstimationē, quæ erat tempore contractus.

Quintum argumētum. Si mutatio ista, præsertim verò diminutio precij ac æstimationis ad creditorem pertineret, sequeretur debitori licere, mutuò acceptum restituere, non æquè bonum, quod est contra l. Cum quid. ff. Si certum petatur. Ergo potius ad debitorem pertinere debet.

Sextum argumentum. Si ad creditorem pertineret hæc mutatio, & diminutio contingeret æstimationis, lucrum faceret ipse debitor, & commodum sentiret, quia nummos expendere posset, secundum æstimationem illam, quæ tempore contractus erat: Interim frueretur vsura temporis, & beneficiū acciperet. At contrà creditor, dum alteri gratificaretur, damnum pateretur. Sed ista sunt iniqua, & cōtra Iuris regulas, quæ inter contrahentes æqualitatem seruandam esse monent, ergo non pertinet hæc res ad creditorem.

Septimum argumentum. Consuetudo est notissima, ferè vbique, vt debitori liceat in alia specie monetæ creditori pecuniam restituere, si modò eandem restituat quantitatem & æstimationem pecuniæ, sicuti testatur Bar. in l. 1. ff. de auro & argento legato. & in l. Paulus. ff. de solutio. Socin. sen. in consil. 6. libr. 1. Menoch. in cons. 49. nu. 19. lib. 1. Ergo, siue minuatur, siue augeatur æstimatio, creditori sufficit accipere pecuniam sibi debitam, secundum æstimationem, quæ tempore solutionis est, si modò tantum consequatur, quanti æstimabatur pecunia mutuò data tempore contractus. Pro hac sententia facit Bartoli doctrina, in l. Cùm certum. ff. de auro & argento legato. Quam refert & sequitur Curti. Iun. in consi. 24. num. 5. & 6. Menoch. d. consil. 49. nume. 17. libr. 1.

Postremum argumentum est ex c. Olim, de Censib. Sed loquitur de mutatione intrinseca, vnde non facit ad rem nostram, sicuti monent Aretinus in d. l. Cum quid. col. 2. & Menoch. d. cons. 49. n. 32.

Secunda est opinio Baldi, in l. Acceptam. q. 17. C. de Vsuris. & loquitur potissimum vbi æstimatio est diminuta. Aut statim atque debitor mutuò accepit, imminuta est æstimatio, & tunc quia nullum commodum sensit ex priore æstimatione, ea diminutio cedere debet damno creditoris. Aut accidit ex interuallo temporis talis diminutio, postquam debitor pecuniam expendit, & antiquæ æstimationis commodum sensit, & tunc debitoris incommodo ea diminutio cedere debet. Hanc sententiam magnoperè commendat Modernus ille Parisiensis in loco superius annotato. numer. 701.

Tertia est sententia vera & communis, in hac re discrimen esse statuendum inter debitorem, qui non fuerit in mora soluendi, & eū, qui fuerit in mora. Nam si debitor fuerit in mora, damnum ex diminutione proueniens, ad eum pertinebit. Si verò non fuerit in mora, diminutionis detrimentum, vt & commodum augmenti Creditoris erit. Ita Barto. in l. Cum quid. nu. 17. ff. Si certum petatur. & in l. Paulus. nu. 8. ff. de solutio. Castr. in ead. l. Cum quid, n. 6. Nec non Socinus, n. 42. & Alciatus, num. 68. Alex. ibid. nu. 16. Bauerius in singularibus suis, in rubr. Mista, de contract. n. 19 Coua. de collatio. veter. numism. cap. 7. §. vnico. nu. 3. Tiraquell. de retractu consang. Glos. 18. nu. 27. Albertus Brunus, in tractatu de augmento & diminutione, concl. vlt. limit. 1. Natta cons. 454. nu. 2. & 3. Bologninus cons. 16. Boerius decis. 327. n. 4. 7. & 9. Berous in conf. 145. n. 25. 26. & 27. lib. 1. Corasius lib. 4. Miscellaneorum cap. 13. n. 5. Andr. Geyll. li. 2. pract. obseru. cap. 73. n. 9. Menoch. cons. 49. num. 45. Hieron. Gabriel. cons. 164. n. 4.

Probatur hæc sententia argumento sumpto ex l. Vinum. ff. si certum petatur. Notatur in ea lege debitorem vini mutuò accepti obligatū non esse ad restituendum vinum eiusdem æstimationis, quæ tempore contractus erat, nisi fuerit in mora. Ergo idem, & in specie ista statuendum videtur.

Confirmatur argumentum hac ratione, cùm debitor non est in mora, cur pati debet damnū ex diminutione æstimationis, & non potiùs creditor, apud quem si nummi fuissent, damnū æquè sensisset? At potuisset inquies expendere illos antequam decresceret æstimatio? Verum est. Quid ni? Sed quis eum coegit ad mutuandum? Quid si creuisset æstimatio? Nónne lucrum perciperet ex horum sententia? Ergo, & damnum ferre æquo animo debet, satisque debitor facit suæ obligationi, si totidem aureos, quot accepit, restituat, in bono auro, vel argento, iustóque pondere.

Respondent contrariæ sententiæ authores, aliam esse rationem vini, quoniam vini æstimatio prorsus est accidentalis, ita vt in contractu non censeatur eius habita ratio, at in pecunia secus, cùm eius vsus principaliter consistat in æstimatione extrinseca.

Sed replicatur, non esse verum quod assumitur. Nempe in pecunia principaliter habendā esse rationem æstimationis extrinsecæ, imò verò æquè principaliter est habenda ratio æstimationis intrinsecę, hoc est, bonitatis ipsius auri, vel argenti, ciúsque materiæ, vt patet ex l. 1. C. de veter. numism. potestate, & ex l. 1. C. de ponderator. & auri illatione lib. 11.

Vnde non obstat primum argumentū ipsius contrariæ sententiæ. Quod enim Vlpianus ait in-

in l.1.ff.de contrah.empt. *Pecunia materiam vsum & dominium non tam ex substantia, quàm ex quantitate præbere*, intelligendum est, quo ad commerciorum & permutationum commoditatem, eam enim ob causam inuentus est nummus, cuius æstimatione omnes res comparantur: Atque ita etiam Vlpianus ipse loquitur.

Quod verò dicebatur pecuniæ æstimationem principaliter in contractum venisse, actúmque censeri inter partes, vt eiusdem æstimationis nummi restituantur, cõclusioni nostræ non officit, quia omnis obligatio regulariter habet locum, atque intelligitur rebus sic stantibus. Secus vbi mutatio est secuta, nec res est amplius in eodem statu, l. Quod Seruius, & ibi Iason notat, num. 8. ff. de condictio. causa data, causa non secuta. Latè Tiraquell. ad l. Si vnquam. in præfatione, num. 266. C. de reuocandis donationibus. Ideo si diminutio æstimationis facta fuerit, non tenetur debitor ad eam præstandam, quæ tempore contractus erat.

Ad secundum argumentum respondeo, illud locum habere, si loquamur secũdum tempora Romanorum Iurisconsultorum, tunc æstimatio pecuniæ erat perpetua & immutabilis. l. Ideo. ff. de eo quod certo loco. Nunc verò variatur æstimatio monetarum, vnde satis certa erit obligatio ad pecuniam, si inspecto tempore contractus apparuerit, quid, quale & quantum, nulla ratione habita incertæ & futuræ mutationis. Argumento l. Cum hic status. §. Si sponsus. ff. De donationibus inter virum & vxorem. Neque enim id, quod certum est contractus tempore, ideo minus certum reputandum est, quod in futurum mutari possit, alioqui nulla erit certa inter homines dispositio, quandoquidẽ omnia mutationi subiecta sunt. Facit text. in l. Quemadmodum. §. Si nauis. ff. ad legem Aquiliam. in l. 1. ff. de in litem iurando, in l. Plerunque, de reg. Iur. cum aliis à Tiraquell. citatis, de retract. conuent. §. 2. Glos. vnica. n. 37. & seq.

Ad tertium argumentum, fateor pecuniam recipere functionem in genere suo, & actum censeri, vt eadem æstimatio præstetur, sed hoc intelligi debet rebus ita stantibus, non autem mutatione facta æstimationis.

Ad quartum. Concedo fieri posse, vt creditor ante mutationem pecuniam expendat, sed concedatur etiam fieri posse, vt non expendat, sed penes se retineat pecuniam. Itaque res est incerta, ita se habens ad lucrum, vt ad damnũ. Lucrum enim faceret creditor si augeretur æstimatio, vt patet, consequenter non debet conqueri, si ex diminutione sentiat damnum, l. Si lege. C. de vsuris, l. 1. C. de Pactis, cum similibus, vt statim dicetur.

Ad quintum argumentum respondeo, illud pertinere ad mutationem intrinsecam, de qua nunc non disputamus. Vini enim bonitas, nequaquam in æstimatione consistit, sed pendet ex sapore & gustu, & aliis similibus, vt notum est.

Ad sextum respondeo. Nullum absurdum sequi ex hac communi sententia, quoniam sicuti damnum creditoris allegatur ex diminutione, & cõmodum debitoris, ita etiam è contra allegari potest creditoris commodum ex augmento æstimationis. Quare hæc res, quæ se habet æquè ad damnum, & ad lucrum, nil iniusti, nil absurdi continere videtur. l. de Fideic. C. de Transact. l. Si pater puellæ. C. de inoffic. testam. l. Si ea lege. C. de Vsuris. Tiraqu. de Iure primogeniorum. in 6. quæst. n. 4.

Ad vltimum argumentum respondeo negando consuetudinem illam generalem extare, sicuti negat Purpuratus in consil. 522. num. 31. lib. 2. Deinde respondeo, Bartolum qui allegatur melius alibi docuisse, quàm in l. Cùm certum, ff. de auro & argento legato. sicuti animaduertit Natta in d. cons. 454. nu. 6. Atque intelligendum esse iuxta communem sententiam, nempe, vt creditoris sit periculum, vel damnum, sicuti declarat Berous in d. cons. 143. nu. 26. li. 1. Et tantum de hac prima quęstione.

CAPVT X.

Explicantur alia quatuor controuersiæ de mutatione extrinseca monetæ, nec non postrema, de mutatione intrinseca.

SEquitur secunda controuersia de cõtractu dotis, in qua quidem sacro regio consilio Neapolitano visum est inspiciendam esse ęstimationem, quæ tempore contractus erat, & idcirco debitorem supplere oportere, quod deest, si fortè decreuerit æstimatio, sicuti testis est Afflictus decis. 194. Eandem sententiam quibusdam adiectis conditionibus amplexus est Parisiensis ille in tract. de contract. num. 717.

Cæterùm & in hac specie longè verior, & communior eorum sententia mihi videtur, qui distinguunt eo modo quo in præcedenti, vt videlicet, si debitor in mora existat, ipsius sit periculum, & damnum ex mutatione proueniens, secus autem, si non fuerit in mora. Ita Bald. in consil. 213. Punctus quæstionis talis est. lib. 5. Aretinus in consil. 84. Ludouicus Bologninus in cons. 16. Natta in cons. 454. & Nicolaus Boerius decis. 327. vbi testatur hanc esse communem sententiam, & ita iudicatum fuisse.

Probatur hæc sententia iisdem argumentis, quibus doctores vtuntur in præcedenti

controuersia, iisdémque modis argumenta contrariæ sententiæ refelli possunt, quibus in præcedenti controuersia confutata sunt.

Quod attinet ad tertiam, in ea sum sententia, vt ex præmissis decidatur, quoniam in contractu Emptionis & Venditionis eadem planè est ratio, quæ in aliis contractibus, Mutui scilicet & Dotis. Idcirco si Emptor fuerit in mora soluendi precium venditori, mutationis periculum subibit, secus si non fuerit in mora. Ita Aretin. in cons. 11. n. 3. & de contractu locationis & venditionis verba faciens Augustin. Berous in cons. 143. num. 25. 26. 27. lib. 1. Quare longa illa Parisiensis distinctio in d. tract. de contrac. quæst. 93. num. 712. minimè necessaria esse videtur.

Quod attinet ad quartam controuersiam Hieron. Cagnolius in l. 2. C. de pactis inter empto. & vendito. nu. 210. in eam sententiam propendêre videtur, quam in superioribus probauimus, dũ citat Bart. in l. Paulus. ff. de solutio. & Aretin. in cons. 84. Sed disertè magis idem docet Boerius decis. 327. n. 4. Nempe venditorem redimere volẽtem totidem nummos, quot eidem numerati sunt, emptori restituere debere, nulla ratione habita mutationis, sed eius tantum æstimationis, quæ tempore contractus erat. Idem respondit Crauetta in cons. 47. quorum sententia videtur mihi verissima. Nam venditor emptori promisit idem preciũ, quod accepit, restituere, puta centum aureos. Illud igitur restituit, centum aureos numerando.

Quòd si minoris sint valoris, nulla est culpa venditoris, sed magistratus. Si damnum emptor habet, illud ęquo animo ferre debet, quia si aucta fuisset æstimatio, lucrum fecisset. Quare & in hac specie valere iubeo Parisiensem cum suis distinctionibus & ratiocinationibus. In maximo enim veterum Iurisconsultorum & Legislatorum silentio, iuuat communes sententias amplecti, præsertim vero ratione munitas.

Atque idem statuo in legato pecuniæ à testatore designatæ, vt scilicet ea præstanda sit legatario quantitas, quam testator reliquit, inspecta illa æstimatione, quæ tempore solutionis est, nulla ratione habita mutationis ac diminutionis, nisi à tempore moræ, secutus Paul. Castr. qui ita docet in l. 3. C. Communia de legatis.

Nec me mouet authoritas Mariani Socini sen. in cons. 6. lib. 1. vbi indistinctè respondit habendam esse rationem æstimationis, quæ tempore testamenti erat. Eius enim argumenta hanc sententiam non euincunt.

In primis sic argumentatur. Testatoris voluntatem intelligendam esse secundùm tempus testamenti, l. Si ita ff. de auro & argento legato. Consequenter legatum nummorum ex tempore testamenti esse declarandum. vt scilicet in ea æstimatione præstetur, quæ erant tempore testamenti.

Respondeo, negando consequentiam. Nam licet habendæ sit ratio temporis testamenti conditi, quantum ad quantitatem & qualitatẽ nummorum, atque adeo quantum ad intrinsecam bonitatem ipsorum, non tamen eiusdẽ æstimationis habenda est ratio, quia testator de æstimatione cogitasse non videtur. Quare si paratus sit hæres legatario pręstare eos nummos, quos testator designauit, nullamque in ea re moram admiserit, cum satisfacere puto testatoris volũtati, quippe qui nummos eiusdem æstimationis præstitisset, si eadem permansisset æstimatio.

Secundò, Marianus argumentatur ex consuetudine, quæ est, vt pro pecunia debita in certa specie, alia præstari possit. Quo fit, vt hęres statim à morte testatoris, si non soluat vel aureos relictos, vel eorum æstimationem, in culpa esse videatur.

Respondeo. Dato, quod vigeat hęc consuetudo, quod tamen dubium est, vt in cap. præcedenti diximus, illa consequentia non est bona, ergo hæres potest a morte testatoris statim soluere in alia moneta. Quòd si non soluat, in culpa esse videtur. Nam nos loquimur de hærede, qui nullam in soluendo moram commisit. Quod si legatum sub die, vel sub conditione relictum sit, quis culpam adscribet hæredi statim non soluentis.

Restat postrema quæstio de intrinseca mutatione monetæ, in qua quidem communis est & vera sententia, in contractibus ita esse statuendum, vt si bonitatis intrinsecæ mutatio contingat, nihilominus ea præstanda sit bonitas a contrahentibus, quæ tempore contractus erat. Ita respondit Socin. sen. in cons. 298. lib. 2. Soc. Iun. in cons. 145. n. 95. lib. 1. & 142. n. 6. lib. 2. & 101. lib. 3. Natta in cons. 302. & 454. Couu. de veter. numis. collatio. c. 7. §. vnico num. 2. in prima conclusione. Purpuratus in cons. 522. li. 2. Dominus meus Cephalus in cons. 31. num. 8. Arius Pinell. ad l. 2. C. de rescind. venditio. in prima parte rubr. c. 3. nu. 23. Cagnolus ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit. Albertus Brunus de augmento. concl. vlt. Canonistæ communiter in c. Olim, & in c. Cum canonici, de censibus.

Probatur hæc sententia. Primò ex c. Cum Canonicis. De censibus, cuius verba hæc sunt: *Cum Canonici maioris Ecclesiæ, quandam summam pecuniæ pro pensione Ecclesiæ tuæ debitam aliquot annis persolueris & iidem summam illam ex integro de meliori moneta exigant sibi solui. Tibi damus nostris literis in mandatis, ut Canonicos illos solutionem*

gratoria

prioris pecuniæ, vel si non sit in vsu, æstimatione pensionis antiquæ facias manere contentos. Hactenus Gregorius.

Respondent contrariæ sententiæ authores, quos infrà referam, Pontificem ibi loqui, quando moneta non solùm aucta est intrinsecùs, sed etiam extrinsecùs, proportionabiliter iuxta intrinsecum augmentum. Quod probatur primò, quia vetus moneta non erat abrogata, neque diminuta, sed manebat in antiqua æstimatione, & sic erat bona & legitima, vt prius, alioqui non diceretur in textu, Debitorem potuisse soluere ex antiqua moneta. Pecunia verò noua erat maioris æstimationis, quod ex eo patet, quia textus dicit soluendum esse, iuxta æstimationem antiquæ monetæ. Ergo moneta noua erat aucta etiam extrinsecus.

Secundò id probatur, quia plerunque ita accidit, vt si moneta aliqua melior & fortior cudatur, maior æstimatio etiam indicatur.

Deniq; probatur, quia si noua moneta melior excusa fuisset sumptib. Reipub. non aucto valore ipsius, tunc antiqua moneta vel fuisset reprobata, tanquam adulterina, vel cœpisset esse minoris æstimationis, quorum neutrum accidit in specie dicti c. Cum canonicis, imò contrarium accidit, quia vetus moneta, nec reprobata erat, nec æstimatione diminuta. Ex quo sequitur, tàm extrinsecùs, quàm intrinsecus auctam fuisse.

Respondeo, hæc non obstare. Nã quod primo loco dicitur, monetam ibi non fuisse reprobatam, nullam habet firmitatem, quia Põtifex idem rescribit in vtroq; casu: siue reprobata fuerit, siue non, vt patet ex illis verbis: *Solutione prioris pecuniæ, vel si non sit in vsu, æstimatione facias esse contentos.* Neque bona est consequentia: Vetus moneta non fuit reprobata, & mansit in sua veteri æstimatione. Ergo moneta noua, tam extrinsecùs, quàm intrinsecùs, melior facta est & aucta. Nam fieri potuit, &, nisi fallor, ita accidit, vt antiqua moneta reperiretur, ac in vsu esset. Canonici autem, nouam exigerent monetam longè meliorem, hoc est, melioris auri, seu materiæ magis preciosæ, quamuis eiusdem esset precij. Quod iniustum erat.

Quod verò dicit textus: *Vel si non sit in vsu, æstimatione pensionis antiquæ facias manere contentos*, non probat monetam nouam extrinsecùs auctam fuisse, sed cum esset melior, non esse soluendam loco antiquæ. Consequenter videndum, quanti antiqua valuerit, & eam æstimationem præstandam esse.

Confirmatur hæc sententia, quia nimis durum & absurdum esset existimare Canonicos illos meliorem monetam exegisse, quæ scilicet preciosioris esset materiæ, & simul etiam maioris æstimationis. Id profectò nimis iniustum fuisset, sic enim plus debito exegissent, vnde & summus Pontifex eos redarguisset, vt facere solet.

Rursus confirmatur hæc interpretatio, quia textus dicit, Canonicos exigere voluisse summam pecuniæ debitam, de meliori moneta. Si moneta, quò ad æstimationem, aucta fuisset, non summam sibi debitam, sed maiorem exegissent.

Nec obstat illa responsio. Verba illa referenda esse ad numerum nummorum, qui erat idem, non autem ad æstimationem inde resultantem, quæ maior erat, vt probant verba in fine textus, ibi: *Æstimatione pensionis antiquæ, &c.* Quia respondeo, Verba: *Æstimatione pensionis antiquæ, &c.* id non probare quod assumitur. Nam si ego peto, & exigo summam, quam mihi debes, in meliori moneta, non est sensus, vt mihi soluas, & numeres tot nummos, quot mihi debes, maioris tamen æstimationis, quàm debeas. Sed sensus est, vt mihi restituas summam debitam in moneta meliori, hoc est, ex materia magis preciosa & pura.

Quod verò secundò dicebatur, plerunque id accidere, vt aucta bonitate intrinseca, augeatur etiam extrinseca, locum habere potest, quoties antiqua moneta iustam habuit æstimationem & congruam eius bonitati, tunc enim si augeatur quoad materiam & bonitatem, necessariò augeri debet etiam quoad precium & æstimationem. Hoc verò an acciderit in ea specie, de qua summus Pontifex loquitur, nobis est ignotum. Quare fieri potuit vt antiqua moneta maioris esset æstimationis, quam eius materia exegisset, vt propterea eadem æstimatione manente, bonitas materiæ auctæ fuerit.

Cum verò tertio loco sic argumentantur. Si expensis Reipub. noua moneta melior excusa fuisset, non aucto valore extrinseco, tunc necessario, vel fuisset antiqua reprobata tanquam adulterina, vel cœpisset esse minoris æstimationis, quorum neutrum est in d. c. Cum Canonicis.

Respondeo, forsan reprobatam fuisse in illa specie. Ait enim Pont. Max. *Vel si non sit in vsu, &c.* Item fortasse minoris æstimationis fuisse, quæ causa fuit, vt Canonici nouam monetam exigerent longè meliorem. Sed respondit summus Pont. si pecunia vetus sit in vsu, eam esse præstandam: *Solutione,* inquit, *prioris pecuniæ eos facias esse contentos.* Ex quo efficitur mutatione intrinseca contingere, eius monetæ, quæ tempore contractus erat in vsu, vel eius æstimationis rationem habendã esse, nec meliorem monetam exigendam, ex meliori scilicet materia.

Quæ sententia secundo loco probatur, quia intrinseca bonitas monetæ consistit in materia ipsa auri vel argenti, & in eius pondere ac specie, vt probat. l. 1. ff. de contrahen. empt. ibi: *Non tàm ex substantia, quàm ex quantitate.* Quo fit, vt pecunia præstanda sit boni ponderis & materiæ, l. 1. C. de veteris nummismatis potestate. li. 11. & l. 1. & 2. C. de ponderatoribus, lib. 10. Ergo ipsa bonitas intrinseca, quæ erat tempore contractus, præstari debet, quasi actum inter partes sit, vt præstetur eadem illa bonitas, argumento l. Cum quid. ff. Si certum petatur. Et quasi in contractum ipsum deducta sit, argumento l. Rutilia Polla. ff. de contrahenda emptione.

Respondet Parisiensis, vnus ex contrariæ sententiæ authoribus, quos statim adferam. Argumentum hoc probare, necesse esse, vt moneta non solùm forma conuenienti, sed etiam materiæ bonitate, publicè definita & constituta prædita sit, vt dicatur esse proba moneta: *Quod*, inquit, *non est in controuersia.* Sed fallitur in hoc, nec tollit argumentum, cuius vis est in eo posita, quòd, cum bonitas materiæ pertineat ad intrinsecam bonitatem monetæ, illa principaliter in contractum deducta esse videatur, vt præterea mutatione contingente, eius solius, vtpote à contrahentibus consideratæ, & in contractum deductæ ratio habenda sit, quemadmodum docet communis hæc sententia.

Quæ probatur tertio loco. Creditor de Iure non cogitur in aliam formam, quam conuenit pecuniam recipere, vbi damnum passurus est, l. Paulus, ff. de solutio. Ergo similiter non est cogendus, vt pecuniam recipiat deterioris materiæ si damnum passurus sit, Nulla enim est diuersitatis ratio; Atqui verisimiliter damnum passurus est, tum quia moneta deterioris materiæ plerunque æstimatione minuitur, tum quia non tam facilè expendi potest. Si non est cogendus creditor, vt pecuniam recipiat deterioris materiæ, ergo neque debitor cogendus est ad soluendam pecuniam ex meliori materia conflatam, ne sequatur inæqualitas inter contrahentes.

Respondet Parisiensis, argumentum rectè concludere, vbi facti circumstantiæ ostendūt, aliquod iustum interesse Creditoris in præsēti, *Quibus in casibus*, inquit, *non loquitur, sed quando creditor tenax & auidus, cui debitum offertur, in pecunia communiter approbata & expendibili, & in qua non imminet periculum, quin commodè tanti locare possit, si velit, causatur diminutionem bonitatis intrinsecæ, quæ sensim facto, vel conniuentia Principum, siue iustè, siue iniustè emersit: Hoc demum non solum inhumanum, sed iniquum nobis videtur, siue ex iustis causis ea diminutio emerserit, (quo casu nemo sanæ mentis dubitat) siue ex iniustis, quia tunc saltem casus est fortuitus respectu debitorum.* Hactenus ille.

Sed rarò, ni fallor, talis mutatio continget & diminutio sine damno creditoris ex causis supradictis, qui quidem creditor, semper iustè allegabit eam bonitatem sibi præstandam esse, quæ in contractum deducta fuit, præsertim cùm debitor possit eam præstare, supplendo id, quod deest antiquæ bonitati & materiæ.

Cæterum ab hac sententia recesserunt Io. Faber in Auth. Hoc nisi. C. de solutio. Geminianus in cons. 137. Romanus consil. 123. & in singulari 519. incipiente: Quod tempus. Parisiensis de contract. quæst. 100. nu. 749. & quidam alij, quos refert & sequitur Menoch. in cons. 49. num. 38. Quorum argumentis iam respondendum est.

Primum est huiusmodi. Substantia monetæ est valor impositicius, non autem materia, quia non est corpus physicum, sed artificiale, vnde non videtur in contractum deduci, nisi sub ratione valoris imposititij, & sic attendenda non est bonitas materiæ, sed tantùm valor. Alioquin obligatio pecuniæ non esset certa, nec eiusdem potestatis & æquipollentiæ cum alia moneta, quemadmodum leges dicunt, si dato valore & cursu, exigeretur etiam bonitas materiæ, quæ erat tempore dispositionis.

Respondeo, Negādo substantiam pecuniæ cōsistere in valore imposititio, vt ipsi loquuntur, imò verò tam ex substantia, id est, ex materia consistit, quàm ex quantitate. l. 1. ff. de contrahen. emptio. & suprà etiam diximus.

Et dum dicitur: Si non deduceretur moneta in contractum, sub ratione valoris imposititij, eius obligatio non esset certa. Id nego. Quid enim impedit, quò minus certa sit hæc stipulatio? Promittis mihi centum aureos coronatos boni & iusti ponderis? Apparet enim quid, quale, & quantum sit deductum in stipulationem. l. Certum. ff. Si certum petatur. Et tamen materia, seu bonitas intrinseca in hanc stipulationem deducitur, vt patet.

Rursus si dicatur ex hoc sequi, pecuniam non recipere æquipollentiam cum alia materia, respondeo, imo recipit functionem in genere suo, & alia moneta præstari potest, si aliud non obstet, & non sit ex deteriori materia confecta, ita vt damnum creditor passurus sit.

Secundum argumentum. Appellatione auri & argenti venit aurum & argentum etiam factum, vt vasa aurea, vel argentea l. Quæsitū. §. Illud. de legatis 3. l. Cum aurum. ff. de auro & argento leg. Non tamen veniunt nummi aurei, vel argentei, etiam ex pura materia, vt in d. l. Cum aurum, & in l. Quintus 2. §. 1. eod. ergo speciale est in pecunia signata, vt in ea non

ea non materia inspiciatur, sed forma & indicatura imposita. Consequenter si offeratur solutio in pecunia proba & currenti, quæ tantum valet in valore imposititio & currenti, quantum pecunia, quę currebat tempore contractus, sufficere debet, & tenetur creditor eam recipere, licet in materiæ bonitate diminuta sit.

Respondeo, aureos nummos, vel argẽteos, eam ob causam appellatione auri, vel argenti non contineri, quia non facilè quisquam argenti numero nummos computat, vt inquit Iurisconsultus in l. quintus. 2. §. 1. ff. de auro & argento legato. Non autem eam ob causam, quòd ratio materiæ in nummis non habeatur. Quod & præterea falsum esse suprà demonstrauimus.

Tertium argumentum petitum est ex historiis Romanorum. Etenim memoriæ proditum est, summa vrgente necessitate, aliquando excusos fuisse publico decreto nummos ex vilissima materia, quos tamen creditores coacti sunt recipere.

Respondeo, nos hic non quærere quid aliquando ex facto acciderit, & obseruatum sit, sed quod fieri debeat, secundùm iuris & æquitatis normam.

Quartum argumentum est ex l. cum certũ. ff. de auro & argen. leg. vbi tex. ita dicit. *Cùm certum auri, vel argenti pondus legatum est, si non species designata sit, non materia, sed precium præsentis temporis præstari debet.*

Respondeo. Nil obstare illum textum, quoniam illa verba, *Precium præsentis temporis præstari debet*, testamenti tempus significant, & sic tempus dispositionis, quod & nos dicimus inspiciendum esse, sicuti animaduertit Pinellus ad l. 2. C. de rescin. vend in prima parte rubric. cap. 3. num. 23. Præterea non loquitur ille textus de certo aliquo precio debito, seu de certa quantitate relicta, sed de æstimatione rei legatæ, quæ augeri, & minui potest. Vnde non facit ad rem nostram.

Quintum & postremum argumentum. Solutionis tempus obseruari debet, non autem tempus contractus, quoties ex consuetudine vna moneta solui potest pro alia, vt declarat Bart. in l. cum certum. ff. de auro & arg. leg. Sed talis consuetudo vbique extare videtur. Ergo tempus solutionis inspiciendum est.

Respondeo. Alleganti hanc consuetudinem onus incumbere probandi, vt dicebat Purpuratus in cons. 522. nu. 31. lib. 2. Talis enim consuetudo verè non exstat, teste Parisiensi. loco superiùs annotato, num. 708. Item Bartolum alibi melius locutum esse, quàm in d. l. Cum certum, vt dicebat Natta in d. cons. 454. num. 6. Item Bartolum loqui de mutatione monetæ circa æstimationem, non autem circa materiam, vt dicebat Berous in cons. 143. n. 26. & 27. lib. 1. Denique nulla ratione vel lege eam consequentiam probari, quæ ex consuetudine allegata deducitur ad conclusionem nostram.

CAPVT XI.

Ius redimendi quod competit ex pacto, an in alium transferri possit?

IVs redimendi rem venditam, quod ex pacto competit, transferri in alium posse respondit Castr. in cons. 1. lib. 2. ea ratione adductus, quòd quæ ad hæredem transmitti possunt, alteri etiam cedi posse constat, l. ex pluribus, ff. de administr. tut. Pactum autem huiusmodi, seu ius ex pacto competens ad heredem transmittitur, l. 2. Co. d. de pactis inter empto. & vendito.

Huc accedat, quòd res ipsa si fuerit redempta, transferri absque dubio in alium potest. Ergo & actio ad redimendum competens cedi poterit.

Cæterum Ruin. in cons. 72. libr. 1. contrariũ respondit, motus authoritate Angeli in leg. ad officium. C. Commun. diuidundo. Vbi ex sententia Petri & Cyni, docet non licere consanguineo, qui ius redimendi habet ex statuto, vel consuetudine, illud alteri cedere.

Huc accedat quòd emptor facultatem redimendi concedere videatur venditori, quoniã ita venditor pactus est, ob singularem forsan affectionem in rem, quam vendidit, quia vel maiorum suorum fuerit, vel ab eo acquisita.

Confirmatur hæc sententia ex l. si mulier. §. ex affe. ff. de iure dotium. Dum ibi dicitur, Fideicommissarium alteri ius suum cedere non posse, antequam sibi Fideicommissum restituatur.

Et ad Castrensis argumentum respondetur. Argumentum rectè sumi ex transmissione ad cessionem, cum negatiuè concipitur, hoc modo Non potest hoc ad hæredem transmitti, ergo neque cedi, ita enim loquitur l. Ex pluribus, ff. de admi. tuto.

Ad alterum verò argumentum, multum referre inquit Ruinus, vtrum actionem, quæ ad redimendum competit, quis cedat, an verò ipsam rem redemptam. Nam redimendi ius ad personam tantum venditoris restrictum esse videtur, res verò redempta liberè in alium transferri potest.

Ego Castrensis sententiam, & veriorem & communiorem esse iudico. Nam secuti sunt eandem sententiam Andr. Siculus in consil. 6. num. 21. lib. 4. Decius in con. 164. & 614. Chassanæus in consuet. Burgund. rub. 5. §. 1. in quinto dubio, & in consil. 11. numer. 39. Crauett. in consi. 192. num. 2. Tiraquell. alios referens de

retractu consang. §.26. Gloss. 3. n. 1.

Probatur verò hæc sententia manifestè. Nā actiones regulariter cedi possunt, & in alium transferri, vt patet ex toto tit. De hæreditate, vel actione vendita. cur ergo & actio ad redimendum cedi non poterit?

Non obstat argumentum illud Ruini, quod ius redimendi ex statuto competens consanguineis cedi non possit, quoniam id summam habet rationem, quæ quidem ad speciem hāc accommodari non potest. Ratio autem est, ne cessio fieret extraneo, & inde præiudicium alteri consanguineo generaretur, sicuti disertè explicat Romanus in cons. 484. & ipsemet Ruin. in cons. 47. col. pen. vers. nec obstat dum dicebatur. lib. 4. Porrò quod dicebatur de affectione, nihil mouet, cùm ipse venditor cedendo alteri ius suum, affectionem deponat, &, vt res in alterum transferatur, consentiat.

Ad l. si mulier. §. Ex asse, respondeo, illā decisionem peculiari quadam ratione locū sibi vendicare, quæ non pertinet ad rem nostram. Est autem ratio in illis verbis textus. *Mulieri* (scilicet fideicommissariæ) *in hoc tenetur hæres, vt hæreditatem restituendo, transferat actiones, & quas habet, & quibus est obstrictus, quas transferre ad alium, quàm cui debet Fideicommissum non potest.* Sensus est, Fideicommissario non esse permissam hanc cessionem antequam sibi fideicommissum restituatur, quia hæres scriptus & grauatus sequi debet testatoris voluntatem, & Senatusconsulti Trebelliani authoritatem, de quo in l. 1. ff. ad Trebellianum, ac proinde fideicommissario hæreditatem restituere. Rectè, ne scilicet Fideicommissarius, qui actionibus hæreditariis obstrictus esse debet alium substituendo per cessionem, se liberet ab obligatione creditoribus ignorantibus, contra l. Si mandato meo. §. 1. ff. mandati.

Et hanc esse puto causam cur fideicommissario liceat singulas res cedere, vt in leg. seruo inuito. §. vlt. ff. ad Trebellianum. Talis enim rerum particularium cessio, fideicommissariū non liberat ab onere obligationum hæreditariarum, nec hæres scriptus facit contra voluntatem testatoris, cum fideicommissarium restituat, cui debet, licet res singulas alteri tradat ex voluntate fideicommissarij.

CAPVT XII.

Vtrum reuenditionis pactum vsuræ præsumptionem inducat, si accedat precij modicitas?

Plures ac diuersæ sunt Doctorum sententiæ, vtrum pactum reuendendi simul cum precij modicitate vsuræ præsumptionem inducat. Sunt enim qui affirmant quamplurimi, quos ordine iuuat commemorare.

Inprimis Gloss. in ca. conquestus, de vsuris.
Panorm. ibidem. & in c. ad nostram, num. 4. de empt. & vend. & in cons. 76. lib. 1.
Innocentius, Io. Andreæ, Anton. Butr.
Io. de Anania, & Io. Imolen. in d. ca. ad Nostram.
Archidiaconus in c. Plerique 14. q. 3.
Castren. in cons. 109. lib. 2.
Ambrosius de Vignatte in c. salubriter, de Vsuris.
Guido Papæ in cons. 180.
Alex. in cons. 54. lib. 6. & 46. lib. 3.
Afflictus in Decis. 40. 65. & 339.
Feracius cautela 17.
Parisius in cons. 54. n. 62. & 55. n. 19. lib. 1.
Cassiodorus, decis. 1. tit. de Vsuris.
Bertrandus in cons. 287. lib. 2.
Iacopinus à sancto Georgio in l. si quis nec causam. §. 1. ff. si certum petatur.
Chassanæus in consuet. Burgund. rub. 5. nu. 21. vers. Aduerte.
Capra in reg. 87. & 173.
Grammaticus decis. 76. n. 30.
Crauetta in cons. 156. n. 4. & n. 7.
Natta in cons. 198. n. 8. lib. 1.
Michael Grassus comm. opi. libr. 1. quæst. 8. tit. de empt. & vend.
Viuius commun. opin. verb. Vendere, & in verb. contractus.
Emanuel Soarez in Thesauro receptarum sententiarum, in verb. contractus, n. 20.
Io. Baptista Lupus ad l. 2. Co. de pactis inter empt. & vend. in 1. parte, nu. 29. ver. Tu autem.
Hieron. Gabriel. in cons. 74. n. 3. lib. 1.
Collegium Mediolanense & Papiēse apud Cæpollam, de simulatione contractuum, nu. 100. vbi & alios multos citat.
Christophorus de Castilione in cōsilio impresso post tractatum maleficiorum Bonifacij Vitalini.
Andreas Siculus in cons. 51. libr. 1. & 4. & in d. c. ad nostram, de empt. & vend.
Antonius Burgos. in d. c. ad nostram. Baldus Nouellus, Iacobus Puteus & Lancellotus, Decius, quorum responsa se habuisse testatur Cagnol. ad d. l. 2. C. de pactis inter empt. & vend. num. 50.
Philippus Decius in cons. 692.
Gratus in cons. 141. n. 5. lib. 1.
Franciscus Becius in cons. 52. n. 7.
Ludouicus Bologninus ad Annaniam, consil. 58.
Gratus in cons. 11. n. 14. lib. 2.
Cæsar Vrsillus ad Afflictum decis. 65.
Mandolius ad Romanum in cons. 423. in fine, in verb. Maximè.
Cardinalis Albanus ad Bartolum in l. Emptione. C plus valere quod agitur.

Benue-

Beneuenutus Stracha in Additionib. ad Crauettam in cons.156.

Cotta in Memor. in verb. Pactum. de retrouendendo.

Riminaldus sen. in cons.318.col.fin.

Riminaldus iun. in cons. 218. n. 122. libr. 2. vbi alios citat.

Fundamentum huius sententiæ positum est in d.c. ad nostram, de empt.& vend & in c. illo vos. de pignoribus. Nam in c. ad nostram, S. Pontifex pronunciare videtur, contractum esse fœneratiuum ex pacto reuendendi, & precij modicitate, in illis verbis. *Cùm reuera contractus vsurarius ageretur, quod patet ex eo, quòd Creditor debitori promisit, quod quandocunque à septimo vsque ad nouennium daret sexaginta vnicas Tarinorum, quæ vix dimidiam iusti precij contingebant, domos restitueret & oliuas.*

Si dicatur, ibi duo alia interuenisse, nempe venditorem accipere voluisse mutuò pecuniam, item cogere non potuisse emptorem ad reuendendum ante septennium.

Respondet Anton. Burg. Pontificem ibi adductum non fuisse ad ita pronunciandum ex illa mutui petitione, sed tantum ex pacto reuendendi cum precij modicitate. Et licet pactum illud reuenditionis a septennio esset vsque ad nouennium, nil refert. Arguit enim maiorem auaritiam, & maius desiderium lucrandi in emptore & creditore, quàm vbi simplex est pactum de reuendendo arbitrio venditoris, sed tamen & illud simplex pactum lucrandi animum ostendit.

Secunda est opinio eorum, qui negant ex his duobus contractum censendum esse vsurarium. Ita Iacobus de Arena, & Cynus in l. Emptione. C. plus valere quod agitur.

Cardina. Zabarella in c. Illo vos. de pigno.

Ancharanus in 6. ad nostram. de empt. & venditio. & in cons.277.

Laurentius Rodulphus in tract. de Vsuris, quæst.60.

Alex. in cons.109.lib.4.

Socin. Sen. in cons.248.lib.2.

Socin. iun. in cons.50.lib.1.

Decius in cons.167.n.4.& 648.

Ruinus in cons.16.n.11.lib.4.

Boërius decis.102.& in cons.31.

Corasius lib.3. Miscellaneorum.c.6.

Cagnolus ad l.2. C. de pactis inter emptorem & vendito.

Gozadinus ibidem, n.50.

Osascus decis. Pedemont.42.

Rolan. à Valle in cons.58.n.10.lib.4.

Dominus meus Cephalus in cons. 289. numero 37.

Dominus meus Decianus in cons. 2.n.176. & seq.lib.1.

Iacobus Menoch. de Arbitrariis Iudicum, casu 217.

Tiraquel. de retract. conuent. in præfat.n.5.

Ex antiquioribus etiam Baldus & Albericus, nec non Salicet. & Fulgosius in l. emptione. C. plus valere quod agitur, & idem Baldus in cons.133.lib.1.205.lib.5.359.lib.5.& 361. eo. lib.& idem Fulgosius in con.154.

Cumanus in cons.184.

Iason in cons. 150, 151. & 153. libr. 4. & in l. Quoties. C. de Iudiciis.

Fabianus de Monte de empt. & vend. 7. quæst. princip. vers. sextò quæro.

Hostiensis in summa, de empt. & vend. §. Qualiter rescindatur, vers. vlt.

Calcaneus in cons.85.

Purpuratus ad l. rogasti. §. si tibi. ff. si certum petatur.

Iacobus Nouellus in reg. iu. 133. vers. pactum de retrouendendo.

Henricus Boic. in d.c. ad nostram.

Augustinus Berous, in cons. 212. n.6. lib.3. 165.n.24.lib.1.169.n.18.eod.

Alexander de Neuo in cons.95.n.21.

Neuizanus in cons.88.

Petrus de Ferrariis, in forma libelli, in causa venditionis in principio.

Egidius Bellamera decis.7.

Conradus, de contract. quæstio.84.conclu. 3.& 4.

Franciscus Bursatus in cons.117.n.12.

Argumenta huius sententiæ hæc sunt. Contractus talis est iudicandus, qualis ex forma ipsa apparet. l. Cum precibus. C. de probat. l. si tantum. ff. ad Macedonianum. Et tradunt Alexan. in cons.3.lib.1.& Crauetta in Cons.20. n. 1. Sed ex facie, seu forma contractus, de quo agitur, non videtur esse fœneratitius. Ergo talis iudicandus non est.

Secundò. Contractus in dubio præsumitur verus, nō autem simulatus & fœneratitius. d. l. Cum precibus, C. de probatio. & tradit Decius in l. rogasti. §. si tibi. num. 6. ff. si certum petatur. Ergo & contractus, de quo agitur, præsumitur esse verus & iustus, non autem vsurarius.

Tertiò. Non est contractus illicitus reputandus, nisi id manifestè euincatur. l. præuaricationis. §. vlt. ff. de præuaricato. cap. vlt. 31. quæst. vlt. c. præterea. 13. dist. Sed nulla lege id euinci potest. Ergo, &c.

Nec obstant Canones, qui ad hoc allegantur. Nempe c. ad nostram, de empt.& vend.& c. illo vos. de pigno. Quoniam id non probant, cùm in illis casibus multa alia concurrerint, ex quibus contractus a Pontifice reprobatus fuit.

Si dicatur, summum Pontificem in illis casibus perpendisse tantum precij modicitatem:

& pactum reuendendi. Respondetur aliter illud pactum constitutum fuisse, quàm in quæstione nostra. Nempe, vt à septennio vsque ad nouennium venditori redimere liceret, & sic ante septennium redimere non poterat, quod argumento est, emptorem ante illud tempus lucrari fructus voluisse.

Si replicetur id non obstare, quia etiam vbi sit pactum huiusmodi simpliciter, vt venditori liceat quandocunque redimere, apparet emptorem animum lucrandi aliquid habuisse vltra sortem. Respondetur, non tam certum & magnum lucrum hoc in casu, emptorem facere potuisse, sicut in ea specie, quando scilicet ante septennium redimere non licet.

Tertia est sententia, tria requiri, vt contractus iudicetur fœneratitius. Pactum reuendēdi, precij modicitatem, & emptoris consuetudinem fœnerandi.

Hanc sententiam secuti sunt ferè omnes, quos pro præcedenti opinione commemoraui. Dum enim negant duo illa sufficere, tertium requirunt, nempe fœnerandi consuetudinem, quasi ex tribus hisce coniecturis, contractus præsumendus sit fœneratitius. Atq. ob id perpendunt tres coniecturas concurrisse apud Pontificem in d. c. Ad nostram. Et nominatim in c. Illo vos. de pignoribus consideratam fuisse fœnerandi consuetudinem.

Quarta est sententia, nec tria isthæc sufficere, vt contractus reprobari debeat, tanquam illicitus, quia pactum reuendendi approbatur à lege: læsio item circa precium non improbatur. l. In causæ. §. pen. ff. de minoribus. l. Item si in precio. §. quemadmodum. ff. locati. Fœneratores autem etiam probos ac iure permissos contractus aliquando exercent. Ita docent Cyn. & Iacob. de Arena in l. Emptione. C. Plus valere quod agitur. & Ang. Areten. in. §. 1. num. 30. in Instit. de Excep.

Quinta est opinio distinguētium. Aut præcessit mutui petitio, hoc est. Venditor ab emptore petit mutuò pecuniam antequam venderet, aut non præcessit. Primo casu ex pacto reuendendi, & precio exiguo contractus illicitus reputatur. Secundo casu non item. Ita Odofredus relatus à Balbo in l. Emptione. Co. Plus valere quod agitur. Roman. singul. 368. quæro an pactum. & in cons. 425. Vitalis Cambanus in tract. clausularum. pag. 274. nu 10. & Bald. in cons. 359. lib. 5.

Fundamentum autem istorum est in d. c. Ad nostram. de empt. & vend. Nam ibi præcesserat mutui petitio.

Sexta & postrema est sententia, totam hanc rem prudentiæ Iudicis esse committendam, qui omnibus consideratis circumstantiis, cōtractum eiusmodi, tanquam licitum approbabit, vel vti fœneratitium repudiabit. Ita Corneus in consil. 4. lib. 1. Alex. in consilio 119. in fine. lib. 4. Didacus Couuar. variar. resol. lib. 3. c. 8. n. 4. Menoch. de præsumpt. lib. 3. cap. 122. n. 40.

Ego in hac re sic statuo, si tria hæc concurrant. nempe precij modicitas, pactum reuendendi, & consuetudo fœnerandi, contractum censendum esse fœneratitium. Hoc mihi persuadent Canonnes allegati pro confirmatione secundæ opinionis. Etenim tres potissimum coniecturæ à summo Pontifice perpensæ fuerunt, in d. c. Ad nostram, & in d. c. Illo vos, nominatim perpenditur consuetudo fœnerandi. Ratione quoque moueor, quia semel malus, semper præsumitur malus in eodem genere mali. Quare si magna sit læsio circa precium rei venditæ, & pactum adsit reuendendi, nihil aliud suspicari licet quàm contractum initum fuisse in fraudem vsurarum, ita scilicet, vt partes animum habuisse præsumantur mutuum contrahendi vsque ad certum tempus, & fructus ex re vendita vsurarum loco percipiendi. Quòd si tria non concurrant, quæ dixi, vix animaduerto, quo potissimum argumento cōtractus huiusmodi iudicetur fœneratitius. Neque enim Canones id dicunt, neque ratio id euincit, cum venditori liceat, quandocunque redimere, & sic antequam emptor aliquos fructus ex re empta perceperit, soleátque ipsum per se pactum reuendendi iustam rei æstimationem magnopere extenuare. Quare Iudicis arbitrio libenter id committo, ita vt si aliqua alia suspicio accedat, tunc ad iudicandum vsurarium cōtractum procliuior existat.

CAPVT XIII.

Vtrum pactum redimendi præscribatur spacio longissimi temporis, quoties ita conceptum est, vt semper, & quandocunque venditori liceat redimere?

CVm ita conuentum est inter emptorem & venditorem, vt liceat venditori quandocunque redimere, vtrum obstet redimere volenti, triginta annorum præscriptio, grauis est inter Doctores controuersia. Sunt enim, qui obstare affirmant, quam plurimi, nempe circiter quinquaginta, quos commemorant Ant. Gabrielius commun. conclu. tit. de Præscript. concl. 6. Andr. Tiraquell. de retract. conuent. §. 1. Glos. 2. nu. 31. Didac. Couuar. variar. resol. lib. 1. cap. 9. Iacob. Menoch. in consil. 143. nu. 23. & 201. nu. 85. Rolan. à Valle in cons. 21. lib. 2. & Celsus Hugo in cons. 61. n. 4. & 5.

Istorum argumēta hæc sunt præcipua. Omnis actio regulariter extinguitur spacio longissimi temporis. l. Sicut. l. Omnes. C. de Præscript. longissimi temporis, 30. vel 40. annorum.

rum. Igitur & actio quæ competit ad redimendum.

Si dicatur, in hoc casu pactum repugnare, quia dictum est, vt semper, & quandocunque, liceat redimere. Respondetur id nihil obstare, quia verba perpetuum tempus significantia, 30. annorum spacium non excedunt. Id patet ex l. 1. ff. soluto matrimonio. iuncta l. In reb. C. de iure dotium. ex l. Minor. §. Qui statuliberum ff de euictionib. ex l. Prætor ait. §. Hoc interdictum. ff. de operis noui nunciatione, ex cap. 1. de in integrum restitutione, iuncto ca. 1. eo. tit. lib. 6. & ex aliis locis plurimis à Menoc. commemoratis in locis annotatis.

Secundò. Præscriptioni 30. annorum renũciari non potest expressè ab ipsis contrahentibus, secundum communiorem sententiam Doctorum, in l. Nemo potest. de legatis. 1. & habetur apud Francisc. Balb. de Præscript. in 5. part. 5. partis princip. quæst. Ergo neque tacitè renũciari potest, aut renunciatum esse intelligitur illa conuentione, vt liceat semper, & quandocunque redimere.

Sed contraria sententia, videtur mihi longè probabilior, quam amplexi fuêre Fulgos. in consil. 1 3. And. Sicul. in cons. 51. lib. 1. & 22. li. 4. Fabian. de Monte de empt. & vend. in 3. q. 7. q. principalis. Io. Crotus in l. Nemo potest, de legatis 1. Francis. Zoanetus ad l. 2. Co. de pact. inter empt. & vend. nu. 13. Cæpol. cautela 75. & 78. Chassanæus in consil. 11. & in consuetudine Burgundiæ, tit. de rentes, vendites. §. 1. Socin. in cons. 86. lib. 1. Alciat. ad l. Fetes. C. de pactis, & ad rubr. de Præscript. Æmilianus in consil. 123. n. 18. Angel. Aret. in cons. 116. n. 25. Osascus decis. Pedemont. 115. Ioa. Bapt. Cephalus inter consilia domini Io. Cephali in cons. 724. libro 5. & Mynsing. centur. 1. obseru. 16. vbi testatur sæpe ita fuisse iudicatum in camera Imperiali.

Probatur hæc sententia. Is qui est in mala fide nullo vnquam tempore præscribere potest. c. vlt. de Præscript. Sed emptor qui reuendere promisit, semper & quandocunque, dicitur esse in mala fide. Ergo præscribere non potest.

Assumptio facilè probatur, quia vẽditor suę promissionis & obligationis est conscius, is enim dicitur esse in mala fide, qui scientiam habet iuris alieni, & suæ obligationis. c. Si virgo. 34. q. 3. Bar. in l. Celsus. n. 18. ff. de Vsucapio. Couuar. ad reg. Possessor malæ fidei. §. 11. post n. 3. Dominus meus Cephalus in cons. 316. nu. 17. lib. 3.

Respondent contrariæ sentẽtiæ Authores, distinguendo maiorem propositionem, vt scilicet locum habeat, quando absolutè actio competit, secus autem si actio competat, præcedente aliqua conditione, puta in legatario, cui actio competit ad legatum non simpliciter & absolutè, sed si legatum acceptauerit, quo fit vt aduersus eum, 30. annorũ pręscriptio currat, mala fide hæredis non obstante ex traditis per Ancharanum in c. fine Possessione, de reg. Iu. lib. 6. Vnde sic & in proposita specie respondendum esse videtur, quia non absolutè competit actio venditori ad redimendum, sed ita demum, si pro redemptione institerit, & precium etiam obtulerit.

Ceterum hæc responsio parum obstat, vt dicebat Couuar. lib. 1. variar. resol. cap. 9. ante n. 6. Primum, quia in hac specie quæstionis nostræ; statim ab initio contractus, actio oritur ad rem ipsam redimendam. At in quæstione ab Ancharano proposita, actio legatario non cõpetit ante legati acceptationem. Præterea cum legatarius, legatum non petit, probabiliter existimare potest hæres, eum iccirco non petere, quòd acceptare nolit. Secus est in venditore quia si non redimat, non statim credere debet emptor eum redemptionis gratiam facere velle, sed fortasse non redimere, quia non habet ad redimendum paratam pecuniam. Ita dicebat Couuar. & ante eum Ruin. in cons. 111. nu. 8. lib. 1. & post vtrumque Ioan. Bapt. Cephalus inter consilia domini Ioa. Cephali, loco suprà commemorato.

Respondent secũdo loco Authores contrariæ opinionis malam fidem non obstare, quia venditor renunciare videtur potestati, ac iuri redimendi quod habet, dum illud non exercet & præterlabitur longissimum tempus, quo tollitur & extinguitur omnis actio.

Sed mihi obstat hæc responsio, quia non sequitur, Venditor permittit labi tantum tẽpus, nec redimit rem venditam. Ergo renunciare censetur iure redimendi. Ratio est, quia non ignorat emptorem, cùm sit in mala fide, præscribere nõ posse, & sic malam fidem emptoris efficere, vt omni tempore, actionem & ius suũ exercere possit. Etsi enim spacio tanti temporis, omnis extinguatur actio, id tamen locum sibi non vindicat, vbi adest mala fides, quoniam illa impedit præscriptionem.

Respondent tertio loco. Malam fidem impedire præscriptionem, quoad hoc, vt dominium non acquiratur, sed dominij confirmationem nihilominus acquiri posse ex Baldo in cons. 303. lib. 1.

Sed repugnat huic responsioni tex. in ca. vlt. de præscrip. vbi dicitur nullam pręscriptionem valere absque bona fide.

Nec difficile est ad argumenta respondere: nam quod attinet ad primum, respondeo: Verũ esse regulariter, quod asseritur in argumento, spacio longissimi temporis omnem actionẽ extingui. Sed ab hac regula casus ille est excipiẽdus, cũ videlicet is, qui conueniri potest,

est in mala fide, vt in specie nostra. Is autem qui est in mala fide, nullo tempore præscribit, c. vlt. de Præscript. cap. Possessor malæ fidei, de reg. iu. lib. 6.

Quod verò dicitur. Verba tempus perpetuũ significantia restringenda esse ad spacium annorum 30. locum habere potest, in dispositione legis, non autem in dispositione hominis, vt loquũtur nostri. Etenim cum vna lex dicat, actionem esse perpetuam, vel ius in perpetuũ competere, altera verò lex dicat, omnem actionem tolli spacio 30. annorum, ne sequatur repugnantia & legum contrarietas, necesse est interpretari hoc modo tempus perpetuum, vt non excedat 30. annos. Hæc ratio cessat in dispositione hominis. Vide Bart. in l. 1. num. 2. ff. quibus modis vsusfructus amittatur. Alex. & Imolam, in l. qui bona. §. vlt. ff. de damno infecto. Tiraquell. de retract. conuen. §. 1. Gloss. 2. num. 19. Ioa. Bapt. Cephalum, loco superius annotato.

Ad alterum argumentum respondeo. Dato quod illa sententia vera sit, de qua iam non disputo, hic non agi, an renunciari præscriptioni possit, sed an præscriptio cum mala fide valeat. Et hoc est quod rectè dicebat Balbus de præscript. in 5. parte 5. partis princip. quæ. 6. numer. 3. in actione personali superfluam esse disputationem, vtrum præscriptioni renunciari possit, quia propter malam fidem debitoris, illa non currit.

CAPVT XIV.

Fructus rei venditæ cum pacto redimendi ad quem pertineant, vtrum ad venditorem redimentem, an verò ad emptorem reuendentem?

CVm ex pacto tempus redimendi fundum instet, frequenter contingit, vt fructus sint pendentes & maturi. Quare controuersia oritur, ad quem spectare debeant, & communis, æqua, & vt mihi videtur, verissima sententia est, diuidendos esse pro rata parte ipsius anni, hoc modo. Fundum tibi vendidi cal. Nouembris, cum pacto reuendendi. Eundem redimere volo in mense Iulij, fructus pendentes inter nos diuidendi sint, hoc modo, vt ego tertiam partem consequar, tu verò residuum.

Ita respondit Cumanus ad l. Qui Romæ. ff. de verbo. oblig. Quem secuti sunt ibi Iason & Socin. Senior, & alij quos refert Andr. Tiraquell. de retract. conuent. §. 5. Glos. 4. num. 5. & nouissimè Anton. Thessau. dec. Pedem. 56.

Probatur hæc sententia ex simili specie, de qua habetur in l. Diuortio. & l. Fructus. & leg. De diuisione. ff. Soluto matrimonio. Quibus in locis ita constitutum est, de fructib. fundi dotalis, inter vxorem superstitem, & hæredes viri diuidendis, vt nimirum pro ea parte anni, quo onera matrimonij vir sustinuit, fructus quoque ad hæredes pertineant, pro residuo tempore, ad vxorem.

Probatur secũdò ex quadam summa æquitatis ratione, vt inter contrahentes æqualitas seruetur, quòd iustitiæ communicatiuæ proprium est. Est autem huiusmodi. Æquitatis rationi consentaneum est, vt commodi & incõmodi summa sit proportio inter contrahentes, neque vnus commodum duntaxat habere debet, alter verò incommodum. Quare cum venditor in proposita specie per duas anni partes precium fundi retinuerit, eóque vti, ac frui potuerit, æquum non est, vt etiam fructus eius temporis consequatur. Imò contrà æquũ est, vt emptor, qui rei curam habuit, & simul etiam precio caruit, eius saltem temporis cõmodum ex fructib. recipiat. Pro ea verò parte anni, quo precium consecutus est, fructus habere non debet, sed venditori, qui redimit, potius cedere debent.

Atque hæc est illa diuisio pro rata temporis anni ex æquitatis ratione deducta, quæ seruanda esse videtur, licet aperto iure non caueatur, vt verbis vtar Iurisconsulti in l. In summa. §. Quanquam. ff. De aqua pluuia arcenda. Illa enim interpretatio maximè valere debet, ex qua contrahentium æqualis fit conditio. l. Si id quod. §. vlt. ff. de rescind. vend. l. pen. in fi. C. Commu. diui.

Verùm Alexander in leg. Qui Romæ. ff. de verb. oblig. existimauit hoc in casu, fructus in totum pertinere ad redimentem. Primò ex leg. 2. C. de pactis inter empt. & vendit. in illis verbis: *Habita ratione eorum, quæ post oblatam ex pacto quantitatem, ad hæredem emptoris peruenerunt.*

Secundò, ex l. Herẽnius. ff. de vsuris, vbi dicitur, fideicommissario restituendum esse fundum vnà cum fructibus pendentibus.

Tertiò. Quia venditor precium offerens vt fundum redimat, dicitur implere ac perficere pro sua parte contractum ex doctrina Barto. in l. Si fideiussor. §. Meminisse. De legatis 1. & in l. Vxorem. §. Agri plagam. de leg. 3. Ergo fructus ad eum spectant, quia perfecta venditione fructus sunt ementis, l. Iulianus. §. Si fructibus. ff. de actionib. empt.

Ad leg. Diuortio, & alias similes, respondet Alexan. eas longè diuersam rationem habere. Cùm enim dos detur pro onerib. matrimonij, l. Pro oneribus. C. de Iure dotium. meritò fructus diuidendi sunt in vxorem & hęredes viri, habita ratione temporis, quo matrimonium durauit, & eius onera vir sustinuit. Hæc ratio non pertinet ad speciem nostram.

Respondeo ad primum argumentum, quod attinet ad leg. 2. Cod. de pactis inter empto. & vend.

vend. illam non obstare, nihil enim aliud dicit, nisi habendam esse rationem fructuum, qui ad hæredem emptoris peruenerunt, posteaquam venditor precium obtulit, paratúsq; fuit satisfacere, sed hæres emptoris non paruit. De hac specie nos non loquimur, sed cum emptor contractui paret, & fundum reuendere paratus est, allegat autem fructus esse pendentes, ac iã fortè maturos, proptereáque inter ipsum & emptorem diuidendos, quam diuisionem fieri oportere non negat Imperator in d. l. 2.

Ad secundum argumentum ex l. Herennius, respondeo. Fructus pendentes ad fideicommissarium pertinere, quia fructus pendentes dicuntur esse pars fundi, dominium autem fundi pertinet ad ipsum fideicommissarium. Nec illa ratio æqualitatis seruandę inter ipsum & hęredem locum habet, quæ inter contrahentes, nullum enim negotium inter eos intercessit, vt inter contrahentes.

Ad tertium respondeo. Argumentum locum habere iure stricto cõsiderato, sed ratio æquitatis & æqualitatis præponderare debet summo iuri: vt dictum est.

Quod verò attinet ad l. Diuortio, & alias leges concordantes, argumentum ex illis petitum, etsi planè solidum non sit, probabile tamen est, cum in proposito casu ratio habenda sit commodi & incommodi, ita scilicet, vt pro qua parte anni emptor incommodum sustinuit, curæ & custodiæ agri, caruitq; pecunia, commodum fructuum percipiat, & de venditore idem iudicium.

CAPVT XV.

Vtrum ex pacto reuendendi dominium rei venditæ ad venditorem reuertatur, vt propterea rem à quolibet tertio detentore vendicare possit?

QVæstio sanè difficilis est, & controuersa, an ex pacto reuendendi dominiũ ad venditorem reuertatur, ita vt rem vindicare possit à tertio possessore.

Tres sunt Doctorum sententię. Prima affirmat reuerti dominium ad venditorẽ, ita Castr. ad l. Si cum venderet. ff. de pigno. act. Io. de Anania in c. Conquestus, de vsuris. Decius in cons. 614. nu. 4. Ant. Burg. in c. Ad nostram. de empt. & vend. Socin. Iun. in cons. 129. n. 2. lib. 2. Io. Crotus in cons. 200. lib. 2. Tiraq. de retract. conuen. §. 1. Glos. 7. nu. 7. Couuar. lib. 3. variar. resol. c. 8. n. 3. Menoch. in cons. 63. n. 14.

Argumẽta sunt ista. Primum est ex l. Si cum venderet. ff. de pigno. act. in illis verbis: *Sed & ipse venditor, aut vindicare rem poterit, aut in factum actione aduersus emptorem agere.*

Secundũ est ex l. Voluntate. §. vlt. ff. quibus modis pignus vel hypotheca soluitur, in illis verbis: *Creditor quoque si pignus distraxit, & à venditione recessum fuerit, vel homo redhibitus, dominium ad debitorem reuertitur.*

Tertium est huiusmodi. Ex pacto legis commissoriæ, & addictionis in diem, dominium ad venditorem reuertitur, & rei vindicatio cõpetit. l. Commissoriæ. C. de pact. inter empt. & vendit. Idque ita constitutum est, ob frequentiam huiusmodi pactorum, authore Bar. & Ange. in l. 1. ff. de donat. Ergo idem statuendum esse videtur in pacto reuendendi, quod non minus frequens est, quàm pacta supradicta.

Quartum argumentum est ex doctrina Bar. in l. In diem. ff. de aqua pluuia arcen. vbi docet. Pactum reuendendi hoc efficere, vt ius pignoris & obligationis alteri factæ resoluatur. Ergo etiam in quæstione nostra videtur dicendum ius emptoris resolui, & sic dominium ad venditorem redire.

Quintum argumentum sumi potest ex Tiraquel. de retract. conuen. §. 3. Glo. vnica. n. 9. vbi docet, ex pacto reuendendi specialem hypothecam oriri in rem ipsam venditam, consequenter potest venditor eam à quolibet possessore vindicare.

Altera sententia: negat dominium ad venditorem reuerti, & rem vindicari posse. Ita Bart. ad l. 1. n. 10. ff. de donat. ad l. Si prædium. C. de ædilitio edicto. & ad l. Si hominem. ff. de vsuc. Bald. in cons. 482. lib. 1. Alex. in cons. 10. lib. 1. Aret. in l. Qui absenti. §. 1. de acqu. possess. Curtius sen. in cons. 12. Decius ad l. Traditionib. C. de pact.

Alios commemorat Tiraq. de retract. conuen. §. 1. Glos. 8. n. 16. Alios citat Couuar. lib. 3. variar. resol. c. 8. n. 2. Alios denique And. Geyl. obseru. lib. 2. c. 16. Quibus adde Alciatum in d. l. Traditionibus. Franciscum Marcium decis. Delphin. 601. in prima parte. Ruinum cons. 32. n. 15. & 16. lib. 1. & Ancharanum, quæstionum familiar. part. 1. q. 13.

Argumenta verò sunt ista. Primum est ex l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit. vbi dicitur, ex huiusmodi pacto oriri actionem pręscriptis verbis, & ex empt. De rei vindicatione nullum verbum.

Secundum argumentum est ex l. pen. C. de ædilitio edicto. vbi similiter habetur, resoluta venditione, actionem personalem, nempe redhibitoriam competere.

Tertium argumentum. Ex pacto reuendendi actio datur, vt res reuendatur: Ergo dominium non reuertitur ad venditorem. Probatur consequentia, quia si reuerteretur, reuenditio non valeret, nam rei suæ emptio non valet. l. Suæ rei. ff. de contrahen. empt.

Quartum argumentum ex l. Traditionibus,

C. de pact. vbi dicitur. Traditionibus & vsucapionibus, non autem nudis pactis rerum dominia transferri.

Quintum argumentum eodem tẽdit, quod ex conuentionibus & pactis, personalis actio oriatur, non autem in rem, vt in §. Omnium. in Instit. de Actionib.

Sextum. Specialiter cõstitutum est in pacto legis commissoriæ, & addictionis in diem, vt dominium reuertatur ad venditorem. Ergo in aliis pactis secus est dicendum.

Tertia est sententia distinguentium. Aut pactum huiusmodi verbis directis celebratur, Aut verbis obliquis. Primo casu dominium ad venditorem reuertitur. Secũdo casu secus. Ita Paul. Castr. in l. Si à te. C. de pact. inter empt. & vendit. Berous in consi. 164. n. 23. lib. 1. Grãmaticus in cons. 282. n. 3. Hierony. Gabrielius in cons. 66. n. 4. 5. Rolan. à Valle in cons. 02. nu. 33. lib. 2. Verba directa appello cum Doctoribus, quibus venditio resoluitur, & pro infecta habetur. Obliqua verò, cùm simpliciter emptor reuendere seu restituere promittit

Atque hæc postrema sententia videtur mihi verissima, ideóque breuiter confirmanda & comprobanda.

Probatur igitur ipsius sententiæ pars prior ex l. Si cum venderet. ff. de pignorat. actio. vbi hoc apertè deciditur, & loquitur textus de pacto verbis directis concepto. Nam illa verba: *Vt si debitor solueret pecuniam precij emptori, liceret ei recipere rem suam,* sunt directa, l. Titia cùm testamento. §. vlt. de legatis 2. & tradit Socin. in cons. 80. lib. 3. Gabrielius d. cons. 66. n. 5.

Secundò probatur. Quia ratio propter quam in pacto legis commissoriæ & addictionis in diem, dominium reuertitur ad venditorem, illa verè est, quoniam hæc pacta interponuntur re integra, atque in ipso venditionis contractu, antequam res tradita sit emptori, sicuti declarat Glos. in l. Ab emptione, in verb. cogaris. ff. de pact. nec non Bald. Angel. Castr. & Iason ibidem, cum aliis à Tiraquello citatis de retract. conuen. §. 1. Glos. 7. num. 4. & 5. Hęc ratio locum habet in pacto, de quo agitur, si directis verbis fiat. Nam interponitur in ipso contractu, re integra, ac per illud venditio resoluitur, venditore quandocunque precium offerente.

Altera verò pars conclusionis & sententiæ supradictæ optimè probatur ex argumentis, quæ pro posteriore sententia allata sunt superius.

Ad primum argumentum eius sententiæ, quæ simpliciter affirmat dominium ad venditorem redire, respondeo. Illud locum sibi vendicare in pacto reuendendi, directis verbis cõcepto. Nam in l. Si cùm venderet. ff. de pignorat. actio. verba pacti sunt directa, vt dictum est superiùs.

Eadémque responsio valet ad secundum argumentum, ex l. Volũtate. §. vlt. quia & in specie illa venditio fuit resoluta, vt patet ex illis verbis: *Sed in pristinam causam res redit resoluta venditione.* quod argumento est, verba fuisse directa.

Ad tertium argumentum respondeo. Illud valere quoties verba pacti de reuẽdendo sunt directa, quemadmodum sunt verba pacti legis commissoriæ & addictionis in diem.

Ad quartum argumentum ex doctrina Bart. in l. In diem. ff. de Aqua pluuia arcen. bene respondet Gabrielius, d. cons. 66. nu. 6. *Concedo,* inquit, *extingui ius constitutum in rem, quam quis promisit retrouendere ac restituere, postequã retrouenditio facta est, sed dico dominium simplici pacto, non retrò transferri.*

Ad quintum. Negatur ex huiusmodi pacto specialem oriri hypothecam in rem venditam. Id non probat Tiraquell. ex legibus allegatis, quia hoc non dicunt, nec quisquam alius.

Ad primum autem argumentum eius sententiæ, quæ simpliciter negat, dominium ad emptorem redire, respõdeo, illud loqui de pacto verbis obliquis concepto, cùm scilicet emptor promisit fundum restituere. Ita enim loquitur l. 2. C. de pact. inter empto. & vend. vnde argumentum est desumptum, quod & nos admittimus.

Ad secundum ex l. pen. C. de ædilitio edic. respõdeo. Agitur ibi de actione redhibitoria, quæ datur emptori, resoluta emptione ad hoc, vt venditor rem vẽditam accipiat, & precium emtori restituat. Quamobrem eo in casu locũ habere non potest rei vindicatio, quia nõ pertinet ad illam speciem.

Ad tertium respondeo. Illud verum esse in pacto verbis obliquis inito, quando scilicet restitutio & reuenditio fieri debet. Neque enim rei suæ emptio consistit. At vbi verbis directis fit pactum, resoluitur venditio vigore pacti, résque in pristinam causam reuertitur, resoluta venditione, quasi venditio facta non fuerit. Et sic cessat argumentum.

Ad quartum & quintum argumentum respondeo, etiam ex pactis & conuentionibus quandoque dominium transferri, seu potiùs reuerti ad eum, qui contrahendo illud transtulit in alium. Id patet in pacto legis commissoriæ & addictionis in diem, eadémque ratione idem est statuendum in pacto, de quo agitur.

Ad vltimum respondeo, negando, illud esse specialiter constitutum in pacto legis commissoriæ & addictionis in diem, ita vt in aliis similibus pactis locum non habeat. Nulla enim lege id probatur, aut ratione conuincitur,

vt meritò id negauerint multi à Tiraqu. citati de retract. conuen. §.1. Glos. 7. n. 14. & 15. & alij multi, quos refert & sequitur Rol. à Valle in cons. 62. n. 19. lib. 2.

CAPVT XVI.

Nunquid l. 2. C. de rescind. vend. locum habeat in emptore, vltra dimidiam iusti pretij læso, & quomodo consideranda sit læsio ex parte eius.

COmmunis & vera est sententia, l. 2. C. de rescind. vend. locum habere etiam in emptore læso, vltra dimidiam iusti precij, sicut inter alios attestatur Arius Pinell. in commen. eiusdem legis, in 1. parte, c. 2. tum propter maximam affinitatem, quæ est inter emptorem & venditorem, ob quam verbo venditionis, emptionem quoque contineri, veteres dixerunt, vt in l. Veteres. ff. de actio. empt. Qua de re Alciatus lib. 5. parerg. ca. 15. tum quia eadem ratio æquitatis id suadere videtur. Cæterum vir doctissimus Iac. Cuiac. lib. 16. obseru. c. 18. contrarium docet: *Æquum erat*, inquit, *subuenire venditori, qui minoris vendidit, quem plerumque necessitas rei familiaris compellit, vendere pretio minore, non etiam emptori vltrò accedenti ad emptionem prædij, sæpe fraudandi causa, & plerunque emendi, precio impenso & immodico, affectione opportunitatis, vel vicinitatis, vel cœli, vel quòd illuc educatus sit, vel parẽtes sepulti, vel quòd maiorum eius fuerit, qua cupiditate incensus, vltrò proiicit sæpe ingentia & immensa precia, quod calorem vocat. l. Locatio. ff. de publicanis. alij insaniam, alij stultitiã.* Hæc Cuiacius. Qui tametsi speciosa loqui videatur, parum tamen euincit. Nam quis ignorat sæpe accidere, vt qui emat vtilia sibi vel necessaria bona fide, non animo iniustè lucrandi, neque fraudandi? Rursus sæpe venduntur res, vt aliæ emãtur vtiliores, nullaque necessitate vrgente; Quare sicut humanum est subuenire venditori, ita quoque emptori subueniendum est. Et cur liceat maioris rem vendere alteri ementi propter affectionẽ, cum illa minimè qualitas esse dicatur apta ad augendam rei æstimationem, sicuti præclarè docent Ripa in l. Filiusfam. §. Diui. n. 3. de leg. 1. Couu. lib. 2. variar. resol. ca. 3. & Menoch. de præsumpt. 83. n. 6.

Nec mouent quæ adfert idem Cuiacius lib. 23. c. 32. ex Seneca & Plinio: Neque enim ij loquuntur, vbi læsio est vltra dimidiam iusti precij, neque legum vim & authoritatem habent eorum authorum scripta. Et aduersus Cuiaciũ eleganter disputat Robertus Aurelianus lib. 2. Animaduersionum cap. 13. & rursus in notis ad Mercatoris notas similiter lib. 2. c. 13.

Illud lõgè probabilius videtur, quod Cuiacius ibi docet in diiudicanda læsione emptoris vltra dimidiam, ineundam esse rationem hoc modo, vt si res empta sit digna quinque, ipse soluat vndecim, & sic plus duplo, quam sit iustum rei pretium, quæ fuit antiquorũ interpretum sententia, Petri Cyni, Goffredi, Speculatoris & aliorũ, quos refert & sequitur Pinell. in comment. eiusdem legis, parte 1. c. 2. n. 6. Etenim hæc sententia videtur mihi verissima, licet communior sententia aliter doceat, vt videre est ex Cagnolo, in d. l. 2. numer. 135. & ex Couuarr. lib. 2. variar. resol. c. 4. n. 8.

Probatur hæc sententia, quia læsio vltra dimidiam ex parte venditoris esse dicitur, cùm nec dimidiam veri precij accepit, vt in d. l. 2. Ergo & ex parte emptoris erit, vbi rem emit, cuius æstimatio dimidiam partem precij numerati non attingit.

Nõ obstat si dicatur, ex hac interpretatione inæqualitatem oriri inter emptorem & venditorem, quia vendens rem, quę digna est decem aureis, & accipiens quatuor, vltra dimidiã est læsus, nec sentit damnum, nisi sex aureorum. Emptor autem rei, quæ decẽ aureis digna est, & soluens viginti & vnum, dicetur vltra dimidiam læsus & damnum sentiet vndecim aureorum. Non inquam istud obstat, quia inæqualitas ex eo oritur, quòd venditor pluris vẽdens, plus dat emptori, quàm emptor minoris emens venditori. Venditor enim dat rem valentem decem, vnde necesse est maiorem quãtitatem superaddi, vt læsio sit vltra dimidiam, quàm detrahi venditori decepto: & tamen est eadem proportio, quia quantò emptor minus dat, minus requiritur à venditore, vt læsio vltra dimidiam cõtingat: & quantò emptor plus dat, tantò plus à venditore dari oportet, vt dicatur læsus, seu deceptus vltra dimidiam.

Denique venditor vltra dimidiam læsus dicitur, quia dimidiam partem non accepit ab emptore æstimationis rei, quam emptori ipse dedit. Igitur & emptor dicitur esse læsus vltra dimidiam, si dimidiam partem non acceperit à venditore eius, quod ipse dedit; quod tunc accidit, cum res vendita non est digna dimidia parte eius precij, quod ipse numerauit.

CAPVT XVII.

Vtrum iuramentum præstitum in contractu excludat à beneficio l. 2. C. de rescind. venditione?

CElebris est controuersia, vtrum maioris 25. annis iuramentum contractui adhibitum auferat beneficium l. 2. C. de rescinden. vend.

Prima est opinio affirmantium auferre, ita Glos. Bart. Bald. Salicet. Alberic. Castrens. in commentariis eiusdem legis. Pinellus alios

commemorans in 3. parte, in princip. Io. Crotus in consi. 243. lib. 2. Osascus decis. Pedemon. 40. n. 8. Rolan. à Valle cons. 59. n. 18. lib. 1. Menoch. in cons. 1. n. 360. Straccha ad Crauett. in cons. 7.

Argumenta sunt ista. Iuramenti hæc est vis & efficacia, vt contractum confirmet, & tale robur illi adiiciat, vt rescindi non possit. Id patet ex Authen. Sacramenta puberum. C. Si aduersus vendit. Ergo & in specie proposita idem operabitur.

Secundò. Is qui iurat super aliquo facto iurare videtur super omni iure descendente ex illo facto, l. Si duo Patroni. §. Idem Iulianus. & l. Duobus. §. si quis iurauerit. ff. de Iureiurando. Igitur is, qui iurat seruare contractum, & non contrauenire, iurare videtur, se aduersus contractum non venturum, ex quocunque iure & ex quacunque causa, quæ ex eodem contractu & facto prouenire possint. Consequenter iurare videtur se contractum seruaturum, etiamsi vltra dimidiam læsus fuerit. Ergo contractum rescindere nulla ratione potest.

Tertiò. Iuramentum facit, vt actus valeat omni meliori modo, quo valere potest. l. Cum Pater. §. Filius matrem. de leg. 2. & dicitur habere vim specialis consensus, sicuti explicant Iason in l. Si conuenerit. ff. de Iurisdictione omnium Iudicum. Andr. Geyll. lib. 2. obseru. 41. nu. 5. Est igitur perinde, ac si iurans promittat, specialiter se obseruaturum conuenta, licèt ex eo læderetur. Quo casu cessat beneficium dictæ legis secundæ. Sicuti bene explicat Couuariar. resol. lib. 2. c. 4.

Quartò. Contractus ob modicam læsionem rescindi non potest. Licet enim contrahentib. se inuicem decipere circa precium, l. In causæ. §. Idem Pomponius. ff. de Minorib. l. 4. & l. Si voluntate. C. de rescind. vend. Ergo vt iuramentum aliquid operetur, rescindi non potest, etiam ob maximam læsionem.

Secunda est opinio negantium iuramento auferri beneficium dictæ l. 2. Huius authores sunt Anto. Burg. in c. Cum causa. de emptio. & vend. & alij quos refert & sequitur Pinellus in comment. d. part. 3. c. 1.

Argumenta sunt ista. Iuramentum non obligat vbi deest consensus. l. vlt. C. de nō numerata pecu. c. Veniens, & c. Quintauallis. de Iureiur. Sed quando ex contractu contingit immodica læsio vltra dimidiam, deest consensus iurantis, quia præsumitur error, & ignorantia, vt docet Glos. in l. Quisquis. C. de rescin. vend. Ergo iuramentum hoc in casu non obligat.

Secundum argumentum. Iuramentum non obligat vbi dolus interuenit in contractu, cap. Cum contingat. De Iureiur. Sed ex immodica læsione dolus re ipsa detegitur in contractu. l. Si quis cum aliter. ff. de verb. oblig. Iuramentum hoc in casu obligat.

Tertium argumentum est ex eo, quod tam immodicè læsus eodem errore, quo decipitur, & ad ita contrahendum inducitur, præsumitur etiam induci ad iurandum, argumento l. vlt. §. Idem quæsiit. ff. de condict. indebiti.

Tertia est sententia Baldi ad l. Quæ sub conditione. §. 1. ff. de Conditionib. & Instit. Iuramentum hoc in casu operari, vt contractus rescindi nequeat, sed tamen, venditor petere poterit id, quod deest iusto precio rei venditæ. Sequitur Fely. in c. Inter cæteras. de rescriptis. & alij apud Osascum, decis. Pedemont. 40. nu. 7. Verùm hæc sententia tam exactè refellitur à Couu. ad c. Quamuis. in 3. parte, §. 4. de pact. in 6. & à Pinello in comment. d. l. 2. in 3. parte, c. 1. vt omnis labor noster in ea refutanda superuacaneus esse videatur.

Quarta est sententia eorum, qui distinguūt, inter simplicem læsionem vltra dimidiam, quā enormem appellant, & læsionem longè vltra dimidiam, quam vocant enormissimam. Primo casu docent, Iuramentum non auferre beneficium d. l. 2. Secundo verò casu auferre. Ita Corneus & alij apud Pinellum in 3. parte, ca. 1. n. 7. & 8. Couuar. ad c. Quamuis. de pact. lib. 6. parte 3. §. 4.

Quinta est opinio Alciati in c. Cum contingat, n. 213. de Iureiu. Is post Cumanum ab eo relatum ait omnem difficultatem in hac re positam esse circa modum agendi. Aut enim, inquit, vltra dimidiam læsus, contractum rescindi, vel pretium suppleri petit, & nō potest propter vinculum iuramenti. Aut dicit se deceptū fuisse, & ideo iuramentum non tenere, vindicarque rem ipsam vindicatam, & tunc agere potest iuramento non obstante. Eandem sententiam secutus est Menoch. in cons. 512. n. 52. lib. 5.

Sexta & postrema est sententia eorum, qui in hac controuersia docent læsum vltra dimidiam, absolutionem à iuramento petere posse, eâque obtenta agere ad rescissionem contractus. Ita docent Imola, in ca. Cum contingat. ante n. 55. de Iureiu. & in c. pen. n. 24. de empt. & vend. Alexan. in l. Stipulatio hoc modo concepta. n. 10. ff. de verb. oblig. Rebuff. in tract. de rescis. contract. artic. vnico. Glos. 15. n. 42. Panorm. & Ant. Butr. in d. c. Cum contingat, n. 23. Iacopi. Rimin. in cons. 222. lib. 2. Rota Rom. apud Cassiod. dec. 1. tit. de empt. & vend.

Hæc sententia videtur mihi verissima. Tres autem habet partes. Prima: Iurantem agere nō posse ad rescissionem contractus antequam à iuramento fuerit absolutus. Secunda, absolutionem à iuramento hoc in casu esse concedendam. Tertia, Absolutione obtenta, actionem competere ex d. l.

Prima pars ita probatur. Omne iuramētum est ser-

est seruandum, si modò non vergat in dispendium salutis æternæ, vel in alterius præiudicium. c. Cum contingat. de Iureiur. Sed iuramentum de quo agitur, non vergit, &c. Ergo seruandum est.

Si dicatur iuramentum non esse seruandum, vbi dolus interuenit, vt in d.c. cum contingat, ibi: *Neque vi, neque dolo extorta.*

Respondeo. Id ita esse accipiendum, vt tamen requiratur absolutio à tali iuramento, vt probat tex. in c. si verò. de iureiu. & in c. ad audientiam. & in cap. ad aures. de eo quod metus causa, quia in dictis locis Pontifex docet, absolutionem requiri à iuramento metu extorto, cum tamen constet in metu dolum inesse, vt in l. si cum exceptione. §. cum quis. ff. de eo quod metus causa.

Nec obstat responsio Anton. Burgensis in c. cum causa, num. 4. de empt. & vendit. in iuramento metu extorto, voluntatem quandam iurantis, licet coactam, posse considerari. At secus, vbi dolus in contractu est adhibitus: Respondeo enim id procedere posse, vbi dolus ex proposito adest, secus autem vbi dolus reipsa ex læsione oritur, quia maior est voluntas in contrahente sic læso, quàm in eo qui vi coactus iurauit.

Denique quod dicitur, iuramenta dolo extorta non obligare, ita esse accipiendum, vt absolutio nihilominus necessaria sit, tradunt Innocen. & Ioan. Andr. in c. ad aures, De his quæ metus causa. Archidiac. in c. quamuis. de pact. lib. 6. Imola in d. c. cum contingat. num. 3. Calderinus in cons. 8. Duæ puellæ. Petrus Anchar. in cons. 375. ibi: Verùm quia non propria authoritate, &c. Bald. & Castr. in l. vlt. ff. qui satisdare cogantur. Angelus in l. si quis pro eo. ff. de Fideiuss. Natta in cons. 144. licet ipse sibi parũ constans, secus dixerit in cons. 166. n. 20. Couuar. in Epitome de Sponsal. c. 3. §. 5. n. 2. & in c. quamuis in 1. parte, §. 5. n. 3. & lib. 1. variar. resol. c. 4. n. 7. Menoch. de recuperan. possess. remed. 1. n. 294. quanquam idem aliter loquatur in cons. 1. n. 302. li. 1. Ad quem locum se remittit in cons. 426. n. 36. lib. 5.

Secunda pars conclusionis, videlicet absolutionem esse concedendam, sic probatur. Iuramentum non debet esse vinculum iniquitatis, 22. q. 2. c. Animaduertendum. c. etsi Christus, de iureiur. Sed vbi est tam immodica læsio, ibi est iniustitia & iniquitas magna: Ergo iuramẽtum est relaxandum. Facit textus in c. 1. & in c. Debitores, de iureiu. & ibi notat Imola, & idẽ Imola in c. si verò, n. 3. eod. tit. Decius in consi. 180. n. 5. Socin. iun. in cons. 48. nu. 29. & 30. lib. 1. Curt. iun. in cons. 141. n. 9. Marcabrunus in cons. 30. n. 311.

Et hæc est communis sententia, absolutionem à iuramento concedendam esse, quoties iniustitiam continet, sicuti tradunt Castr. ad l. si quis pro eo. n. 6. ff. de Fideiussoribus. Ancharanus d. cons. 375. Natta d. cons. 144. Crauetta in cons. 152. n. 11. & 192. n. 11.

Porro absolutione obtenta à iuramento actionem competere ad rescindendum contractum, probatur hoc argumẽto. Absolutio tollit vinculum iuramenti, & idem est ac si iuramentum præstitum nõ fuisset, vt patet ad sensum, & tradunt Corneus in cons. 288. lib. 3. Socin. iunior in cons. 3. n. 44. lib. 2. Rolan. à Valle, in cons. 7. nu. 58. lib. 3. Afflictus decis. 322. Sed si iuramentum non esset præstitum, procul dubio daretur actio ad rescindendum contractũ propter læsionem vltra dimidiam. Igitur idem statuendum est concessa à iuramento absolutione.

Ad argumenta primæ opinionis, quæ absolutè negat, locum esse rescissioni cõtractus ob iurisiurandi religionem, respõsio patet ex præmissis, omnia enim argumenta militant, ante absolutionem à iuramento concessam. Post concessam verò absolutionem, omnia cessant, quia virtus iuramenti cessat.

Ad primum argumentum secundæ opinionis respondeo, negando errorẽ præsumi etiam data læsione. Vbi enim quis iurat, præsumitur consultò & consideratè omnia facere, argumento c. Ex rescripto. de iureiur. Vide Alex. in cons. 42. n. 17. lib. 1 Nattam in cons. 144. nu. 7. & Andr. Geyll. lib. 2. obseru. 10. n. 26.

Ad secundũ respondeo, negando iuramentum propria authoritate, negligi posse & violari, etiam data læsione immodica. Constat enim ex supradictis absolutionem esse necessariam, licet dolus interuenerit.

Ad tertium argumentum respondeo. Illum textum in l. vlt. §. Idem quæsiit, nil commune habere cum quæstione nostra, nec de illa specie loqui, in qua iusiurandum intercessit.

CAPVT XVIII.

An l. 2. C. de rescind. vend. contra singularem successorem locum habeat, & an locum habeat re perempta?

COmmunis est Doctorum sententia tertium ac singularem successorem in re vendita conueniri posse, ex hac l. 2. si duo hęc concurrant. Primum, vt is, à quo causam habet, nimirum emptor ille, qui decepit ac læsit venditorem, soluendo non sit. Secundum, si ipse singularis successor possideat rem ex causa lucratiua. Aut certè ex contractu, qui eodem iniustitiæ morbo laboret. Ita post Bald. & alios respondit Tiraquell. ad l. si vnquam. C. de reuocand. donatio. in verb. reuertatur, num. 329. Couuar. lib. 2. variar. resolut. c. 3. n. 10. Menoc.

in consi.63.n.22.lib.1. Stracchaad Grauettam in consi.7.nu.13.

Sed fundamentum habet hæc sententia magnoperè infirmum, nempe in l. In causæ.14.§. vlt.ff. de Minoribus, qui textus nihil aliud dicit, nisi minorem esse restituendum, etiam aduersus tertium emptorem & possessorem, si tertius ille possessor rem emerit sciens, minorem fuisse læsum, & simul prior emptor soluendo non sit.

Quare contrariam sententiam quam vnus probat Pinellus in comment.d.l.2.in 2.parte c. 1.num.32.veriorem esse, ac Iuris regulis magis consentaneam affirmare non dubito.

Principio enim satis constat, actionem ex contractu descendentem, qualis est ea, de qua agitur, aduersus singularem possessorem non competere. Neque enim personalis obligatio fundum sequitur. l.1.§. Si hæres.ff.ad Trebell. l.vltima.§.vltimo ff. de contrah. empt. & propius ad rem nostram, textus in l. Dolus. C. de rescin.vend.

Deinde contra dictam communem sententiam facit tex.in l. Æris alieni.C. de donatio. vbi dicitur, agi non posse contra donatarium, ac possessorem rei debitoris ab eo, cui debitor donans erat obligatus, nec distinguit tex. an debitor soluendo sit nec ne.

Prætereà dicit tex.in l.1. & 3. C. Si vendito pignore agatur, contra tertium possessorem agi posse, tunc demum, cùm mala fide emit, & is, qui conueniri poterat, soluendo non est. Igitur cessante mala fide conueniri non poterit.

Quod si proponatur, emptorem esse in mala fide, locus esse posset communi sententiæ, quemadmodum fatetur Pinellus loco annotato, & Couuar.lib.2.variar.resolut.cap.3. post nu.10.vers. Tertia conclusio.quibus & ipse adstipulor.

Est & alia controuersia, cùm venditor vltrà dimidiam læsus est, & res vendita sine culpa emptoris, casu scilicet fortuito periit, vtrum venditori liceat aduersus emptorem agere.

Abbas Panorm.in c.Cum dilecti.de emptio. & vend.respondit, Venditori actionem competere, vt quod deest iusto precio, consequatur ab emptore.

Eandem sententiam secutus est Francisc. Cremensis, singul.85.Volo.Ripa in l.Quod te, n.11.ff.Si certum petatur.& alij à Pinello citati in 2.parte,c.1.n.36.& à Couuar.lib.2.variar.resol.cap.4.circa finem.

Fundamentum est in eo, quòd emptor æquè principaliter obligatus sit vēditori, vel ad persoluendum id, quod deest iusto precio, vel ad rem emptam restituendam. Ex quo sequitur, re perempta, obligationem ad precium superesse, ex l.Si in emptione.§. Si emptio. ff. de contrah. emptio.& ex l.Stichum, aut Pamphilum. ff. de solutio.

Quod autem vtrumque sit in obligatione æquè principaliter probatur ex c.Cum dilecti. De emptio.& vendit. & ex c. Cum causa, eodem titulo.

Sed contrariam sententiam, nempe venditori nullam actionem competere, longè probabiliorem esse iudico, quam quidem sententiam amplexi sunt Accursius, Bart.Castr.& alij communiter in d.l.2.Vbi Cagnolus nu.113.Pinell.in 2.parte,c.1.nu.36.Couuar.variar.resolut.lib.2.c.4.n.10.Anton.Gomes.de contract. cap.2.n.22.

Probatur hæc sententia, primò ex l.Si res æstimata,13.§.1.ff. de iure dotium: *Enimuerò,* inquit Iurisconsultus, *si in æstimationis modo circumuenta est, erit arbitrium mariti, vtrum iustam æstimationem, an potius seruum præstet. Et hoc si seruus viuit. Quod si decesserit, Marcellus ait, magis æstimationem præstandam, sed non iustam, sed eam quæ facta est, quia boni consulere mulier debet, quod æstimatus fuit.*

Si mulier in causa dotis, quæ semper & vbique præcipua est, l.1.ff. Soluto matrimon. petere non potest id, quod deest iusto precio, vbi res perempta est, longè minus id iuris venditor habebit.

Secundò probatur hæc sententia, vbi quantitas debetur respectu certæ speciei, tunc specie perempta debitor est liberatus.l. Titiæ textores.§.vlt.de leg.1.l.Electio.§.Quid si is, ff.de noxalib.l.1.§.vlt.ff.Si cui plus quam per legem Falcidiam.& l.Si communis seruus, in vers. Ex his igitur. ff. De furtis. Sed in hac quæstione quantitas debetur respectu certæ speciei, nempe contemplatione rei venditæ. Ergo re perempta perimitur obligatio ad precium.

Tertiò probatur, quia hoc in casu res principaliter dicitur esse in obligatione, iusti autem precij suppletio in facultate soluendi, vt probat tex.in d.l.2.C.de rescind.vend.in illis verbis: *Humanum est, vt vel precium te restituente emptoribus, fundum venundatum recipias, vel si emptor elegerit, quod deest iusto precio, recipias.* Illa verba: *Si emptor elegerit,* expresse indicant illud in electione emptoris esse, & sic in facultate soluendi.

Simile habetur in l.Miles §. Decem. ff. de re iudicata. Consequenter re perempta debitor est liberatus, l. Si ex legati causa. ff. de verbor. oblig.l.Quod te.ff.Si certum petatur.l. Si quis stipulatus fuerit decem in mille. ff. de solutionibus.

Non obstat text.in c.Cum causa, & in c.Cū dilecti, neque enim dicunt aliud, nisi emptorem facultatem habere soluendi iustum precium, & eam facultatem illi non esse auferendam, quod & nos fatemur. Sed non propterea

efficitur,

efficitur, quin ei restitutio principaliter sit in obligatione, vt loquuntur nostri Doctores.

Illud monendum esse iudico, quod Couuar. probat, & Pinell. locis annotatis, & mihi æquissimum videtur, quicquid velit Ant. Gom. Emptorem conueniri posse, & compelli ad soluendum iustum precium, licet res perierit, cùm alteri eam ipse vendidit, & ab emptore iustum precium accepit, tunc enim summa est ratio, cum ipse emptor precium habuerit, quasi rem ipsam habere videatur.

CAPVT XIX.

De clausula venditioni adiecta, & si quid pluris res valet, donat, controuersia aliquot.

SI vendat quis minori precio rem maioris pretij, ea clausula adiecta: *Et si quid pluris valet, donat*, vtrum, si vltra dimidiam venditor lædatur, ad rescindendum contractum agere possit, controuersia est, Imola enim, Ludouicus Romannus, & Æmilius Feretus in comm. l. Si quis cum aliter. ff. de verb. oblig. Vēditorē agere posse negant, quia cùm venditio minimè rescindatur propter modicam læsionem, l. Quisquis. C. de rescind. vendit. talis clausula operari debet, vt nec propter magnam læsionē rescindatur, alioqui superflua erit: Sed contrariam sententiam amplexi sunt Bart. Alex. & Iason in d.l. Si quis cum aliter. nec non in l. 2. C. de rescin. vend. vbi Hieronym. Cagnol. nu. 124. Pinel. in 1. parte, c. 2. nu. 20. Quibus & ipse assentior.

Probatur hæc sententia ex l. Hæc adiectio 129. ff. de verb. sign. *Hæc actio*, inquit Vlpianus, *plurisue, non infinitam pecuniam cōtinet, sed modicam duntaxat*. Itaque clausula illa, *Et si quid pluris valet, donat*, ita debet intelligi, vt locum habeat in modica quantitate, non autem in magna.

Nec idcirco superflua reputanda est, quia operatur, vt emptor minoris emens, quàm sit iusta rei æstimatio, non peccet. Quanquam tolerandum potiùs videretur, eam nihil operari, & superfluam esse, quàm vt venditor vltra dimidiam læderetur. Argumento eorum, quæ notantur in l. vlt. §. In computatione. C. de iure deliberandi per Iasonem in l. Iustitia, col. vlt. ff. de Iust. & Iure. & dominum Iohannem Cephalum in cons. 104. n. 21. lib. 1.

Sed alia oritur controuersia, circa hanc eandem clausulam, in ratione ac supputatione fienda ipsius læsionis: Cum enim per eam clausulam aliquid emptori donatum esse videatur, illud in primis esse deducendum, eoque deducto, diiudicandam esse læsionem, responderūt Alex. & Ias. in d.l. Si quis cum aliter, n. 17. ff. de verb. oblig. & Cagnol. in l. 2. C. de rescin. vend. num. 129.

Cæterùm Pinellus in 1. parte c. 2. nu 21. post Alciatum quem citat in d.l. Hæc actio, contrarium respondit, nullam scilicet esse faciendam deductionem, quę sententia videtur mihi probabilior. Etenim argumenti vis in hoc est posita. Clausula: *Si quid pluris valet, donat*, intelligitur de modica duntaxat quantitate. Ergo vbi est immodica læsio, & supra dimidiam, illa clausula nihil operatur. Ergo nihil deduci debet.

Sed & tertia oritur controuersia. Est enim communis hæc doctorum interpretatio, venditionem rescindi non posse ex d.l. 2. Quoties dicta clausula pinguiùs ac magis generaliter cōcepta est, puta si dicatur: *Et si quid pluris valet, totum illud, quantumcunque est donat & remittit emptori*. Ita Salicet. & Castr. in d.l. 2. Cagnol. ibidem, n. 130. Alex. in cons. 42. n. 7. lib. 1. Fel. in c. Si cautio. n. 39. de fide instrumentorū. Boerius alios commemorans, decis. 142. n. 10.

Quorum fundamentum illud est satis firmum, quod ea sit natura sermonis vniuersalis, vt nihil excludat, sed omnia comprehendat. l. Iulianus. De leg. 3. l. 1. §. Generaliter, ff. de leg. præstan. cum aliis similibus.

Cæterùm Pinell. in 2 parte c. 2. n. 22. contrarium docet, eiusdem sententiæ authorem habens Petr. Rebuff. de resciss. contract. Gloss. 15. n. 20.

Mouetur in primis ex l. 2. C. Comm. de leg. vbi dicitur, leges verbis non esse impositas, sed rebus. Respondeo. Id concedo. Sed non verbis tantum, sed rebus hæc sententia conuenit, quia vniuersalis oratio plura continet, quàm particularis. Quare latum est discrimen inter hæc. *Si quid pluris valet, dono*, &, *si quid pluris valet omne id, & totum, quantumcunque est, dono.*

Secundò ita Pinell. argumentatur. Renūciatio generalis omni legum auxilio & beneficio, tollit auxilium, quod venditori competit ex d.l. 2. ex communi Doctorum sententia, de qua per Tiraq. ad l. Si vnquam. n. 123. C. de reuocan. don. Ergo nec verba illa generalia id beneficium auferre poterunt. Respondeo. Generaliter renuncians omni legum auxilio, dē tam immodica læsione cogitare non præsumitur, propterea renunciatio ad eam speciem nō extenditur. Sed hic nominatim de læsione circa precium, is qui vendit, cogitare videtur, totúmque id, quod iusto precio deest emptori donare. Quare hæc nostra species, nihil commune habet cum specie diuersa.

Tertiò Pinellus vtitur argumento ex l. vlt. §. Idem quæsitum. ff. de condict. indeb. Vbi dicitur generalem clausulam, quæ pactionibus adiici solet; *Nullam cōtrouersiam facturum*, indebiti condictionem non auferre. Respondeo;

Nihil obstat. Quia sic promittens, non præsumitur voluisse se obligare ad soluendũ, quod non debebat, putabat enim se debitorem esse. At in specie nostra, venditor de læsione cogitat, se læsum esse non ignorat. Læsionem ipsam emptori remittit ac donat.

Quartò Pinellus dicit, nihil operari debere hoc in casu verborum multiplicationem, ex l. Pediculis. §. Labeo. ff. de auro & argento legato. ibi: *Sed non mutauit substantiam rerum non necessaria verborum multiplicatio, &c.* Respondeo, illum textum loqui, quoties vnum & idẽ exprimitur diuersis verbis, idem significantibus vt in eo, qui testamento lanam scripsit, ac deinde versicoloria, quasi desierit lana tincta, lana esse. At in specie nostra illa verba, *Omne & totum, quantumcunque est, donat*, generalia sunt, & plura comprehendunt, quam simplex illa oratio, & si quid pluris valet, & donat.

Quintò Pinellus adducit Glos. in l. 4. ff. de pignorat. act. ad probandum, verborum geminationem, seu multiplicationem nihil operari. Respondeo, illam Glos. nil obstare. Loquitur enim de interpellatione facta debitori, verbis geminatis hoc modo. Solue, solue. Et ait, nihil operari magis quàm simplicem interpellationem. Hoc non obstat communi sententiæ, quæ non docet, geminationem verborum hoc efficere, puta si bis dicatur, & si quid pluris valet, donat. Sed fundamentum ponit in oratione vniuersali, cuius natura est, vt nil excludat & consequenter, neque læsionem vltrà dimidiam.

Quarta est controuersia, circa eandem clausulam, cùm eidem annectitur alia clausula, ex certa scientia, hoc modo. Venditor ex certa scientia, & nullo errore ductus, donat, si quid pluris res valet. Nam hoc in casu cessare l. 2. existimarunt ibid. Castr. Bal. & Salicet. quasi venditori scienti, nulla fraus fiat, neque iniuria. Idem responderunt Alex. in cons. 42. nu. 7. lib. 1. Cur. Sen. in cons. 49. n. 75. & Boërius decis. 141. n. 10.

Cæterùm Cagnol. n. 126. & Pinell. in 1. parte, c. 2. nu. 13. contrarium docuerunt, quibus ego assentior, duabus potissimum rationibus.

Prima, quia lex 2. locum habet etiam in venditore sciente rei venditæ æstimationem, vt in seq. c. demonstrabitur.

Altera est ratio. Quia hæc clausula nihil aliud significat, nisi venditorem scientiam habere, rem esse maioris æstimationis. Sed non statim sequitur, eum scire, rem venditam esse dignam precio ab emptore soluto, & altero tanto, & amplius, atque istud totum eum remittere ac donare velle emptori.

Maiorem habet difficultatem quinta & postrema, & eadem specie descendẽs controuersia, An videlicet insinuatio requiratur, si fortè precij quantitas à venditore donata, summam quingentorum aureorum excedat. Etenim insinuationem esse necessariam, affirmarunt Ancharanus & Imo. in c. pen. de emp. & vend. Alc. ad l. 2. n. 16. ff. de verb. obl. Alex. in l. Si quis cũ. col. pen. ff. eod. tit. Calcaneus in cons. 25. n. 12. Marian. Soc. in cons. 215. & alij quos refert & sequitur Tiraq. ad l. Si vnquam. in verb. Donatione largitus. n. 3. C. de reuocan. donatio. & de retract. consang. §. 1. n. 15.

Argumenta sunt ista. Primum sumitur ex l. Si quis donationis. ff. de contrah. empt. *Quoties verò*, ait Vlpianus, *donationis causa viliore precio res distrahitur, dubium non est donationem valere. Hoc inter cæteros. Inter virum autem & vxorem, donationis causa facta venditio precio viliore, nullius momenti est.* Idem docet l. Si sponsus. §. Circa. ff. de donatio. inter virum & vxorem. l. Si vir vxori. C. Ad Velleianum. l. 1. §. Si quis in fraudem. ff. Si quid in fraudem Patroni. Ex his legibus probatur, venditionem factam viliore precio donationis causa, esse veram donationem. Si vera donatio est, ergo nil proponitur, cur insinuationem non requirat.

Secundum argumentum. Donari videtur id, quod nullo iure cogente datur. l. 1. l. Donari. ff. de donatio. Sed in hac specie is, qui donat id, quod pluris res valet, nullo iure cogente id facit, sed sponte, quia non tenetur illud donare. Ergo necessaria videtur insinuatio, sicut in aliis donationibus.

Tertium argumentum. Hic venditor remittit ius emptori, quod sibi competebat ad venditionem rescindendam, vel ad iustum precium petendum, vt patet. Sed remissio debiti, seu renunciatio Iuris competentis, donatio quædam iudicatur, l. In ædibus. ff. de donat. l. Si mulier. ff. de condict. ob causam. Tiraqu. ad d. l. Si vnquam. in verb. largitus. n. 143. Ergò insinuatio requiritur vt in aliis donationibus, vt per Tiraq. ibid. n. 144.

Cæterum insinuationem nequaquam esse necessariam responderunt Calderin. in consti. de emptio. & vend. Bart. & Bald. in l. Si tibi. ff. de pact. Fabian. de Monte de emptio. & vendit. 8. quæst. Princip. vers. Quartò quæro, & alij quos refert & sequitur Couuar. lib. 2. variar. resol. c. 4. n. 8.

Argumenta sunt ista. Præcipua contrahentium intentio inspicienda est, & ab ea contractus denominandus, l. Si quis nec causa. ff. Si certum petatur. l. Fundi partem. ff. de contrah. emptio. Sed in hac specie pręcipua intentio est vendendi & emendi. Ergo talis contractus venditio est, non autem donatio. Consequenter nec requiritur insinuatio.

Secundo. Venditio rei viliore precio facta non est donatio, sed damnosus cõtractus, Authore

thore Baldo ad rubr. C. de contrahen. emptio. n. 11. Is enim, qui ita vendit, non id agit donationis gratia, quia emptor forsã est extraneus, cum quo nulla amicita, nulla necessitudo intercedit, & nulla etiam causa donandi. Ergo frustra disputatur an requiratur insinuatio.

Tertiò. Venditio facta viliore precio ita demum donationis naturam induit, si donandi causa manifesta sit, ideóque inter virum & vxorem talis venditio valet, nisi in fraudem donationis facta sit. l. Si quis donationis. ff. de contrahen. emptio. l. Si sponsus. §. Circa. ff. de donationib. inter virum & vxorem. Ergo insinuatio non requiritur.

Quartò. Si in contractu emptionis & venditionis, donationis titulus constituendus esset, maximè constituendus foret, vbi læsio non est vltra dimidiam, illa enim contractum non rescindit, sed in tali læsione donatio non præsumitur. Ergo multò minus est præsumenda in læsione vltra dimidiam.

Donationem non præsumi in læsione citra dimidiam, ex eo patet, quia si præsumeretur, hoc modo lædens non peccaret, nec ad restitutionem teneretur, quod tamen falsum est, quia & peccat, & ad restitutionem tenetur ex communi sententia Theologorum.

Postremò. Si talis donatio, vera esset donatio, & insinuationem exigeret, sequeretur eam quoque reuocari propter ingratitudinem, iuxta l. vlt. C. de reuocan. don. Item propter natiuitatem liberorum. l. Si vnquam. C. eo. Item per querelam inofficiosæ donationis. iuxta tit. C. de inoff. donatio & alia id genus sequerentur, quæ videntur esse noua, nec vllo modo vsu recepta.

Tertia est sententia Pinelli, in comment. d. l. 2. in 1. parte, c. 2. n. 24. Insinuationem esse necessariam, quando constat, certum aliquid deliberato animo remitti, quantitatem continens, in qua de iure requiritur insinuatio. Si verò non constet de certa & deliberata voluntate donandi, non esse veram donationem, ac proinde, insinuationem non esse necessariam.

Ego in hac re duo dico. Primò, sententiam priorem frequentioribus doctorum suffragiis receptam esse. Deinde eam, contrariis argumentis non euerti, dato enim quod non sit vera donatio, & propriè dicta, negari tamen non potest, quin aliquo modo, saltem impropriè, donatio existimanda sit, Argumento l. 1. ff. de donationi. Lex autem insinuationem requirens, omnem comprehendit donationem. l. Sancimus. C. de donationibus.

Quare illud primum argumentum nihil obstat, quo dicebatur, contrahens non habuisse animum donandi. Etenim id negari summa ratione potest, cùm animus ex verbis & factis detegatur. Hic verò verba & facta donationi conueniunt, respectu scilicet maioris æstimationis ac precij, quod venditor emptori remittit ac donat.

Non obstat etiam alterum argumentum, quia in proposita specie manifesta est donãdi causa: Venditor enim disertè profitetur, se id, quod pluris res est, donare, ac perinde venditio esse dicitur viliore pretio facta animo donandi, de qua Iurisconsultus loquitur in l. Si quis donationis. ff. de contrahen. emptio.

Quod verò dicebatur venditionem, viliori precio factam, non esse donationem, quia vẽditor donandi animum non habet personæ extraneæ, & nulla necessitudine cõiunctæ, nihil mouet, quia in claris non est opus cõiecturis, & cùm in verbis nulla est ambiguitas, non est facienda voluntatis quæstio. Hic versamur in claris, & verba donationem important.

Illud fateor, eam non procedere ex liberalitate, atque adeo non esse veram & propriam donationem, sed non proptereà efficitur, quin requirat insinuationem, cùm lex insinuationem requirens, omnem complectatur donationem.

Quartum verò argumẽtum nihil aliud probat, nisi donationem non esse præsumendam cùm in venditione læsio contingit. Quod & nos vltro fatemur, ideo enim contractus rescindi potest, qui nõ rescinderetur, si donatio esset præsumenda. Sed nostra quæstio versatur in claris, cum videlicet is, qui vendit, apertè profitetur se donare quicquid vltrà precium cõuentum ex iusta rei æstimatione deberetur.

Absurda verò, quæ commemorantur in vltimo argumento, meritò negari possunt. Quia si donationem hic esse statuimus, omnes leges, quæ de donatione sint latæ, ad eam quoque producendæ erunt, nec absurdum erit reputandum, quod iuri cõsentaneum esse videtur.

CAPVT XX.

Alia sex controuersia ad eandem l. 2. C. de rescind. vend. pertinentes.

SVnt & aliæ controuersiæ ad eandem legem pertinentes, quarũ aliquas hic subiiciemus.

Prima. Vtrum agẽti ex dicta lege, exceptio melioramentorum, vt vocat, obiici possit, videlicet venditorem audiendum non esse, nisi sumptus necessarios, & emptori vtiles restituat. Etenim restituẽdos esse Bald. affirmat, in comment. d. l. 2. cuius sententiam secuti sunt Alexãd ad Bartol. in l. Intra vtile. §. vlt. ff. de Minorib. Anton. Burgos. in ca. Cum causa, de emptio. & venditio. n. 56. Iacob. à S. Georgio, in l. Si res. §. 1. ff. de iure dotium. Fabian. de Monte de empti. & venditio. 8. quæst. princip. n. 4. Boërius Decis. 47. n. 8. Cagnol. ad l. 2. n. 153. & eo loci Pinell. in 2. parte, c. 3. num. 2,

Fundamentum est in l. intrà vtile. 40. §. vlt. ff. de minorib. vbi dicitur, Minorem restitutum aduersus venditionem prædij à Curatorib. factam, sumptus ab emptore factos in rem ipsam, restituere cogendum.

Sed contrarium docuit Salicetus ibidem, quem secutus est Pantaleon Cremensis, & eius fundamẽtum est, quia emptor facultatem habet, retinendi rem emptam, & venditori soluẽdi id, quod deest iusto precio. Quare si rem retinere nolit, cùm possit, & iustum precium supplere, non videtur audiendus esse in exceptione meliorationum & sumptuum.

Sed mihi longè probabilior videtur Baldi sententia, quæ communis est, & multis aliis legibus iuuatur, quibus definitum est, bonę fidei possessorem sumptus huiusmodi deducere posse. l. Domum. C. de rei vendic. l. in fundo. ff. eod. l. si prædium. C. de prædiis Minorum. Est autem hic emptor in bona fide, cùm titulum habeat iustum. l. Bonæ fidei. ff. de verb. signif. Nec immoderata læsio facit, quò minus contractus, bona fide factus censeatur, vt patet ex l. si superstite. C. de dolo. vbi transactio bona fide facta dicitur, licet immodicam læsionem contineret.

Nec obstat argumẽtum Saliceti, quia is nõ facit iniuriam, nec in culpa esse dicitur, qui iure suo vtitur? Emptor autem hoc iuris habet, vt vel retinere possit rem emptam, vel eam venditori restituere, iusto precio ei soluto. Si restituere maluerit, nihil proponitur, cur sumptus repetere non possit à venditore, cum & à minore contractum rescindente repetantur.

Altera est controuersia, de venditione facta cũ decreto Iudicis, an rescindi possit propter læsionem vltra dimidiam. Et quidem rescindi nihilominus posse affirmarũt Imolen. & Alexand. ad l. si quis cum aliter. ff. de verb. oblig. Panorm. in c. cum causa. num. 6. de emptio. & vend. & ibidem Anton. Burgos. num. 27. Ang. Aret. in §. si quis agens. num. 3. Instit. de actionib. Pantaleon Cremen. ad l. 2. n. 108. & ibid. Cagno. n. 158. Iacop. à S. Georgio in l. Pacta nouissima. nu. 8. C. de pact. & ibidem Iason, nu. 9. Rebuff. de rescis. contract. articulo vnico. Glos. 15. n. 40.

Idem sensit Anto. Gomes. de contract. ca. 2. post n. 22. & nouissimè eandem sententiam secutus est Menoch. de pręsump. li. 2. præsumpt. 75. n. 34.

Probatur hæc sententia primò, ex l. si quidem. C. de prædiis Minorum, vbi dicitur, minorem aduersus venditionem esse restituendum, si fuerit læsus in precio, licet cum decreto Iudicis facta fuerit venditio.

Secũdò probatur hac ratione. Ecclesia vltra dimidiam læsa in contractu, actionem habet ad illum rescindendum, vt patet ex c. cum dilecti. ex c. cum causa. de emptio. & vendit. & tamen id intelligi oportet, de venditione facta, solennibus iuris adhibitis, alioqui nõ valeret, vt in toto tit. de rebus Ecclesiæ non alie. in extrauag. Ambitiosæ. eod. tit. & alibi. Ergo nihil prohibet, quo minus idem statuendum sit in aliis contractibus, etiam solemniter factis & cum Iudicis authoritate.

Tertiò probatur, quia hoc operatur Iudicis decretum, vt contractus præsumatur rectè & ritè celebratus. Verùm hæc præsumptio cedere debet veritati: Consequenter si apparet de læsione & iniustitia, cessare debet illa pręsumptio, & decreti efficacia. Facit text. in l. magis puto. §. pen. ff. de rebus eorum. Latè Menoch. de præsumpt. lib. 2. cap. 75. n. 32.

Cæterùm contrariam sententiam habuerũt Bar. & Io. de Platea, in l. 1. C. de prædiis Decurionum. lib. 10. Cast. in comment. ad l. 2. C. de rescind. ven. n. 5. Ang. in cons. 142. circa finem. Socin. sen. in cons. 57. col. vlt. lib. 4. Decius in cons. 210. post n. 8. Corneus in cons. 56. lib. 3. & alij quos refert Ant. Gabrielius comm. concl. tit. de emptio. & vend. concl. 3. n. 57.

Fundamentum est in l. 1. C. de prędiis Decurionum, li. 10. & in ea iuris regula, quæ docet, vbi Iudicis decretum interuenit, omnia præsumi solenniter acta, de qua regula vide Alciatum, de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 10.

Sed nullius momenti esse videntur hæc argumenta. Quamobrem priori sententię adhærendum esse iudico. Quod enim attinet ad d. l. 1. hæc sunt verba, (quod attinet ad rem nostram) *Denique nihil erit postmodum* (scilicet decreto Iudicis interueniente) *quò Venditor, vel circumuentum se insidiis: vel oppressum potentia comparatoris queri debeat: Quandoquidem sub fide actorum, & de necessitate distrahentis, & de voluntate patuerit comparantis.*

Hæc verba probant, venditorem allegare nõ posse hoc in casu, se vel metu coactum, vel insidiis emptoris circumuentum vendidisse. Sed nullum verbum de læsione vltra dimidiã, quod scilicet de illa conqueri non possit.

Non obstant verba illa eiusdem legis præcedentia. (*Ita enim fiet, vt nec immoderatus venditor, nec emptor, cuiuscunque sit donationis inueniatur iniustus.*) Quia sensus est, Decurionem vendere non posse prædia absque necessitate à Iudice æstimanda. Quod si forma hæc seruata sit, *sic euenit*, inquit textus, *vt nec immoderatus venditor inueniatur*, id est, qui sine causa, & moderatione vendat, *& emptor non inueniatur iniustus*, id est, qui vel potentia, vel insidiis ad vendendum inducat, vt statim textus subdit. Vel si ad omnem iniustitiã illa verba referantur, sensus est, non facilè repertum iri, qui quoquo modo, venditorem decipiat, & minus iustè contrahat, propter

Iudicis

Iudicis authoritatem, qui intercedit. Quod quidem & nos sponte fatemur.

Sed iam quæstio est si Iudex, & contrahentes circumuenti sint, fortè etiam per imprudentiam errauerint, ita, vt venditor in precio fuerit deceptus vltra dimidiam, An rescindi contractus possit. Et rescindi posse dicimus, quia manifestum est Iudicis authoritatem parum in hoc profecisse. Nec textus ille hoc negat, licet multum Iudicis authoritati tribuere videatur.

Quod verò attinet ad illam Iuris regulam, præsumi omnia solénìter acta ex decreto Iudicis, responsio patet ex præmissis, quoniam, vt dictum est, vna præsumptio tollit aliam, l. Diuus. ff. de in integrum restit. Et veritati cedit omnis præsumptio. Vnde in proposito textus in l. Si quidem. C. de prædiis Minorum. *Si verò,* inquit, *Iure interposito decreto venditionem vili precio eius possessionis, cuius vires ignorabat, fecit, iuxta perpetui edicti authoritatem in integrum restitutio, causa tamen cognita, prabetur.*

Tertia controuersia est. Vbi inter emptorem & venditorem est conuentum, vt si vltra dimidiam læsio contigerit, iustum preciũ suppleatur, an rescindi contractus possit ex dict. l. 2. Et rescindi non posse censuerunt Bal. ad tit. Qualiter dominus feudi proprietate priuetur. Aret. & Alexand. ad l. Si quis cum aliter. colum. penult. ff. de verbo. oblig. quia prouisio hominis facit cessare prouisionem legis, iuxtà vulgare dictum, quod sumitur ex l. vlt. Co. de pactis conuentionalib.

Sed contraria sententia videtur mihi probabilior, quam secuti sunt Iason in l. 2. Cod. de Iure emphyteut. nu. 143. & Cagnol. in d. l. 2. C. de rescind. vend. nu. 168.

Probatur hæc sententia ex d. l. 2. quæ generaliter loquitur. Nec obstat regula, prouisio hominis, &c. quia intelligitur, quando prouisio legis est specialis, & contra Iuris communis regulas, sicuti declarant Bart. ad l. Si cum dotem. ff. soluto matrimonio. & alij apud Gabrielium in commu. conclus. titu. de reg. Iur. concl. 8. n. 4. Sed in specie nostra legis prouisio generalis est, & ex Iure communi prouenit, vt patet, ergo cessat illa regula, & præualere debet ea sententia, quæ iniustis contractib. & dolosis occurrit.

Quartò controuertitur, si emptor inuenerit thesaurum in re vendita, An venditor vltra dimidiam læsus agere possit, ita vt thesauri ratio habeatur, propter quem res procul dubio pluris æstimanda est. Et habendam esse rationem eiusmodi thesauri docuit Ludou. Rom. ad l. Si quis cum aliter, ff. de verbor. oblig. dicens, se ita ex facto respondisse, duab. rationib. Altera, quia in iudicanda læsione ratio habenda est æstimationis rei, secundum tempus contractus celebrati, l. Si voluntate. C. de rescin. venditio. licet occulta sit huiusmodi æstimatio, & minimè patens, l. Non intelligitur, §. Diui fratres. ff. de Iure fisci. Altera est ratio, quia contractus venditionis & locationis sunt similes, l. 2. ff. locati, sed in locatione receptum est, vt pensio sit augenda, si conductor maximum lucrum sentiat, vt notat Gloss. in l. Si merces. §. vis maior. ff. locati. Ergo, & in venditione idem statuendum est, vt si magnum lucrum emptor fecerit thesauri inuentione, condemnandus sit ad maius precium soluendum.

Sed contrarium docent Franciscus Aret. in d. l. Si quis cũ aliter, n. 8. & Cagnolus in l. 2. nu. 171. C. de rescind. vend. Quorũ sententiæ ego potius accedo. Nam thesaurus à venditore nõ possidebatur, cùm ignoraret vbi esset, & omnino illum in potestate non haberet. l. 3. §. Nerua. & §. sequ. ff. de acquiren. poss. ergo læsus in precio dici non potest, quamuis pro thesauro, quem non possidebat, nihil acceperit.

Argumenta Romani nihil obstant, Nam quod attinet ad primum, tex. in §. Diui fratres, nihil aliud dicit, nisi iusta rerum precia ex præsenti æstimatione constitui. Alterum autem argumentum de locatione, facilè confutatur. Quia etsi in conductore ita esset constitutum, id summa ratione factum esset, cùm & in eo conductori consulatur, vt nimirum propter sterilitatem pensio sit ei minuenda, iuxta l. Si vno. ff. Locati. At in emptore aliter est constitutum, quia perfecta emptione, omne commodum & incommodum ad eum spectat. l. Necessariò. ff. de periculo & commodo rei venditæ. Quare si thesaurum inuenerit (fortunæ donum Iurisconsultus appellat, in leg. Si is qui. ff. de acquirend. rerum domin.) eius lucro id cedere debet secũdùm Iuris regulas. l. Nunquam nuda. §. Thesaurus. ff. de acquirend. rer. domin.

Quintò controuertitur. Vtrũ venditori scienti iustam rei æstimationem, actio competat ad contractum rescindendũ, si vltra dimidiam læsus fuerit, & communis est sentẽtia non cõpetere, quia scienti & consentienti, non fit iniuria, neque dolus. c. Scienti. de reg. Iur. lib. 6. l. Non videtur. ff. de reg. Iur. l. 1. §. Vsque adeò. ff. de iniuriis. l. Venditor. C. de rescind. ven. Huc accedat à simili text. in l. Domum ff. de contrahen. empt. in illis verbis: *Simili quoque modo tractari oportet, vbi venditor quidem sciebat, emptor autem ignorabat: & hic enim oportet, & venditionem stare, & omne precium ab emptore venditori, si non depensum sit solui.* Ita docent omnes ferè interpretes in d. l. 2. C. de resci. vend. Bart. n. 14. Bald. n. 7. Salicet. nu. 11. Castren. nu. 7. Cagnol. n. 124. alios commemorat Pinel. ibi in parte 1. c. 1. n. 10.

Sed contrarium docuit ibi Albericus nu. 12. & cum eo Pinell. loco nuperrimè citato, quorum sententiam Iure defendi posse fatetur Couuar. lib. 2. variar. resol. cap. 4. nu. 2. Quibus & ego magis assentior. Nam illa distinctio ignorantis & scientis venditoris lege non probatur, & si talis distinctio adhibenda esset, nõ ita generaliter, sed moderatione aliqua adiecta constitutum fuisset, vt hoc in casu venditori actio competeret.

Huc accedat eandem æquitatis, siue humanitatis regulam vigere, vtroq; casu, etsi enim venditor iustam æstimationem rei suæ non ignorauerit, humanum tamen est vt ei succurratur, qui fortè necessitate adductus vendidit, aut astutia emptoris deceptus fuit. Deniq; vix vnquam locus esset legis beneficio, si venditori scientia noceret. Præsumitur enim scire rei suæ æstimationem, argumento l. Quisquis. C. de rescind. vend.

Respondent diuersæ sententiæ Authores, errorem & ignorantiam esse præsumendam ex immodica læsione. At contra; Rerum experientia comprobatur, faciliùs quem errare in modico precij excessu, quàm in magno, vt & Pinell. animaduertit.

Quod verò dicitur scienti & consentienti iniuriam non fieri, neque dolum, parum mouet. Nam istud intelligitur quantum ad actionem iniuriarum, & actionem de dolo, quæ hoc in casu cessant, sed exinde non infertur, quin ex æquitate, venditori læso succurrendum sit, quem necessitas, vel alia causa coegit ad vendendum exiguo precio, vt scilic. contractum rescindere possit, aut iustum precium consequi.

Ad l. Domum. ff. de contrahend. emptio. Pinell. respondet, ibi specialiter ita fuisse constitutum, quia constitutio l. 2. non erat Iurisconsultis cognita. Adde in ea specie nullam fieri mentionem læsionis vltrà dimidiã, circa precium. Ratio enim dubitandi erat, quòd domus empta nõn extaret, sed incendio consumpta esset, licet area extaret. Respondit tamen Iurisconsultus, venditionem cõsistere, si emptor sciebat combustam esse domum, nullã faciens de hac læsione mentionem. Quare ad hanc rem non pertinet ille textus.

Sexta & postrema controuersia est de renunciatione, an tollat actionem ex d. l. 2. Est autem duplex, altera generalis, cùm scilicet venditor renunciat omni legum auxilio. Altera specialis, cùm renunciat læsioni vltrà dimidiam, & actioni competenti ex d. l. 2. Generalem renunciationem non obesse venditori, docet Couuar. l. 2. variar. resol. cap. 4. Sed contrarium respondit Paul. Castrens. in cons. 337. lib. 2. & Andr. Siculus in consi. 6. lib. 4. Specialem autem renunciationem obesse Bart. disertè docuit, ad l. Si quis cum aliter, circa finem. ff. de verbor. oblig. & alij quos commemorat Couuar. loco annotato, quib. addi possunt alij ab Anton. Gabriel. citati, commu. concl. tit. de empt. & vend. concl. 1. n. 92.

Cæterùm non obesse contendit Calcaneus in cons. 25. n. 27. Ego verò in vtroque casu sẽtentiæ communi adhæreo, quàm imprimis confirmabo, deinde argumenta contraria refutabo.

Renunciationem generalem non obesse vẽditori, probari potest inprimis argumento petito ex l. vlt. §. Item quæsitum est. ff. de cõdict. indeb. in illis verbis: *Item quæsitum est, an pactum quod in pactionibus scribi solet in hunc modum: Ex hoc contractu nullam inter se controuersiam amplius esse, impediat repetitionem. Respondi nihil proponi, cur impediret.*

Deinde probari potest ex eo, quod habetur in l. Hæc adiectio. ff. de verb. signif. & ex l. Si libertus. ff. de operis libertorum, quibus ex locis deducitur, verba generalia ad modicam læsionem, non autem ad magnam esse referenda.

Denique probari potest hoc argumento. In generali sermone dolus non includitur l. Creditor. §. Lucius. ff. Mandati. l. Si pater. ff. Quę in fraudem creditorum. l. 1. in fin. ff. De doli mali exceptione. Sed ex læsione vltra dimidiam, dolus re ipsa probatur, l. Si superstite, Cod. de dolo. l. Si quis cum aliter. ff. de verborum oblig. Ergo in generali renunciatione non continetur.

Contrariæ sententiæ fundamentum est huiusmodi. Generalis renunciatio refertur ad omnia, de quibus renuncians cogitauit, vel in genere, vel in specie, l. Qui Iure militari, ff. de militari testamento, & tradit Bartolus in leg. Sub prætextu. C. de transactio. Sed renuncians hoc in casu, cogitare videtur, saltem in genere, de auxilio l. 2. Ergo renunciatio ad eam quoq; causam porrigenda est.

Respondeo; Nego minorem, quia vt dictũ est, oratio generalis illum casum non comprehendit, quo dolus continetur. Nec cõtrariũ probat textus, qui allegatur, aut Bartoli authoritas.

Porrò specialem renunciationẽ obesse renuncianti ex eo manifestè probatur, quod Iuri suo quilibet renunciare potest, l. penult. Cod. de pactis, & renuncianti non datur amplius regressus. l. Quæritur §. Si venditor. ff. de ædilit. edicto.

Primum argumentum contrariæ opinionis est huiusmodi. Eadem facilitate, qua venditor vltra dimidiam iusti precij læditur, videtur etiam huiusmodi læsioni renunciare. Ergo talis renunciatio nocere non potest, ex traditis per Bald. in l. 2. n. 7. C. de rescin. vend. Respondeo

deo. Nego antecedens: Nec Baldi authoritas obstat, quia ille loquitur de Fœminis, Minoribus & Rusticis, qui facilius decipiuntur ignorantia, imprudentia, & animi fragilitate. Quare, & iura promptiora sunt in eis adiuuandis.

Secundum argumentum sumitur à simili, ex eo nempe, quod dicitur, renunciationem exceptionis non numeratæ pecuniæ in continẽti factam, non obstare, vt notatur in l. si ex cautione. C. de non numerata pecunia. Respondeo, id meritò ibi esse constitutum, quia sub spe futuræ numerationis omnia fiunt, quæ ratio in præsenti allegari non potest.

Tertium argumentum sumitur ex traditis à Ludouico Roman. in l. si quis cum aliter. ff. de verbo. oblig. vbi dicit, renunciationem exceptionis doli aut simulationis in instrumento ipso contractus adiectam, renuncianti non obesse. Respondeo, illud specialiter constitutum esse in odium doli & simulationis. Ratio est, quantum ad doli exceptionem, quia præsumitur & in ea extorquenda dolus adhibitus. Quod verò attinet ad exceptionem simulationis, efficere non debet renunciatio, nec potest, vt id, quod verè actum non fuit, actum fuisse videatur. Quæ quidem rationes cessant in præsenti.

Quartum argumentum est ex doctrina Bart. in l. vlt. §. item quæsitum. ff. de condict. indeb. vbi dicit, Generalem renunciationem exceptionis doli, condictioni indebiti, &c. renuncianti non obesse, quin repetat in debitum solutum. Respondeo, Bartol. doctrinam lege nõ probari. quia textus in d. §. item quæsitum. de tali renunciatione non loquitur, sed de pactione illa: *Nullam amplius inter se controuersiam esse*, vt meritò à Bartoli sententia discesserint Fulg. Aret. Imola. & Alex. quos commemorat Didac. Couuar. loco annotato.

Quintum argumentum est ex eo, quod renunciationis eiusmodi contractibus, & instrumentis inserantur plerunque ex stylo potiùs communi Notariorum, quàm ex mente contrahentium. Respondeo, infirmum esse argumentum, quia sæpe etiam adiiciuntur, iussu & voluntate contrahentium, & Notariorum stylus pro locorum & prouinciarum diuersitate, varius, ac diuersus esse consueuit.

Postremum argumentum est ex l. doli, vers. diuersum. ff. de nouatio. in illis verbis: *Diuersum est in muliere, quæ contra Senatusconsultum promisit. Nam & in secunda promissione intercessio est. Idémque est in minore, qui circumscriptus delegatur, quia si nunc etiam minor est, rursus circumuenitur.* Respondeo, nec de his personis nos loqui, & speciem esse longè differentem ab hac nostra, vt patet.

CAPVT XXI.

Explicantur quatuor alia controuersiæ pertinentes ad materiam l. 2. C. de rescindenda venditione.

SVnt & aliæ controuersiæ ad hanc materiam pertinentes, quas tractabimus. Controuertitur enim, vtrum l. 2. C. de rescin. vend. locum habeat in liberatione facta deteriori, si ex ea creditor, vltra dimidiam læsus fuerit. Nam locum non habere respondit Fabian. de Monte. de empt. & vend. quęst. 8. num. 10. post Bald. & Castr. quos citat, quem tamen Castrensem hoc dicentem non inueniri, Idem respondit Cremensis ad d. l. 2. n. 131. & Corneus cons. 166. n. 4. lib. 1. Sed contrarium docuit Aretin. ad l. si quis cum aliter. n. 8. ff. de verb. oblig. & ante eum Rom. ibid. n. 24. Bart. in cons. 90. nec non Cagno. in d. l. 2. n. 195.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. si intra. ff. de pactis. Ait Papin. *Si intra illum diem debiti partem mihi solueris, acceptum tibi residuum feram, ac te liberabo, licet actionem non habeat, tamen exceptionem competere debitori constat.*

Fundamentum autem posterioris sententiæ positum est in legibus, quibus passim succurritur contrahentibus dolo re ipsa adhibito, & perperam deceptis, iuxta l. si quis cum aliter. ff. de verbor. oblig. l. Maioribus. C. communia vtriusque iudicij. l. si superstite. C. de dolo, & similes.

Ego verò tam creditori, quàm debitori grauiter decepto subueniendum esse nõ dubito, sed nequaquam ex d. l. 2. quia illa lex loquitur in venditore, & actionem concedit ad contractum rescindendum, nisi iustum precium ab emptore suppleatur. Quæ quidem constitutio ad liberationis actum, de quo agitur, inter creditorem & debitorem, haud facilè accommodari potest.

Quod verò istis sic deceptis succurrendum sit aliquo legis auxilio, demonstrari potest argumento huiusmodi. Aut enim creditor vel debitor læsus est in calculo rationum per errorem, & succurritur eis ex l. 1. C. de errore calculi. Aut per errorem debitor plus soluit, quàm deberet, vel creditor plus remisit, & datur receptio. l. Cuius per errorem. ff. de reg. iur. l. Si non sortem. §. si centum. ff. de condict. indeb. Aut læsio contigit in æstimatione rei in solutum datæ creditori, & actio datur, vt in l. si quis aliam, 46. ff. de solutio. & in l. si res. §. 1. ff. de iure dotium. & l. si non sortem. §. si centum. ff. de condict. indeb. Aut alia ex causa deceptus est, & succurrendum est ex legibus superiùs allegatis in huius sententiæ fundamento.

Illud mihi mouet quod habetur in l. si intra. ff. de pactis, quoniam in ea specie creditor sponte residuum crediti remisit, nec vllum verbum fit de læsione vltra dimidiam.

Amplius est controuersia, an locus sit d.l.2. si venditio facta sit præcedente subhastatione, & locum non esse respondit Angel.in l.1.C.de præscript.30.vel 40. annor. & in l. precia rerum.ff.ad legem Falcidiam. Guido Papæ singul.553. & decis.22.in fin.Bald.in consi.513.Iudex lib.5.Corneus in cons. 56.lib.3.& alij quos citat Gabriel. commu. concl. tit.de emptio.& vend.concl.1.n.61.

Argumēta sunt ista. Primū ex l.1. C.de prædiis Decur. sine decreto non alienādis. l.10.in illis verbis : *Denique nihil erit postmodum, &c.*

Secundum est huiusmodi. Res tanti valet, quanti vendi potest.l.Mortis causa.18.§.vlt.ff. de donatio. causa mortis. Ergò cùm res publicè præcedente subhastatione distrahitur, locus esse non potest rescissioni contractus, quia eo precio vendita est, quo vendi potuit.

Tertium argumentum. Non licet emptori rei ex publica subhastatione à contractu recedere, sub prætextu læsionis.l. A Diuo Pio.§.Si pignora.ff.de re iudicata. Igitur nec venditori, vt sit æqualis vtriusque conditio.

Sed contrarium docuerunt Paulus Castr.in d.l.2.& ibidem Cagnol.n.161.Pinell.in 2.part. n.15.Alex.in d.l.Precia rerum.& in consil. 117. col.vlt.lib.7.Crauetta in cons.29.n.4.

Et huic sententiæ libentius accedo, tum quia humanitatis ratio viget in omni venditione, suadétque, vt venditori grauiter læso succurratur. Tum quia l.2.generaliter loquitur & indistinctè,& ipsa venditio facta præcedente subhastatione, rescissioni subiacet, dolo & fraude interueniente.l.Si quos.C.de rescin. vend. quæ fraus videtur esse, vbi tanta læsio intercessit.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, ex lege in argumento allata nil aliud euinci, nisi venditorem allegare non posse, se metu coactum, aut insidiis adductum vendidisse. Item venditionem eo casu factam, præsumi ritè, rectè & iusto precio. Sed non inde sequitur, quin contrarium probari possit, probatáque immodica læsione, præsumptio tollitur, veritas attenditur, ac præfertur. Consequenter venditori succurritur.

Ad secundum respondeo, rem tanti valere, quāti vēdi potest, cessante omni dolo & fraude. Sed hic dolus re ipsa inest propter immoderatam læsionem. Quare illa bona præsumptio, etiā corruit, quæ pro subhastatione facit.

Ad tertium respondeo, tex.allegatum loqui de creditore, cui pignora debitoris adiudicātur, seu in solutum dantur. Is hoc auxilio destituitur, quia de residuo, quod sibi debetur, pacto transegisse videtur, vt inquit Iurisconsultus in d.§.Si pignora.

Tertia controuersia est, vtrum in datione in solutum locum habeat, l.2.C. de rescind.vēd. Et locum habere responderunt Io. Andr. ad Specul.tit. De iudiciis. §. Sequitur.in additio. incipiente, Sequitur, in fin. Oldradus in cons. 37.Imola in c. Cum causa,de emptio.& vend. col.vlt.Curti.Iun.in cons.53.Iason in cons.151. lib.4.Mantua in cons.70.

Cōtrariam verò sententiam habuerūt Bald. in l.Ordo. C. de executione rei iudic. Socin. in reg.226.limit.4. Ruin. in cons. 49. n.11.l.4.

Sed communis & vera sententia est, distinguendum esse inter donationem in solutum, extra iudicium factam à Debitore Creditori, & dationem in solutum iudicialem, cùm scilicet pignus creditori à Iudice adiudicatur. In priore locus est l. 2. in posteriori nequaquam. Ita Alexand.ad l.Si quis cum aliter.num.18.ff. de verbor.oblig.Fabian.de Monte de emptio. & vend. q. 8.n.9.Ant.Burgos.in c.Cum causa. n.45.de empt.& vend.Pinell.in d.l.2.in 1.parte, c.4. n. 10. Quanquam ab his discedere videatur Cagnol. ibid.n.163. post Claudium Aquensem, quem citat.

Probatur hæc sententia, quod attinet ad dationem in solutum, extra iudicium factā, quia talis in solutum datio, similis esse dicitur venditioni.l. Si prædium. C.de euictionibus. Si igitur in venditione locum habet, locum habebit etiam in hac datione in solutum.

Quātum verò attinet ad iudicialem, probatur hoc argumento, quia illa fit à Iudice, non à parte. Quare si ex ea læsio inferatur & damnum, remedium datur ordinarium appellationis, vt in l Ab executione. C. quorum appellationes non recipiantur.

Quod si creditor pignora accipere voluerit,& illis cōtentus esse, nec reclamare, de cætero veluti pacto transegisse videtur.l.A Diuo Pio.§.Si pignora.ff.de re iudicata.

Nec obstat, si dicatur, nō interuenisse hoc in casu Iudicis sententiam, sed decretum quoddā ex officio Iudicis, quod excludere nō videtur cōstitutionem d.l. 2. sicuti dicebāt Aquens.& Cagnol. quia argumentātur illi à decreto Iudicis interposito in actu voluntariæ Iurisdictionis, ac decretum in contentiosa Iurisdictione interpositum, à quo appellari posse cōstat, si modus excedatur in exequendo, vt in d.l.Ab executione, quæ ratio non pertinet ad ea, quæ inter volentes à Iudice decernuntur.

Quarta est cōtrouersia, vtrum eadem lex locum habeat, quoties contrahentium cōsensus est iteratus, atque, vt vocant, geminatus. Nam cessare hoc in casu eius legis constitutionem responderūt Paul.Castr.in cons.386.col.2.lib. 2.Panorm.in consil.70.in 2. dub. libr.1. Ægidius Bellamera in consil.24. colum. 5. Decius in cōsil.216.Rubeus Alexan.133. & 159. & 167. Chassanæus in cōsuet.Burgund.rubr.7.§.12.n. 37.vers.Aduerte.Crauet.cōs.151.num.31.& 32.

Couuar.

Couuar. ad c. Quamuis. par. 3. §. vlt. vers. Octaua conclusio. Mantua lib. 1. locor. c. 6.

Fundamentum autem est in pronunciatis quibusdam generalibus, quæ circumferuntur, magnam esse vim & efficaciam geminati consensus, multáque operari, vt proinde non sit mirum, si & istud operetur. Pronunciata deducuntur ex l. Ballist. ff. ad Trebellianum. ex Authen. siue à me. C. ad Velleianum. & apud Fel. in cap. Si cautio. de fide instrumentorum. apud Euerardum in Centuria legali, loco A vigeminationis, & alibi passim apud Doct.

Sed contraria sententia videtur mihi longè probabilior, quam secuti sunt Socin. Sen. in cons. 85. num. 5. lib. 1. Deci. in consi. 60. circa fi. Rom. in cons. 53. Corneus in cons. 11. & 140. li. 3. Boërius q. 100. col. 6. Chassanęus in cons. 21. n. 16. Fabian. de emptio. & vend. q. 8. v. Tertiò quæro. Cagnol. ad d. l. 2. n. 71. & ibid. Pinell. in 2. part. cap. 1. n. 36.

Probatur hęc sententia, Primò quia l. 2. non distinguit, imò absque dubio locum habet etiam quando primò aliquis vendit, deinde ex interuallo tradit, quo casu videtur esse duplex consensus in venditore.

Secundò probatur. Quia semper eadem ratio humanitatis & æquitatis viget, suadetque vt venditori succurratur.

Tertiò, Quoniá nihil aliud efficere potest consensus sæpe præstitus, nisi vt præsumatur maior deliberatio, maturiúsque consilium. Quæ quidem præsumptio cessat ob insignem læsionem, ex qua constat venditorem deceptum fuisse: Imò verò talis consensus multiplicatio obstare non potest, licet dixerimus, eam habere vim renunciationis dictæ l. 2. Siquidem, vt superiùs probauimus, generalis renunciatio non facit, quò minùs competat actio ex dicta l. 2.

Quæ responsio valet ad omnes regulas, quę adferuntur de vi & efficacia geminationis.

Sanè adferri solet pro contraria sententia Bartoli doctrina, ad l. Iulianus. §. Si quis colludente. ff. de actio. empti. Sed nihil obstat. Loquitur Bart. de contractu celebrato cum Procuratore colludēte, & ait agi posse, vt Dominus approbet, vel reprobet contractum: si approbetur, cessare docet in integrum restitutioné. Rectè. Sed non ad rem nostram, neque enim nos versamur in ea specie, qua venditori grauiter decepto, illa detur optio, vt vel contractum approbet, vel propter læsionem rescindat, ita vt si approbauerit, adhuc contendamus locum esse rescissioni. De hac specie nostra non est disputatio. Vnde Bartoli doctrina nihil obstat, quæ in dubium reuocari etiam potest ex traditis per Pinell. ad l. 1. num. 3. parte, num. 36. C. de bonis maternis.

CAPVT XXII.

Quatuor alia controuersia proponuntur de eadem materia.

NOn desunt & aliæ controuersię de eadem materia, quas ordine tractabimus. Et in primis illa occurrit, an post tempus locationis expletum, si conductor se grauiter & vltra dimidiam læsum animaduertat, an ad instar eius beneficij, quod venditorib. est concessum, iuuari possit in eo, vt iustam tantùm pensionem locatori præstare cogatur, vel solutam repetere, quatenus iustam quantitatem excedit.

Decius in cons. 583. col. vlt respondit, conductori non esse succurrendum, quoniam cōstitutio dict. l. 2. ad eam speciem adaptari non potest, in qua contractus est iam per se rescissus & finitus.

Contrarium docuit Pinel. in d. l. 2. in parte 1. cap. 3. post num. 18. Et huic sententiæ promptius accedo, existimóque pro conductore sic læso, summam æquitatem pugnare, vt adiuuetur ex iis legibus, quib. passim contrahentibus grauiter deceptis ac læsis succurritur. l. Si superstite, C. de dolo. L. Si quis cum aliter. ff. de verb. oblig.

Huc accedat quod inter omnes conuenit, eam constitutionem d. l. 2. ad contractum locationis extendi, vt per Alex. in consil. 107. nu. 20. lib. 3. Cagnol. in d. l. 2. n. 58.

Non obstat illatio, quod verba dictæ legis in hac specie non conueniant: neque enim contendimus eius solius legis opem implorandam, sed ex æquitatis ratione, qua illa lex nititur, & id genus aliæ, probamus subueniendum esse conductori, nec immoderatum lucrum locatoris tolerandum esse defendimus.

Sed maior est difficultas, vtrum in Emphyteutico contractu, idem Iuris statuendum sit, vt nempe Domino, vel Emphyteutæ vltra dimidiam læsis, ac deceptis succurratur.

Triplex est Doctorum sententia: Prima est, eam legem locum habere in cōtractu Emphyteutico. Authores sunt Spec. tit. De locato. §. Nunc aliqua quæst. 90. Bartol. ad d. l. 2. nu. 6. & ibi etiam Bald. Castr. nu. 14. Salicet. nu. 8. idem Bart. in Auth. Qui rem. in fin. C. de Sacrosanctis Ecclesiis, & in cons. 387. libr. 2. Panorm. in c. Cū causa. n. 8. de empt. & vend. Roman. in l. Si quis cū aliter. n. 19. ff. De verb. oblig. Papiēsis in forma libelli ad facti præstationē, in fine. Petr. Rebuff. de rescis. contract. art. vnico, Gloss. 15. n. 112. Fabia. de Monte. de emptio. & vend. q. 8. nu. 14. Pinel. ad d. l. 2. C. de resc. vend. part. 1. c. 3. post n. 35. & ibidem Cremensis. n. 58.

Fundamentum huius sententiæ potissimū stat in eo, quod ex communi Doctorū sententia cōstitutio d. l. 2. porrigatur, etiam ad contractū locationis, cui affinis est Emphyteuticus cōtractus, vt in §. Adeo, in Inst. de locato.

Secunda est sententia, non esse locum dictæ l. 2. in contractu Emphyteutico, ita Specul. sibi contrarius, tit. de feudis. §. Nunc videndum. Bald. ad rubr. C. de iure Emphyteutico. col. vlt. Iason ad l. 1. num. 75. C. eod. tit.

Huius sententiæ fundamētum est, quia Emphyteuta canonem præstare tenetur Domino, licèt res Emphyteutica ex parte perierit, vt in l. 1. C. de Iure Emphy. Quare dominus cōqueri non debet, ob eam causam, quod modica sit pensio quæ præstatur pro re in Emphyteusin data, cum Emphyteuta dicto subiaceat periculo, & sic contractum sub prætextu læsionis rescindere non potest.

Tertia est opinio distinguentium in hunc modum, vt in hoc contractu Emphyteutico locus sit constitutioni d. l. 2. considerata æstimatione rei in Emphyteusin datæ, non absolutè, sed respectu Iuris Emphyteutici. Neque enim dominium rei in Emphyteutam transfertur, quare nec in læsione cognoscenda in ęstimationem venire debet, sed dūtaxat dominium quod vocant vtile, ita post Imolam, & Butrium tradit Cæpola, de simulatione contract. in 1. casu. Sequitur Antonius Gabrielius commu. conclusionum titulo de emptione & venditione. concl. 1. n. 77.

Sed hæc sententia eadem esse mihi videtur cum priore. Inter omnes enim conuenit ita rationem esse ineundam, cùm de læsione agitur in hoc contractu, vt non iusta rei æstimatio in quęstionem deducatur, sed duntaxat Iuris Emphyteutici ratio habenda sit. Quare hęc sententia non videtur esse distinguenda à priore.

Est igitur tertia sententia verè distincta & differens ab aliis, Antonij Burgensis in c. Cum causa. nu. 13. & 14. de emptio. & venditio. Aut Emphyteuta præstare tenetur Domino rei pensionem magnam, fructib. percipiendis respondentem, & ferè æquiualentem, & tunc quoniam ad instar conductoris esse videtur, beneficium habet dict. l. 2. sicut cæteri conductores habent. Aut exigua quædam pensio præstatur, vt plerunque fit in recognitionem dominij, & tunc quia res in Emphyteusin datur sterilis plerunque, vt melior reddatur, de læsione tractari non debet, nec potest, nec ex parte Domini, nec ex parte Emphyteutę. Eandem sententiam secutus est Cagnol. in dict. l. 2. num. 203 & seq. quibusdam aliis casibus adiectis.

Ego in eam sententiam sum procliuior, vt aliquo pacto subueniendum sit Emphyteutæ, vel Domino, si grauiter, & immoderatè in Emphyteusi danda, vel subeunda læsi fuerint ac decepti, ratione videlicet habita æstimationis Iuris Emphyteutici.

Moueor ex legib. sæpe allegatis, quib. cauetur succurrendum esse contrahentib. grauiter læsis ac deceptis. l. Si superstite. C. de dolo. l. Maiorib. C. Commu. vtriusque Iudicij. l. Si quis cum aliter. ff. de verb. oblig.

Non obstat argumentū cōtrariæ sententiæ, quoniam dum de læsione agimus, illud semper intelligimus, vt ratio habenda sit contractus Emphyteutici, & omnium circumstantiarum eius. Quamobrem in lęsione statuenda omnis periculi, quod imminet Emphyteutæ, ratio procul dubio habenda erit. Quæ responsio valet ad illud etiam argumentum, quo dicebatur, de læsione tractari non posse, quoties res sterilis ad meliorandum in Emphyteusin conceditur, pro exigua quadam pensione pręstanda quodammodo in recognitionem dominij. Nam si ratione habita sterilitatis reliquarúmque circunstantiarum memoratarum læsio grauissima apparebit, adhuc contendam immodicè læsis ac deceptis esse succurrendum.

Neque huic sententiæ obstat, si dicatur, argumentum sæpe sumi a feudo ad Emphyteusin; Ex communi verò Doctorum sentētia cōstitutum esse, vt in contractu feudali nulla sit læsionis huiusmodi habenda ratio, teste Cagnolo in d. l. 2. n. 207. & Pinello ibid. in prima parte, cap. 4. nu. 2. Quoniam feudum propriè non est contractus, sed beneficium, meritò hęc læsionis disputatio ab eo longè aliena esse debet. Imò & in feudis contractus naturam inducentibus, & propriam naturam non seruantibus, in quibus annuus canon pręstari debet, fructibus conueniens, receptum esse videtur, vt hic tractatus lęsionis locum sibi vendicet, sicuti copiosè explicat Cagnol. & Pinell. locis annotatis.

Tertia est controuersia, vtrum in permutatione beneficiorum Ecclesiasticorum locus sit constitutioni dictæ l. 2. Et locum non esse dixerunt Decius in consil. 210. Probatus ad Ioa. Monachum in c. vlt. de renunciationibus lib. 6. Ancharanus in c. Cum causa. num. 12. de emptio. & venditio. Imola ibid. num. 24. Bald. ad d. l. 2. & Cremensis ibid. Petrus Rebuff. de rescis. contract. Glo. 15. num. 10. Couuar. lib. 1. variar. resol. cap. 5. num. 3. & post n. 8. vers. Vltima ratio.

Argumenta sunt ista. Primum in beneficiis ecclesiasticis, qui permutat, titulum habet à Pontifice, non autem ab eo, cum quo permutat, neque enim fieri potest Ecclesiasticorum beneficiorum permutatio, sine consensu Pontificis. Ergo in ea locum habere non potest constitutio d. l. 2. quæ loquitur de contrahente, qui ab altero contrahente læditur ac decipitur.

Secundò, cōstitutio d. l. 2. & similium de iis rebus loquitur, quæ precio æstimantur, vt patet,

ret. Sed beneficia Ecclesiastica quæ diuinis vsibus inseruire debent, precio nummario æstimanda non esse videntur, ergo cessat in illis constitutio d.l.2.

Tertiò, Nõ potest is, qui lædit alterum, permutando beneficium Ecclesiasticum, id supplere, quod deest iusto precio, quia incurreret crimen Simoniæ, vt notum est: Ergo ad hunc casum aptari non potest dicta constitutio.

Quartò, in huiusmodi rebus spiritualibus ratio duntaxat habenda esse videtur, vtilitatis animarum, non autem commodi pecuniarij, vt meritò responderint Rotæ Romanæ Auditores, decis. 129. in antiquis, beneficiorum permutationem non vitari, eam ob causam, quod vnum sit maioris æstimationis altero. Consequenter omnis isthæc disputatio, quæ in æstimatione & commodo pecuniario versatur, ab hac specie procul remouenda esse videtur.

Contrariam opinionem secuti sunt Calderin. in cons. 4. tit. de rerum permut. Ant. Burgos, in cap. Cum causa, num. 60. De emptio. & vendit. Pinellus in d.l.2. in 1. parte, cap. 3. numero 16.

Istorum argumenta sunt ista. Primum ex c. Cum vniuersorum, de rerũ permutatione, in illis verbis: *Cum igitur deceptis, & non decipientibus iura subueniant, &c.* Et rursus ibi. *Mandamus quatenus si constiterit prætaxatum G. taliter fuisse deceptum, amoto à præbenda sua consanguineo ipsius, &c.*

Secundum argumentum est ex c. Ad quæstiones, eodem tit. vbi S. Pontifex consentit, vt in permutatione rerum ecclesiasticarum aliquid pecuniæ ex vna parte soluatur, quò magis contractus ad æqualitatem perducatur. Ex quo sumi potest argumentum, idem iuris esse concedendum, si ex permutatione grauis aliqua læsio emerserit.

Tertium argumentum est ex eo, quod in permutatione beneficiorum Ecclesiasticorũ, ius temporale separari potest, a Iure spirituali, quatenus scilicet bona ipsa, & eorum fructus æstimantur. Quare cùm in aliis rebus tẽporalibus cõtractus, ex quibus insigniter quis læditur, vel retractentur, vel ad æqualitatem reducantur, nihil proponi posse videtur, cur & in hac specie idem omnino statuendum non sit.

Tertia est sententia Hieronymi Cagnoli in d.l.2. post n.57. distinguentis in hũc modum: Quandoque permutatio beneficiorũ fit, nulla mentione facta redituum ipsorum beneficiorum, & tunc læsus contractum rescindere non potest. Quandoque redituum fit mentio, sed falsa, & tunc aditus rescissioni patet. Quandoque prætextu læsionis contractus rescissio postulatur ab Ecclesia damnum passa, & rescissioni locus est. Quandoque læsio ex eo contingit, quòd alter ex contrahentibus nullum ius habuit in beneficio permutato, & tũc permutatio retractatur, vt in cap. Cum vniuersorum, de rerum permutatione.

Ego hac in re tres pono assertiones, seu conclusiones. Prima est, si quæratur an in huiusmodi specie locus sit constitutioni d.l.2. ita videlicet, vt propter læsionem vltra dimidiam contractus rescindi possit, aut iustum precium suppleri debeat. Respondendum est, locum nõ esse, quia precium iustum suppleri non potest absque vitio Simoniæ, quæ committitur, quoties pecunia datur pro rebus Ecclesiasticis & spiritualibus. c. Cum essent. c. Querelam. c. ex diligenti, de Simonia. c. constitutus. de Transactionibus cum aliis vulgaribus. Et probat optimè Couuar. lib. 1. variar. resol. c. 5. post n. 8. vers. Vltima ratio. vbi etiam optimè respondet ad textum in c. Ad quæstiones, de rerum permutatione, dicens, eam decisionem tractare de permutatione Ecclesiarum, quo ad earum bona temporalia, non quo ad titulum, iuráve spiritualia, vt patet ibi: *Et in permutatione possessionum, &c.* Quo fit, vt si de permutatione ageretur possessionum ecclesiasticarum, simpliciter locus esse posset supplemento iusti precij, & consequenter rescissioni contractus, ex d. l.2.

Secunda conclusio, si in permutatione dolus vel fraus intercedat, exempli gratia, si quantitas redituum expressa fuerit falsò & dolosè, locus erit contractus rescissioni ac retractationi. Probatur hæc sententia argumẽto sumpto ex d.c. Cum vniuersorum. De rerum permutatione.

Tertia conclusio. Si in eiusmodi permutatione Ecclesiasticorum beneficiorũ, dolus reipsa fuerit adhibitus, quia scilicet alter cõtrahentium insigniter sit læsus ac deceptus, Iudicis Ecclesiastici officio incumbet prospicere, vt damnũ passo succurratur, cùm inter omnes conueniat, eiusmodi contractus ecclesiasticarum rerum bona fide exuberare oportere. c. Per tuas. de donationibus & deceptis subueniendum esse doceat S. Pontifex in d.c. Cum vniuersorum.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, non esse bonam consequentiã: Permutatio fieri non potest absque S. Pontificis authoritate: Ergo permutanti decepto subueniendum non est. Hanc consequentiam destruit tex. in c. Cum vniuersorum, de rerum permutatione.

Quod attinet ad secundum argumentum, fateor res spirituales precio nummario æstimandas non esse, sed hic agimus de rebus Ecclesiasticis, quatenus temporales reditus ex eis percipiuntur, qui procul dubio pecunia æstimantur, quod quidem ius temporale sepa-

rari facilè potest à Iure spirituali, sicuti dicebant Anton. Burg. & Pinell. locis annotatis.

Ad tertium, concedo totum argumentum, quia nos quoque dicimus ad hanc speciē non pertinere constitutionem d.l.2. Sed contendimus aliis Iuris remediis succurrendum esse decepto.

Vltimum argumentum nihil obstat, quia, vt iam dictum est in proposita quæstione, spectamus bona & iura temporalia, non autem spiritualem profectum animarum.

Quartò controuertitur. Vtrum constitutio d.l.2. porrigenda sit ad omnes contractus stricti Iuris. Nam ad contractus bonæ fidei propter eandem æquitatis rationem porrigendam esse inter omnes conuenit, sicuti declarat Pinell. ibi, in 1. parte, c.3. in princip.

Sunt igitur qui existiment, eam legem porrigendam non esse ad contractus stricti Iuris, ita Iason post alios quos adducit ad l. Si quis cum aliter. n.18. ff. de verbo. oblig. & ante eum Castr. in cons. 386. col.2. lib.2.

Alij dixerunt locum esse in contractib. stricti Iuris condictioni indebiti, ad repetendum id, quod datum est: Vel si læsus ac deceptus cōueniatur, locum esse exceptioni ex constitutione d.l. Si quis cum aliter. Ita Alexan. ibi, nec non Batt. Bald. Castr. & Saliect. in d.l.1. C. de rescin. vend. Ant. Burgos. in c. Cum causa n.15. de empt. & vend.

Alij deceptum agere posse dicunt ad precij iusti supplementum, non autem ad contractus rescissionem. Ita Cagn. in d.l.2. n.67.

Alij competere læso beneficium d.l.2. responderunt, ita Pinell. in d.l.2. in 1. par. cap.3. n. 7.8. & 9.

Ego & probabiliorem & communiorem eorum sententiam esse iudico, qui in contractib. stricti Iuris exceptionem vltra dimidiam deceptis, vel indebiti condictionem concedendam esse affirmarunt. Nam quod attinet ad exceptionem, illam esse damnum passo tribuendam, probat euidenter tex. in d.l. Si quis cum aliter.

Quòd verò danda sit etiam indebiti condictio, probatur hoc argumento. Qui exceptione perpetua tutus, soluit per errorem, solutum condicere ac repetere potest. l. Qui exceptionem. ff. de condict. indeb. Sed hic deceptus, tutus erat exceptione, & per errorem soluit, ergo indebiti condictionem habet.

Illa minor propositio probatur. Nam quòd exceptione perpetua tutus esset, tam grauiter læsus ac deceptus probatur ex d.l. Si quis cum aliter. Quòd verò per errorem soluerit iuris præsumptione, probatur. Etenim error potius præsumendus est, quàm donatio. l. Cum de indebito. ff. de probationib. præsertim vbi tanta læsio intercedit, sicut notatur in l. Quisquis. C. de rescind. vend.

Respondet Pinell. non bene ad hanc rem applicari l. Qui exceptionem. ff. de condict. indeb. Quia illa lex loquitur, quoties exceptio competit ab initio contractus. In specie autem nostra hæc exceptio non competit ab initio contractus, quia contractus nullum euidens vitium continet, & læsio probanda est per multa extrinseca media.

Non obstat hæc responsio, quoniam & in quæstione proposita exceptio cōpetit ab initio contractus, propter læsionem & dolum reipsa adhibitum, vt patet ex dict.l. Si quis cum aliter.

Nec obstat quòd cōtractus suā habeat formam, & nullum patens vitium, quia sufficit in ipso contractu læsionem intercessisse, eamque postea probari. Neque enim probatio facit, vt læsio intercesserit, sed vt detegatur, eā in ipso contractu intercessisse. Nec verò necesse est, vt manifesta sit exceptio ex vitio manifesto exorta, vt locus sit constitutioni d.l. Qui exceptionem.

Porrò non obstat argumentū Pinelli ad probandum in proposita quæstione locū habere cōstitutionē d.l.2. Sumitur enim ex l. in omnibus negotiis. ff. de actionibus & obligationib. Nihil enim aliud vult illa lex, nisi in omnibus negotiis contrahēdis, siue bonæ fidei sint, siue non, errorem interuenientem efficere, vt nihil valeat quod actum est, cùm scilicet alter ex contrahentibus vnum sentit, alter verò aliud diuersum. At nos minimè versamur in hac specie. Agimus enim de contractibus mutuo consensu celebratis, in quibus nullus error circa rem, vel materiam intercedit, sed dolus duntaxat reipsa, læsio ac deceptio.

CAPVT XXIII.

Rescissa venditione ex remedio l.2. C. de rescin. vend. an resoluatur hypotheca medio tempore contracta?

Celebris est controuersia inter Bartol. & Bald. vtrum hypotheca resoluatur venditione resoluta, ex constitutione l.2. C. de rescind. vend. Bart. enim non solùm existimauit in l. Si res. ff. quibus modis pignus, vel hypotheca soluatur, & in l.4.§. Sed Marcellus. ff. de in diem addictione. & in l. In diem. ff. de aqua pluuia arcend. Sed contrarium docuit Bald. in d.l.2. nu.17.

A Bartoli sententia sunt Io. Andreæ in additione ad Specul. rubr. de obligat. & sol. col.2. vers. Proposito congruit. Albericus in d. l.2. col.4. Ancharan. in cap. Accessorium. col.10. vers. Prædictis applico quæstionem, de reg. iur. lib.6. Alex. in cons.45. col.2. vers. Ad quod pluri-

pluribus.lib.5. Cumanus in d.l. In diem, ff. de aqua pluuia arcen. Rom. ibidem. Fulgos. in l. Si res. ff. quibus modis pignus, vel hypotheca soluatur. Boërius decis. 181. nu. 10. Cotasius, ad l. 3. ff. de seruitutibus.

Argumenta verò sunt ista. Quoties contractus resoluitur non necessitate quadam, sed voluntate emptoris, hypotheca constituta nõ resoluitur. l. Si res. ff. quibus mod. pign. vel hypothec. soluatur. l. Bouem. §. pignus. §. de ædilit. edict. Sed hoc in casu emptoris voluntate resoluitur. Ergo, &c. Probatur minor, quia emptor potest rem retinere, venditori soluendo id, quod iusto pretio deest.

Secundò. Ius hypothecæ, quod creditori competit in re vendita, fortius esse videtur ac potentius iure personali, quod videlicet venditor habet in personam emptoris, vt conditione ex d. l. 2. eum compellere possit ad rem restituendam. Nam plus cautionis est in re, quam in persona. l. Plus cautionis. de reg. iur. Ergo non, si rescindatur contractus, & res venditori restituatur, idcirco hypotheca resoluitur.

Huc accedat, quòd venditor potest rem distrahere, & contra tertium possessorem actio non competit ex d. l. 2. Ergo idem Iuris esse videtur, vbi emptor alteri rem obligauerit.

In sententia verò Baldi sunt Salicetus in d. l. 2. quæst. 15. Castr. ibid. n. 11. Alex. ad Bart. in d. l. Si res. Cremensis in d. l. 2. n. 189. Cagn. ibid. n. 120. & in l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit. n. 199. Alc. in l. Debitori, nu. 2. C. de pact. Negusantius de pign. 1. membr. 5. part. nu. 43. Parisien. in consu. Parisien. §. 22. n. 45. Tiraq. de retract. conuen. §. 3. Glos. 1. 12. & ad l. Si vnam. in verb. reuertatur. n. 271. C. de reuocan. donatio. Soc. Iun. in cons. 119. num. 16. libr. 2. Pinell. in d. l. 2. part. 2. n. 13.

Argumenta sunt ista. Primum ex l. Lex vectigali. ff. de pignor. in illis verbis *Respondit, si (vt proponeretur) vectigali non soluto, iure suo Dominus vsus esset, etiam pignoris ius euanuisse.*

Respondet Bartol. in ea specie voluntatem non intercessisse possessoris fundi, quia vectigal non soluit, scilicet ad id ordinata, vt fundus ad dominum rediret, propterea contractu resoluto, pignus etiam euanescit. At in casu nostro, venditio resoluitur ex voluntate emptoris ad ipsum ordinata, quia potest soluendò id, quod deest iusto pretio rem retinere.

Hæc responsio mihi non probatur, quia emptor non videtur spontè id facere, fundum enim venditori restituit, atque adeo contractũ rescindi permittit inuitus, ne cogatur supplere iustum pretium.]

Secundum argumentum. Resoluto contractu ex pacto addictionis in diem, hypotheca resoluitur. l. 4. §. sed Marcellus. ff. de in diem addictione. l. 3. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. soluitur. Ergo idem statuendum est venditione resoluta ex d. l. 2. Sicut enim emptor potest impedire rescissionem, supplendo id, quod deest iusto pretio, ita & emptor impedire potest, ne resoluatur contractus, si offerat venditori eam meliorem conditionem, quæ ab alio offertur. l. Licet. & l. Necesse. ff. de in diem addiction.

Tertium argumentum est. Resoluto contractu ex necessitate Iuris, hypotheca resoluitur, l. Si res. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. soluitur, l. 4. §. Sed Marcellus ff. de in diem addict. Sed hic resoluitur ex Iuris necessitate, quia emptor tenetur, aut rem restituere venditori, aut iustum precium supplere, & cùm alterutrũ quis facere tenetur, dicitur coactus id facere, l. Illud. §. 1. ff. de constituta pecunia. l. Quæ sub conditione. §. sub conditione. ff. de conditionib. Institutionum. ibi. *Ne alia eum vrgeat, &c.* Tiraq. de retract. consang. §. 32. n. 67. Ergo hypotheca resolui videtur.

Atque huic sententiæ ipse quoque assentior. Ad primum argumentum Bartoli respondeo, negando contractum resolui emptoris voluntate, resoluitur enim potiùs ex Iuris necessitate, vt dictum est. Aut certè non resoluitur ex mera emptoris voluntate, sicuti requiritur ad hoc vt hypotheca euanescat, vt in d. l. Si res. ff. quib. mod. pignor. vel hypoth. solu. ibi. *Quanquam vbi res sic distracta est, nisi emptori displicuisses, &c.*

Ad secundum argumentum respondeo, dato quod regulariter ius in rem sit potentius, quàm in personam, non tamen eo casu potentius est, cùm ipsum ius reale resolutioni obnoxiũ est, vt in præsenti specie, quia resoluto iure datoris, resoluitur ius acceptoris, vt in d. l. Lex vectigali. Adde quod in præsenti casu ius venditoris læsi videtur esse potentius, quàm ius creditoris, & legis auxilio munitum est.

Quòd verò postremò adiiciebatur, si emptor rem distraheret, agi non posse contra tertium possessorem, ad hanc speciem nostram minimè pertinet, in qua non de alienatione agitur, sed de hypotheca.

CAPUT XXIV.

Vtrum venditione rescissa ex remedio d. l. 2. res venditori restituenda sit simul cum fructibus ab emptore perceptis?

Controuersia est difficilis, vtrum vẽditione rescissa ex remedio l. 2. C. de rescin. vend. res venditori restituenda sit, simul cum fructibus ab emptore perceptis.

Duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ. Altera affirmat, altera negat. Affirmant Roffredus de libellis in 4. parte in rubr. de actio. Quanti minoris.nu. 20. Alberic. ad d.l.2.n.16. Salicetus ibid. n.5. Bald. n.3. Affli. in c.1. n.150. de feudo dato in vicem legis commissoriæ. Emmanuel Costa ad l. Gallus. §. Et quid si tantum n.72. ff. de liberis & posthum. August. Berous c. cum dilecti, in fin. & in c. Ad nostram n. 25. de empt. & vend. qui tamen declarat, ita esse intelligendum, vt fructus restituantur, ratione habita eius, quod iusto pretio deest. Quod si malit iustum precium emptor soluere, eum teneri dicit ad vsuras, respectu eius pretij, quod suppletur.

Hanc eandem sententiam amplexi sunt Io. Lupus, & Anto. Gom. in locis à Pinello citatis, in d.l.2. in 2. parte, c.4. n.1. & 2. nec non Couu. lib.2. variar. resol. c.3. n.9.

Argumenta sunt ista. Primum ex l.1. C. si maior factus alienationem ratam habuerit, in illis verbis: *In arbitrio eius ponere, an velit possessionem cum fructibus restituere, &c.*

Secundum argumētum est ex l. cum autem. §. cum redhiberetur, & ex l. Quod si nolit, in fin. ff. de ædilitio edicto. Vbi rescissa venditione per actionem redhibitoriam, fit restitutio rei vnà cum fructibus.

Tertium argumentum est ex l. quod dictum, & ex l. Imperator. ff. de in diem addict. vbi similiter venditione rescissa ex pacto addictionis in diem res restituitur vnà cum fructibus. Idem est vbi venditio resoluitur ex pacto legis commissoriæ. l.5. ff. de lege commissoria.

Quartum argumentum est ex l. videamus. ff. de vsur. Quo in loco probatur, restitutionē rei, quæ ex iustitia fit, vnà cum fructibus esse faciendam.

Quintum argumentum est ex l. filio. §. 1. in fine. ff. de inoff. testam. vbi rescissa institutione hæredis per querelam inofficiosi testamenti, bona restituuntur vna cum fructib.

Sextum & postremum est ex l. quod si minor. 25. §. Restitutio, & ex l. patri. 28. §. item ex diuerso. ff. de minor. Vbi patet restitutione facta minoris aduersus contractum, fructus quoque restitui.

Cæterùm negantem sententiam amplexi sunt Cremen. in d.l.1. Cagnol. ibi. n.40. Pinell. in 2. parte, c.4. num.1. & 2. Fabian. a Monte de emptio. & vend. q.8. n.24. Ant. Gomes. variar. resol. tit. de contract. c.2. n.24. & c.4. n.21. Ant. Butrius & Imola in c. ad nostram. de empt. & vend. & ibid. Ant. Burgen. num.36. Cæpolla de simulatione contract. §.2, Ancharan. in c. peccati venia. qu. 10. de reg. iur. in li.6. Syluester Pierius, in verbo, vsura, 2. qu.15. Mantua. lib.1. locor. c.6. ad finem. Atque huic sententiæ & ipse adhæreo.

Probatur primò ex eo, quòd in ipsa constitutione d.l.2. mandat Imperator rescissa venditione rem restitui, de fructibus autem restituendis nullam facit mentionem.

Secundò, quia emptor habet bonam fidem & iustum titulum, vt declarant Rotæ Romanę Auditores, decis.116. in nouis. Ergo fructus lucratur. l. bonæ fidei. ff. de acqu. rer. dom.

Tertiò, quia emptor non est in mora restituendi rem venditam emptori, antequam is petat contractum rescindi: cur ergo teneatur ad fructuum restitutionem? Facit, quod habetur in l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. vbi emptor ad fructus non condemnatur, nisi ex ex tempore, quo in mora est, rem venditam restituendi.

Quartò, quia iniquum esse videtur, vt quis habeat precium & fructus rei venditæ, iuxta notata in l. curabit. C. de actio. empt. Quare cum venditor pretium acceperit, non debet etiam fructus consequi, & sibi imputare debet quòd non statim petierit contractum rescindi.

Postremò probatur ex c. ad nostram. de reb. Ecclesiæ non alienand. in illis verbis: *Cùm tibi fructus percepti sufficere debent pro labore, &c.*

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, legem allegatam loqui de minore 25. annis, læso ex venditione sine decreto facta, & inconsultò ratificata, de qua specie nostra quæstio non est, sed de minore 25. annis læso.

Ad secundum respondeo, per actionem redhibitoriam omnia in pristinum statum reuerti, & idcirco fructus quoque ab emptore restituendos. Meritò, nam ipse causa est, vt contractus resoluatur.

Ad tertium de pacto addictionis in diem respondeo, locum esse restitutioni fructuum, cū venditio est conditionalis, sicuti loquuntur leges in argumento allegatæ, secus si pura sit venditio, sub conditione tamen resoluenda, vt in l.2. & 3. ff. de in diem addict.

Quod verò dicebatur idem esse in venditione resoluta ex pacto legis commissoriæ, ea ratione nititur, quia venditio resoluitur facto & culpa emptoris, precium tempore constituto non soluentis, meritò is ad fructus restituendos compellitur.

Ad quartum respondeo, Argumentum procedere, quando lex vtitur verbo restitutionis. Illud enim habet plenissimam significationē. Sed in proposita quæstione lex non vtitur restitutionis verbo.

Ad quintum respondeo, in querela inofficiosi testamenti fructuum restitutionem esse faciendam, quia hæreditas ex die mortis testatoris ad actorem pertinuisse intelligitur. l. eum qui, §. vlt. ff. de inoff. testam. Quæ ratio cessat in proposita quæstione.

Ad pos-

Ad postremum respondeo, Argumentum loqui de restitutione minorum, de qua nostra non est disputatio.

CAPVT XXV.

Vtrum venditio rescindatur Medico ab infirmo facta, si læsio interuenerit, sed non vltra dimidiam. Et nunquid in foro Ecclesiastico venditori læso citra dimidiam, actio detur?

COmmunis est & vera sententia, venditionem ab infirmo Medico factam rescindi posse, licet vltra dimidiam læsio non interuenerit. Ita docet Panorm. in c. Quia plerique. n. 34. de immunit. Ecclesiar. Anto. Burgo. in cap. Cum causa. n. 52. de emptio. & vend. Rebuff. de rescilf. contract. artic. vnico. Glos. 15. n. 44. Pinell. alios citans in l. 2. C. de rescin. vend. in 2. parte, nu. 3.

Probatur hæc sententia primò ex l. Medicus. ff. de variis & extraordinariis cognitionibus, vbi sic dicitur: *Medicus, cui curandos suos oculos, qui eis laborabat, commiserat, periculum amittendorum eorum per aduersa medicamina inferendo, compulit, vt ei possessiones suas contra bonam fidem ager venderet, inciuile factum Præses prouinciæ coerceat, rémque restitui iubeat.*

Secundò ex l. Archiatri. C. de Professoribus & Medicis libr. 10. in illis verbis: *Quos etiam patimur accipere, quæ sani offerunt, non quæ periclitantes pro salute promittunt.*

Tertiò, ex l. Quisquis. C. De postulando. Sicut enim ea lege prospectum est, ne durante lite inter aduocatum & cliẽtem, huiusmodi promissiones & conuentiones fiant, ita & inter Medicum & Ægrotum statuendum esse videtur, ne propter vitæ periculum, facilè ægrotus contrahat & decipiatur.

Cæterum hanc rem aliter acceperunt Regij Neapolitani Consilij Adsessores, vt constat ex Afflicto decis. 123. & Cagnolo in d. l. 2. nu. 191. Existimarunt enim eo casu contractum esse rescindendum, in quo omnia concurrunt, quę commemorantur in specie d. l. Medicus, & tũc demum promissiones non valere Medico factas ab infirmo, cùm ex publico ærario stipendium habet.

Ego verò, si grauis sit infirmitas, & periculũ mortis immineat, communem sentẽtiam amplecti non vererer, tametsi circumstantiæ supradictæ non concurrerent, præsertim, si læsio esset magna, satis enim apparere videtur, ex magna læsione concurrente periculo mortis, iniustitia ipsius contractus, timoréq; mortis & impressione quadam potius, quàm libera voluntate infirmum contraxisse & promisisse, multúmque præterea mouet ea constitutio, quæ de Aduocato & Cliente loquitur.

Est etiam controuersia, Vtrum in foro Ecclesiastico aliquod sit proditum auxilium, quo læsus venditor citra dimidiam suæ prospicere valeat indemnitati. Petr. Anchora. in reg. Peccatum. de reg. Iur. lib. 6. censuit actionem dari, vbi ex necessitate quadam res vẽdita est. Idem docuit Iason in §. Sed iste. n. 107. Inst. de actio. Petr. Gerard. sing. 22. Calcaneus in cons. 27. n. 28. & nouissimè Martinus Nauarrus in comment. ad c. Nouit. de Iudiciis, in 6. notab. Sed hanc sententiam impugnat Pinell. ad d. l. 2. in 2. parte, c. 2. nu. 36. licet in foro conscientiæ illam recipiat.

Ego verò priori sententiæ facilè subscribo, quæ probatur hoc argumẽto. Iudex Ecclesiasticus, de quocunque peccato mortali, cuiuscunque etiam laici cognoscere potest, eo fine, vt cogat peccantẽ per censuras ecclesiasticas ad pœnitentiam, c. Nouit. de Iudiciis. Sed emptor venditorem lædens grauiter, licet non vltra dimidiam, mortaliter peccat, ex communi sententia Theologorum, sicuti deducit optimè Nauarrus loco annotato. Ergo compelli potest à Iudice Ecclesiastico ad pœnitentiam: Et consequenter ad restitutionem rei, vel ad solutionem iusti precij.

Nec difficilè est ad argumentum Pinelli respondere. Is enim vtitur hoc argumento, quod nusquam iure Canonico sancitum sit, aut Ciuili, vt actio detur læso venditori, licet necessitate vrgente vendiderit, nisi vltra dimidiam læsio interuenerit, vt patet ex l. Non iccirco. C. de rescin. vend. & ex c. Ad nostra, de reb. Ecclesiæ non alienan. Quem locum subtiliter inducit ad hanc sententiam confirmandam, in dictis commentariis ad l. 2. parte 2. c. 4. n. 27.

Respondeo, nullam actionem ordinariam esse constitutam. Cæterùm per viam denunciationis euangelicæ, vt dicitur, rectè probatur, succurrendum esse venditori læso. Cui argumento responsum nullum attulit Pinellus.

CAPVT XXVI.

Vtrum transactio rescindi possit ob læsionem vltra dimidiam?

NOn est omittenda celebris controuersia, quæ & ab hoc tractatu non est aliena, vtrum transactio rescindi possit propter læsionem vltra dimidiam. Et quidem rescindi non posse dixerũt Glos. Io. Andr. Ancharan. & Barbatia, nec non Innocent. in cap. Cum causa. de emptio. & vendit. Glos. in l. Lucius. §. vlt. ff. ad Trebell. Specu. tit. de emptio. & vendit. §. Nũc dicendum. vers. Quid de transactione. Cyn. Salicet. & Bald. ad l. 2. C. de rescind. vend. Iason, Alex. & Aret. ad l. Si quis cum aliter. ff. de verbor. obligat. Guido Papæ, singu. 376. Curt.

Sen.consi.65.Panorm.in cons.12.lib.2. Barbatia in cons.41.lib.1. Corneus in cons. 11. libr.3. Alex.in cons.42.lib.3.& 118.lib.7. Ruin.consi. 132.n.3.li.1.Decius in cons.216.n.4.Gomesiad regulas Cancellariæ, de annali possessore, q.2. Grammaticus decis.66.n. 47. Parisius in cons. 96.n.61.lib.1.Berous in cons.176.n.25.li.1.Zasius in cons. 18. lib.1.Socin.iun. in cons.32. lib. 3.& in cons.32.lib.3.Alciat.in consi.124.n.3.& 89.n.4.Crauetta cons.151.n.26.Afflictus decis. 220. Alba in cons.11.Rolan.in cons.28.n.25.li. 4.Io.Mauritius de resti.in integr. c.210.Corta in memor. in verbo, Venditor, Andreas Geyl.lib.2.obseru.70.Menoch.in cons.401.n. 157.lib.5.Plotus in cons.32.

Argumenta sunt isthæc. Primum ex l. Lucius.§.vlt.ff.ad Trebell.ibi: *Postea repertis instrumentis apparuit, quadruplo amplius in hæreditate fuisse. Quæsitum est, an in reliquum fideicommissi nomine conueniri possit. Respondi secundum ea quæ proponerentur, si non transactum esset, posse.*

Secundum est ex l.Sub prætextu instrumẽti. C.de Transactionib. vbi dicitur, Transactionem rescindi non posse sub prætextu instrumenti de nouo reperti. Et tamen euenire potest, vt ex instrumento nouiter reperto appareat transigentis læsio vltra dimidiam.

Tertium est ex l.A Diuo Pio.§. Si pignora. ff.de re iudicata, ibi: *Rescriptũ est non posse amplius, quod sibi debetur petere, quia velut pacto transegisse de cætero videtur, qui contentus fuit pignora possidere.*

Quartũ ex l.In summa.ff.de cõdict. indeb.in illis verbis: *Et quidem, quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, nõ repetitur. Nam si lis fuerit, hoc ipsum quod à lite receditur causa videtur esse.*

Quintum argumentum. Transactio & iuramentum æquiparantur. Nam Iusiurandum est species transactionis.l.2.ff.de Iureiur.Sed causa per Iusiurandum finita retractari non potest ob quamcunque læsionem.l. Non erit. §. Dato.l.Nam postea, §.1.ff.eod.tit. Ergo idem est de causa transactione finita statuendum.

Sextum est ex l.Quod si deferente.ff.de dolo, ibi: *Per Iusiurandum enim transactum videtur.*

Septimum ex l.1. C. de plus petitionibus, in illis verbis: *Transactionibus scilicet, & secundis confessionibus, etiam in hac specie suam obtinentibus firmitatem.*

Octauum argumentum. Quoties res est dubia & incerta, læsio allegari non potest. l. De fideicommisso.C.de transactionib.l.Si ea lege. C.de vsuris. Sed euentus litis dubius esse dicitur & incertus.l. Quod debetur.ff.de peculio. Ergo ex transactione per quam à lite receditur, læsio allegari non potest.

Postremum argumẽtum. Transactio, & res indicata æquiparantur.l. Non minorem. C.de Transact. Sed res iudicata non rescinditur ex quacunque læsione, si contra ius litigatoris lata sit, non autem contra ius constitutionis. l. 2. C. Quando prouocare non est necesse. Ergo nec transactio.

Sed contrariam sententiam habuerũt Bart. in l.2.C.de rescind. vend. & in l. Lucius. §. vlt. ff.ad Trebell.Castr.Ang.& Imola ibidem.Decius in cons.60.nu.4.& 597.n.10.Socin.sen.in cons.85.n.3.lib.1.Card.Butr.& Ant.Burg.in c. Cum causa.de empt. & vend. Fabian. à Monte de empt.& vend.q.8.n.13.Rubeus Alex.in cõs. 71.n.8.Petr.Rebuff.de resciss.contract.art. vnico.Glo.15.n.18.Socin.iun.in cons.129.n.48.li. 1.& cons.98.n.17.lib.2. Cagnol. in l.1.n.29.C. de pact. Alios citant Gabrielius commu.concl. tit.de emp.& vend.concl.1.n.68.&Pinell.in d. l.2.C.de rescind.vend.in 1.parte, c.4.n.14. Denique Rota Romana, vt patet ex nouissimis decisionib.in 1.parte, decis.102.n.2.

Argumenta duo sunt potissimum. Primum ex l.Si superstite.C.de dolo.in illis verbis: *Sanè si immodicè læsa es, non de dolo propter paternam verecundiam, sed in factum actio tibi tribuenda est.*

Secundum est ex l. In summa. ff. de condict. indeb.in illis verbis: *Sin autem euidens calumnia detegitur, & transactio imperfecta est, & repetitio datur.*

Non desunt, qui ea distinctione vtantur, vt si læsio longè vltra dimidiam acciderit, quam enormissimam appellare consueuerunt, tunc posteriori sententiæ locus sit. Prior autem sententia obtineat, vbi læsio est simpliciter vltra dimidiam, quæ enormis appellatur, quasi ex læsione enormissima dolus sit præsumendus, argumento sumpto ex l. Omnes. §. Lucius. ff. Quæ in fraudem creditorum. Ita Corneus in cons.27.lib.4. Rota Romana apud Iacob. Puteum decis.230.lib.1.alios citant Gabrielius & Pinellus, locis superius annotatis.

Ego eorum sententiæ adhæreo, qui docent, transactionẽ rescindi posse ex immodica læsione, quam inter omnes conuenit esse eam, ex qua vltra dimidiam quis læditur.

Mouet me textus in dict.l.Si superstite. Nec probatur eorum interpretatio, qui dixerunt, in ea specie dolũ ex proposito interuenisse, quoniam textus loquitur de transactione bona fide interposita. Nihil autem magis contrarium bonæ fidei est, quàm dolus, & totam vim Imperator ponit in læsione immodica

Mouet secundò, quòd dolus ex proposito, & dolus reipsa æquiparati videntur. l. Si quis cũ aliter, ff.de verbor.oblig.ibi: *Idem est, etsi nullus dolus intercesserit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habeat.* Vide dominum meum Cephalum

in conf.465.n.27.lib.3. Sed ex læsione vltra dimidiam dolus re ipsa apparet ex communi omnium sententia, in d.l. Si quis cum aliter, ita dunt Ias.in conf.133.lib.4. Parisius in conf. 12.n.82.in conf.20.n.105.& in conf.89.nu. 68. lib.1.Soc.Iun.in conf.77.n.132.lib.1.&in conf. 47.nu.40.lib.3.Crauetta in conf.142.nu.21.& 192.n.8.Couuar.in c.Quamuis.3. parte.§.4.de pact.lib.6.Hyppol.Rimin.in conf.3.nu.18.lib. 1.Andr.Geyll.lib.2.obseru.147.nu.11. Pro qua sententia facit, quòd qui cum aliena iactura locupletatur, videtur esse in dolo.l.1.§. An in pupillum.ff. Depositi. l. Si quis Mancipiis.§. vlt.ff. de Instit.act.

Ergo idem statuendum est, ac si dolus ex proposito interuenisset, quo casu proculdubio transactio est rescindenda.l.Et eleganter. ff.de dolo.l.vlt.C.Mandati.l. Qui cum Tutoribus. §. Qui per fallaciam. ff. de transact. cum aliis similibus.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respondeo, in specie d.l.Lucius.§.vlt.læsionem non interuenisse, considerato tempore transactionis. Quod sane considerandum esse indicat tex.in l.Si volũtate. C. de rescin. vend. illis verbis: *Si minus dimidia iusti pretij, quod fuerat tempore venditionis, datum esset.* idque pluribus confirmat Cagnol.ad d.l.2.nu.213.C. de rescind.vend. Tempore autem Transactionis considerato nullam intercessisse læsionem, ex eo constat, quòd is, cui restituenda erat hæreditas, demonstrare non poterat, plura in hæreditate bona fuisse quàm hæres diceret. Neque enim in promptu erant instrumenta, quibus id poterat elucere, sed postea reperta sunt, vt ibi dicitur. Quare actor in eo iudicio facilè succubuisset. Actore enim nõ probante, reus absoluitur.l.Qui accusare.C.de edendo.

Eadem responsio valet ad secundum argumentum, ex l.Sub prætextu instrumenti.C.de transactionibus.

Ad tertium argumentum ex l. A Diuo Pio. §.Si pignora. Respondeo, creditorem in ea specie sibi damnum intulisse, quoniam contentus fuit pro credito pignora possidere; Item concurisse iudicialem authoritatem, nec textum aliud dicere, nisi de cætero, quod sibi debetur, creditorem transegisse videri; ideóque amplius, quod sibi debetur, petere non posse.

An autem, si ex eo grauiter læderetur, pactum impugnare valeat, non decidit textus. Quanquam in ea re ita statuendum esse non dubitẽ, vt quoties iudicialis authoritas intercedit, & simul litigatoris consensus concurrit, nullus amplius querelæ locus esse possit. Sibi enim imputare debet, qui sententiæ acquieuit, cum prouocare, si grauatus erat, posset.

Ad quartum respondeo, quod habetur in l. In summa.ff. de condict. indeb. ad propositam quæstionem non pertinere. Sententia enim illius legis est repeti non posse, quod solutum est ex causa transactionis, licet nihil deberetur. Vtrum autem ipsa transactio impugnari posset, ac rescindi, textus non declarat.

Ad quintum respondeo. Illud specialiter constitutum esse in Iureiurando, quia is, qui illud offert, consentire videtur, vt iurans testis ac Iudex sit in causa propria. l. vlt. C. de fideicommiss. Quare conqueri non debet, & damnum, quod sua culpa sentit, sibi imputare debet.l.Damnum.de reg.Iur.lib.6.

Ad sextum, ex l.1. C. de plus petitionib. respondeo. Non dicit textus, Transactionem propter dolum non rescindi, sed quæ dolosè gesta sunt & extorta, transactione purgari.

Ad l. Si deferente. ff. de dolo, respondeo vt ad quintum argumentum.

Ad octauum respondeo, conclusionem nostram intelligendam esse, quando dubio euentu litis perpenso, & omnibus aliis circumstantiis examinatis, de læsione vltra dimidiam constat.

Ad postremum respondeo. Hæc esse dissimilia, quia sententia litigator læsus, ordinarium habet appellationis auxilium, quo si non vtatur, sibi imputet.

CAPVT XXVII.

De venditione facta ad corpus, & ad mensuram, controuersiæ duæ.

Inter omnes constat, venditorem ad mensuræ modũ iudicari, vt doctores nostri loquũtur, si incipiat à mensura. Ad corpus autem videri, si a corpore incipiat, ex responso Oldradi 197. ex qua distinctione plura sequuntur, quæ Doctores tractant, vt patet ex Couuar.practic. quæst.c.3.&ex Ario Pinello ad l.1.C.de rescin. vend.in 2.parte, c.2.n.7.

Cæterum de duobus est controuersia. Alterum est in ea specie, in qua a corpore venditio incipit, sed statim mensuræ modus exprimitur, vt, Vendo tibi fundum Sempronianum, decem iugerũ, his definitum ac distinctum limitibus, precio centum aureorum. Eiusmodi venditionem ad corpus censeri factam, & consequenter, si maior sit mensuræ modus, id emptoris lucro cedere, respondit Carol. Ruin.in consil. 83.lib.1.&cum eo Parisius in conf.64.lib.1.nec non Socin. Iun.in conf.42.lib.2.& hos secutus Couu.pract. quæst.c.3.n.2.vers. Quarta species proponitur. Sed contrarium respondit Curt.Iun.in conf.131.& cum eo Deci.in conf. 500. Quibus adstipulatur Cagn.ad d.l.2. C. de rescin.vend.n.182.

Alterum est, in ea specie, qua venditio ad corpus facta est, si minor mensuræ modus reperiatur, vtrum id emptoris damno, an autem

venditoris cedat, vt propterea precium diminuendum sit. Nam precium diminuendum esse, & sic emptorem tantò minus soluere oportere, scriptum reliquit Paul. Castr. in l. Si seruū. §. Si modus. ff. de act. empt. Soc. Iun. in d. cons. 42. n. 21. lib. 2. & post eos Couu. loco nuperrimè citato post n. 7. Sed contrarium respondit Corn. in cons. 59. lib. 4. Boerius dec. 50. num. 6. Pinell. ad l. 2. in 3. parte, c. 2. n. 8.

Quod attinet ad primam controuersiam, prior sententia nititur his argumentis. Primū est ex eo, quod venditio hoc in casu à corpore incipiat, & licet mensuræ modus adiiciatur ante confinia, nil tamen refert, quia secundum Iuris ordinem est perinde, ac si diceretur, Vendo tibi fundum Sempronianum, his designatum confinibus, tot iugerum, quo casu secundum Oldradi distinctionem communiter receptam, in d. cons. 197. venditio dicitur esse facta ad corpus.

Secundum argumentum est ex l. Si venditor. ff. de act. empt. ibi: *Peculium eum habere decem, &c. & si plus habet, totum præstet, &c.*

Tertium. Qui fundum vendit, totum vendere intelligitur, argumento l. Si in rem. 6. & ibi Glos. in verbo totam, ff. de rei vendic. Ergo si exprimit mensuram, & quantitatem iugerū, non idcirco taxare videtur, seu limitare venditionem.

Quartum est ex l. Qui fundum, ff. de euict. vbi Alphenus, *Qui fundum*, inquit, *tradiderat iugerum centum, fines multò ampliores emptori demonstrauerat. Si quid ex his finibus euinceretur, pro bonitate eius emptori præstandum ait, quamuis id, quod relinqueretur, centum iugera haberet.*

Posterioris autem sententiæ argumēta sunt ista. Primum est ex eo, quod hæc verba, *Vendo fundum Sempronianum decem iugerum*, videntur, vt cum nostris Doctoribus loquar, accipienda esse restrictiuè, non autem domonstratiuè, argumento tex. in c. Cum capella. de priuileg. & eorum, quæ ibi notant Butr. & cæteri. & genitiui natura Doctores, ad rubr. de operis noui nunciatione. Consequenter, venditio in hac specie intelligitur esse facta ad mensuram nempe decem iugerum, non plurium.

Secundum argumentum est ex l. Locus, ff. de verb. signif. vbi dicitur, quamlibet partem fundi, dici posse fundum. Igitur ea pars quæ numerum iugerum à contrahentibus expressum excedit, videtur esse fundus minimè comprehensus in venditione.

Tertium. Secundum regulas vulgares præsumendus est potius error, quàm donatio, l. Cum de indebito, ff. de probatio. Ergo si maior sit numerus iugerum, quàm exprimatur, error potius est præsumendus, quam donatio.

Quartum est ex traditis per Imolam in cap. Per tuas. de donatio. vbi dicit in donatione, & aliis causis lucratiuis, recipiendam esse Oldradi distinctionem. Cæterùm in venditione dationem habendam esse mensuræ, & iuxta eam precium esse moderandum.

Quintum argumentum. Hæc venditio videtur esse facta ad mensuram, quia statim exprimatur mensuræ modus, videlicet quantitas iugerum & quidem ante confinium expressionē, secundum receptam Oldradi distinctionem.

Sextum argumentum. Nisi hæc venditio facta esse ad mensuram censeatur, frustrà videbitur expressus mensuræ modus. Non sunt autem ita verba contractus accipienda, vt frustra adiecta esse videantur, iuxta celebre, & vulgatum dictum Baldi, ad rubr. C. de contrahen. empt. quæst. 9.

Postremum argumentum. In obscuro venditio censeri potius debet facta esse ad mensuram, quàm ad corpus, quoniam id contrahentibus minus præiudicat, argumento l. Semper in dubiis, de reg. iu.

Nec obstat si dicatur, precium constitutum esse, non in singula iugera, sed vnicum pro toto fundo, quia id non facit, quò minus venditio sit ad mensuram facta, argumento l. Quod sæpe. §. pen. versicul. Sed etsi ex Doleario. ff. de contrah. empt. ibi: *Nec interest, vtrum precium, omnium centum metretarum, simul dictum sit, an in singulas eas.*

Mihi videtur istis non obstantibus prior sententia probabilior, idque potissimum ex l. Si duorum, ff. de actio. empt. Agit ibi Iurisconsultus de venditione, ad eum fermè modum constituta, qui nunc proponitur, & subiicit hæc verba: *Nec enim id, quod amplius in modo agri inuenitur, quam alioquin dictum est, ad compendium venditoris, sed emptoris pertinet.*

Quòd venditio in ea specie similis fuerit huic nostræ, ex eo patet, quòd fundi venditi fuerunt vno precio, & simul numerus iugerū fuit designatus. Verba hęc sunt: *Si duorum fundorum venditor separatim de modo cuiusque pronunciauerit, & ita vtrumque vno precio tradiderit, &c.*

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, Genitiuum hoc in casu non restringere, quia voluntas venditoris ea fuisse videtur, vt totus fundus censeatur venditus, qui intra confines expressus est. Vnde illa verba stant demonstratiuè, sicut & in specie d. l. Si duorum.

Ad secundum argumentum respondeo, negando consequentiam, quia quantitas iugerum excedens numerum expressum, censetur comprehensa in venditione totius fundi, & considerari debet, vt pars fundi, non autem vt separatus fundus, cum sit intra confines expressos.

Ad ter-

Ad tertium concedo, totum argumentum, sed dico expressionem erroris emptori prodesse, hoc in casu, quia totum corpus emit, & sibi venditor imputare debet, quòd non distinctè in singula iugera precium constituerit.

Ad quartum respondeo, rationem habendam esse mensuræ, quoties venditio ad mensuram fit, secus si ad corpus fiat, vt in casu nostro, neque id negare Imolam, nec negauit loco allegato.

Ad quintum respondno, non esse hanc venditionem ad mensuram, quia incipit à corpore, & licèt iugera exprimantur ante confinia, nil refert, quia vnicum precium pro toto fundo est constitutum.

Ad sextum respondeo, non frustrà exprimi mensuræ modum à Venditore, quoniam ea expressio facit, vt contrahentes de precio facilius conueniant.

Ad vltimum respondeo, rem nõ esse obscuram, sed satis apparere mentem cõtrahentium, & mentem etiam iuris Authorum de hac ipsa specie, vt ex d.l. si duorum, ff. de act. empt.

Quod attinet ad alteram controuersiam, fundamentum eorum, qui dicunt, totam hanc rem cedere damno, vel commodo venditoris, illud est, quia inter contrahentes seruanda est æqualitas. l. 6. ff. de periculo & commodo rei vend. Quare cum ita constitutum sit, vt si maior sit mensuræ modus, id ad emptoris compendium pertineat, sicuti dicit text. in d. l. si duorum, sequitur dicendum, si minor modus reperiatur, id pertinere debere ad dispendium eiusdem emptoris, quia scilicet totum nihilominus precium constitutum, & promissum venditori præstare teneatur.

Sed posterior sententia mihi videtur euinci ex duabus legibus, nempe ex d. l. si duorum, in illis verbis. *Nec enim id, quod amplius in modo agri inuenitur, quàm alioqui dictum est, ad compendium venditoris, sed emptoris pertinet, & tunc tenetur venditor, cùm minor modus inuenitur.* Hæc postrema verba decidunt hãc quæstionem. Et ex l. Si venditor hominis. ff. de act. empt. vbi venditor hominis dixit, eum habere peculium decem, & se nihil ablaturum, (hæc verba videntur importare quodammodo venditionem ad corpus) *& si plus habet*, inquit text. *totum præstet, sin minus, præstet esse decem.*

Huius autem rei ratio reddi potest, quia is, qui vendit, verisimiliter magis nouit agri sui modum, quàm is, qui emit. Vnde si minorem modum exprimat, cum maior esset, id sibi imputare debet, qui scire debuerat maiorem esse. Si verò maiorem exprimat modum, quàm reuera sit, non est quod emptori culpa adscribatur, qui putauit tot iugera esse, ideòque eam precij quantitatem promisit, non daturus fortasse, si non esse tot iugera existimasset.

Ad argumentum contrariæ opinionis responsio patet ex prædictis, etsi enim æqualitas seruanda sit, inter contrahentes regulariter, hic tamen dispar ratio, quæ est inter emptorem & venditorem, contrarium suadet. Emptor enim ad emendum est inductus eo precio, quia putauit fundum esse tot iugerum, vnde si non sit tot iugerum, precium est diminuendum. Quod si plura iugera contineat, de se conqueri venditorem oportet, cur ita eõque precio vniuersum fundum distraxerit.

CAPVT XXVIII.

De venditione facta datis arris, quid iuris si alter ex contrahentibus promissa non exequatur?

VEnditione perfecta, & arris datis, emptor, seu venditor accusat implere promissa, quæstio est quid iuris? Sunt qui dicant, eum amissione arrarum mulctandum, vel si eas acceperit, dupli restitutione, & simul etiam condemnandum in id, quod interest alterius. Ita Cyn. & Albericus, ad l. cõtractus. §. illud. C. de fide instrum. quorum fundamentum est, quia leges dicunt, si res vendita non tradatur, id, quod interest, præstandum esse, l. 1. ff. de actio. empt. l. si traditio. C. eod. tit.

Quod verò de arrarum amissione, vel restitutione dictum est, Iure constitutum reperitur, vt patet ex d. l. contractus. §. illud. & ex §. 1. in instit. de empt. & vend.

Alij verò docent in id, quod interest, actionẽ competere hoc in casu, sed in ratione eius, quod interest, compensandum quod arrarum nomine datur, ita Bart. & Castr. in d. l. contractus. §. illud. Angel. Aretin. in §. Instit. de empt. & vend. Idem Bart. ad l. 1. §. Vnde quæritur. ff. de Publicanis. Fabianus à Monte de empt. & vend. in 5. quæst. princip. n. 70.

Fũdamẽtum est in l. prædia. ff. de act. empt. & in l. si quis à socio. ff. pro socio. quibus in locis probatur, si contrahentes stipulati sine pœnam, peti tamen posse id, quod interest, nisi tantundem in pœna sit, quantum intersit stipulatoris. Igitur & in hac specie videtur esse idem statuendum ac respondendum, quasi arræ præstatio sit loco pœnæ.

Sed mihi magis probatur eorum sententia, qui docent hoc in casu ad id, quod interest, actionem non esse dandam, sed arras datas amitti, aut duplum reddi oportere, ita Salicet. in d. l. contractus. §. illud. Anto. Gomes. variar. resol. iuris. tit. de empt. & vend. n. 18. Vdalricus Zasius lib. singul. respons. c. 24.

Probatur hæc sentẽtia ex §. 1. in Inst. de emptio. & vend. *Ita tamen*, inquit, *impunè eis recedere concedimus, nisi iam arrarum nomine aliquid fuerit datum. Hoc enim subsecuto sine in scriptis, siue sine scriptis, venditio celebrata est.*

is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit, si verò venditor, duplum restituere compellitur. Idem habetur in d.l. Contractus.§.Illud.

Et cum iis legibus specialiter in proposito casu decisum sit, & satis clarè, quid statuendum, non puto interpretatione ac disputatione hanc rem in dubium reuocari posse.

Nec me ab hac sententia abducit, quod alibi legibus ita constitutum sit, vt id, quod interest, præstetur. Neque enim loquuntur leges de eo casu, quo arrarum nomine aliquid datum est.

Quòd verò dicitur, de stipulatione pœnali, diuersam rationem habet; Pœnæ enim stipulatio interponitur loco eius, quod interest, vt scilicet cùm difficile sit probare, id quod interest, saltem pœnam stipulator consequatur.

Quòd si id, quod interest, pluris sit quàm pœna, nihil prohibet peti posse id, quod pluris interest, eo scilicet compensato, quod pœna continet.

Cæterùm vbi aliquid arræ nomine datur, ex eo manifestè apparet, contrahentium eam fuisse mentem ac voluntatem, vt id tantum amitteretur, vel duplatum restitueretur. Et cùm hæc sententia moribus iam recepta sit, non puto ab ea esse temerè recedendum.

CAPVT XXIX.

Si per procuratorem res vendita fuerit, an rescindi contractus possit ob læsionem citra dimidiam & quid si læsio citra dimidiam contingat in æstimatione rei in dotem datæ?

QVod attinet ad primum, non est eadem omnium sententia. Nam contractum esse rescindendum Bartolus censuit, non tamen id planè affirmans, in l.Societatem.§.Arbitriorum,n.25.ff.pro socio.Paulus Castr. in l.2.n.5. C. de rescin. vend. Anton. Butr. in c.Quintauallis,de Iureiur.

Et fundamentum est, quia arbitri læsio dicitur esse enormis, quoties in sexta parte est, vt probatur ex dicto §.Arbitriorum, iuncto principio legis, & l.Vnde & Neru.ff.eod.tit. Ergo & in procuratore idem respondendum videtur.

Alij dixerunt id ita constituendum esse in procuratore constituto ab homine, secus autē in legitimo procuratore & administratore. Ita Aretinus in cons. 126. & Ant. Gabr. commun. concl.tit.de empt.& vend.concl.1.n.28.

Cæterùm hanc sententiam & priorem etiā falsam esse ostendit l. Si voluntate. C. de rescin.vend.ex qua adducor, vt eorum sententiæ magis adhæream, qui negant contractum rescindi posse, nisi læsio vltra dimidiam probetur: quæ sententia est etiam frequentioribus suffragiis munita. Ita enim censuerunt Alex. in l. Si quis cum aliter, n.18. ff. de verb. oblig. Panorm.in c. Cum causa.de emptione & venditione. Et ibi etiam Anton.Burg. Aretin.in d. cons.126.Cagnolus ad l.2.nu.166.C.de rescin. vend. & ibid. Pinellus alios citans in 2. parte, c.1.n.15.

Et manifestè probatur ex d.l.Si voluntate. Nam in ea specie filius nomine matris fundum vendidit, vt habetur in principio legis, & textus in fine dicit, venditionem factam non rescindi, nisi minus dimidia iusti precij, quod fuerat tempore venditionis, datum esset.

Nec valet argumentum ex arbitrio sumptū quia procuratori modus agendi & contrahendi præscribi potest, arbitro verò nequaquam. Et qui ignarum ac imprudentem eligit procuratorem, sibi imputare debet, l.Cum mandato.§.vlt.ff.de minor. Non idem est in arbitro, quem vt bonum virum quis elegit, vnde si grauem inferat læsionem, meritò ad boni viri arbitrium recurritur.

Quod verò ad alteram quæstionem attinet, sunt qui putent, succurrendum esse coniugi damnum passo circa rei dotalis æstimationem licet infra dimidiam sit damnum. Ita Imola in c.Cum dilecti.n. 16.de empt.& vend. Anto. Burg.in c.Cum causa.n.48.eo.tit. Baldus Nouellus de priuileg.dotis,part.7.priuileg.55. Afflictus decis.270.n.3. Cremen. ad l.2.n.168. & multi alij, quos refert & sequitur Pinellus ibi parte 1.c.1.n.9 & n. 18. & Ant. Gabr. commu. concl.tit.de empt.& vend.concl.1.n.33.

Argumenta sunt ista. Primum ex l.Iure succursum,ff.de iure dot. *Si in dote danda*, inquit, *circumuentus sit alteruter, & maiori annis XXV. succurrendum est, quia bono & æquo non conueniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum.*

Secundum est ex l. Si res æstimata, §. 1. ff. eodem: *Si mulier*, inquit, *se dicat circumuentam minoris res æstimasse, vt puta seruum, si quidem in hoc circumuenta est, quòd seruum dedit, non tantum in hoc, quòd minoris æstimauit, in eo aſturam, vt seruus sibi restituatur. Enimuerò si in æstimationis modo circumuenta est, erit arbitrium mariti, vtrum iustam æstimationem, an potius seruum præstet.*

Tertium est ex l.Si circumscripta. C. soluto matrimonio: *Si circumscripta*, inquit, *mater vestra viliore pretio dotales res æstimata sunt, quid super huiusmodi cōtractuū vitio statutum sit, vulgo patet.* Et paucis interiectis verbis: *Sin autem*, inquit, *etiam maritus in æstimatione grauatum se allegat, veritate examinata, nō amplius, quàm precium iustum restituere cōpellitur.*

Cæterùm læsionem vltra dimidiam requirūt in hac specie Fulgo.in d.l.2.n.: & Salicet. in d.l.Si res æstimata, §.1. Rebuffus de rescis. contract.

contract.art.vnico, Gloss.15.n.13. Cagnol.in d. l.2.n.63. duobus argumentis.

Primum ex l.si voluntate, C.de rescin. venditione & aliis legibus similibus, quibus vltra dimidiam læsio requiritur, vt contractus rescindatur.

Secundum argumentũ est ex eo, quòd contrahentibus licet se inuicem decipere in precio. l.In causæ.17.§.Idem Pomponius, ff.de Minorib. l.item si precio, §. vlt. ff.locati.

Ad leges allegatas in contrarium respondent, eas esse intelligendas, vbi læsio est vltra dimidiam, vel cùm dolus interuenit, vt innuit illud verbum, *circumuentus & circumscriptus*, Argumento l.1.ff.de Dolo, in vers. *Circumscribendum*.

Sed mihi prior sententia longè probabilior videtur: Tum quia memoratę leges quib. nititur, nullam læsionis vltra dimidiam mentionem faciunt: Tum quia ratio legum, quòd scilicet iustum non sit, quia bono & ęquo non cõueniat, vt alter lucretur cum alterius damno, locum habeat, etiam in læsione citra dimidiam. Tum ex eo denique, quod d.l.Si circũscripta, loquitur simpliciter, vbi maritus in æstimatione se grauatum allegat.

Nec obstat verbum illud, Circũscripta, quia læsionẽ significat etiam absque dolo, l.In causæ.§.pen.ff.de Minorib. l.Item si precio, §. vlt. ff.locati, & consequenter etiam illam, quæ dimidiam non excedit.

Non obstant argumenta contrariæ opinionis, quia quod in aliis constitutum ac permissum est, non est ad coniuges trahendum, inter quos maximè locus esse debet syncerææ ac bonæ fidei, omni auaritia ac deceptione, seu læsione penitus remotis.

CAPVT XXX.

An venditor precisè teneatur rem tradere, cum tradendi facultatem habet?

COmmunis est sententia, venditorem præcisè compelli ad tradendum rem venditam emptori, cum tradendi facultatem habet, ita Glos. Bart. & Castr. ad l.1. ff. de act. empt. Alex. Deci. & Iason ad l.Certi cõdictio. ff.si certum petatur. Fabian. à Monte, de empt. & vẽd. in 6. quæst. princip. num.38. Nec non alij, quos refert & sequitur Pinell. ad l.1. C. de bonis mater. parte 3. nu.26. Quibus addi potest Couuar. lib.2. variar. resolu. cap.19.

Argumenta hæc sunt. Primum ex l.Ex empto. ff. de actio. empt. ibi: *Venditorem oportet rem præstare, id est, tradere.*

Secundum ex §. perficiuntur, in Institut. de Donat. ibi: *Et ad exemplum venditionis, nostra constitutio, eas etiam habere in se necessitatem traditionis voluit.*

Tertium ex §.precium. in Inst. de empt. & vendit. ibi. *Omnino tradatur, &c.*

Quartum ex l.fistulas.§.fundum. ff. de contrahenda emptione, & ex l.magis puto.§.si Pater. ff. de reb. cor. & c. Quibus in locis habetur, rem venditam tradi oportere, & iccirco à Minore & à Tutore, nullis etiam adhibitis solennibus, traditionem fieri posse.

Quintum ex l.qui restituere, ff. de rei vindicatione, vbi qui restituere condemnatus est, præcisè compellitur.

Sextum aliud pro alio inuito Creditore solui non potest, l.2. ff. si certum petatur. Sed res vendita debetur emptori. Ergo illa tradi debet, non autem aliud ipsius loco, inuito emptore.

Septimum. Venditor nõ solùm tenetur rem tradere, sed etiam dare, id est, dominium trãsferre, si sit Dominus. l. Ex empto. ff. de actio. empt. l.cum manu sata.§. vlt. ff. de contrahend. empt. Ergo præcisè compelli potest, sicut is, qui dare tenetur. l.vbi autem.§. vlt. ff. de verb. oblig.

Sed contrariam sententiam semper probabiliorem esse iudicaui, nempe venditorem præcisè compelli non posse ad tradendum, sed hanc necessitatem ei incumbere, vt vel rẽ tradat venditam, vel id, quod emptoris interest, persoluat, quam sententiam amplexus est olim Ioannes, & secuti sunt Soc. in l. certi cõditio, ff. si certum petatur, & Alciat. ad l. vnicam. C. de sententiis, quæ pro eo quod interest proferuntur.

Probatur primò ex l.1. ff. de actio. empt: *Si res vendita non tradatur, ad id, quod interest, agitur.*

Secundò ex l.si traditio. Cod. eod. tit. Vbi idem habetur.

Tertiò ex l.ex empto.§.& ex empt. ff. eod. tit. *Et ex empto* (inquit) *actionem esse vt habere licere emptori caueatur. Sed & vt tradatur ei possessio. Idem ait non tradentem, quanti intersit condemnari.*

Respondent contrariæ sententię Authores, eas leges intelligendas esse, quando venditor facultatem tradendi non habet. Sed hæc interpretatio meram continet diuinationem.

Quartò probatur ex l. si iactum retis. ff. de actio. empt. *Si iactum retis emero* (ait textus) *& captos pisces piscator nolit tradere, ad æstimationem rei agendum.*

Nec bona est responsio in ea specie agi de obligatione facti, & pisces in consequentiam venire, quia principaliter pisces considerati fuerunt, vt nempe, quicunque caperẽtur, emptori tradi deberent, quanquam si nihil caperetur, venditioni factæ locus esset.

Quintò probatur ex l. Contractus. C. de fide instrum. illis verbis: *Adeò vt nec illud in eius-*

modi venditionib. liceat dicere, quod precio statuto, necessitas venditori imponatur, vel contractũ venditionis perficere (nempe rem tradere, & alia facere, secundum naturam venditionis) *vel id, quod emptoris interest, persoluere.*

Postremo probatur, quia in obligationibus facti sufficit præstare id, quod interest. l. Stipulationes non diuiduntur. vers. Celsus, ff. de verb. oblig. l. Si quis ab alio. §. vlt. ff. de re iudicata. Sed vẽditor tenetur ad factum, nempe ad rem tradendam. l. Si stipulatus. ff. de vsuris. l. Si rem tradi. ff. de verb. oblig. Ergo præcisè compelli non potest ad tradendum, sed soluendo quod interest emptoris, liberatur.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo. Concedo venditorem teneri ad tradendum vt in lege allegata, sed dico eũ præcisè compelli non posse, sed soluendo id, quod interest, liberari, sicut in aliis legibus dicitur.

Et hæc responsio valet ad secundũ & tertiũ argumentum, quia eodem modo accipienda sunt illa loca, nempe, vẽditorem necessitatem habere, aut rem tradendi, aut soluendi id, quod interest emptoris.

Sic & ad quartum respondeo: Nam concedo venditorem obligatum esse ad tradendum, traditionémque fieri posse absque solennibus. Sed nego eum præcisè compelli posse, vt dictum est.

Ad quintum respondeo, illam legem loqui de eo, qui condemnatus est ad restituendum, quæ dissimilis est species ab hac nostra.

Ad sextum respondeo, venditorem aliud pro alio non præstare, cùm sufficiat, si vel rem tradat, vel id, quod interest, persoluat.

Ad vltimum respondeo, negando venditorẽ teneri ad dandum, hoc est, ad dominiũ transferendum, id, inquam, nego, authoritate l. Si ita distrahatur. ff. de contrah. empt. *qui vendidit*, inquit, *necesse non habet fundum emptoris facere.* Non obstant leges allegatæ, quia non dicunt venditorem teneri ad dominium transferendũ, sed hoc vult Iurisconsultus in d. l. Ex empto. vt si venditor sit dominus rei venditæ, eam tradendo dominium in emptorem transferat, & in d. l. cum manu sata. §. vlt. hoc tantum dicitur; Pactum nullius esse momẽti, quo inter emptorem & venditorem est conuentum, vt dominium rei venditæ in eum nõ transferatur. Rectè, quia natura venditionis est, vt rei dominium in emptorem transferatur, si venditor rem tradens dominus existat, d. l. Ex empto.

CAPVT XXXII.

Venditor vtrum actione ex empto conueniri possit, vt realiter venditam rem emptori tradat, quando emptoris nomine se illam constituit possidere. Et quid si precario nomine?

NOn desunt, qui negant venditorem conueniri posse & cogi, vt rem tradat emptori, quando is se constituit emptoris nomine rem venditam possidere, ita enim censuerunt Gloss. Bar. Angelus, Salic. Fulgos. Iacopinus & Iason in l. Ab emptione. ff. de pactis. Alexa. in l. Pomponius. §. Si is qui precario, col. 3. v. Quid econtra quando venditor, ff. de Acqu. possess. Angelus Aret. in §. 1. Inst. de empt. & ven. ad finem, Ludouicus Bologninus in cons. 72. col. 2. Math e silanus singul. 67. Nota quod venditor, & singul. 170.

Fundamentum autem est, quia per constitutum naturalis & ciuilis possessio transfertur in eum, cui⁹ nomine possidetur; l. Quod meo. ff. de acq. possess. Igitur venditor rem tradidisse videtur.

Qua ratione idem responderunt, vbi venditor constituit, se precario emptoris nomine possidere, Alex. in cons. 27. col. 1. lib. 1. Corneus in cons. 53. lib. 2. & 40. lib. 4. Vitalis Cambanas de clausulis. in clausula, Constituit se precario nomine, Afflictus in c. 1. Quid sit inuesti.

Sed neutra sententia mihi probatur. Nam cùm venditor rem tradere teneatur, sine dubio sequitur eum teneri ad vacuam possessionem tradendam, quatenus est facti. Argu. l. 3. §. 1. de act. emp. quæ sanè vacua possessio ex eo, quod se nomine emptoris possidere constituat, nõ trãsfertur. Itẽ vẽditor exempto tenetur, vt emptori rẽ habere liceat, l. Ex empto. ff. eo. tit. licet autem emptori rem habere, cùm insistit possessioni & re fruitur. l. Habere licere, ff. de Euictio. Quamobrem venditorẽ hoc in casu minimè liberatum esse à necessitate tradendi rem effectualiter ac realiter, sic. n. nostri loquuntur, imo conueniri ex empto posse censuerunt Bald. & Castr. in d. l. Ab emptione, ff. de Pactis, Alexan. in cons. 28. lib. 2. Decius in consil. 281. col. 2. Ruin. consil. 94. libr. 1. Tiraquell. de iure constituti, parte 1. n. 10. Addentes ad Matthesilanum d. singul. 67. quibus assentior.

Et cum precario nomine possidens naturalem possessionẽ habere dicatur, is verò, cuius nomine possidetur, ciuilem, l. Et habet. §. Eum qui precario. ff. de Precario, vel secundum Labeonis sententiam, is solum possidet, qui precario rogauit, vt sibi possidere liceret, vt notat Cuiacius lib. 9. obseru. 32. sequitur vẽditorem in proposita specie non videri naturalem possessionem in emptorem transtulisse, consequenter adhuc ex vendito teneri. Ita Tiraquellus, alios citans de iure constituti in 1. parte, n. 8.

CAPVT

CAPVT XXXII.

Tractantur tres controuersiæ pertinentes, ad interpretationem & materiam in l. Curabit de act. empt.

CVrabit Præses Prouinciæ compellere emptorem, qui nactus possessionem, fructus percepit, partem precij, quam penes se habet, cum vsuris restituere, quas & perceptorum fructuum ratio & minorum ætatis fauor (licet nulla mora intercesserit) generauit.

Pro huius legis interpretatione controuertitur inter Doctores, an idem respondendum sit, cùm emptor nullos fructus ex re vendita, vtpote sterili, percepit. Et idem respondẽdum esse dixerunt Bald. ad l. 2. C. de Vsuris. Castr. in d. l. Curabit, Petrus Anchar. in c. Peccati venia de reg. iu. lib. 6. Ioan. Anania in c. Conquestus, de vsuris. Socin. Sen. in cons. 88. n. 8. & 103. lib. 4. Paris. in ca. Cũ venerabilis, col. 8. de except. & in cons. 60. n. 28. lib. 1. Gozad. in cons. 55. D. Io. Cephalus in cons. 736. n. 26. lib. 5. Io. Petrus Surd. in cons. 103. Rota Genuen. decis. 196.

Fundamentum est in eo, quòd eiusmodi vsuræ propter perfidiam emptoris debeantur, quia scilicet cum rem acceperit, non exequitur id, quod debet, & precium non soluit.

Huc accedat tex. in l. 2. C. de vsuris, vbi simpliciter habetur, vẽditorem, cui possessio tradita est, vsuras æquitatis ratione præstare cogendum, si precium venditori non obtulerit.

Contrariam sententiam amplexi fuere Cyn. & Salic. in l. In minorum. C. in quib. cau. in integr. rest. non est necess. Alex. in l. De diuisione. ff. sol. matr. Aretin. in cons. 194. n. 11. & in l. Ita stipulatus, col. 5. ff. de verb. oblig. Socin. Sen. in consil. 109. lib. 1. Corneus in cons. 59. lib. 3. Cagnol. ad d. l. Curabit, n. 26. Io. Bapt. Lupus ibid. n. 141. Couuar. lib. 3. variar. resol. cap. 4. in 7. illatione. Natt. in cons. 417. & 494. Petrus Benintendus decis. Bononien. 29. Et huic sententiæ & ipse adhæreo.

Probatur hæc sententia ex d. l. Curabit, & ex ratione ipsius legis, ait enim lex, emptorem, qui nactus possessionem, fructus percepit, vsuras pendere oportere. Ergo secus dicendum videtur, cum fructus percipere non potuit.

Ratio autem legis est, quia cum fructus percipiat, æquum est eum vsuras pendere, vt inquit tex. in l. Iulianus. §. Ex vendito, ff. de act. empt. Vnde alibi dicitur nũquam posse vsuras ab eo exigi, qui fructus non percepisset, l. Liberalitatis. ff. de Vsuris.

Nec enim sufficit emptorem rem habere, sed illud spectare debemus an facultatem habeat fructus percipiendi, vt in d. §. ex vendito.

Non obstat id, quod dicebatur emptorem ad vsuras precij non soluti condemnandum, propterea quòd fidem contractus non seruat, quia hoc nulla lege, nulla ratione nititur, imò pugnat cum dict. l. Curabit, quatenus ibi dicitur, licet nulla mora intercesserit, emptorem teneri.

Non obstat text. in d. l. 2. C. de Vsuris. quia quod ibi simpliciter affirmatur, emptorem ad vsuras præstandas teneri, ex aliis legibus declarãdũ est, nẽpe vt verũ sit, vbi fructus percepit ex re empta, cuius possessionem nactus est.

Altera est controuersia, an vsurarum præstationi sit locus, quando venditor non tradidit emptori rem liberam, vt tenebatur, vel fideiussorem, quem promisit, euictionis nomine non dedit. Et locum nõ esse responderunt Bal. ad l. 1. C. de bonis mater. Socin. sen. in cons. 88. nu. 17. lib. 3. Parisius in c. Venerabilis. col. 8. de except. Afflictus decis. 20. ad fin.

Fundamentum est, quia venditor hoc in casu promissa nõ adimpleuit, vnde nec precium petere potest, l. Iulianus, §. offerri, ff. de actio. empt. l. Ædiles, §. ordinem. ff. de ædil. edict. Consequenter nec vsuras, argum. l. Lecta, ver. Sed cum totus, ff. si cert. pet.

Contrariam sententiam secuti fuêre Bald. & Castr. in l. 2. C. de vsuris. Alex. in cons. 147. n. 4. lib. 5. Deci. in cons. 119. col. 3. Cagnol. ad d. l. Curabit, n. 31. Io. Bapt. Lupus ibid. n. 142. Couuar. lib. 3. variar. resol. ca. 4. Illa. 12. Dominus meus Cephalus in cons. 609. lib. 4. quibus & ipse assentior.

Probatur hæc sententia satis euidenter ex l. Iulianus, §. ex ven. ff. de act. emp. *Ex vendito*, inquit tex. *actio venditori competit ad ea consequenda, quæ ei ab emptore præstari oportet. Veniũt autem in hoc iudiciũ infrà scripta. In primis precium, quanti res venit: Item vsura precij post diem traditionis. Nam cùm re emptor fruatur, æquissimum est eum precij vsuras dependere. Possessionem autem traditam accipere debemus, etiam si precaria sit possessio. Hoc enim solùm spectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi.*

His postremis verbis probatur sentẽtia supradicta. Nam precaria possessio, non est libera possessio, & tamen emptor vsuras cogitur præstare. Rursus ait tex. *Hoc enim solum spectare debemus, an habeat facultatẽ fructus percipiendi*; Vnde sic argumentari licet. In proposita quæstione emptor facultatem habet fructus percipiendi, ergo tenetur vsuras soluere, licet venditor non adimpleuerit pro parte sua contractum.

Ex quibus cessat fundamentum contrariæ opinionis, quoniam vsurarum præstatio non ex mora emptoris procedit, sed ex æquitate illa, ne re, & precio quis fruatur, sed si emptor fructus perceperit, vsuras pro fructuum perceptorum ratione pendat.

Tertiò cõtrouertitur, vtrum iustè, & absque

vsuræ labe conuenire venditor cum emptore possit, vt donec precium rei venditæ puta prædij, vel alterius rei fructiferæ numeretur, aliquid certi annuatim pendatur. Et quidem eam conuentionem tanquam fœneratitiam damnant, Deci. in cons. 116.119.183. Socin.sen.in cons.130. lib. 4. Crauetta cons. 189. vers. Tertius est casus, Siluanus in cons.10.n.46.D.Cephalus in cons. 190.lib.2. Simon Pretus in cons.198.Francis.Marcus decis.891.

Argumenta hæc sunt: Vbi ad soluendum sortem debitam concessa est debitori dilatio, non tenetur ad vsuras præstandas, quia neque est in mora regulari, neque in mora irregulari, vt loquuntur doctores. l. Lecta. vers. Sed cum sortis.ff. si cert. petatur. Ergo iniusta esse videtur ea conuentio, quæ illum obligat ad præstationem vsurarum, cùm de iure non teneatur.

Secundò. Aut dicimus eam ob causam vsuras deberi, quòd emptor precium retineat: Et hoc absurdũ esse videtur, quia tũc pecunia pareret pecuniam contra naturam & iura. Aut eam ob causam quòd res vendita videatur esse locata emptori donec precium soluerit: Et hoc dici non potest, quia nemo conducit rem suam, l. Qui rem, C.locati. Rei autem dominium in emptorem, cui res est tradita, transfertur, l. Quod vendidi, ff.de contrahen. emptio. etiamsi precium non sit numeratum, si modò habita sit ei fides de precio. §. item venditæ, in Instit. de rer.diuis. Aut ex æquitate l. Curabit, volumus esse locum vsurarum præstationi: Et hoc non videtur dici posse, quia emptor dilationem habet ad soluendum precium, quæ circumstantia procul dubio non est in specie illius legis. Fructus verò suos facit, tanquam rei dominus ac iustus possessor, l. Fructus, C.de act.empt.

Tertiò. Nemo potest absque vsuræ labe cariore precio rem vendere, ob concessam dilationem ad soluendum precium, c. In ciuitate, de vsuris. Videretur autem hoc in casu carius vendere, exigendo annuum censum, seu pensionem.

Quarto, ex Antonij Butrij sententia in ca. Salubriter, de vsuris, nõ licet viro vsuras dotis non solutæ petere ab vxore, cui ad soluendam dotem dilationem concessit. Ergo multò minus venditori licebit, ab emptore eas exigere.

Quintò, cùm dubium & incertum sit, quantum ex fructibus emolumenti percepturus sit emptor, non videtur licere, certam taxare quantitatem vsurarum, ex communi sententia Canonistarum, vt per Io. Andr. Ant.Butr. & alios in c. Salubriter, de vsuris, Roman. in cons.520. Petrum Rebuffum in repetitione l. Vnicæ, in Gloss. vlt. n.34.35. C.de sent. quæ pro eo, quod interest, &c.

Verùm istis non obstantibus eorum sententiam probabiliorem esse iudico, qui eiusmodi conuentionem & pactum approbant. & absque vsuræ crimine fieri posse contendunt, si modo vsuræ taxatæ quantitas non excedat fructuum quantitatem, qui verisimiliter ex re vendita percipiuntur, ac percipi possunt. Ita Castr. ad l. Iulianus, §. Ex vendito. ff. de act. empt. Alex. in consil. 121. n. 4.lib.5. Deci.in c. Cum venerabilis, n. 14. de except. & in cons. 111.col. vl. Parisius in cons. 60. n. 3. lib. 1. Cagnolus ad d. l.Curabit, n. 57. Couuar. variar. resol.lib.3. cap.4.n.5. Anchar. q.33. in 2.parte, Io.Baptista Lupus in d.l.Curabit, n.145.

Probatur hæc sententia, quia si nulla dilatione data ad soluendum tenetur emptor vsuras præstare ex æquitate, l. Curabit, Ergo nihil prohibet, quin id ipsum, quod lex probat & constituit, in conuentionem & pactum deduci queat.

Sed & hanc sententiam iuuat, quòd approbatur in contractu mutui ea conuentio, vt donec pecunia credita restituatur, aliquid præstetur pro lucro creditoris cessante, vel damno emergente. Sicuti tradunt Hostien. Abbas, & Anania in d. c. Salubriter, de vsuris, Alex. in cons. 128. lib.2. Couuar. alios citans loco proximè annotato.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respondeo, Vsuras in proposita specie deberi ac præstandas esse non ex mora, sed ex conuentione, quæ non pugnat cum lege, sed concordat.

Ad secundum respondeo, conuentionem esse legitimam ex æquitate d.l.Curabit. Nam cum emptor re fruatur, æquum est eum vsuras precij non soluti pendere, vt dicebat I. C. in l. Iulianus, §. Ex vendito, ff. de act.empt. Nec dicimus in specie d.l. Curabit, eam dilationem emptori fuisse concessam ad precium soluendum, sed ex eo quod concessa est, iustè venditorem pacisci, vt vsuræ præstentur. Aliud respondendum foret, si dilatio ad soluendum concederetur, nulla vsurarum præstandarum pactione interposita.

Ad tertium respondeo, venditorem carius rem non vendere, sed vsuras consequi pro ratione fructuum ab emptore perceptorum. Id enim æqualitas iustitiæ cõmutatiuæ postulat.

Ad quartum respondeo, Antonij Butrij sententiæ oppositæ in argumento obstare aliorum magis receptam traditionem, maritum iustè vsuras pacisci, donec dos soluatur. Vide Anch. & Abbatem in d.c. Salubriter, Baldum Nouellum de dote, Priuileg. 3.parte 7. Alex. in cons.31.lib. 6. Couuar. loco proximè citato in 4.& 5. Illatione.

Ad vltimum respondeo, sententiã nostram intelligi & loqui, quoties taxata quantitas verisimiliter

veriſimiliter reſpondet fructibus percipiendis ab emptore, quo caſu nihil obſtat, vt declarát Deci. in d. c. cum venerabilis, nu. 14. de except. Couuar. & Rebuffus locis ſuperius annotatis.

Solet autem ad tollendam omnem dubitationem hoc conſilium dari venditoribus, vt rei dominiũ apud ſe retineant, donec eis precium exoluatur, & interea locent certa conſtituta penſione emptori rem venditã, vt tradunt Panor. in conſi. 121. lib. 5. Soc. ſen. in conſ. 88. n. 14. Soc. iun. in conſ. 69. n. 7. lib. 2. Gagnol. ad d. l. Curabit, nu. 61. Couuar. loco annotato in 9. Illatione, Andr. Geyll. lib. 2. obſer. 3. in fine.

CAPVT XXXIII.

De l. Quoties. C. de rei vend. an locum habeat in perſonis Eccleſiaſticis vendentibus.

CVm quis eandem rem duobus vendidit, cum conſtat in obtinendo dominio eſſe potiorem, cui priori res eſt tradita. Sed an & in perſonis Eccleſiaſticis vendentib. idem iuris ſit non eſt eadem omnium ſententia.

Negant enim idem eſſe ſtatuendum Hoſtienſis & Io. Andr. in c. Continebatur, de his quæ fiunt à maiore parte capituli, eo quod minimè deceat quenquam decipi à viris Eccleſiaſticis. vt in Clem. cum Illuſio, de renun. c. Hoc ius porrectum, 10. q. 2. Huc accedat tex. in cap. Cum inter canonicos, de elect. & in c. cum autem, de iure patronatus, quibus in locis patet priorem in tempore præferendum eſſe, tanquam potiorem.

Affirmant verò idem eſſe ſtatuendum etiam in perſonis eccleſiaſticis, Panorm. Butr. & alij magis communiter in d. c. continebatur, Alex. conſi. 122. lib. 5. Iaſon in d. l. quoties, n. 19. Soci. ſen. in conſ. 29. lib. 4. Couuar. variar. reſol. libr. 2. cap. 19.

Ego poſteriorem hanc affirmantem ſequor. Nam iuris ciuilis regulæ & traditiones etiam iure canonico ſunt receptæ; iis exceptis, quæ reprobantur expreſsè, vt patet ex c. 1. & 2. de operis no. nunc. Quare & regula d. l. Quoties, iure canonico recepta eſſe videtur. Conſequẽter nihil proponitur, cur inter perſonas eccleſiaſticas locum non habeat eadem iuris ciuilis conſtitutio, niſi quis doceat, Eccleſiaſticos viros venditione ſola rerum dominium in emptores abſque traditione transferre, aduerſus alias iuris ciuilis regulas, l. Traditionibus, Co. de Pactis, ſi enim in poſteriorem emptorem, traditio facit, vt dominium transferatur, ſequitur eum eſſe in obtinendo dominio potiorem eo, cui priori res eſt vendita, quæ ſententia eſt d. l. quoties.

Nec mouet illud quod dicitur, viros Eccleſiaſticos alienos eſſe oportere à ſimilibus dolis & deceptionibus. Quia hæc ratio probat eos grauius hoc in caſu peccare & puniendos eſſe, quàm laicos homines, qui ob eam cauſam incidunt in crimen ſtellionatus, vt patet ex l. 1. & 2. C. de crim. ſtell. & l. 1. & ſeq. ff. eod. tit.

Regula verò iuris Canonici: Prior tẽpore, potior iure, ſimilis eſt iuris Ciuilis regulæ quæ idem ſtatuit. Sed ab vtraque ſpecie, de qua loquimur, excipienda eſt, niſi velimus iniuriam facere conſtitutioni d. l. quoties. C. de rei vendicat.

CAPVT XXXIV.

Venditio an probetur ſi teſtes de certo precio non teſtificentur.

TRes ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Prima, venditionem probari, quia venditio facta eſſe intelligetur iuſto precio. Ita Bald. ad l. 1. Co. de rebus alienis non alien. Roman. in conſ. 91. n. 7. Andr. Siculus in conſ. 90. col. 1. lib. 3.

Secunda, non probari. Ita Romanus ſibi cõtrarius ſing. 749. Marſil. ſing. 38. Alex. in conſi. 128. nu. 4. lib. 2. Decius in conſ. 57. n. 5. & alij à Maſchardo citati de probat. vol. 3. concl. 1401.

Tertia, diſtinguendum. Aut res agitur inter emptorem & venditorem, altero affirmante, altero verò negante venditionem, & teſtibus affirmantibus venditionem factam, nõ autem de precio teſtificantibus, de quo tamen contentio erat inter emptorem & venditorem, & tunc poſterior ſentẽtia vera eſt. Aut res agitur inter venditorem, qui rem poſſidet, & alium, & cõtentio eſt an rem illam emerit, eo fini, vt præſcriptionem allegare poſſit, & tunc prior ſententia obtinere debet. Ita Alex. & Iaſon in l. ſi duo patroni, §. Marcellus. ff. de iureiur. Afflictus deciſ. 83. n. 6. Ioſephus Ludouicus deciſio. Peruſina 44. in 1. parte, & alij à Maſchardo citati loco annotato, n. 112.

Ego magis probo eorum ſententiam, qui negant venditionem probari, quia venditionis ſubſtantia conſiſtit ex re & precio, §. precium, Inſtit. de empt. & vendit. Proinde ſi de precio non conſtet, nec de ipſa venditione conſtare videtur.

Et nota eſt doctrina illa, Teſtib. fidem adhibendam non eſſe, qui non plenè teſtificantur, vtpote non plenè & ſufficienter informati, vt notatur in l. Lucius. ff. de his qui notantur infamia.

Tempero hanc meam ſententiam, vt locum non habeat, cùm teſtes dicunt rem fuiſſe venditam certo precio, licet iam ipſi non recordentur, quantum fuerit, & ſimul talis eſt cauſa, in qua de precij quantitate non diſputatur. ſed de titulo duntaxat venditionis, ad finem

præscriptionis vel dominij probandi contra tertium, qui non vendidit. Hoc verò temperamentum ex lege non didici, sed ratio id me docuit, satis, vt mihi videtur, manifesta.

CAPVT XXXIV.

Tres controuersiæ circa litis denunciationem, quam venditori emptor facere tenetur.

INter omnes constat, vt emptori euictionis nomine aduersus venditorem sit cōsultum, eundem denunciare litem motam oportere, sed controuersia est primo, an sufficiat simplex litis motæ denunciatio venditori facta, an verò præterea instandum & petendum sit, vt venditor ad defendendum veniat.

Deinde, an sit necesse in ipso denunciationis libello inserere acta litis motæ aduersus ipsum emptorem?

Tertiò, an hæc solemnis denunciatio necessaria sit, etiam quando venditor scit litem motam emptori, & quæ acta sunt, nouit.

Quod attinet ad primum tres sunt Doctorum sententiæ. Prima sufficere simplicem intimationem, seu denunciationem litis. Ita Baldus ad l. Emptor. C. de euict. Salicet. ad l. 1. Co. de periculo & commodo rei vendit. Ioa. Imolen. in cap. vlt. de empt. & vend.

Fundamentum est potissimum in l. Si cum quæstio. C. de euict. *Si cum quæstio*, inquit, *tibi super eo, quem comparaueras, moueretur, authorem tuum certum fecisti, nec citra Iudicis disceptationem, eum, quem emeras, tradidisti, Præses prouinciæ in damnis, quæ te tolerasse meministi, medelam Iuris adhibebit.*

Altera est sententia, non sufficere simplicem litis denunciationem, sed emptorem instare, & petere simul debere, vt venditor ipsum defendat. Ita Barto. in l. Non solum. §. Morte. nu. 51. ff. de ope. no. nunc. Abbas in ca. vlt. de empt. & vend. Felin. in capit. Cum M. Ferrariensis, n. 65. & ibidem Ripa, num. 166. de const. Cagnol. ad l. Venditor. ff. de Iud. Alciat. ad l. Detestatio. ff. de verb. oblig. nouissimè Cabalinus de euictio. §. 3. n. 21.

Fundamentum est in multis legibus, quibus agitur de tali denunciatione, in hunc modum, vt venditor liti assistat, vel causam instruat, & ipsum emptorem defendat, l. 1. Co. de peric. & comm. rei vend. ibi: *Vt causæ agendæ adesset.* l. Si rem, 1. §. vlt. de euict. ibi: *Vt de ea re agenda adsis.* l. Si parentes. C. eodem, ibi; *Nec vobis, vt defenderetis denunciatum probetur.* l. Empti actio. C. eodem, ibi. *Interpellare venditorem, siue successorem eius, debes, vt tibi assistant, causamque instruāt.* l. Cum successores. C. eodem, ibi: *Assistere negotio denuncia.* l. Venditor. ff. de Iudic. l. Si plus, §. Mora. ff. de euict. l. Qui absentem, ff. de proc. c. vlt. de empt. & vend.

Tertia est opinio distinguentium. Aut venditor aliunde nouit litem motam, quàm ex relatione emptoris, & tunc procedat posterior sententia, quæ illud exigit, vt emptor petat se defendi. Aut scit litem motam ex relatu ipsius emptoris, & tunc vera sit prior sententia, quæ docet simplicem denunciationem sufficere. Ita Baldus in l. 1. Cod. de periculo & commo. rei vend. & ibi etiam Salicet. Alexander in l. Non solum. §. Morte, n. 45. ff. de ope. no. n. & ibidem Iason n. 39. Anton. Burg. in c. vlt. nu. 4. de empt. & vend. Couuar. lib. 3. variar. resol. c. 17. sub nu. 5. vers. Tertio adhuc.

Fundamentum est, quia cum emptor certiorem facit venditorem de lite mota, tacitè videtur petere, vt veniat ad se defendendum. Argum. d. l. Si cum quæstio. Hæc autem ratio cessat, vbi aliunde, quàm ex ipso emptore venditor litem motam intellexit. Iccirco tunc necesse est, vt emptor eum interpellet, vt causam defendat.

Mihi verior videtur eorum sententia, qui dicunt necessariam esse denunciationem, & simul etiam eam interpellationem, vt venditor ad defendendum veniat.

Probatur hæc sententia satis euidenter ex legibus superius allegatis, in quibus semper fit mentio talis interpellationis, quod sanè frustrà positum non videtur.

Huc accedat, quòd nisi sic venditor interpellatus fuerit, probabiliter existimare potest, emptorem per se ipsum causam defensurum. Et nota est iuris regula, Eum, qui tenetur ad aliquid faciendum, in mora non constitui, nisi fuerit interpellatus, l. Mora. ff. de vsuris, l. Si ex legati causa, & l. Si in insulam ff. de verb. oblig. Decius in l. Quod te, n. 44. ff. Si cert. pet. & in cons. 2. n. 7. Soc. sen. ad l. 2. §. Voluntate, n. 21. ff. Soluto matrimonio.

Ad l. Si cum quæstio, C. de euict. respōdeo, licet illa lex nullam faciat mentionem eius interpellationis, vt venditor defendat, sed tantum denunciationis litis, debet tamen ex alijs legibus clarioribus, eam interpellationem requirentibus, interpretari & declarari. Vna enim lex altera declaratur, l. Vtrum. ff. de petitione hæred. l. Sed & posteriores. ff. de legibus.

Non obstat, quod Doctores distinctione vtentes, dicunt, vbi fit ab emptore denunciatio, tacitè inesse eam interpellationem, vt vēditor ad defendendum accedat. Quia id negari potest. Etsi enim ea fortasse denunciantis emptoris mens fuerit, non tamen certus est venditor, emptorem egere ipso defensore, & se ad id faciendum interpellari. Hæc de primo.

Quod attinet ad secundum, Etsi Lud. Rom. ad l.

ad l. Non solùm. §. Morte. ff. de ope. no. nunc. existimauerit, necesse non esse, vt libello seu denunciationi inserantur acta & gesta contra ipsum emptorem, quoniam venditor simplici emptoris verbo, si bonus vir reputetur, credere debet, Argum. l. Argentum, ff. Commod. & eorum, quæ notantur in l. Titio fundus, ff. de cond. & demonstr. Et idem sentire Angelus videtur in l. Emptor, C. de euict. Tamen contraria sententia longè verior & communior est: Nam necesse fore, vt exemplum citationis & libelli eius, qui cõtra emptorem de re empta litem instituit, edatur venditori simul cum denunciatione litis, tradunt Bart. in d. l. Non solùm, §. Morte, n. 48. ff. de op. no. nun. Alex. ibi. n. 42. Ias. n. 38. Ripa n. 163. Couuar. lib. 3. variar. resolu. c. 17. n. 5 Caball. de euict. n :. Cagnol. ad l. Venditor, ff. de iud.

Probatur hæc sententia ex clem. Causam. §. vlt. de elect. vbi ponitur forma denunciationũ ac intimationum fiendarum, nõ solum in specie, de qua ibi, sed in aliis omnibus, & inter cętera constitutum est, vt libelli & citationis tenor intimationi inseratur. Meritò, vt videlicet intimatus sciat, quid sibi faciendum sit, & deliberet, an cedere vel contendere velit. Hæc de secundo.

Quod attinet ad tertium, denunciationem non requiri, quoties venditor scientiam habet litis motæ, dixerũt Glos. & Bald. in l. Emptor, C. de euict. vbi etiã Cyn. Io. Imol. ad l. 2. §. Voluntatem. ff. sol. matrim. & in c. vlt. de empt. & vend. Alex. in d. §. Voluntatem. n. 12.

Fundamentum est, quia certus non est certiorandus, l. 1. ff. de act. empt. c. Eum qui certus est, de reg. Iur. lib. 6.

Sed contraria sententia verior & communior est, nempe litem etiam scienti venditori denunciandam esse. Ita Bart. in d. l. Nõ solùm, §. Morte. n. 52. ff. de ope. no. nunc. & in l. Denũciasse, ff. ad l. Iul. de adult. Specul. tit. de empt. & vend. §. vlt. & ibi. Io. And. in Add. Panor. in c. vlt. de empt. & vend. Decius in cons. 74. Felyn. in c. Cum ille. nu. 65. de constit. & ibi Ripa n. 166. Capella Tholosana quæst. 407. Viuius comm. op. in ver. Venditor. Couuar. lib. 3. variar. resolu. cap. 17. num. 5. Cabalinus de euict §. 3. n. 4.

Probatur hæc sententia, quia denunciatio fieri debet, non in eum tantum finem, vt venditor sciat litem motam, sed vt interpelletur & requiratur ad defendendum & assistendum causæ & emptori, vt dictum & conclusum est suprà in prima huius capitis controuersia. Simile videmus in specie l. Denunciasse, ff. ad l. Iul. de adul.

Ex his patet responsio ad regulam, Certus non est cẽrtiorãdus, quia non procedit hoc in casu, cùm certioratio sit necessaria, vt simul etiam interpelletur venditor, quod non facit sola scientia eius, qui interpellandus est. Cætera argumenta ex l. vlt. ff. de transact. iuncta l. 3. C. de nouatio. leuiora sunt, quam vt confutatione indigeant.

CAPVT XXXVI.

Aliæ duæ controuersiæ tractantur de eadem euictionis materia.

Est etiam controuersia inter Doctores, Si vẽditor sciat emptori litem esse motam, an requiratur interpellatio & denunciatio, cùm iuramentum in contractu venditionis accessit. Et necessariam interpellationem, seu denunciationem non esse, docet Alex. ad l. 2. §. Volũtatem, ff. Soluto matr. Andr. Sicul. in c. vlt. de empt. & vend. & ibi etiam Anto. Burg. num. 11. Claudius Seysellius & Antonius Rubeus in l. Non solùm, §. Morte, ff. de op. no. nun. ille nu. 202. iste n. 687. Ioa. Lup. in c. per vestras, §. vlt. n. 31. de dona. inter vir. & vxor. Purpuratus ad l. Quod te, n. 92, ff Si cert. pet.

Fundamentum est, quia iuramentum constituit in mora obligatum absque interpellatione ex cõmuni Doctorum sentẽtia, vt per doct. in c. Breui, de Iureiu. Gabriel. com. concl tit. de Iureiur. conclus. 2. Seraphinum Senensem do Priuileg. iuram. c 37. Consequenter, si venditor iurauit se defensurum emptorem, tenetur eum defendere etiam non interpellatus.

Contrariam sententiam amplexi sunt Socin. sen in d l. 2, §. Voluntatem, n. 21, ff. Soluto matr. Alciat. ad l. Quod te, in ver. intelligere deberes. ff. Si cert. pet. Rebuffus de dilationib. art. 5. Glos. vnica, n. 36. Cabalin. de euict. §. 3. n. 54. & seq.

Fundamentum est, quia iuramentum sequitur naturam contractus super quo interponitur, c. Quemadmodum, de iureiu. sed ex natura contractus tenetur emptor venditori litem denunciare, eúmque requirere, vt causam defendat. Ergo idem est respondendum, etiamsi iuramentum suæ adiecerit obligationi, ac promissioni.

Didacus Couuar. lib. 3, variar. resol. c. 17. in 5, Illatione, priori sententiæ adstipulatur, quoties venditor iureiurando nominatim promisit, se emptorem defensurum, si quęstio ei moueatur de re vendita. Quod si simpliciter promiserit se omnia & singula seruaturum, tunc posteriorem sententiam magis probat. Atque idem docet Ripa in d. l. 2. §. Voluntatem. n. 18. ff. Soluto matrimonio.

Sed quoniam iuramentum moribus nostris ita solet in contractu venditionis adhiberi, vt prius quæ conuenta sunt præcedant, & inter alia venditor promittat se defensurum empto-

rem, & rem venditam, tandem clausula subiiciatur Iurisiurandi, existimarem in hac specie eorum sententiam æquiorem, qui nullam exigunt denunciationem, aut interpellationem. Nam, vt denũcietur ei, qui iam certus est, opus non videtur, c. eum qui certus est, de reg. iur. lib. 6. Vt verò interpelletur is, qui promisit se facturum iureiurando interposito, necesse nõ est. Argumento sumpto ex §. licet, tit. si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agna. ibi: *Si tamen sciat ei magnum periculum imminere, vltrò adiutorium suum ei debet præbere.*

Respondent contrariæ sententiæ authores, illud specialiter constitutum fuisse in feudo ac vasallo, quod proinde non est trahendum ad consequentias.

Non rectè, quia non solùm ex iure feudali id receptum videtur, sed ex communi etiam Doctorum sententia, qua dicimus iuramẽtum operari, vt in mora quis constituatur absque interpellatione, de cuius tamen veritate inferius tractabitur, lib. 3.

Nec obstat, quod respondet Cabalinus contrarium probari ex c. Breui. de iureiur. Quia nihil minus probat ille text. Quærit summus Pontifex, an is, qui iureiurãdo promisit se defensurum, si requisitus appellet, periurus dicatur, & decidit, periurum esse, nec talem appellationem eum excusare. Vtrum autem requiri debeat, non decidit Pontifex.

Non obstat argumentum contrariæ opinionis, nempe iuramentum sequi naturam cõtractus, neque in plus obligare iurãtem, quam ex ipso contractu obligetur. Nam satis est, si obligetur efficacius ex vinculo iuramenti, quòd sanè omnes fatentur. Cùm enim efficacius obligetur, sequitur dicendum nulla opus esse interpellatione, quia venditor iam scit se teneri, & iuramenti vinculum eum satis vrgere debet, vt dicebat Spec. tit. de aduocatis, §. 1.

Nec valet illa Alciati ratio, venditorem ex eo quòd non requiritur credere posse, emptorem defensore non indigere, quia iam nouit se promisisse defensionem, & credere debet, se non requiri ab emptore eam ob causam potius, quod is putet eum vltrò accessurum ad defendendum.

Sequitur & alia controuersia, Venditor nouit litem motam, & instrumenta pertinentia ad causæ defensionem habet penes se, an teneatur emptorẽ vltrò defendere, etiam non requisitus. Et teneri dixit Bald. ad l. 2. C. de periculo & commo. rei vend. Aufrerius in addit. ad decis. Capellæ Tholosanæ 407. in tertia limitatione. Ant. Burgos. in c. vlt. n. 11. in 5. limitatione, de empt. & vend.

Argumentum sumunt ex l. Iulianus, §. idem Iulianus, & ex l. Titius cum decederet, ff. de act. empt. Quæ quidem leges id non probant, sed tantum docent venditorem nihil dolo facere debere, & à venditionis contractu dolum abesse oportere.

Ideo contrariam sententiam veriorem esse censeo, quã amplexi fuere Ripa in d. l. 2. §. voluntatem. post n. 18. ff. Soluto matr. Cabalin. de euict. §. 3. n. 72. Nam cùm leges denunciationẽ & interpellationem requirentes hunc casum nõ excipiant, nec nos eum excipere quasi noua lege cõdita, debemus. Nec ratio nobis superest, cur eum casum excipere debeamus.

CAPVT XXXVII.

Vtrum emptori de euictione actio competat, qui litis denunciationem omisit, sed tamen constat, rem defendi non potuisse.

GRauis est controuersia apud interpretes, Vtrum emptori, qui litem venditori non denunciauit, actio de euictione detur, si constiterit etiam denunciatione facta rem defendi non potuisse.

Raphael Fulgo. ad l. si ideo, ff. de euict. affirmat hoc in casu actionem emptori esse dandam, refert & sequitur Alex. in l. Non solùm, §. Morte. n. 46. ff. de ope. no. nun. Idem docuit Imolensis in c. vlt. de empt. & vend. col. vlt. Idem Alex. in cons. 67. lib. 3. & in consi. 63. col. vlt. lib. 6. Socin. iun. in cons. 120. nu. 11. 12. lib. 3. Natta in cons. 232. n. 5. & 462. n. 8. Aufrerius ad Capellam Tholo. quæst. 407. in sexta limitatione. Rebuff. de dilatio. Artic. 5. num. 38. Alios citat Couuar. lib. 3. variar. resol. cap. 17. in sexta illatione, & alios Cabalinus de euictio. §. 3. n. 73.

Argumenta magis præcipua hæc sunt. Lex emptori negat actionem de euictione, contra venditorem, si ei litem nõ denunciauerit, quia præsumit eo casu rem euictam fuisse, quoniã is malè instructus, causam defendere non potuerit. l. Si fundo. §. vlt. ff. de euictio. Ergo si manifestè constet, causam defendi non potuisse, licet ipse emptor optimè à venditore instructus ac defensus fuisset, actio competere debet. Cessante enim ratione legis, cessat lex, iuxta regulas vulgares.

Secundum argumentum. Nõ potest emptor agere de euictione, nisi per sententiam Iudicis res euicta fuerit. Si enim ipse rem litigatori cedat, non est quod dicat sibi venditorem euictionis nomine obligatum esse, l. si dictũ. §. 1. ff. de euict. l. si cum quæstio. C. eodem tit. l. Atqui natura §. At cum me. ff. de negot. gestis. l. 1. C. de periculo & commo. rei vend. Et tamen si certum sit, causam defendi nõ posse, licet ipse venditor rem nõ defendat, de euictione actionem habet, l. Emptorem. ff. de action. empti. Ergo idem iuris esse videtur, cum emptor denun-

enunciationem omisit, cùm certum est defendi causam non potuisse.

Tertium argumentum est à simili. Nam citatio non requiritur eius, cui ius non competere manifestum est, l. 2. §. Quod de frumentaria. ff. de admi. rer. ad ciu. pertin. Sic etiam non requiritur excussio debitoris principalis, vt agi possit contra fideiussorem, vel tertium, cùm manifestè constat eum soluendo non esse. Vide Neguzan. de pign. 1. membro, §. parte, n. 31. Gabrieli. commu. conclus. lib. 3. tit. de fideiuss. conclus. 1. n. 50. Ergo & denunciatio, de qua agitur, necessaria esse non videtur, vbi constat nullum ius competere, quo defendi emptor possit.

Contrariam sententiam secuti sunt Gloss. Bart. & Salicet. ad l. Emptorem, ff. de act. empt. Ang. Aret. in §. vlt. instit. de emptio. & vendit. Decius in cons. 74. ad finem. Soc. senior ad l. 2. §. Voluntate. ff. sol. matr. licet dubitare videatur.

Argumenta magis præcipua hæc sunt. Leges denunciationem exigunt & non excipiunt eum casum, de quo agitur. Ergo nec nos excipere debemus, Argumento l. De precio. ff. de Publicia.

Secundum argumentum. Lex præsumit sententiam Iudicis esse iustam, l. Herennius. §. Caia, ff. de euict. Et tamen re euicta per sententiam Iudicis, actionem emptori non concedit euictionis nomine, nisi is venditori litem denuntiauerit. l. Empti actio. l. Si parentes, C. de euict. & superiùs dictum est. Ergo lex non considerat iustitiam vel iniustitiam causæ, sed an denunciatio facta fuerit ipsi venditori.

Tertium argumentum. Cùm res euincitur nulla denũciatione facta venditori, lex præsumit euinci propterea, quòd emptor malè instructus causam defendere nequiuerit, l. Si fundo. §. vlt. ff. de euict. Et hæc præsumptio videtur esse iuris, & de iure, vt loquuntur nostri, quia super ea lex fundatur & statuit. Consequenter non admittitur probatio in contrariũ, vt notatur in c. Is qui fidem, de sponsalib. & in Auth. sed iam necesse, C. de donat. ante nup.

Io. Franciscus Ripa ad d. l. 2. §. Voluntate, distinguit. Aut tempore litis motæ, notum erat venditori nullam defensionem competere, & tunc non est quòd emptori imputetur, cur denunciationem omiserit. Aut id eo tempore nõ erat notum, sed posteà apparuit, & tunc secus.

Alij dixerunt, omissa denuntiatione agi nihilominus posse de euictione, sed ad simplum tantùm, facta verò denũciatione ad duplum. Item tunc actionem emptori competere, cum probauerit notorium fuisse, nullam venditori defensionem competiisse. Secus verò si non probauerit, vt videre est ex Couuar. var. resol. lib. 3. cap. 17. in sexta illatione.

Ego priorem sententiam, & communiorem & veriorem existimo, eámque confirmo argumento à simili. Nam in conductore ita constitutum est, vt si iustam habeat causam deserendi rem conductam, eámque deserere velit, id ipsum locatori denunciare debeat, l. Item quæritur, §. Exercitu, ff. locati, si tamen non intersit locatoris denunciationem esse factam, nulla ei competit exceptio eo nomine, quòd non fuerit facta denunciatio, ita Ripa in tractat. de peste, in præludiis de Priuilegiis contractuum causa pestis, n. 23. Ægid. Bossi. de remiss. merced. n. 52.

Porrò probandum esse iudico ab ipso emptore hoc suæ intentionis fundamẽtum, nempe venditorem nullam habuisse defensionem, sicuti docent Anto. Burg. in d. c. vlt. de emptio. & vend. & Couuar. loco annotato, quanquam Imo. in d. c. vlt. secus sentire videatur, sicut patet ex Crauetta in cons. 83. n. 6. & 179. n. 6.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ sic respondeo. Licet leges non excipiant eum casum, ratio tamen ex legibus petita excipiendum esse demonstrat.

Ad secundum respondeo, leges præsumere pro iudicis sententia, & tamen actionem euictionis nomine emptori denegare, nisi denunciauerit. Meritò: quia si emptor fuisset monitus, fortasse defendere potuisset. Sed dum dicitur, Ergo lex non curat, an causa iusta sit vel iniusta, respondeo id sequi, eo casu, quo denunciatio est omissa, & dubium est, an venditor interpellatus, emptorem defendere potuerit. Sed in re clara & manifesta secus est præsumendum, neque enim lex frustra requireret interpellationem ac denunciationem, quæ nihil effectura est.

Ad tertium respondeo, iure non probari quod assumitur in argumento, & nostram disputationem versari in ea specie, qua planè constat, nullam venditori defensionem competere.

CAPVT XXXVIII.

Vtrum Ecclesia de euictione agere possit lite venditori non denunciata, & vtrum clericus venditor, cui lis emptori mota denunciatur, trahere causam ad forum Ecclesiasticum possit: Et quid in fisco?

Ecclesiam agere de euictione posse, licet venditori litem non denunciauerit, si venditor litem motam non ignoret, Authores sunt Baldus in l. 1. C. de periculo & commo. rei vend. Romanus numero 10. & Antonius Rubeus, num. 711. in l. Non solum, §. Morte, ff. de ope. no. nunc. Couuar. li. 3. variar. resol. c. 17. in quarta Illatione. Aufrerius ad Capellam

dicunt causas fiscales cognoscendas à Iudice ipsius fisci, l. cum vendente, l. ad fiscum, C. vbi causæ fiscales, l. vnica, C. de vend. rer. fiscaliũ, lib. 10. Idem ex d. l. 3. C. de iure fisci. *Si minori precio, quàm res est* (inquit textus) *aperta emptoris fraude, vel gratia, qua obligata sunt fisco, venierunt, aditus procurator meus, debitam quantitatem inferenti restitui ea prædia iubebit.*

Sed contrariam sententiam amplexi sunt Bald. in d. l. 3. C. de iure fisci. Ant. Burgen. in c. vlt. de empt. & vend. n. 10. & 11. Socin. in d. cõsil. 91. lib. 3. col. pen. Rebuff. de dilatio. Artic. 4. Glo. vnica, n. 9. Aretin. in rubr. de excep. nu. 17. Couuar. pract. q. c. 8. n. 3. Cabalin. de euict. §. 3. n. 124. quibus & ipse assentior.

Probatur hæc sententia, quia certum est in priuatis ita constitutum esse, vt venditor emptoris iudicem sequatur, ex d. l. venditor, ff. de Iud. Sed fiscus vtitur iure priuatorum præterquam in casibus exceptis & expressis, vt docet Gloss. in l. item veniunt, §. in priuatorum. ff. de petit. hæred. Dec. in cons. 5. & alibi. Ergo & in proposita quæstione vtitur iure priuatorum, quandoquidem nullibi contrarium sit expressum, ac iure singulari constitutum in ipso fisco.

Non obstant leges in contrarium allegatæ, quia cùm non aliud dicant, nisi causas fiscales à Procuratore Cæsaris esse cognoscendas, nõ efficitur & hanc causam à fisco trahi posse ad eum iudicem, cùm iure cõstitutum sit, vt venditor ad defensionem emptoris accedens eius iudicem sequatur. Nec contrarium dicunt leges allegatæ.

Ad l. 3. C. de iure fisci respondeo. Sententia illius legis est. Si res obligata fisco minori precio vẽdatur, (à fisco scilicet) emptoris fraude vel gratia (cũ videlicet fiscus vel decipitur, vel emptori gratificatur) dominus rei offerendo debitam fisco quantitatem, rem suam vendicare poterit authoritate Procuratoris Cæsaris interueniente. Meritò hãc rem cognoscet iudex fisci, quia in ea specie non ita res agitur, quasi ipse actor rei dominus eam à possessore, cui fiscus vendidit, sibi restitui petat, & is litẽ fisco denũciet, qui proinde causam ad Procuratorem reuocet, quo modo existimãt prioris sententiæ authores. Sed rei dominus fisco debitam offert quantitatem, & sibi rem suam restitui petit. Fiscus verò, qui malè rem distraxit, petit rescindi contractum, idque impetrat, quare Procurator Cæsaris rem restitui mãdat domino suo. Huius interpretationis authorẽ habeo Cuiacium in commentariis d. l. 3. *Infert igitur* (ait Cuiac.) *debitor fisco debitam quantitatem, non precium emptori. Fiscus venditionem resoluit, & emptori precium restituit. Quid fiet si priuatus creditor æquè dolo malo aut gratiosè pignora minoris vendiderit? Et placet in eo idem obseruari, vt scilicet offerenti debitori debitam pecuniam, is in hoc teneatur, vt rem, vel id, quod interest, præstet: nisi is soluendo non sit, quo casu oblato precio, res ab emptore reuocatur, l. 1. & 3. C. si vẽd. pign. quod in fisco dici non potest, qui semper est soluendo.* Hactenus Cuiacius. Hanc eandem sententiam secutus est Senat. Pedem. apud Thesaurum decis. 213.

CAPVT XXXVIII.

Vtrum emptor, qui in lite sibi mota vicit aduersarium, sumptus factos causa litis agitatæ à venditore repetat, aduersario ab expensis absoluto?

Existimo emptorem, secundùm quem pronunciatum fuit in lite mota super dominio rei venditæ, expensas litis petere à venditore posse, si ab aduersario eas nõ recuperauit, quia videlicet absolutus fuit, quam sententiam amplexi fuere Bart. in l. venditores, ff. de verb. obl. & ibi Angel. Imola & Aretin. nec non Castr. Alex. & Iason. idem tradunt Ioan. Andr. Ioan. Imol. & Abbas in c. vlt. de empt. & vend. Ioa. de Anania in cons. 31. & ibi Ludouicus Bologninus in add. Capra in cons. 90. in tertio dubio. Ant. Gomez. reso. iuris. tit. de emptio. & vend. n. 47. Cabalinus de Euict. §. 3. n. 146. Nicolaus Valla de reb. dubiis, c. 9.

Fundamentũ est hoc. Venditor tenetur emptorem defendere in lite ei mota, l. Si plus, §. Mota, ff. de Euict. l. qui absentem, ff. de Procur. Ergo suis sumptibus tenetur eum defendere. Hanc consequentiam probat text. in l. Suo victu, ff. de ope. liberto. Si non defendat, obligatus est ad id, quod emptoris interest, ex regula l. Cum quærebatur, ff. Iud. solui, & l. stipulationes non diuiduntur, vers. Cels. ff. de ver. oblig.

Contrariam sententiam secuti sunt Glos. & Baldus in l. 1. C. de Euict. & in l. Cum testamẽto, C. de testam. manumis. Specul. de empt. & vend. §. 1. n. 34. post vers. Sed quid si in instrumento. Idem Bald. & Cuman. in l. venditores, ff. de verb. oblig. Fulgo. in l. qui absentem. ff. de Procu.

Sed non est difficile ad argumenta eorum respondere. Inprimis adfertur l. si status, C. de Euict. in illis verbis. *Quod si fuisse seruum sententia declarauerit, intelligis te ad venditorem reuerti non posse.*

Hic textus decidit, emptorem, secundùm quem sententia lata fuit, contra venditorem agere non posse. Quod sanè intelligẽdum est, quo ad expensas, non autem quo ad seruum venditum, neque enim respectu serui venditi & non euicti, dubitari poterat, an aduersus venditorem agere posset, cùm apud emptorem remansisset.

Respôdeo, sensum legis esse, emptorem de euictione agere non posse ipsius serui, nec eo nomine amplius ad venditorem reuerti. Nam ita olim constitutum erat, vt cùm status quæstio moueretur, certis solennibus adhibitis, libertatis aut seruitutis assertor decerneretur, quæ solẽnia sustulit Imperator Iustinianus in l.1. C. de Assertione tollen. Solebat autem etiã post sententiam latam iterum causa examinari, vsque ad tertiam vicem, quod & Iustinianus emendauit. Hoc igitur decernunt Diocletianus & Maximianus in d.l. Si status, vt si quidem pro libertate sententia lata fuerit, emptor serui agere de euictione possit, quamuis causa iterum ad examen reuocari possit. Si verò pro seruitute, non possit ad venditorẽ reuerti, licet causa iterũ examinari possit. Itaque nec de litis sumptibus agitur in ea lege: & ratio dubitandi oritur ex eo, quòd causa iterum examinari poterat, quamobrem dicendum videbatur, non prius agi posse, quam causa iterum cognita fuisset, & tandem exitum habuisset.

Secundò adfertur hoc argumẽtum. Aut emptoris aduersarius, qui litem mouit, ab expensis litis absolutus fuit per imprudentiam iudicis, aut quia iustam habuit causam litigandi. Si per iudicis imprudentiam, venditor non tenetur. l. Si per imprudentiam, ff. de eui. Si propterea, quòd habuerit iustam causam litigandi, non tenetur, quia hæc est noua causa, quæ post venditionem emersit.

Respondeo negando, esse nouam causam, quæ post venditionem emerserit, quoties aduersarius iustam litigandi causam habuit. Nã venditionis tempore, vel ante suberat causa, propter quam lis fuit instituta, neque enim emptor eam suscitauit, quare vẽditor, qui eum defendere promisit, suis id sumptibus facere debet.

Tertiò adferunt argumentum ex eo, quòd venditor ad hoc tenetur, vt rem emptori habere liceat, l. Ex empto, §. Et ex empto. ff. de actio. empt. Ergo cum ei rem habere liceat in proposita specie, vt patet, nullam aduersus venditorem actionem habet.

Respondeo, concedo totum argumentum, respectu rei venditæ, sed nego respectu expẽsarum litis, quas venditorem sustinere oportet, cum ad defendendum emptorem obligatus sit.

Quartò, argumẽtum proferunt huiusmodi. Venditor de euictione tenetur ipsius rei principaliter, ad sumptus verò in consequentiam & accessoriè, sublata ergo principali obligatione, tolli videtur & accessoria. argum. l. Petitori, ff. de lib. leg. reg. Accessorium, de reg. iur. lib. 6.

Respondeo, nego sumptuum refusionẽ esse accessoriam euictionis causæ. Est enim accessoria obligationi de defendendo rem venditam, quæ non est sublata. Et quod dicitur in d. l. Petitori. nil commune habet cum quæstione nostra. Et inter rem venditam & litis sumptus ratio differentiæ patet, quia res non est euicta, ideo eius nomine cessat euictionis actio. Sumptus autem refundendi sunt, quibus lis peracta est, quam suis venditor sumptibus agere tenetur.

Sed quæri potest, ad quos sumptus refundẽdos obligatus sit venditor? Respondent Castren. & Alex. in d.l. Venditores, ff. de verbor. oblig. ad eos sumptus, qui fiunt gratia ipsius litis instruendæ, vt in testibus, Instrumentis & aliis documentis ac iuribus, quibus causa solet instrui.

Nituntur autem iis legibus, quibus dicitur vẽditorem assidere debere emptori, & causam instruere, l. Si parentes. l. Empti. C. de euict. Et insuper l. 1. C. de periculo & commo. rei vend. vbi dicitur venditorem non teneri, si emptor in lite mota contumax extiterit, nec actori responderit.

Sed hæc sententia dura Cabalino visa est in tract. de euictionib. §. 3. n. 148. Et mihi nõ probatur. Quia defendere in iudicio est id facere quod dominus esset facturus, l. Sed etsi, §. Defendere. ff. de Procura. Quare cùm venditor monitus emptorem defendere debeat in lite mota, l. Si plus, §. Mota, ff. de euictio. l. Qui absentem, ff. de Procur. omnia facere tenetur, quę ipse emptor esset facturus, iudiciúmque in se suscipere, & omnes sumptus facere ac suppeditare, qui necessarij sunt in lite & causa.

Nec quicquam obstat l. 1. C. de periculo & commo. rei vend. Quia loquitur in ea specie, qua emptor est in culpa, cùm sit contumax. Nec bona est collectio: Venditor assistere tenetur, & causam instruere, ergo eorum tãtum sumptuum nomine tenetur, qui causa litis instruendæ fiunt. Tenetur enim emptorem defendere, atque adeò iudicium & causam in iudicio motam in se suscipere, & consequenter omnes sumptus necessarios erogare. Atque ita sentio.

CAPVT XL.

Emens sciẽter rem alienam an re euicta agere possit ad restitutionem precij. Quid si pacto conuẽtum sit, vt agi non possit de euictione. Et vtrum emptor re euicta per sententiam, teneatur à sententia appellare?

COmmunis est & vera sententia, cum qui scienter emit rem alienam non habere actionem de euictione, nec ad precij restitutionem, nisi aliter conuentum sit, & probatur,

batur authoritate l.si fundum, C. de euict. *Si fundum sciens alienum, vel obligatam comparauit Athenocles, neque quicquam de euictione conuenit, quod eo nomine dedit, contra iuris poscit rationem.* Ita Glos. Bald. & Salic. in l. Non dubitatur. C. de euict. Glo. & Panorm. in c. ad audientiam. de reb. Eccl. non alienan. Castr. in l. emptorem, §. qui autem, n. 3. ff. de act. empt. Deci. in cons. 114. n. 4. Natta in cons. 181. n. 8. Couu. variar. resol. lib. 3. c. 17. post num. 1. Quare non possum satis mirari, cur Francisc. Aret. in l. si aliquam, num. 5. ff. de acq. possess. communiter concludi dixerit, ad pretij restitutionem regressum dari, & cur Cabalin. de euict. §. 5. n. 22. dubitet, an d. l. si fundum, C. de euict. correcta sit ex l. vlt. §. vlt. C. commun. de lega. Nam in d. §. vlt. agitur de emptore rei fideicommisso subiectæ, quæ proinde aliena non erat, ita respondit Couu. loco superius annotato, vers. ad eam quæstionem à qua digressus sum. Sed non mihi probatur hæc responsio, quia text. in d. §. vlt. dicit. Cùm sufficiat emptori saltem pro precio, quod sciens dedit pro aliena re, sibi satisfieri. Ego puto de ea specie textum illum accipiendum esse, in qua de euictione promisit venditor, tunc enim actio saltem ad precij restitutionem datur. Id patet ex verbis præcedentibus dicti §. Ait enim. *Neque dupla stipulatione, neque melioratione locum habente.* Quibus verbis intelligitur, text. loqui quando de euictione interposita est stipulatio, quo casu Imperator negat actionem dari ad duplum, cùm sufficiat emptori sibi de precio, quod pro aliena re sciens dedit, satisfieri.

Maior controuersia est, quando inter contrahentes est conuentum, vt is, qui vendit, de euictione non sit obligatus. Nam teneri nihilominus ad restitutionem precij, probat text. in l. emptorem, §. qui autem, ff. de actio. empt. Sed controuersia est, si pactum generaliter non concipiatur, sed ad certam causam vel personam respiciat, exempli gratia, cùm ita sit conuentum, vt non teneatur venditor de euictione ex causa litis mouendæ a Titio. Etenim actionem hoc in casu ad pretij restitutionem nõ competere, docet Glos. in l. libertatis, ff. de euictio. & ibidem Bald. Angel. & Salic. Rom. sing. 387. Castr. in d. l. emptorem, §. qui autem ff. de act. empt. Marsili. sing. 656. Ripa in l. si aliquam rem. n. 47. ff. de acq. possess. Natta in cons. 181. n. 7. Tiraqu. de retract. consang. §. 12. Gl. 1. n. 14.

Fundamentum est in d. l. libertatis, cuius hæc sunt verba: *Qui libertatis causam excepit in venditione, siue iam tunc, cum traderetur, liber homo fuerit, siue conditione, qua testamento fuerit impleta, ad libertatem peruenerit, non tenebitur euictionis nomine.*

Huc accedat ratio. Nam cùm certa causa expressa est, sibi emptor imputare debet, cur antequam emerit, non diligentiam adhibuerit in inuestiganda ipsa causa, & an res euictioni esset obnoxia.

Contrariam sententiam habuerunt Anton. Rubeus in l. non solum, §. morte, nu. 446. ff. de oper. no. nun. Couu. lib. 3. variar. resol. c. 17. n. . de euict. §. 5. post n. 26. & isti alios citant, quibus & ipse assentior.

Probatur hæc sententia ex l. emptorem, §. qui autem, ff. de act. empti. cuius hæc sunt verba: *Ibidem ait, Idem esse dicendum & si apertè in venditione comprehendatur, nihil euictionis nomine præstitum iri. Precium quidem deberi re euicta, vtilitatem non deberi. Neque enim bonæ fidei contractus hanc patitur conuentionem, vt emptor rem amitteret, & venditor precium retineret.*

Huius textus verba sunt generalia, vnde & propositæ speciei rectè accommodantur, & ratio ipsius legis optimè conuenire videtur.

Ad text. in l. libertatis, ff. de euictio. respondeo, non obstare, quia nihil aliud dicit, nisi venditorem eo casu non teneri euictionis nomine. Scilicet quoad vtilitatem, non autem quoad precij restitutionem, ne pugnet cum d. l. emptorem, §. qui autem.

Non obstat ratio allegata, quia etiam cùm nulla causa exprimitur, sed tantum generaliter illud in conuentioné deducitur, vt de euictione agi non possit, imputare sibi emptor deberet, cur emerit eam rem, quam certò nesciebat esse vendentis. Cur non diligenter perquisierit, an esset in dominio venditoris. Sed quoniã bonæ fidei contractus est, æquitas non patitur, vt venditor precium retineat, eo casu, quo emptor rem amittit.

Sed & an emptor victus per sententiam teneatur appellare, non est eadem omnium sententia. Nam appellare debere dicunt Spec. tit. de Appellatio. §. 1. n. 8. Papiensis in forma libelli in causa venditionis, in verb. promittens, n. 8. Cagn. ad l. venditor, n. 5. ff. de iudi. Deci. in cons. 74. n. 3.

Alij distinguunt, aut emptor habet bonam causam, aut malam, aut dubiam. Si bonam, tenetur appellare, si malam aut dubiam, non tenetur. Gloss. Bart. & Angel. in l. Herennius, §. Caia, ff. de euict. Imola in c. vlt. nu. 8. de empt. & vend. Natta consil. 206. Cabali. de euict. §. 3. n. 145.

Alij docent emptorem appellare debere, licet causam dubiam habeat, si venditor præsens non fuerit: Ita Bald. in d. §. Caia, Angel Aret. in §. actionem, nu. 20. de actio. Couu. lib. 3. variar. resol. c. 17. vers. Nono venditor.

Alij existimant, si venditor præsens fuerit, emptorem nõ teneri appellare. Ita Ioa. And. in add. Specul. loco annotato, Natta d. cons. 208.

& ibi dicit, idem iuris fore, quoties venditori sententia fuerit intimata.

Alij denique censent, emptorem, si bonam causam habeat, appellare debere, licet venditor fuerit præsens. Ita Bald. in d. §. Caia.

Ego totam hanc rem sequentibus conclusionibus explicare posse existimo.

Prima conclusio. Emptor bonam causam habens tenetur appellare. Probatur ex l. Si bonâ. C. de admi. tuto. & l. Si procuratorem, §. Si ignorantes. ff. de proc. Et hac ratione, quia cum habet bonam causam, sententia est iniusta, ergo ipsi nocet, non autem vẽditori, l. Si per imprudentiam, ff. de Euict. meritò appellare debet, alioqui sibi præiudicat sententia.

Secunda conclusio. Emptor bonam causam habens appellare tenetur, licèt venditor præsens fuerit. Probatur, quia sententia iniusta emptori ipsi nocet, non autem venditori, vt proximè dictum est, vnde si non appellet, sibi imputare debet, & sua culpa damnum sentire videtur. Et idem iuris est etiam, quando sententia venditori est intimata. Eadem est enim ratio.

Non obstant huic conclusioni l. Herennius, §. Caia. ff. de Euict. & l. Si procuratorem, §. Si ignorantes, ff. de Procurato. Nam quod attinet ad §. Caia. illa est ratio, quia emptor bonam causam non habebat, vt patet ex illis verbis. *Siue quòd alienus fuerit, cùm veniret, siue quòd tunc obligatus, cùm euictus est, &c.* Quod verò attinet ad d. §. Si ignorantes. in ea specie fideiussor conuentus & condemnatus fuit, is verò sententiam intimauit debitori, vt si vellet, appellaret, quæ res à proposita quæstione longè est aliena.

Tertia conclusio, si emptor malam causam habeat, non tenetur appellare. Probatur ex dicto §. Caia.

Quarta concl. Vbi emptor habet causam dubiam, non tenetur appellare. Probatur, quia nulla lege cautum reperitur, quòd appellare teneatur. Nam leges dant actionem emptori euictionis nomine, si modò litem venditori denunciauerit, nulla facta mentione necessitatis appellandi quando causam ipse emptor malam habet, vel dubiam, vt in l. Libera, C. de sententiis & interlocutionibus omn. iud. cum vulg.

Quinta concl. Si pacto remissa sit emptori necessitas appellandi, non tenetur appellare. Et hæc sunt pacta vtilia nuncupata, quibus emptor reuelatur à multis obligationibus, vt declarat Cagnol. in l. venditor, post nu. 5. ff. de Iud. Facit tex. in d. l. Quæritur §. si venditor. ff. de ædilit. edicto.

Coronidis loco notandum, si emptor appellauerit eum teneri ad prosequendam appellationis causam, l. Heren. §. vlt. ff. de Euict.

CAPVT XLI.

Vtrum statuto Ciuitatis causas inter consanguineos compromitti in arbitros, seu arbitratores mandantes, possit venditor, ad emptoris defensionem accedens, in lite mota cogere aduersarium ad compromittendum?

COmmunis est & vera sententia, venditorem cogere posse aduersarium emptoris ad compromittendum vigore statuti. Ita enim censuerunt Bart. in 2. quæst. incipiente: Pisanæ ciuitatis. Castren. ad l. Venditor. ff. de iudiciis. Ant. Burg. in c. vlt. n. 21. de empt. & vend. Socin. in cons. 91. n. 12. lib. 3. Cagnol. in d. l. Venditor. n. 21. Cabalin. de euict. §. 3. n. 127. Blanc. de compromissis, q. 3. nu. 49. vers. Assumens iudicium pro alio.

Probatur hæc sententia, quia hoc in casu verba statuti conueniunt, & causa ipsius statuti. Nam statutum mandat, causas & lites inter cõsanguineos compromitti. Sed venditor, & litem instituens, sunt consanguinei, & litẽ habent inuicem, quia alter rem vendicat ab emptore, alter eum defendit ac se opponit, atque ita inter se litigant & contendunt. Causa verò statuti hæc est, vt sine strepitu iudicij, sine magnis sumptibus, citiusque & facilius consanguineorum controuersiæ decidãtur. Quæ quidem ratio, locum sibi vẽdicat & in hac specie.

Est autẽ vulgata iuris regula ac trita. Quoties verba legis conueniunt, & ratio ipsius legis, non esse dubitandum, quin & lex in ea specie conueniat, suámque vim exerceat.

Contrariam sententiam habuerunt Bald. & Salicet. ad l. 1. C. de in rem actio. Castrens. sibi contrarius in cons. 178. lib. 2. Angel. ad l. Emptori. C. de euict. Alex. in cons. 65. lib. 7. Ioan. de Arnono sing. 70. Lauren. Syluan. in cons. 49. n. 70.

Alij verò distinguunt, vtrum statutum mandet in arbitrium compromitti, an verò in arbitratorem, vt per Ang. Aret. in rubr. de except. n. 16. & per Syluan. d. cons. 49. n. 70. Sed magis probatur superior sententia. Porrò fundamentum contrariæ sententiæ positum est in eo, quòd venditor ad defensionem emptoris accedens, sequi debeat Iudicem emptoris, vt in l. venditor. ff. de iudiciis. Sed hoc argumentum non obstat, quia si venditor ad defendendum accedens trahere posset causam ad alium Iudicem, id eam ob causam tantùm obtineret, quòd dum emptorem defendit, rei conuenti loco esse videatur, actor autem forum rei sequi debeat. Sed quoniam reus non est, sed defensor ipsius rei conuenti, nempe emptoris, idcirco sequi debet emptoris Iudicem. At in proposita quæstione non eo fundamento nititur, quòd sit reus conuentus, vel loco rei conuenti

uenti habendus, sed quòd sit consanguineus Actoris, quod & verum est, & facit, vt lex municipalis seruanda sit.

CAPVT XLII.

Vtrū volens ex pacto rem redimere, precium offerre tantùm debeat, an verò etiam deponere.

VEnditor ex lege venditionis rem vult redimere, vtrum satis ei sit precium offerre, an verò teneatur etiam illud deponere, controuersia est non modica.

Et quidem sufficere oblationem realē ipsi⁹ precij responderunt Io. Andr. in addit. ad Specu. rubr. de empt. & vend. post princip. Bald. in l. Acceptam. in 5. q. C. de vsuris. & ibidem Alberic. col. 2. Castr. ad l. 2. de pact. inter empt. & vend. & in l. Si à te. C. eod. titu. Aret. in l. Si seruus communis, col. 1. ff. de vulg. & pupil. Socin. Sen. in cons. 80. col. 3. lib. 3. Cagnol. in repetit. d. l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. in 4. notabili. Marsilius sing. 479. Chassanęus cons. 41. Boërius decis. 124. n. 27.

Argumenta hæc sunt. Primum ex l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. vbi patet ex oblatione precij facta, actionem competere, nec in textu fit vlla mentio depositionis.

Secundum argumentum ex l. Si rem 9. §. vlt. ff. de pignor. act. ibi: *Tamen si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pignoratam, & quod sua est, consequi.* nec vlla fit mentio depositionis ipsius pecuniæ.

Tertiū argumētum est ex l. Qui decē. 72. ff. de solutio. *Qui decē debet,* ait textus, *si ea obtulit Creditori, & ille sine iusta causa accipere recusauit, &c. doli mali exceptione posse se tueri &c.*

Contrariam sententiam, nempe solam oblationem non sufficere, sed requiri etiam depositionem & obsignationem, secuti sunt Glo. in d. l. 2. in verbo, Oblatam. Bart. & Salicet. in l. Si à te. C. de pact. inter emptor. & vend. Idem Bart. in l. Acceptam. C. de Vsuris. Bald. in cons. 308. lib. 5. Petrus Ancharan. in consil. 331. col. 1. Io. Andr. in c. Illo vos. col. vlt. de pignor. Mansuerius in tit. de empt. & vend. §. Item venditor ex pacto.

Argumenta hæc sunt. Primum ex d. l. Si à te. ibi: *Denunciationis & obsignationis, depositionisque remedio contra fraudem poteris Iure tuo consulere.*

Secundum ex l. Acceptam. C. de vsuris. *Acceptam,* inquit, *mutuò sortem cum vsuris licitis creditoribus post contestationem offeras, & si non recipiant, consignatam in publico depone, &c.*

Tertium ex l. vlt. ff. de lege commissoria. ibi: *Die statuto emptor testatus est se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsoluere, & sacculum cum pecunia signatorum signis obsignauit.*

Quartum ex l. 2. C. de Iure Emphyteut. ibi: *Attestatione præmissa pecunias offerat, hisque obsignatis, & secundum legem depositis minimè deiectionis timere periculum.*

Tertia est opinio distinguentium, Aut oblatio fit in iudicio & sufficit argumento l. Si rem. §. vlt. ff. de pignorat. actio. Aut extra iudicium, & non sufficit: sed requiritur etiam depositio & consignatio, argumento aliarum legum, quæ pro posteriore sententia allatæ sunt. Ita Castren. in d. l. Si ad te, & ante eum Petr. de Bellapertica.

Postrema est sententia Andr. Tiraquell. de retract. conuent. §. 4. Glos. 6. n. 4. Oblationem quidem realem sufficere, vt res ipsa redimatur, sed vt redimere volens fructus ex die oblationis consequatur, necessariam esse depositionem & obsignationem pecuniæ.

Ego sanè in hac controuersia existimarem, sufficere realem oblationem precij, nisi aduersa pars recusaret accipere, tunc enim depositione pecuniæ opus esse iudicarem.

Moueor authoritate l. Nec creditores, C. de pignorat. actio. ibi: *Reddita Iuri debiti quantitate, vel his non accipientibus, oblata, obsignata & deposita, &c.*

Moueor prætereà ex aliis legibus, quæ superiùs allatæ sunt, & quæ disertè requirunt eiusmodi depositionem & consignationem, quoties creditor detractat recipere pecuniam.

Nec me ab hac sententia deterrent Iuris loca pro contraria opinione relata. Nam quod attinet ad dict. l. 2. nec ibi negatur necessariam esse depositionem reluctante aduersario; & contrahentes in ea specie pacti sunt, & quandocunque venditores, siue hæredes eorum precium offerrent, fundus eis restitueretur.

Quod verò dicitur in d. l. Si rem. §. vlt. minimè obstat, quia creditor in ea specie pecuniam accipere non detractabat, sed quæstio erat an pignus repeti posset, quia quantitas debita non erat soluta creditori. Iurisconsultus respondit actionem competere ad pignus reluendum, debita pecunia oblata.

Ad l. Qui decem. ff. de solutio. respondeo, eo in loco non agi, an debitor offerendo debitam pecuniam, actionem consequatur, sicut in casu nostro, sed an post oblationem periculum amissionis pecuniæ, pertineat ad ipsum debitorē, vel creditorem: Et ait textus ad creditorem pertinere, non enim est æquum, eum teneri pecunia amissa, qui non teneretur, si creditor eam accipere voluisset. Quanquam non desunt, qui existiment etiam in ea specie depositionem esse necessariam. Vide Decium in l. Quod te, in 2. lectura. nu. 26. ff. Si certum petatur.

Solet etiam adferri textus pro contraria opinione in l. Si per te. C. de vsuris. Sed nihil obstat, quia depositionem requirit, vt patet ex illis verbis; *Quod si etiam sortem deposuisti, exinde, ex quo id factum apparuerit, in vsuris non conuenieris.*

CAPVT XLIII.

Quodnam sit precium iustum annui census.

HOc caput Italis meis scribo, non Germanis, apud quos Cæsarea lege definitum est, iustum annui census precium esse, cùm in singula centena quinque constituuntur, vt cõstat ex Andr. Geyll. lib. 2. obseru. cap. 7. Quod quidem alibi non ita definitum est, & apud Doctores maximè controuersum.

Iustum esse precium primo loco annui census cùm decem in singula centena dantur, responderunt multi, quos citat Tiraquell. de retractu consang. §. 1. Glos. 6. n. 17. Anton. Tessaurus decisio Pedem. 154. Benedictus Bonius de Censib. lib. 1. artic. 8. & eorum fundamentum est in Extrauag. Martini V. tit. de empt. & vend. nec non Calixti ibidem relata, & Nicolai V. ad Alphonsum Aragonum Regem, eiúsque subditos citra & vltra Pharum Siciliæ cõstitutos directo, in quam commentaria scripsit Petrus Follerius. Adstipulatur & doctrina Bartol. in leg. in l. Falcidia 45. ff. ad leg. Falci. & in l. Papinianus. §. vnde si quis. ff. de inoff. testam. quibus in locis docuit interusurij æstimationem esse decem pro centum.

Sed hæc sententia solidum non habet fundamentum, quia Martini & Calixti constitutiones nõ definiunt generaliter id esse iustum annui census precium, sed statuunt, eos contractus censuum, qui in diœcesi Vratislauiensi frequentabantur esse licitos. Fiebant autem in hunc modum, vt ibi Martinus Pontifex Maximus commemorat: *Ad rationem, & pro qualibet marca annui census decem, vndecim, tredecim, quatuordecim marca, aut plus vel minus, secundùm temporis qualitatem, prout ipsi contrahentes inter se conuenerant*; Quibus verbis significatur, aliquando decem in singula centena fuisse constituta, aliquando nouem, aliquando octo, aliquando septem, & quando que sex. Sed licet summus Pontifex ex relatione Cardinalis, cui negotium illud fuerat cum peritorum consilio demandatum, compererit contractus eos iuridicos & licitos fuisse, vt ipse dicit in dicta Constitutione, non tamen efficitur, alibi quoque generaliter ita esse statuendum, vt nulla locorum, temporum, personarum habita ratione, iustum annui census precium reputetur, cùm in singula centena decem dantur. Quamobrem extra prouincias illas extendi non posse memoratas constitutiones responderunt Alciatus in consil. 3. n. 5. Natta in cons. 498. Gratus cons. 39. lib. 2. Aretin. cons. 30.

Quod vero attinet ad Nicolai V. Constitutionem, eam pertinere ad Regem Siciliæ & eius subditos, patet ex eius tenore, & testatur optimè Io. Bapt. Lupus ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vend. Comment. 2. §. 2. n. 86.

Secunda est opinio, iustum esse precium quantum ascendit cumulus pensionum, quindecim annorum, Argum. l. Si quis argentum. §. Sin autem donator. C. de dona. quam sententiam consuetudine Montargiensium & Loriensium receptam esse testatur Tiraquell. loco annotato. Sed cùm decisio dicti §. Sin autem donator, in donatore paupere loquatur, nullum ex ea fundamentum sumi potest firmum, sicuti adnotauit Couuar. variar. resol. lib. 3. c. 9. n. 6.

Tertia est sententia, quinque pro centum, esse iustum annui census precium, Glos. in auth. Perpetua, in ver. Iusta. C. de sacrosanct. Eccles. & ibi Castren. Roman. in consi. 423. Cœpolla de simula. contract. in 5. Præsumpt. Guido Papæ in consi. 180. & alij à Tiraquell. citati de retractu consang. §. 1. Glos. 6. n. 19.

Nititur hæc sententia textu in §. Si verò alicuius, in Auth. de non alienan. reb. Eccles. qui non facit ad rem nostram, loquitur enim de emphyteusi rei Ecclesiasticæ ad certum tempus cõcessa, preciosæ quidẽ, sed modici reditus sicuti adnotarunt Couuar. libro 3. variar. resol. ca. 9. n. 5. & Lupus loco superiùs citato, n. 77.

Quarta est sententia, sed nullo nixa fundamento, sex pro centum, iustum precium constituere. Ita Laurentius de Rodulphis in commentariis de vsuris 2. parte, quæst. 12. Parisius in cons. 60. n. 29. lib. 1.

Quinta est sententia Couuarruuiæ loco suprà citato, obseruandam esse hac in re prouinciæ consuetudinem, communémque hominum æstimationem, secundùm quam rerum precia definiri solent, l. Precia rerum. ff. ad leg. Falcid.

Sexta est opinio Io. Baptistæ Lupi in sæpe citatis commentariis ad l. 2. Cod. de pact. inter empt. & vend. comment. 2. §. 2. n. 79. Iustum esse precium annui census illud, quod æstimationi rei, super qua cõstituitur, & fructib⁹, qui ex ea percipiuntur, respondet & conformẽ est.

Eandem sentẽtiam probat Iacob. Menoch. in cons. 445. num. 12. lib. 5. Eiusdem sententiæ mihi videtur esse Martin. Nauarr. in commentariis de vsuris, ante nu. 86. Vbi in hanc rem perpendit verba constitutionis Pij V. quibus dicitur censum constituendum esse super re frugifera. *Quamuis enim*, inquit Nauarrus, *non dicat* (Pontifex Max.) *quanta frugis debeat esse*

esse, satis tamen significat, quod debeat esse tanta, quantus est census, alioquin non satis aptè diceretur frugifera.

Hanc sententiam ego cæteris omnib. facilè antepono, quia manifestam habet rationem. Sed animaduertendum esse iudico ex eiusdem Pij V. constitutione, ita censum creari posse & constitui, vt semper in potestate venditoris census positum sit, eundem censum redimere.

Constat præterea venditorem census nec dominium, nec possessionē amittere illius rei, super qua fit census. Quapropter iustum esse precium existimarem etiam illud, quod rei æstimationem, & fructus ex ea percipi solitos excedit. Etenim pactum illud reluēdi ex communi omnium sententia diminuit iustam rei venditę æstimationem, vt patet ex traditis per Soc. in cons. 16. lib. 1. Couuar. variar. resol. libr. 3. cap. 10. Rolan. à Valle in cons. 96. nu. 38. libro 2. & alios passim. Itaque, si v.g. quinq; pro centum ex re censui supposita percipiātur, iustam tamen eam esse conuentionem arbitror, qua septem annua, vel etiam octo emptori census præstantur. Nam si rem ipsam emisset liberè & absque onere reluitionis, quinque annua ex ea percepisset, præter alia commoda, quæ ex prędiis & reb. frugiferis percipi solent. Atque hanc sententiam iuri & æquitati consentaneam fuisse iudicatam à summo Pontifice Gregorio XIII. ex testib. fide dignis ac religiosis accepi; idque in Ecclesiastica ipsa ditione passim ferè obseruatur.

CAPVT XLIV.

Vtrum annuus census necessariò constitui debeat super certis rebus frugiferis?

ET hoc caput Germanis mihi carissimis parum vsui esse poterit, apud quos consuetudine receptum esse, vt census tam super certis, quàm super incertis rebus, imò & super personali obligatione constitui possint, testis est Andr. Geyl. lib. 2. obser. 8. n. 13. Sed tamen iuuat illud in disputationem reuocare, quòd satis celebris ea de re sit controuersia.

Et quidem eorum sententiam magis probo, qui super certis reb. sui natura frugiferis census esse constituendos existimarunt. His etenim adstipulatur Pij V. Pontificis Maximi authoritas, cuius ea de re extat constitutio edita anno 1568. 14. Kal. Februarij, præter Martini & Calixti editas constitutiones, de quib. in Extrauag. de empti. & vend. in illis verbis: *Super bonis suis, dominiis, oppidis, &c.* Et rursus ibi: *Super eorum bonis, domibus, agris, prædiis, possessionibus, &c.* Authores autem huius sententiæ sunt Io. de Lignano in c. In ciuitate, de vsuris, & in c. vlt. qu. 1. eo. tit. Aret. in cons. 151. col. 3. Abbas Panorm. in disputatione 5. col. vlt. Laurentius de Rodulphis in c. Consuluit. in c. parte, qu. 12. Angelus in summa, in verb. Vsura, n. 78. Chassanæus in Catalogo Gloriæ mundi, parte 12. Consideratione 98. Fallen. 25. & in cons. 63. nu. 6. S. Antoninus in Sūma. in 2. parte, tit. 1. c. 8. §. 10. Io. Bapt. Lup. Geminianus ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vend. commen. 2. §. 2. nu. 63. Martinus Nauarrus in commentariis de Vsuris ante n. 86.

Contrariam sententiam habuerunt; Scilicet etiam super personali obligatione posse constitui, Conradus de Contractibus, q. 74. & 75. Ioan. Medina de restitutione, quæ. de Censib. col. 5. Dominicus Sotus de iust. & iure, libr. 6. q. 5 art. 1. Couuar. lib. 3. variar. resol. c. 7. num. 5. vers. Ego sanè.

Argumenta hæc sunt. Primum argu. Census constitui potest super certis bonis ita, vt eis peremptis, venditor nihilominus ad annuam pensionem teneatur. Huiusmodi autem obligatio non est alia quàm personalis. Ergo nihil prohibet, quò minus super persona constitui possit.

Assumptio probatur ex Constitutione Martini & Calixti, in Extrauag. de empt. & vend.

Respondeo, eas constitutionis id non dicere. Verba Constitutionis Summi Pontificis Martini hæc sunt, quod ad hanc rem attinet: *Sed ad hoc huiusmodi census vēditores inuiti, nequaquam per emptores arctari, vel adstringi valerent, etiam ipsis possessionibus, & bonis obligatis penitus interemptis, seu destructis.* Verba Calixti hæc sunt: *Sed iidem emetes etiam si bona domus, terra, agri possessiones & hæreditates huiusmodi processu temporis ad omnimodæ destructionis, seu desolutionis reducerentur opprobrium, pecuniam ipsam etiam agendo repetere non valerent.*

Quib. verbis hoc Summi Pontifices decernunt, vt re perempta, perimatur etiam actio ad sortem repetendam. Sed non inde sequitur actionem ad cēsum annuum reb. etiam peremptis saluam remanere: Id non dicunt textus dictarum constitutionum. Imò cum ad sortem repetendam extinguatur actio, videtur etiam in consequentiam extingui ad census annuos petendos; qui propter ipsam sortem pecuniæ præstantur.

Secundum argumentum. Licet alicui gratis se obligare ad annuam pensionem alicui præstandam. Ergo & data pecunia licebit.

Respondeo, nego consequentiam, sicut si quis ita argumentaretur. Potest quis donare cuipiam aliquid ex liberalitate; Ergo donare potest etiam propter pecuniam ab eo mutuatā.

Tertium argumentum. Potest quis locare certa mercede constituta operas suas. l. Qui operas. l. In operis. ff. locati. Ergo & eas vendere;

certo precio conſtituto. Videtur autem quis operas ſuas vendere, dum ſe ad præſtandum annuum cenſum obligat, certa pecuniæ ſumma accepta.

Reſpondeo negando, operas in propoſita ſpecie vendi. Quid enim, ſi obligatus ad cenſum idoneus non ſit ad operandum? Quid ſi idoneus ſit quidem, ſed non tanti æſtimandæ ſint operæ, quantum cenſus nomine præſtat? Quid ſi infirmus ſit, & ex eo nulla prorſus ſperetur opera?

Quartum argumentum. Quoties ſuper certis rebus cenſus conſtituitur, perſona tamen principaliter videtur eſſe obligata, ideóque & re perempta manet obligatio perſonæ, argum. l. Creditor. 28. ff. ſi certum petatur. Igitur æquè poteſt ſuper ipſa perſonæ obligatione cenſus fundari, atque ſuper ipſis rebus. Imò iuſtior eſſe videtur cōtractus, quo perſona tantum obligata ſit, & vtilior emptori.

Reſpondeo, perſonam quidem eſſe principaliter obligatam, ſed tamen ſuper certis rebus conſtituendum eſſe cenſum, vt pecuniæ amittendæ re perempta, vel infrugifera reddita, periculúm emptor ſubeat, ſic enim contractus à fœneratitio mutuo euidenter erit alienus, ac proinde licitus. Cùm alioqui perſonalis obligatio rei peremptione non tollatur. l. Incendium. C. ſi cert. pet. Sed dum dicitur, ergo æquè bene ſuper perſona, &c. Negatur, quoniam ſuper rebus fit, non tantùm vt eæ ſint emptori obligatæ, ſed etiam vt ſubiaceat alicui periculo cenſus, nempe vt re perempta, & ipſe perimatur, quòd vnà cum aliis conditionibus à Pio V. Pontifice Maximo requiſitis, facit, vt contractus magis licitus, & minus ſuſpectus iudicetur.

CAPVT XLV.

Qui contractus eſſe dicatur, cùm pro re datur res, & ſimul etiam pecunia, & an dicatur eſſe permutatio, cùm res, ſiue ſpecies certa datur pro incerta: vel incerta pro certa?

CVm ex vna parte contrahentium res datur, vt res accipiatur, & ſimul etiam pecunia, diſputari ſolet, quiſnam contractus cēſeatur. Prima eſt ſententia, eiuſmodi contractum eſſe innominatum. Ita Bartol. ad l. 1. ff. de rer. permut. Fulgos. & Iaſon ibid. Imola, & Ludouic. Rom. ad l. Ariſto. ff. de donatio. Idem Roman. in conſ. 86. Io. Berberius in viatorio Iuris. rubr. de rer. permut. col. 2. Guido Papæ deciſ. 92. Firmian. in tract. de Gabellis 3. parte 8. partis princip. quæſt. 2. verſ. Item an habeat. Ripa ad l. 2. ff. Si certum petatur. in vlt. colum. Cotta in memor. in verbo, Contractus in dubio. Tiraq. de retract. conſang. §. 30. Gloſ. 1. nu. 36. Pinell. ad l. 2. C. de reſcind. vend. in 2. parte, capit. 2. n. 5. Anton. Gomeſ. variar. reſol. titul. de contract cap. 2. num. 10.

Fundamentum eſt in eo, quòd cùm incertũ eſt, quis contractus appellari poſſit, innominatus eſſe cenſeatur, & iccirco preſcriptis verbis agendum ſit, l. 1. ff. de tributor. actio. l. 1. & 2. ff. de præſcript. verb.

Secunda eſt opinio, huiuſmodi cōtractum venditionem cenſeri, quoniam id videtur eſſe fauorabilius, ita Bald. in prælud. Feud. n. 11. Alex. ad Bar. l. Si in empt. ff. de contrah. empt. Fabian. à Monte de empt. & vend. in 2. quę. princ. nu. 23.

Tertia eſt ſententia, hanc rem diiudicādam eſſe, non ex nomine, quo contrahentes vtuntur, ſed ex ſubſtantia, & qualitate ipſius contractus; Nam ſi exempli gratia res detur, vt alia res accipiatur, & ſimul etiam precium modicum, & longè minus, quàm ſit ipſa res, talis contractus erit permutatio, non autem venditio, licet res & precium interceſſerit. Ita Caſtren. ad d. l. Ariſto. ff. de donatio. Anton. Gomeſ. & Tiraquell. locis annotatis.

Quarta eſt opinio Franciſci Conani libro 7. comment. Iuris. tit. de rer. permut. num. 3. Id ſequendum eſſe, quod contrahentes præcipuè voluerunt, eamque voluntatem ex magnitudine quidem precij iudicādam, ſed non ex ſolo exceſſu, quia poteſt tam paruus exceſſus eſſe, vt in fraudem venditionis permutatio fieri videatur, id quod iudicio prudentis Iudicis æſtimabitur.

Quod ſi vectigal aliquod pendendum ſit, vel canon emphyteuticus de rebus emptis, exiſtimat Conanus hæc ad viuum eſſe reſecanda, & quatenus interuenit pecunia, venditionem eſſe iudicandam, quatenus res interuenit, permutationem.

Quinta & poſtrema eſt ſententia, hunc cōtractum partim eſſe venditionem, partim permutationē, ita Alciatus ad l. 2. n. 18. ff. de verb. oblig. Idem ante eum ſubobſcurè tamen dixerunt Specu. tit. de rer. permut. verſ. Si verò res, Cyn. ad l. Quæritur. ff. de ſtatu hominum. & ibi etiam Ang. nec non Caſtr. in l. Ariſt. nu. 3. ff. de donat. Eandem ſentētiam ſecutus eſt Couuar. variar. reſol. lib. 2. c. 3. n. 9. & nouiſſimè Federic. Scotus ad l. 2. ff. ſi certum petatur.

Ex his ſententiis hæc poſtrema videtur mihi probabilior, ſed & tertiam ſententiam magnopere probo. Pro confirmatione autem adferri poſſunt leges, quib. patet non eſſe nouũ, vt aliquis contractus partim venditionis, partim donationis nomine cenſeatur. l. Cum hic ſtatus. §. penul. l. Si ſponſus. §. circa. ff. de donatio. inter virum & vxorem. l. Ariſto. de donatio. Et cum in hac facti ſpecie omnia interueniant, quæ ad venditionis & permutationis

con-

contractum pertinet, nempe res pro re, & simul etiam precium, haud dubium esse potest, quin ex ea parte, qua precium interuenit, cõtractus ad venditionem referendus sit, & quatenus res datur, vt altera eius vice accipiatur, ad permutationem, nisi precium ita sit exiguum, vt eius habenda ratio non videatur ad constituendum ex eo contractum.

Nec Pinelli argumenta, hanc sententiam, refellere conantis aliquo pacto me mouent. In primis adfert l. si in emptione, 34. ff. de contrahen. emptio. in illis verbis: *Nec refert quanti sit accessio, siue plus in ea sit.*

Respõdeo sensum esse, id, quod accedit, deberi, quantumcunque, sit, quia plerumque res propter accessiones emuntur. Debetur autem id, quod venditori intellexit, quia debitoris est electio, cùm aliquid in genere debetur, vt frustrà Cuiacius lib. 1. obseru. c. 10. tentauerit, loco venditoris, substituere emptoris. Sed accessio in ea lege non mutat speciem contractus, vt in proposita quęstione. Quare ad hanc rem non pertinet ille textus.

Secundò adfert text. in l. fundi partem, 79. ff. eo. tit. & in l. 6. §. 1. & in l. si sterilis. §. si tibi. ff. de actio. empt. in quibus legibus, inquit Pinellus, Iurisconsulti venditionem appellant, cùm datur pecunia, & alia res, nec distinguunt, quid ex his excedat, & quantum.

Respondeo. Quod attinet ad d. l. fundi partem, ibi non dicitur venditionem factam fuisse certo precio constituto, & simul etiam alia re data, sed lex loquitur de venditione, cui pactum accessit, vt emptor alteram partem fundi conductam haberet, atque ex empto actionem dari, vt pactum impleatur, quæ res toto distat cœlo à quæstione nostra.

Eadem responsio valet ad d. l. 9. §. 1. in qua agitur de pacto vẽditioni adiecto, non autem de precio, & alia re: *Si vendidi,* inquit, *tibi insulam certa pecunia, vt aliam insulam reficeres, agam ex vendito, vt reficias.* Eodem modo loquitur l. si sterilis, §. si tibi.

Est & altera controuersia, sitne permutatio etiam quando res incerta datur pro incerta, vel pro certa.

Affirmant Deci. ad l. 2. ff. si certum petatur. n. 18. Alciat. ibid. n. 23. Rufius, n. 4. Curt. iun. 29. Butisella, n. 37. Feder. Scot. n. 124. & alij quos commemorat Pinell. ad l. 2. C. de rescin. vend. in 2. parte rubr. ex n. 10.

Negant verò Glos. in l. 1. C. de rerum permu. in verbo, Postulatis. Bart. ad l. 1. in 3. q. ff. eo. tit. & in l. 2. ff. si certum petatur. & ibid. Castrens. Iason n. 8. Ripa, num. 25. nec non & nouissime Vigelius.

Fundamentum habet hæc posterior sententia iis legibus, quibus agitur de permutatione, & mentio plerumque fit rei certę, vt in l. 1. l. Quoniam. l. Emptionem. C. de rer. permut. & in l. 1. ff. eo. tit. Contrà vero cum res in genere datur, vt res accipiatur, contractus est innominatus, l. 4. §. 1. ff. de præscript. verb. Accedat, inquit Iason, quòd permutationis verbum significat quandam perfectam mutationem, quæ maxime est, cum vna species cum altera commutatur.

Sed istis nil morantibus priori sententiæ magis accedo, quæ probatur ex l. vlt. C. de rer. permut. vbi patet permutationem esse, cùm aliquid menstruum in genere, vel annuũ præstandum est. Secundò probatur ex l. 1. ff. de cõtrahẽ. empt. vbi patet permutationem appellari cum agitur, vt pro toga data, recipiatur tunica, vel ferrum pro vino, & sic in genere. Tertiò ex l. 4. §. 1. ff. de præscript. verb. ibi: *Sin autem do rem, vt rem accipiam* (in genere) *quia non placet permutationem rerum, emptionem esse, &c.* Quibus verbis permutatio appellatur, vt patet. Postremò probatur ex ipsa rubrica, quæ inscribitur de rerum permutatione, & sic in genere, non autem de specierum permutatione, & sic rerum certarum, quicquid diuinando Ripa responderit.

Ad argumenta contrariæ opinionis respondeo, meritò appellari permutationem rerum, seu specierum certarum in dictis legibus, non tamen infertur secus esse statuendum in rebus incertis, nec id negant leges allegatæ. Quòd verò dicebat Iason, nullius est momenti, quia cùm res in genere promittitur, & contractus effectum sortitur, tunc res certa datur, vt dicant Dec. & Federic. Scot. locis annotatis.

CAPVT XLVI.

Quomodo probetur minorẽ, vel pupillũ locupletiorẽ factum esse ex cõtractu, vel etiam maiorem.

MInorem viginti quinque annis prædium alienatum vindicare posse, nec ad precium restituendum obligari, nisi in eius vtilitatem versum sit, docet l. Prædiorum. C. de prædiis minorum, & minorem esse restituendum aduersus contractum, nisi factus sit ex eo locupletior, præsertim vbi pecuniã fœnori acceperit, docet l. 1. & 2. C. si aduersus creditorẽ.

Constat etiam pupillum contrahentem nõ obligari, nisi, quatenus locupletior factus est. l. vlt. C. de vsuc. pro emptore. l. Patri. §. item ex diuerso. ff. de minorib. Sed & bonæ fidei possessor tenetur petitione hæreditatis, in quantum factus est locupletior. l. item veniunt. §. præter hæc. & l. vtrum. ff. de petit. hæred. Controuersia est igitur, quomodo probetur quempiam factum esse locupletiorem.

Prima est sententia eorum, qui existimant, id ex eo probari, quod pecuniam ad aliquem-

peruenisse probetur, nisi ipse probet se eam malè consumpsisse. Ita Gl. in l. Vtrum, in verbo, Consumpsisse. ff. de petitio. hæredit. nec non Angel. ibi. Fulgos. ad l. Sed etsi lege. §. Quod autem. ff. eod. tit. Rom. in cons. 149. nu. 2, Aitchar. in cons. 5, n. 1, Alex. in cons. 63, n. 5, lib. 2. Cornel. in con. 72, n. 9, lib. 5, Dec. in l. ex pœnalib. num. 5, de reg. iur. Io. Crotus in cons. 21, n. 48, lib. 1, Ruin. cons. 24, ad fin. lib. 1, & in cons. 29, ad fin. lib. 2, Socin. sen. in cons. 24, n. 41, lib. 1, & 159, nu. 19, lib. 2. Socin. iun. in cons. vlt. nu. 39, lib. 1, Berous in cons. 44, n. 6, & nu. 16, lib. 1. Gozadin. in cons. 94, num. 7, Anton. Gabriel. lib. 1, commu. concl. tit. de probatio. concl 7, n. 16, Io. Lup. in rub. de donatio. int. vir. & vxor. §. 48. n. 1, Alios citat Maschardus de probat. vol. 3, cond. 1164.

Fundamentum est, quia nemo præsumitur iactare suum. l. Cùm de indebito. ff. de Probatio. Iccirco non præsumitur quis consumpsisse pecuniam, sed potiùs locupletior factus, l. Si defunctus. C. Arbitrium tutelæ. Imò præsumitur res extare adhuc, & non esse consumpta, argumento l. Si creditor. C. de pignorat. actio. & eorum quæ tradit Bart. ad l. Si quis ex argentariis. §. An verò. ff. de eden.

Huc accedat text. in l. Quod si minor, §. Restitutio. ff. de minor. & in l. 1. C. de reputatio. quibus in locis dicitur minorem restituere debere pecuniam, quæ ad eum peruenit, nisi quis sciens eum consumpturum, dederit.

Sed contrariam sententiam: Nempe pecuniam consumptam præsumi, & icciro probãdum esse conuersam fuisse in vtilitatem accipientis, amplexi sunt Ange. sibi parum constãs in cons. 160. circa fi. Dec. ad l. Certi condictio. §. quoniam n. 3. ff. si certum petatur. Ruin. in cons. 204. n. 15. lib. 1. & in cons. 91. n. 6. lib. 5. Iason ad l. Nessenius. §. Fundum. n. 4. ff. de re iu. Felin. in c. de quarta. col. 10. vers. Secunda restrictio. de præscript. Curt. sen. in cons. 72. col. 4. vers. Septima conclusio. Curt. Iun. in cons. 6. n. 26. & n. 28. Castren. in cons. 247. n. 6. lib. 1. Gomes. in §. Actiones. n. 21. Inst. de actio. Alciat. in d. l. certi condic. §. quoniam. n. 10. Cagnol. in l. Ex pœnalib. n. 3. de reg. iur. Hippolit. Riminal. in §. vlt. n. 72. Inst. quibus alienare non licet. & in consi. 43. lib. 1. Menoch. de præsumpt. lib. 6. præsump. 27. n. 6. & de recup. poss. remed. 15. n. 568. Crauetta in consi 550. n. 16. li. 3. Alios citat Maschardus loco superiùs annotato.

Argumenta sunt ista. Primum ex eo, quod docet Glos. communiter recepta in l. vlt. C. de vsucap. pro empto. Nemo probari quempiam esse factum locupletiorem, si probetur pecuniam extare apud eum, qui accepit, aut in sumptus necessarios erogatam, aut aliquid ex ea emptum.

Secundum argumentum est ex l. in pupillo. ff. de solutio. dum ibi dicitur, tempus litis contestatæ inspiciendum esse, vt sciatur, an aliquis factus sit locupletior. Ergo non sufficit probare, pecuniam ad eum peruenisse.

Tertium est ex l. Vtrum. ff. de petitio. hæred. dum ibi dicitur, verbum *peruenissent*, accipiendum esse cum effectu, scilicet si bonæ fidei possessor ex eo factus sit locupletior.

Quartum est ex l. Prædiorum. & in l. Si prædium. C. de Prædiis minorum, in illis verbis: *Pro ea duntaxat parte te conueniri permittet, quam in facultates tuas erogatam esse constiterit.*

Quintum ex l. 1. & 2. C. Si aduersus creditorem, in illis verbis: *Nec doceri potuisse, ex eo contractu locupletiorem esse factum.* Item ibi: *Nec ea in rem tuam versa est, &c.*

Tertia est sententia distinguens. Aut contractus nullus est cum Pupillo, vel minore initus, & tunc is, qui dicit eum locupletiorem factum, id probare debet aliunde, quàm ex eo, quod pecunia ad eum peruenerit. Aut contractus initus valet, sed minor petit se restitui, & tunc sufficit probare, pecuniam ad eum peruenisse, eique onus probandi incumbit, pecuniam malè fuisse insumptam. Ita Glos. in l. Prædiorum. C. de Prædiis minor. & ibi Bartol. qui tamen dicit id non procedere in pecunia fœnori accepta:

Eandem sententiam secuti sunt Bal. Salicet. & Angel. ibi. Socin. sen. in cons. 115. col. vl. lib. 1. Hyppol. Rimin. in d. cons. 43. n. 9. lib. 1.

Aliam hac in re distinctionem adhibet idẽ Bartol. in l. 1. C. si aduersus creditorem, quam placuisse multis, testatur Pinel. ad l. 2. C. de resciend. vend. in 3. part. cap. 1. nu. 27. *Quandoque*, inquit Bartol. *minor repetit rem suam alienatam, dicens contractum ipso iure nullum, reus autem vult retinere rem, dicens precium conuersum in vtilitatem minoris, & tunc reus probare debet minorem locupletatum, ita loquitur l. Si prædium. C. de prædiis minorum. Quandoque minor repetit rem suam per restitutionem in integrum, vel aliàs petit se restitui, & tunc aduerso, quia si minor dicit se læsum in eo, quod vendidit, quia non expediebat sibi vendere, aduersarius vult retinere rem pro precio, quod dedit minori, quod est versum in vtilitatem minoris, tunc aduersarius debet probare minorem locupletatum, quia est causa suæ exceptionis. l. Patri. §. 1. & 2. ff. de minoribus. l. Si res. §. 1. de Iure do. Quandoque minor petit se restitui, quia læsus est in eo, quòd precium perdidit, & tunc debet ipse probare se perdidisse, quia est causa suæ intentionis, l. Minoribus. C. de in integrum restitutione. l. Nam & postea §. quòd minor. ff. de iureiur. fallit in fœneratore, hic est casus.* Hactenus Bartolus.

Postrema est sententia Pinelli ad l. 2. part. 2. cap. 2.

c.4.n.66. Aut verſamur in contractu cum minore facto, & tunc probandum eſt minorem fuiſſe locupleratum aliūde, quàm ex eo, quòd pecunia ad eum peruenerit. Aut verſamur in contractu facto cum maiore, & tunc ſi probetur pecuniam ad eum perueniſſe, eo ipſo locupletior factus probatur.

Ego ſanè in eorum ſententiam ſim procliuior, qui ſimpliciter docent, probandum eſſe pecuniam in vtilitatem verſam, ita vt non ſufficiat probare, pecuniam ad minorem, vel alium, perueniſſe: Si enim ex eo, quòd pecunia ad aliquem peruenerit, præſumeretur ex ea factus locupletior, non erat opus, vt illud a lege requireretur, nēpe ex ea pecunia, vel alia re, quæ ad quempiam peruenit, eum factum eſſe locupletiorem, ſed dicendum erat eum teneri, niſi probaret ſe conſumpſiſſe. Solet enim iuris præſumptio onus probandi in eum transferre, contra quem viget. l. Non eſt veriſimile. ff. de eo quod met. cauſa. At leges requirunt probationem. Id patet ex legibus pro hac ſententia ſuperiùs citatis. Sed ſatis diſertè id patet ex l. Si ſine. §. Interpoſito, ff. de admi. tut. vbi text. ita dicit: *Quæro an cum ex hac venditione melior factus non ſit, neque in rem ſuam quicquam verſum probetur. precium emptori reſtituere non debeat? &c.* Quibus verbis apparet id probari oportere, nempe precium in vtilitatem verſum: quod certè probandum non eſſet, ſi præſumeretur verſum ex eo, quòd ſolutum fuiſſet minori. Similiter in l. Patri. §. Item ex diuerſo ff. de Minoribus ait tex. *Iuuenis autem catenus ex precio reddere, quatenus ex ea pecunia factus eſt locupletior.* Sed & ex l. Vtrum. ff. de petit. hæred. manifeſtum euadit, ex eo, quòd res ad aliquē peruenerit, non ſtatim præſumendum, eum ex ea locupletiorem factum. Sic enim textus: *Et verbum quidem perueniſſe ambiguum eſt. Solúmne hoc contineat, quod prima ratione fuit, an verò & id, quod durat, & puto ſequentem clauſulam Senatuſconſulti ſequendam* (Nempe eam, quæ requirit, vt ex eo, quod peruenit factus ſit locupletior, vt in l. Item veniunt. §. eos. ff. eodem tit.). *Etſi hæc ſit ambigua, vt ita demum computet, ſi factus ſit locupletior.*

Quare id quod ſimpliciter eſt dictum in l. Quod ſi minor. §. reſtitutio, ff. de minor. & in l. 1. C. de reputatio. & alibi, minorem precium, quod ad eum peruenit, reſtituere debere, intelligendum erit, ſi ex eo factus eſt locupletior, cuius interpretationis authorem habeo Iacobum Cuiacium ad li. 1. ſententiarum Pauli, tit. de Minoribus. is enim in hanc ſentētiam omnes leges accepiſſe videtur, quæ minorem in integrum reſtitutum, ad precium reſtituendum, condemnant.

Porrò illa legis notiſſima præſumptio; neminem iactare ſuum, ad hanc ſpeciem accommodari non poteſt, quia lex requirit probationem, nec illa præſumptione contenta eſt, vt patet ex legibus allegatis.

CAPVT XLVII.

Vtrum is, cui plures res ſunt obligatæ à diuerſis poſſeſſa, contra vnum ex poſſeſſoribus agere poſſit in ſolidum, an verò conuenire omnes debeat pro rata?

DVm controuertitur, an is, cui plures res obligatæ ſunt à pluribus poſſeſſorib. detentę, agere poſſit hypothecaria contra vnum, an verò omnes ſimul pro rata conuenire debeant, adfertur pro deciſione textus in l. Moſchis. ff. de Iure Fiſci. cuius authoritate omnes poſſeſſores pro rata conueniendos docent Io. Faber in §. Item ſi quis in fraudem. nu. 26. Inſt. de Act. Chaſſanæus in conſuet. Burgund. rub. 5. §. 2. n. 37.

Et Afflictus ad Conſt. Neapolit. libr. 1. rubr. 17. n. 26. hanc ſententiam æquiorem eſſe dicit, ideóque ſeruari in regno Neapolitano.

Sed contraria ſententia ſemper mihi probabilior viſa eſt, nempe poſſeſſorem quemlibet in ſolidum conueniri poſſe. Huius ſententiæ Authores habeo Bart. in d. l. Moſchis. Specul. de oblig. & ſol. §. 1. num. 46. verſ. Item debitor meus. Iaſonem in §. Item ſi quis in fraudem. n. 128. Inſtit. de act. Neguſantium de pignor. 1. membro. 8. partis princip. n. 50. Couuar. libr. 3. variar. reſolut. c. 7. n. 7. Io. Bapt. Lupum, Geminianū ad d. l. 2. C. de pact. inter empto. & vend. comment. 2. §. 2. nu. 68. Et probatur ea ratione, quia & omnes res obligatæ ſunt creditori, & nulla eſt lex, quæ talem diuiſionem inducat. Imò verò Iuriſconſultus facit ab hac ſententia in d. l. Moſchis. in illis verbis: *Æquum putauit Imperator, prius hæredes conueniri debere, deinde in reliquum poſſeſſorem omnem.* Ego interpretor, *poſſeſſorem omnem*, non collectiuè, vt loquūtur, ſed diſtributiuè. Ita vt ſenſus ſit, quēlibet poſſeſſorem conueniri poſſe, ſi enim pro rata contra quemlibet inſtituēda eſſet actio, Iuriſconſultus dixiſſet, omnes poſſeſſores conueniendos eſſe pro rata. Atque ita ſentio.

CAPVT XLVIII.

Proponuntur duæ controuerſiæ, circa Pontificis reſponſum, in cap. Nauiganti. de vſuris.

GRegorius IX. in c. Nauiganti. de Vſuris, ſcribit in hæc verba: *Nauiganti, vel eunti ad nundinas certā mutuans pecuniæ quantitatem pro eo, quòd ſuſcipit in ſe periculum, recepturus aliquid vltra ſortem, vſurarius eſt cenſendus.* Ex hoc reſponſo duo exiſtūt controuerſiæ. Altera ex iuris Cæſarei legibus, quib. huiuſmodi

nauticum fœnus approbatur. Est inquam controuersia, an leges Ciuiles videantur esse sublatæ. Altera est controuersia, an in dubio, talis mutuans præsumatur non aliter mutuaturus fuisse, nisi propter periculum aliquid vltra sortem accepisset, & consequenter vsurarius censendus sit.

Quod attinet ad primam, Iure Canonico sublatas esse Cæsareas leges propter hunc Canonem Gregorij, responderunt Hostiens. in summa de Vsuris, vers. In aliis autem casibus omnib. Io. de Anania in d.c. Nauiganti. Salice. in Auth. Ad hæc. C. de Vsuris, Io. Faber in rubr. C. de nautico fœnore. Ancharan. in reg. peccatum. q.5. de reg. Iur. lib. 6. Guido Papæ in tract. de contract. n.18. Beneuenutus Straccha de assecuratio. in præfatione, n.27.

Sed contrariam sententiam habuerunt Modern. Paris. de contract. q.3. & Adrian. in tract. de Vsuris, existimantes Pōtificem Gregorium loqui cum vani periculi occasio prætexitur, vt eo colore quæsito creditor aliquid vltra sortem lucretur in fraudem vsurarum, licet verè nullum subeat periculum. A qua quidem sententia non procul abesse mihi videtur Nauarrus in Manuali confessar. cap.17. num.:84. sic enim ait: *Gregorio Pontifici Maximo animum fuisse obuiandi quamplurimis vsuris palliatis, quæ fiebant mutuando cum assecuratione suscepto pro ea precio quamplurimis, qui volentes sibi mutuari, & non inuenientes, qui gratis mutuarent, fingebant se velle traijcere pecuniam in alias terras, & velle eas sibi assecurari, addito precio iusto, quo inuenirent mutuatores. Obuiauit autē inducendo præsumptionem Iuris, & de Iure, quæ qui id faceret, præsumeretur vsurarius, & ita non dixit eum, qui hoc faceret esse vsurarium, sed censendum, hoc est, præsumendum esse vsurarium. Quæ prouisio digna fuit sanctitate, & eruditione Gregorii IX. & firmatur ratione prædicta, per quam soluuntur argumenta per quæ prædicti, & etiam nos intellectum communem reliquimus.* Hactenus Nauarrus, qui & in consilio 21. titul. de vsuris. sententiæ huius suæ mentionem facit aliqua declaratione adhibita.

Cęterùm omissis aliorum sententiis, hęc est communis Doctorum interpretatio & cōclusio; Licitum ac permissum esse mutuum ea lege, vt mutuāti aliquid vltra sortem detur, propter periculum amissionis sortis. Quod verò Gregorius respondit, ita esse accipiendū, cùm mutuans non aliter mutuaturus esset, nisi fieret ea conuentio de periculo suscipiendo, & de soluendo aliquid ob eam causam vltra sortem. Talis enim contractus videtur esse fœneratitius, neque enim licet aliquid in pactum deducere, per quod mutuò accipiens, mutuāti obligetur ad aliquid faciendum, iuxta illud Euangelium; Mutuum dantes, nihil inde sperantes, ita S. Antoninus in Summa, parte 2. tit. 1. cap. 7. §. 21. Conrad. de contract. q.39. conclu. 1. Syluester Pier. in summa, in verbo Vsura. 1. §. 35. Alios citat Couuar. lib. 3. variar. resol. c.2. n. 5. & Ioann. Bapt. Lupus. Geminianus in comment. ad d.c. Nauiganti. comment. 3. §. 1. nu. 15. & 16.

Fundamentum est in eo; Quòd talis conuentio, qua propter susceptum periculum aliquid vltra sortē accipitur, iusta & licita esse reputatur ab omnibus, etiam in foro conscientiæ. Quarè cùm Summus Pontifex contrarium decernat, necesse est eius responsum intelligere eo in casu, quo talis conuentio est illicita. Est autem illicita, cum pactum suscipiendi periculi non sponte fit, sed necessario, quę scilicet non aliter quis mutuare velit, quàm si ita paciscatur.

Ego sanè hac in re existimarem omnium commodissimam esse eam interpretationem, qua Pontificis responsum ita intelligeretur, vt eam conuentionem negaret esse vsurariam, id quod facilè obtineretur, si negatiua dictio textui adiiceretur. Nam re vera ex sequentibus verbis eiusdem textus fortissima est coniectura, negatiuam desiderari. Subdit enim textus duos alios casus, in quib. contractus non est vsurarius, & quod perpendi maximè debet, oratio ita continuatur: *Ille quoque*, inquit, *qui dat decem solidos, &c. non debet ex hoc vsurarius reputari.* Certè indicant hæc verba Pontificem Maximum, etiam in præcedenti casu idē respondisse, contractum scilicet vsurarium non esse. Aut oratio est penitus inusitata, & eo magis inclinat animus in hanc sententiam, quòd omnis alia interpretatio videtur esse magnoperè incommoda. Nam quòd dicitur, Pontificem locutum, cum vani periculi prætexitur occasio, vix probabile videtur, cùm loquatur de mutuante pecunias, eunti, vel nauiganti ad nundinas, quibus maxima imminere pericula notius est, quàm vt probatione egeat.

Aliæ quoque interpretationes non videntur diuinatione carere. Sed quoniam repugnat huic nouæ opinioni, omnium Codicum fides, communiori sententiæ lubens acquiesco.

Altera est controuersia, vtrum mutuans ea lege, vt propter periculum susceptum aliquid vltra sortem recipiat, præsumatur non aliter fuisse mutuaturus, nisi debitor ita pacisceretur. Io. Bapt. Lupus in comment. ad d.c. Nauiganti. commen. 3. §. 4. num. 90. negat præsumi, quoniam in dubio delictum non pręsumitur. l. Meritò. ff. pro socio. Sed nemini placere potest hæc sententia, qui Pontificis Maximi responsum affirmatiuè legendum arbitretur. Nam

Nam cùm ipse Summus Pontifex eiusmodi contractum, vsurarium esse iudicet, simpliciter & absolutè, vt patet ex textu, necessariò fatendum est, ita præsumendum esse in dubio, vt qui ea lege mutuat, non aliter mutuaturus esset, quasi contractus contemplatione pacti factus videatur, iuxta assertionem illam Doctorum, de qua per Tiraquell. ad l. Si vnquam, in verbo, Donatione largitus. n.118. C. de reuoc. don. & per Menoch. cons. 109. n. 9. li. 2. Nimirū præsumi debere contractum esse factum respectu & gratia alterius, qui in continenti celebratur. Neque enim alio nomine contractus huiusmodi vsurarius censeri potest.

Atque huius sententiæ Authores existunt Corneus ad l. Si paciscenda. col. 16. C. de pact. Benuenutus Scracha de assecurat. in præfat. n. 32. Martin. Nauarr. in Manuali confessar. ca 17. nu. 284.

CAPVT XLIX.

Quid si mutuum consisteret in his rebus, quæ in genere suo functionem recipiunt, per solutionem magis, quàm per speciem, vt in l. 2. ff. Si certum petatur?

HOc caput in studiosorum gratiam annecto, quibus gratissimum erit intelligere, quid sibi Paulus voluerit in l. 2. §. Mutui datio. ff. Si certum petatur. cùm dixit, mutui dationē consistere in iis rebus, quæ pondere, numero, mensurá ve constant, *quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt, per solutionem magis, quàm specie, siue per speciem.*

Prima expositio est Accursij: *Per solutionem,* inquit, *id est, vt aliud omnino sua vice fungatur, si fuerit solutum, magis quàm per speciem, scilicet eandem, & dictio magis electiuè ponitur, quasi dicat per eandem speciem non debet fieri solutio.* Eādem expositionem secuti sunt Bar. Corn. Cast. Alex. Iason & Soci. sen. *Differentia est,* inquiūt, *inter solutionem & restitutionem. Solui dicitur illud, quod nunquam in specie illa fuit datum. Restitui dicitur, quando idem corpus in indiuiduo, quod fuit datum, redditur. Hoc igitur textus vult, in istis rebus ideò mutuum consistere, quia tantam habent inter se similitudinem, vt idem corpus reddi non sit opus, cùm per solutionem alterius rei, quantum ad speciem perfectè satisfiat.* Hæc ferè illi.

Secunda est expositio Decij in commentariis d. §. Mutui datio: *Per solutionem,* inquit, *magis, quàm per speciem, non eandem, prout Glos. dicit & Paulus Castr. sed quia maior est similitudo in istis rebus, in quibus mutuum consistit, quàm in speciebus, in quib. licet altera alteri assimilari possit, non est talis similitudo, in qua mutuum consistat, & sic quod per speciem, quæ pro alia simili reddatur, vel maior functio, videtur in rebus, in quibus consistit mutuum, quia per solutionem totum ius creditoris conseruatur, sed non sic in speciebus, quæ redduntur deteriores, cùm eadem reddantur. Prior tamen sensus planior videtur.* Hactenus Decius.

Tertia est expositio Vdalrici Zasij in dict. §. Mutui datio, functionem *in mutuo magis attendi in eo, quòd ritè & rectè soluatur res accepta, quàm attendatur similitudo speciei, quasi dicat, quantumcunque res fungibiles sint similes, & inuicem communicentur, tamen si non fiat ritè & formaliter solutio, tunc non consistit mutuum. Et hoc est, quod magis per solutionem, quàm per speciem functio consideratur: Est ergo ritè facta solutio numeri ad numerum, ponderis ad pondus, mensura ad mensuram: Id quod Glos. hic in verbo Creditum. videtur à remotis attigisse: Vnde si mensurarem tibi decem corbes frumenti, tu ponderares mihi aceruum frumenti, non esset ritè facta solutio: Et tamen species natura similes sunt data. Et hac est magis per solutionem, quàm per speciem.* Huc vsque Zasius.

Quarta expositio est Alciati in d. §. Mutui datio, & lib. 2. Paradox. c. 2. *Per solutionem magis, quàm per speciem, hoc est, quia in eis non censetur obligata species, seu ea res, quæ data est, sed recipiunt functionem suam per solutionem, quia si tantundem soluas, liberaberis. Species enim eadem restituenda non est. Tametsi & quandoque restituatur, vt quando res consumpta nō est, quia debitor ea non indiguit, & eandem restituere vult, potest enim etiam inuito creditore, quo sensu recepto dictio magis stat comparatiuè, iuxta naturam suam.* Hæc Alciatus.

Quinta expositio est Io. Francisci Ripæ, in d. §. Mutui datio, vt sit sensus. *Harum rerū datione possumus in creditum ire. Quia etsi debitor, qui rem mutuatam consumsit, videatur aliam speciem soluere, & sic aliud pro alio contra regulas iuris, quia tamen hæ res recipiunt functionem in genere suo, non dicitur aliud solui, & ideò magis per solutionem eiusdem, quàm per speciem diuersam, id est, solutionem diuersæ speciei, functionem recipiunt, quod in cateris rebus contingere non potest. Ideo in cateris non possumus in creditum ire. Hic est sensus huius litera.* Sic Ripa.

Sexta expositio est Nicolai Belloni, li. 1. supputationum iuris, c. 4. Dicitur in dicto §. *Mutui dationem in iis rebus consistere, quæ pondere, numero, mensurá ve consistunt, quoniam ista functionem in genere suo recipiunt, sed contra. Nam vinum nouum est eiusdem generis cuius vetus, & tamen non recipit functionem cum veteri. Ad hoc replicat IC. verum esse, quòd ex eo solo, quod species, id est, corpus eiusdem generis reddatur, ista non recipiunt functionem, sed cùm*

debeat fieri solutio, non modò eiusdem generis, sed etiam eiusdem qualitatis, id est, bonitatis, l. Cùm quid. ff. si cert. pet. eodem modo recipiunt functionem. Erit igitur sensus, quòd hæc recipiant functionem, & ex corpore eiusdem generis, & sic ex specie, & ex solutione: tamen magis per solutionem, quia debet esse eiusdem bonitatis, quàm per speciē, id est, corpus datum in eodem genere, quia posset esse deterius. Et in summa vult dicere IC. quod solutio qualificata sit illa, quæ perficiat functionem. Sic ille.

Septima est expositio Francisci Duareni li. 1. anniuers. disputat. c. 14. *Functio*, inquit Duaren. *præter vulgarem & notam omnibus significationem pro pensitatione, seu solutione alicuius rei debitæ vsurpatur, quod genus loquendi ex eo, ni fallor, ductum est, quod qui tributa aut vectigal pendunt, reipub. fungi munere, vel tributione dicuntur à veteribus: Eámque pensitationem Cicero functionem muneris appellat. Sensus igitur horum verborum est, mutuum rectè contrahi de his rebus, quæ functionem, id est, præstationem & redditionem in genere suo magis, quàm in specie excipiunt: id est, quæ eius sunt naturæ, vt præstando rē alienam eiusdem generis, creditori satisfiat: Et quæ inutiliter vtendæ concederentur, si speciem ipsam, quæ data est, reddere cogeretur debitor.* Hæc Duarenus.

Hanc solutionem Robertus Aurelianus impugnat, lib. 3. sentent. c. 14. quem post Donellum, quem refert, secutus est Vulteius disceptationum scholasticarum, c. 14. functionémque isti interpretantur satisfactionē, & ex ea contingentem liberationem, quam affert rerū earum præstatio: quoniam his rebus, quæ pondere, numero mensuráve constant, soluendis, planè satisfiat creditori, vt conqueri nō possit, quippe quòd eiuscemodi sint, vt singulæ eiusdem generis singularum vicē solutione æqualiter subire possint, sicque pro aliis aliæ solui corpore quidem, sed non qualitate, aut æstimatione, vt, quamuis non eædem, quæ datæ fuerunt, species reddantur, tantundem tamen solutum, æqualisque omninò, ac propemodū eadem res reddita dicatur.

Postrema est sententia Forcatuli, quam ex Federico Scoto referam, qui nouissimè scripsit elegantissima commentaria in d. §. Mutui datio, & eam sequi videtur. Is legit textum hoc modo: *Quoniam earum datione possumus in creditum ire (quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem) magis quàm per speciem.* Sicque verba illa, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, in parenthesin includit. Scribit ergo Forcatulus omnem difficultatem esse in verbis illis, *magis per solutionem, quàm per speciem. Hinc illas angustias. Hunc esse editum illum montem, qui viam clinosam & asperam reddit. Hunc illum verticem à quo nulla interpretum nauis tutò nauigare creditur. Sed vt Annibal alpes alioquin inuias diuidendo peruias fecit, & Xerxes Hellesponti impetum ponte medio euasit, & iura fugiendarum rixarum causa communiones segregant, eas parientes, ita vbi nos interstitio diuiserimus verba hæc magis per solutionem, quàm per speciem, vnde illa seges discordiæ: perspicuam fore iurisconsulti sententiam. Non enim hoc (magis quàm per speciem) referri ad proximè dictum, per solutionem, sed ad illa verba (Quoniam earum datione possumus in creditum ire) vt contextum ordinemus ita. Quoniam earum datione possumus in creditum ire magis, quàm per speciem. Ratio præcedit: Quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem.* Itaque cùm Iurisconsultus dixisset, mutuum consistere in rebus pondere, numero, mensura accommodatis, adiunxit, magis nos posse in creditum ire, quàm per speciem, quæ non communicat effectus, vt prædictæ res, quæ recipiunt functionem in genere suo. Id est, quæ redduntur, datarum loco omnino sunt, & pro datis habentur. Atq; hoc est quod dicitur, functionem recipere. Hactenus ex Comite Federico sententiam Forcatuli retulimus.

Sed vt, & quid ipse sentiam, breuiter exponam, in primis animaduerto textum d. §. Mutui datio, diuersimodè legi. Aliqui enim Codices habent, quia in genere suo functionem recipiunt *per solutionem, quàm speciem.* Alij *per solutionem magis, quàm specie, sic habetur in Florentinis Haloandrinisque Pandectis. Alij per solutionem magis, quàm per speciem.* Codicem nullum legi, qui ea verba in parenthesin includat sicut Forcatulus, quò fit vt eius lectionis fides penes eum relinquenda sit. Illud constat, omnes ferè lectiones eundem sensum habere (Forcatuli lectionem excipio) huiusmodi res functionem in genere suo recipere per solutionem magis, quam per speciem. Illa dictio magis subauditur, neque est inusitatus loquēdi modus, vt declarat Ant. August. lib. 4. Emend. c. 8.

Omnis difficultas est in eo posita, quo modo verum sit, res, quæ pondere, numero, mensuráve constant, functionem in genere suo recipere per solutionem magis, quàm per speciem. Et quidem quid sit functionem recipere, videtur inter omnes paucis certè exceptis conuenire, nimirum nihil aliud esse nisi vnam rem fungi vice & natura alterius, in eodē genere, ita vt præstando aliam rem eiusdem generis, creditori satisfiat. Et in summa, res quæ redditur, licet alia sit, habeatur tamen eius loco, quæ data est: Vt puta mutuatur quis centū aureos: creditori satisfaciet, si totidem reddat,

licet non eos ipsos, quos mutuatus est. Ergo illa verba, *per solutionem magis quam specie*, hunc habent sensum: Functionem eas res recipere dum soluuntur, quia solutio facta aliarum rerum generis eiusdem, debitorem liberat; magis quam per speciem, quia species, puta, aurei, qui creditori restituuntur, non funguntur vice aureorum mutuatorũ suapte natura, quia species vna alteram eiusdem generis repræsentet, & vicem eius subeat: differt enim, nec eadem est cum alia specie, sed dum soluitur creditori, fungitur alterius vice. Nam aurei, qui redduntur, non sunt iidem cum mutuatis sed eorum vicem sustinent per solutionem.

CAPVT L.

Vtrum ei, qui mutuo aureos nummos accepit, liceat reddere creditori inuito eorum æstimationem & precium in alia materia; puta in argenteis nummis?

DEbitorem, qui nummos aureos est mutuatus, reddere nõ posse creditori inuito eorum æstimationem in alia moneta censuerant Bart. ad l. 1. §. vlt. ff. de auro & argento legato. ad l. Paulus, ff. de solutio. & ad l. Quæ extrinsecus, ff. de verb. obl. Castr. & Imola in d. l. Paulus, Alex. & Aret. ad l. 2. §. 1. ff. si certum petatur. Ant. Butr. & Abbas Panorm. in ca. Quanto. de solutio. Bald. ad l. si quis argentum. C. de donatio. Boerius decis. 327. Couu. de veter. nummis. collat. c. 3. §. vnic. Quorum fundamentum illud est, quoniam aliud pro alio inuito creditore solui non potest. l. 2. §. 1. ff. Si certum petatur.

Sed contrariam sententiã procul dubio probabiliorem censeo, & amplectendam, quoniã hoc in casu non soluitur aliud pro alio. Siquidem in nummis ratio tam habenda est potestatis, seu æstimationis, quàm ipsorum qualitatis, l. 1 ff. de contrah. empt. ibi. *Non tam ex substantia, quàm ex quantitate, &c.*

Huc accedat IC. in l. Paul. 99. ff. de solut. docens creditorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex eo damnum passurus est, ergo si damnum passurus non est, cogitur accipere. Hinc etiam Iurisconsultus in l. Quæ intrinsec. ff. de verb. obl. *Nihil obesse stipulationi respondit, cum stipulanti denarios* (scil. argenteos) *aurei promittuntur eiusdem quantitatis.* Et Imperator in l. Vni. C. de argenti precio, quod thesauris infertur, eod. lib. statuit, vt in publicis collationibus liceat pro XX. libris æris, vnum auri solidum, & pro singulis argenti libris, quinos æreos inferre. Etsi creditoris nihil intersit, mihi pro debitore summa æquitas pugnare videtur, argumento l. 2. §. Varus. ff. de aqua plu. arcen.

Denique hæc sententia consuetudine recepta esse videtur, & authores habet non contẽnendos. Alciat. ad d. l. 2. §. mutui datio. n. 11. ff. si cert. pet. Purpurat. ibid. n. 31. & nouissimè Comitem Federicum Scotum insignem Iurisconsultum ibid. n. 231. Curt. Iun. ad l. Cum quid, n. 25. ff. eod. tit. Pinell. ad l. 2. C. de rescin. vend. in 1. parte rubr. c. 3. n. 7. & Franc. Hottomanum libro quæstionum illustrium, c. 15.

CAPVT LI.

Quatuor controuersiæ tractantur circa mutuum.

PLacet hic subiicere quatuor controuersias ad eandem mutui materiam spectãtes. Prima; Vtrum agens ex mutuo, nec probans numerationem factam, sed tantum confessionem receptæ pecuniæ, obtinere possit.

Secunda, Nunquid mutuum plenè probatũ esse dicatur, si vnus testium de numeratione testificetur, alter vero de confessione.

Tertia, si variè testificẽtur testes examinati, quia videlicet, vnus affirmat cẽtum mutuata, alter septuaginta, alter quinquaginta, nunquid mutuum sufficienter probatum esse dicatur, saltem quinquaginta.

Quarta, vtrum si quis testib. probauerit se mutuasse, licet de quantitate non testificentur, de ipsa quantitate standum sit actoris iuramento.

Quod attinet ad primam, triplex est Doctorum sententia. Prima, eiusmodi agentem obtinere non posse. Huius sententiæ authores sunt Spec. tit. de test. in princip. n. 66. vers. Sed pone egi contra te ad decem. Bart. ad l. Si ita stipulatus. §. Chrisogonus. ff. de verb. obl. Ang. in cons. 155. In quæstione vertente. Tiraq. alios citans de retract. conuent. §. 4. Gloss. 6. post n. 10.

Fundamentum est, quia agens ex vna causa, & probans aliam, succumbit, l. qui habebat, ff. de Instit. act. Sed actor in præsente specie agit ex numeratione, agit enim ex mutuo, & aliud probat, nempe Aduersarij confessionem: Ergo succumbere debet. Aliud autem esse confessionem, aliud numerationem constat ex l. 1. & 2. C. de dote cauta non numerata, & ex l. 1. §. Mutuum ff. si quid in fraudem Patroni. Huc accedat text. in l. si cautione. C. de non numerata pecunia. ibi: *Compellitur petitor probare: pecuniã tibi esse numeratam, quo non impleto, absolutio sequetur.*

Secunda est opinio, agentẽ in proposita quæstione obtinere debere: Authores sunt Bart. ad l. Certi condict. §. Si nummos, n. 6. ff. Si certum petatur, Bald. ad l. Generaliter in 9. quæst. C. de nõ numerata pecu. Salicet. ibid. in quæst.

17.& in d.l.Si ex cautione, col.penult. eod. tit. Paul.Castr.ad l.2.§. vlt.ff. Si certum petatur, & alij, quos refert & sequitur Ioseph. Maschard. de probat.vol.2.concl.1084.n.4.

Fundamentum est in eo, quia licet confessio non inducat obligationem, probat tamen iam inductam, l.Publia.ff. depositi. Quare ex confessione dubitandum non videtur, quin mutuum probetur contra confitentem, argumento l.Pecuniæ, C. de solutio.

Tertia est sententia Alexandri distinguentis, in l.1.§.Si quis ita ff.de verb.obl. Aut tempus est elapsum opponendi exceptionem non numeratæ pecuniæ, aut non est elapsum. Priore casu confessio probat numerationem. Posteriore non item, quia opponi potest exceptio, & ideo Actor succumbit, nisi probet numerationem, l.Si ex cautione; C. de non numerata pecunia.

Nec obstat huic distinctioni, quod dicitur, Agens ex vna causa, & aliam probans, succumbit, quia actionis seu petitionis verba secundum eum sensum accipienda sunt, qui agenti magis fauet.l.Si quis intentione, ff. de Iud.

Ego illud obseruandum hac in re in primis censeo, hanc quæstionem non esse intelligendam eo casu, quo exceptio non numeratæ pecuniæ vel opponitur, vel opponi potest. Nam cùm talis exceptio locum habet, explorati iuris est, numerationem esse probandam.l. Si ex cautione.C.de non num.pecun.quæ lex in his terminis loquitur.

Disputant ergo Doctores an ex numeratione agens, & confessionem de recepta pecunia probans, obtinere debeat, vbi exceptio nō numeratæ pecuniæ cessat. Et hac in re eorum sententia mihi magis probatur, qui affirmant. Talis enim confessio probat numerationem factam hoc in casu, l.In contractibus. C. de non num.pecun. l.Pecuniæ. C. de solu. l. Publia.§. vlt.ff.depositi. & hoc est fundamentum agentis, ergo obtinere debet. Et si quidem de tali confessione chirographum extet, res est perspicua, quia post biennium oritur obligatio, vt in Instit.de literar. oblig. Si verò chirographum non extet, dubitari potest, ex eo, quòd cessante scriptura, non oritur obligatio literarum, argumento rub. in Insti. de literar. oblig. & l. In contractib. C. de non num. pec. tradit Gloss.in l. Si non singuli.C.Si cert.pet. Imola in c.Si cautio.nu.23. de fide instr. Tamen & in tali confessione, quæ per scripturam non probatur, quantum ad quæstionem istam, idem iuris esse puto, quia nemo negauerit per confessionem etiam testibus probatam, numerationem probari, cum in litib. exercendis eandem vim obtineant, fides instrumentorum, & depositiones testium. l. in exercendis, C. de fide instr.

Non obstant contrariæ sententiæ argumenta, quia licet aliud sit numeratio, aliud confessio, sufficit tamen agenti probare numerationem ex confessione. Quod verò pertinet ad l. Si ex cautione. C. de non num. pec. iam constat ex his, quæ dicta sunt, illam non obstare, quia loquitur vbi exceptio non numeratæ pecuniæ agenti obiicitur, vt patet ex verbis ipsius legis.

Quod attinet ad secundam, Panormitanus in cap.Cùm dilectus, de success.ab intest.dixit, mutuum plenè probari, cùm vnus testis de numeratione, alter de confessione testificatur, sed communis sententia est in contrarium, quam secutus est ipsemet Panorm.in c.Cum causam, de probat.Decius ibi, & alij quos commemorant Anto. Gabr. commu.concl.tit.de Probat. conclus.1.& Ioseph.Maschard. de prob. vol.2. concl.1084.num.9.& 11.& probatur ex d. cap. Cum dilectus, ibi: *Et licet vnus testis solus dixerit, se vidisse, &c. Qui tamen alij testes dixerunt, se audiuisse ipsum in præsentia Abbatis confitentem, non tanquam sufficienter probantes, &c.* Hęc de secunda.

Sequitur tertia, in qua vera & communis est sententia, testes non probare etiam summam minorem, quia ex diuersitate summarum, de qua testes deponunt, diuersitas actuum, id est, numerationum, præsumitur, argu.l.Quinquaginta.ff.de Probatio. Quod si de eadem numeratione intelligantur, non parum eis fidem minuit varietas, l.Qui falsa vel varia, ff.ad l.Cornel.de fals.& manifestum est eos non plenè deponere, nec plenè informatos esse, quo casu non credetur testi. l.Lucius, & ibi Gloss.ff.de his qui notantur infamia. Ita docent Fel.in ca. licèt ex quodam, col.3.de testib.& attest.Alex. in l.1.§.Si stipulanti.nu.6.& ibi etiam Iason.ff. de verb.obl.

Difficultatem facit, quòd Ant.Gabr.comm. concl.tit.de testib.concl.2.num.79.& Ioseph. Maschard.de Prob.vol.2.concl.1084.n.16.cōtrariæ sententiæ authores citant, Corn.in cōs. 181.n.60.lib.2.Decium in cons.100.n.4. Alcia. ad l.1.§.Si stipulanti, n.40.ff.de ver.obl. Ruin. in d.l.1.§.Sed si mihi.n.14.ff.eod. Qui quidem doctores non dicunt illud, ad quod allegantur. Imò Ruin.in d.§. Si stipulanti. nu. 25. sequitur communem sententiam supradictam, quod facit & Alciatus loco annotato, excepto eo casu quo modica esset in quantitate differentia. Quare hac in re cauendum est à Gabriel. & Maschardo

Restat quarta controuersia, vtrum iuramento actoris quantitas mutuata probetur, cùm probata est substantia, hoc est, mutuatam fuisse pecuniam. Et quidem probari, iudice tamen moderante & taxante quantitatem ab actore iuratam censuit celebris olim Bartoli.

Præce-

Præceptor & ciuis meus Raynerius Foroliuiensis in l. 1. ff. de in litem iuran. quem secuti sunt Cæpolla caut. 210. Aliquis mutuauit. Decius in l. In actionibus, col. 3. ff. de in litem iuran. & in l. Certi condictio. §. Quoniam. ff. Si cert. pet. & in cap. Sicut. col. 10. vers. Sicut statu tum de probat. & in cons. 146. & 536. col. 4. ver. Tertiò respondetur. Marsil. sing. 322. Boer. decis. 143. in fine, & 339 ad finem. Curt. Iun in l. Admonendi. nu. 239. ff. de iureiur. Crauetta de antiquitate tem. in 1. parte, cap. Vidimus & a- buo. sè. n. 9. D. meus Tiberius Decian. in cons. 32. n. 94. lib. 2.

Fundamentum est Raynerij in l. 1. & in l. In actionib. ff. de in lit. iurand. & in l. Cum furti. eod. tit. quæ leges nihil faciunt ad propositam quæstionem.

Contrariam sententiam amplexi sunt Purpuratus in d. l. Admonendi. n. 265. Io. Bolog. in d. l. In actionibus. n. 86. Fanucius in tract. de in litem iuran. in 1. parte, n. 7. 8. Isti docent actorem succumbere, nisi probet certam quantitatem, quia paria sunt, non probare, vel obscurè probare. l. Duo sunt Titij. ff. de testa. tut. Et nemini est credendum in causa propria. l. Nullus. l. Omnibus. C. de testibus. l. Exemplo. C. de Probat.

Tertia est sententia Bartoli in d. l. Admonendi. n. 40. Aut extat aliqua coniectura de quantitate mutuata, verbi causa, si probet actor certam quantitatem fuisse ab aduersario mutuò petitam, tunc obtineat Raynerij sententia, aliàs coniectura cessante, secus sit dicendum: Sequitur eandem sententiam Fanucius loco annotato, nec non Seraphinus Senensis de Priuileg. iuramenti, Priuilegio 36.

Ego quidem sententiæ popularis mei libenter adstipularer, sed vix habeo solidũ aliquod aut probabile argumentum. Nam quod profert Crauetta loco allegato, ex dolo & malitia negantis mutuũ, vt in pœnã eiusdem conuicti ex depositione testium standum sit iuramento actoris, argum. eorum quæ habentur in l. Cum de indebito. ff. de Probatio. & in l. vlt. ff. de rei vindic. hoc inquam argumentum non satisfacit, quia non videtur plenè conuictus esse mẽdacij hoc in casu is, qui negat, cùm testes de ipso mutuò non plenè deponant, & tibi non plenè deponenti, plena fides habenda non sit, vt notatur in dict. l. Lucius. ff. de his qui notantur infamia.

Quare in sententiam Bartoli libentius descendo, vt si coniectura aliqua accedat, iuramento actoris standum sit, aliâs secus. Nam quæ contractum præcedunt, multum conferunt ad cognoscendam contractus naturam, qui secutus est, l. Titia. §. 1. & ibi Iason ff. de verb. oblig. Afflict. pulchrè decis. 375.

CAPVT LII.

Mutuatus pecuniam, an statim, vt eam restituat, compelli possit?

CONtrouertitur quoque de mutuo, an statim is, qui mutuatus est pecuniam, conueniri possit à creditore, vt eam restituat. Et conueniri posse respondit Glos. Bald & Ange. ad l. Si pœnam. ff. de verb. obli.

Quorum illud est fundamentum, quod vbi dies obligationi non adiicitur, præsenti die pecunia debetur. l. Eum qui se. al. §. Quoties. ff. de verb. obli.

Sed contrariam sententiam veriorem esse iudico, eo argumento adductus, quòd homines hominum beneficiis iuuari decet, non decipi, vt inquit Iurisconsultus, in l. Sicut. §. In commodato. ff. commodati Sed si statim cogi posset debitor, deciperetur potius, quam iuuaretur. Atque hæc est communis omnium sententia. Ita Bart. Alex. & Iason ad l. Si pœnam. Deci. ad l. In omnib. oblig. ff. de Reg. Iur. Anchar. q. 38. in 2. part. Iac. Menoch. de Arbitrariis Iudicum, casu 22. Petr. Mozius de contract. tit. de Mutuo. col. 7. n. 4.

Non obstat argumentum contrariæ opinionis, quia summo Iure inspecto, statim debitor conueniri potest, sed vt contra Iuris stricti regulas multa esse pro communi vtilitate constituta respondit IC. in l. Ita vulneratus. ff. ad l. Aquil. sic & in proposita specie cõmunis vtilitas & æquitas hoc postulant, vt non statim debitor conueniri possit, sed aliquod temporis interuallum indulgendum est, quò pecunia mutuò accepta in necessariũ vsum erogetur.

CAPVT LIII.

Proponitur alia controuersia de eo, qui dixit alicui, Accipe hanc pecuniam, quisnam contractus iudicetur?

CVm quis dixit amico suo: Accipe hãc pecuniam, simpliciter nulla causa expressa, magna est dissensio inter Doctores, An videatur pecuniam mutuasse, an donasse, vel deposuisse, & quid denique statuendum sit de hac ipsa specie.

Et quidem pecuniam censeri mutuatam responderunt Cyn. in l. Incendium. C. Si certum petatur. Bart. Angel. & Castr. ad l. Cùm quid. ff. eod. tit. & Alex. ibi. n. 12. Iason n. 19. Deci. in 1. lectura, nu. 23. & in 2. lect. n. 53. Curt. iun. n. 16. Anton. Butr. in cons. 65. Ludou. Rom. in cons. 138. n. 3. & 290. n. 6.

Fundamentum est, quia pecuniæ numeratio mutuum arguere videtur, & solet argumento

l.Certi condictio.§.Quoniam.ff.Si certum petatur.l.Lucius.1.ff. Depositi. & l. In naue Lauselli.ff.Locati.

Secunda est opinio, mutuum non censeri, sed potius contractum innominatum, ex quo actio in factum detur, præscriptis verbis: Authores sunt Alciat. in d.l.Cùm quid.n.38. Roman.n.16.Zasius n.42.& idem Zasius li.2.sing. respons.c.13.

Fundamentum est ex legibus, quibus decernitur quoties minimè constat, quis contractus gestus esse videatur, præscriptis verbis, veluti ex contractu innominato, agendum esse.l.1.ff. de æstimator.act.l.1.& l.Si gratuitũ.ff. de præscript.verb. Hic autem minimè constat.

Tertia est sententia, nullũ ex hac facti specie contractum oriri, sed quoddam duntaxat ius pecuniæ repetendæ, ita Fulg. in d.l. Cùm quid.n.8.Imola in l.A Titio,n.4.ff. de verbor. oblig.

Fundamentum est, quia hæc est nuda quædam traditio, per quam nunquam dominium transfertur.l.Nunquam nuda.ff.de acquir. rer. dom.Ergo nec mutuum esse potest, nec donatio, nec alius contractus, quo dominium trãsferatur, sed videtur esse quædam traditio facta sine causa, quamobrem pecunia repeti poterit.

Quarta est sententia, depositum videri, Glo. & Baldus in l. Die sponsaliorum.§.1.ff. Depositi. Cast.in d.l.Cùm quid.n.6.Bolognet. n.93. Ioan.Coras.in fin.

Fundamentum est, quia hæc interpretatio videtur esse fauorabilior, & neutra pars læditur ex ea, vnde & recipienda esse videtur, vt docet Castr.in l.1.ff.Si quis cautio.

Quinta est sententia, donationẽ videri. Author est Iacob.Menoc.li.3.de præsum.c.34.n.7.

Primò mouetur ex l. Quod quis sciens ff.de condict.indeb. *Quod quis sciens indebitum præstat animo repetendi, repetere non potest.*, sic Iurisconsultus.

Secundò, ex regula l.1.ff.eodem, & l. Cuius per errorem, de regulis Iuris.

Tertiò, ex l.Donari. ff. de donatio. *Donari*, ait tex. *id videtur, quod nullo Iure cogente conceditur*. Vnde sic videtur in proposita specie.

Postremò, quia videtur capienda esse interpretatio contra dantem, qui poterat legem apertè dicere, ex regula l. Veteribus. ff. de pact. l.Labeo.1.ff.de contrah.emp.& capitu. Contra eum, de regulis Iuris in 6.

Ego verò sextam constituendam esse sententiam, quæ totam hanc disputationem prudentis Iudicis arbitrio committat, facilè adducor ad opinandum, duas ob causas. Altera, quia nulla lege definita est, nullóque planè solido argumento definiri potest, quo casu arbitrio Iudicis res committitur, l.1. ff. de iure deliber. Altera est causa, quia ex facti & personarum circumstantiis, coniectura sumi potest, quis contractus, quæ mens fuerit tum dantis, tum accipientis pecuniam: Aut enim est diues, aut pauper, aut cognatus, aut amicus, aut extraneus is, cui pecunia datur. Et quæ præcesserint, & quæ fuerint acta, dicta, secuta, Iudex perpendet, & ex his æstimabit ex animi sui sententia quid credat, & quid actum fuisse opinetur.

Neque ab hac sententia me abducunt argumenta superiorum sententiarum. Nam quod dicebatur ex numeratione mutuum præsumẽdum, non probatur eo §. Quoniam, qui adfertur, aut aliis textibus. Cùm & ex aliis numerationem pecuniæ fieri solere manifestum sit.

Nec contractus innominatus esse potest, cũ ad aliquod genus eorum reuocari non possit, quos recenset Iurisconsultus in l. Naturalis. ff. de Præscript. verb.

Sed nec euinci potest depositum esse. Nec enim illa est idonea collectio, fauorabilis est contractus depositi vtrique parti, ergo quod actum est, depositi nomine censetur, neç vsq; adeo fauorabile est depositum magis, quàm mutuum, aliisque contractus.

Donationem verò non esse præsumendam, notissima est assertio ex l. Cùm de indebito. ff. de Probat. & ex aliis, vt per Menoc. de arb. Iud. casu 88. Quare eiusdem opinioni subscribere non possum id negãtis, loco iã superius citato in commentariis de Præsumptionib. Et licet, si quis sciens indebitum soluat, aut nullo cogẽte iure concedat, donare videatur, non tamen efficitur ita esse præsumendum in hac specie: Cũ non constet, quam ob causam tradatur pecunia, an vt debita cùm non esset, an vt accipientis fiat, vt quid actum sit. Ac de controuersia ista satis iam philosophati sumus.

CAPVT LIV.

Contractus sitne vsurarius, cùm quis rustico mutuat ea lege, vt agrum eius colat, iusta tamen mercede?

NOn esse contractum vsurarium, cùm quis rustico pecuniam mutuat, ea lege, vt colat eius agrum certa data mercede, respondit Baldus ad l.Rogasti.§. Si tibi. ff. Si certum petatur. Et in eandem sententiam citantur Socin.sen.in l. Si quis nec causam.n.12. ff. eod.S. Antoninus in Summa, parte 2. tit. de Vsuris, c. 7.§.10.Ioan.Lupus in c. Per vestras. . vlt.nu. 39.de donat.inter vir.& vxor.& alij. Quorum illud est fundamentum, quoniam hoc in casu nihil vltra sortem accipitur. Si enim rusticus ad agrum colendum se obligat, id iusta mercede data facit. Quod si mutuanti in eo gratificatur,

tificatur, beneficium acceptum, vt decet, compensare videtur,

Sed contraria sententia videtur communior & probabilior, quia vsura contrahitur, cū quid vltra sortem exigitur, siue illud sit pecunia, siue aliud, quod pecunia ęstimari possit, c. Si fœneraueris 14. q. 3. c. Consuluit, de Vsuris. Commodum autem, de quo agitur, nempe, vt quis agrum colat, pecunia æstimari potest. Ita docuerunt Glo. & Bart. ad l. Rogasti. §. Si tibi. Ioa. Calder. Anchar. Cardinalis, Panor. in c. vlt. de Vsuris. Guido Papæ de contractib. illicitis, n. 14. D. Thomas 2. 2. artic. 2. q. 78. & ibid. Caietanus, & idem in Summa, in verbo Vsura exterior in octauo casu. Corradus de cōtract. q. 36. Sotus de iust. & iure lib. 6. q. 1. arti. 2. Pierius in Summa, in verbo, Vsura. q. 7. Nauar. in Manuali Confessariorum c. 17. n. 220. Couuar. variar. resol. li. 3. c. 2. post n. 5. vers. Verum aduersus Adrianum. Io. Bap. Lupus Geminian. ad c. Nauiganti. comment. 3. §. 1. sub. n. 42.

Ad contrariæ opinionis argumentum patet responsio, quia non est verum assumptum; Licet enim rustico iusta merces promittatur, is tamen se obligat ad id faciendum, ad quod antea non tenebatur. Non obstat, quod subiungitur, eum, qui beneficium accepit, obligatū esse ad gratiam rependendam, quia respondet S. Thomas loco annotato, duplicem esse recompensationem, vnam ex debito iustitiæ, alteram ex debito amicitiæ. Is qui beneficium accipit, tenetur ex debito amicitiæ illud recompensare. Ex debito autem iustitiæ tenetur recompensare secundùm beneficij magnitudinem. Cùm autem ex mutui datione aliquis beneficium accipit, non ea est beneficij magnitudo, vt teneatur ex debito iustitiæ, aliquid vltra sortem receptam restituere creditori. Ergo ex debito iustitiæ non tenetur mutuò accipiens ad aliquid se obligare, ad quod non tenebatur ante, & ex quo vtilitatem creditor percipiat. De debito autem iustitię loquimur, non autem amicitiæ. Cui enim dubium, si spōtè velit mutuatarius colere agrum creditoris potius, quam alterius, vt ei gratificetur, quin possit hoc facere, & hæc ab eo commoda creditor percipere?

CAPVT LV.

Tractantur duæ aliæ controuersiæ de Vsuris.

PErtinent ad materiam vsurarum duæ aliæ controuersiæ. Altera, an vsuram committere dicatur is, qui fœnori pecuniam accepit, quam & aliis fœnori dedit. Altera verò, an ad restitutionem vsurarum perceptarum teneantur vsurarij Mercatoris, Institores, Procuratores, & alij, qui eius nomine vsuras exigūt.

Quod attinet ad primam, Archidiac. in ca. Plerique, 14. quæst. 3. negat vsuram committi, quia non lucri causa, sed damni euitandi gratia, is de quo agitur, fœnus exercere videtur. Sed contrarium docuit post alios quos citat Ioa. Bapt. Lupus Geminianus ad c. Nauiganti. de Vsuris, comm. 3. §. 2. n. 32. Hoc argumento adductus. Aut hic secundus mutuator stipulatur sibi vsuras reddi, aut creditori suo, à quo scilicet pecuniam mutuatus est. Priore casu vsurarius est censendus, quia fœnus manifestè exercet, cùm pecuniæ mutuò acceptæ sit dominus. Altero verò casu stipulatio non valet, quia alteri stipulari nemo potest. l. Stipulatio ista §. Alteri. ff. de verb. oblig.

Denique in hanc sententiam communiter itum est, quàm & ipse amplector, vt si is, qui mutuò pecuniam accepit, paratus erat eam reddere creditori suo, tunc vsuram non cōmittat, quia ab alio, cui mutuat, vsuras accipere videtur, vt suæ consulat indēnitati, sicut & aliàs ex causa damni emergentis, vltra sortem aliquid accipere, inter omnes constat: secus verò, si nō erat paratus reddere creditori, tunc enim, cum pecuniæ sit dominus, eam mutuare nō potest, citra crimen vsurarum, vltra sortem aliquid quid exigēdo, quia nihil aliud est vsura, quàm aliquid vltra sortem accipere. Ita Io. Calder. in d. c. Nauiganti, Laurentius de Rodulphis ad c. Consuluit. parte 2. q. 34. nu. 49. eod. tit. Ambr. Auignattæ ad c. Salubriter. nu. 47. eod. tit. Nauarr. in Manuali confess. ca. 17. nu. 233. & Ioan. Bapt. Lupus Gemin. loco suprà citato.

Quòd verò attinet ad alteram controuersiā, Syluester Pierius in summa, in verbo Vsura. 7. q. 4. respondit, huiusmodi Institores, Procuratores & Ministros vsurarij obligatos esse ad restitutionem vsurarum in subsidium, cùm videlicet is, in cuius vtilitatē versa est pecunia, soluendo non est. Allegat l. Ex hoc edicto. §. 1. ff. de eo per quem factum erit, & c. & l. Et eleganter. §. pen. ff. de dolo. Idem respondit Host. in summa. de Vsuris, in vlt. col. ad finem. Sed Martinus Nauar. in Manuali confess. c. 17. nu. 266. & seq absolutè eos teneri respondit, & citra vllum excussionis beneficium.

Ego verò Pierij & Hostiensis sententiam, veluti æquiorem, amplector. Æquum enim est, vt primò satisfaciat principalis debitor, in cuius commodum, & vtilitatem vsuræ sunt conuersæ. Nec mouet, quòd & tales ministri videntur esse principales delinquentes, velut cooperatores, & coadiutores ad malum, & ideò teneantur ex traditis à D. Thoma. 2. 2. q. 62. artic. 7. & latius per Couu. ad reg. Peccatum. de reg. Iur. li. 6. in 2. parte relectionis. §. 12. Quia & nos dicimus eos teneri, & peccare, & delinquere, sed Iuris & æquitatis regulā sequentes,

hoc volumus, vt in subsidium teneantur, scilicèt quo ad forum externum, sicuti regulariter constitutum est in fideiussoribus & possessoribus rei oppignoratæ, vt non teneantur, nisi in subsidium, videlicet principali debitore soluendo non existente, & facilè adducor ad opinandum contrariæ sententiæ assertores intelligendos esse: quantum ad forum internum animæ & conscientiæ.

CAPVT LVI.

Constituens Procuratorem ad accipiendum mutuò pecuniam, vtrum chirographo obligetur, quo procurator profitetur se eam accepisse si de numeratione aliter non constet?

QVatuor sunt Doctorum sententiæ hac de rè. Prima dominum, qui scilicet Procuratorem constituit, non obligari. Authores sunt Bart. Castr. Alex. Bald. Ias. Corn. & Dec. ad l. 2. §. vlt. ff. si cert. pet. Felyn. in c. Cum olim. 1. nu. 3. de officio delegati, & in c. si cautio. num. 16. de fide Instrum. Tiraquel. de retract. conuent. §. 4. Glos. 6. nu. 13. Martin. Garatta in cons. 50. & alij Iurisconsulti, qui dictum consilium approbarunt, nec non Franciscus Maria Plotus ibid. in Ad itio.

Fundamentum est, quia non constat Procuratorem executum esse mandatum, hoc est pecuniam numeratā fuisse. Etsi enim de recepta pecunia extet confessio, multum tamen inter confessionē & numerationem interest. l. Si ex cautione. C. de non numerata pecun. & toto tit. C. de dote cauta non numerata. Quare Dominus non obligatur. Nam vt ex facto Procuratoris obligetur, constare debet, mandati fines diligenter impletos fuisse. l. Diligenter, ff. Mandati. l. Cura mandati. C. eod. tit. l. 1. §. Non autem. & l. vlt. ff. de exercitor. actio.

Altera est sententia, Dominum hoc in casu obligari. Ita censuerunt Salicet. in d. l. 2. §. vlt. Imola in ca. si cautio. de fide instrum. vt in l. A D. Pio. §. Sed si emptor, ff. de re iudicata. Federic. Senensis in cons. 53. Titius fecit Procuratorem, Zasius ad d. l. 2. §. vlt. & lib. 3. singul. respons. cap. 31. Viglius ad d. §. vlt. Luchinus de Curte inter consilia Martini Garattæ cons. 50. & alij sequaces. Franciscus Sarmientus libr. 3. select. interpret. c. 11.

Præcipuum fundamentū est in eo, quòd ex chirographo confessionis constare videatur, fuisse creditam pecuniam & numeratam Procuratori iuxta formam mandati. Id probatur primò ex l. Pecuniæ. C. de solutio. Secundò ex l. Lucius. §. Tutelæ. ff. de Administr. Tutor. Tertiò ex l. 2. §. vlt. C. de quadriennij præscrip. Quartò, ex argumento sumpto à verisimili, est enim verisimile Procuratorem, qui sic confessus est, verè pecuniam accepisse, argumento l. Qui negotiationem, ff. de Negotiis gestis. Et saltem post biennium confessio vires suas obtinere debet, ad instar veræ numerationis, siquidem biennio lapso, exceptio non numeratæ pecuniæ cessat. Quintò, ex Doctorum assertione in ea specie, qua fideiussor agit contra debitorem, actione mandati. Nam si per confessionem creditoris, se pecuniam soluisse probauerit, actio contra debitorem illi competit, sicuti respondit Alex. in consil. 25. libr. 5. & alij quos refert & sequitur Rolan. à Valle in cons. 27. n. 9. lib. 1.

Pro confirmatione accedat text. à Sarmiento citatus, in l. Tam mandatori, C. de non numerata pec. vbi dicitur mandatori exceptionē non numeratæ pecuniæ competere, quod argumento est mandatorem obligari ex confessione mandatarij, si enim non obligaretur, necessaria non esset exceptio non numeratæ pecuniæ.

Tertia est sententia Alciati ad d. l. 2. §. vlt. ff. si cert. pet. Hanc rem, veluti iure non definitam Iudicis arbitrio committendam esse, quod nō inscienter dixit, Tiraquello teste, loco superiùs annotato.

Postrema est sententia Petri Mozij in tract. de contractib. titu. de mutuo, rubr. de personis quæ possunt mutuare, vel nō n. 9. Priorem sententiam Bartoli, & sequacium veram esse inspecta Iuris canonici æquitate, per quam exceptio non numeratę pecuniæ semper competit. Posteriorem autem opinionem veram esse secundùm rigorem Iuris ciuilis. Vel dominum conueniri posse post biennium elapsum, antè verò nequaquam. Vel denique conueniri non posse principaliter, sed in subsidium duntaxat, scilicet excusso primum Procuratore.

Sed prætermissis distinctionibus non necessariis, verior & communior mihi videtur Bartoli sententia, & sequacium: Nempe dominum hoc in casu non teneri ex sola confessione Procuratoris. Nam quod dicitur ex confessione probari numerationem, id locum habet contra ipsum confitentem, non cōtra tertium, argumēto l. Scia. ff. ad Velleianum, l. Certum. §. Sed an ipsi. ff. de Confessis. l. Iusiurandum. C. de Testib. cum aliis à Tiraquello relatis de retract. conuen. §. 4. Glo. 6. n. 9. & à domino Præceptore meo Io. Cephalo, in cons. suo 101.

Nec obstant leges allatæ ad probandum, ex confessione probari numerationem. Nā quod attinet ad l. Pecuniæ. C. de solutio. de tali confessione illa lex non loquitur, sed de confessione Creditoris, quia pecuniam sibi debitam accepit, nec dicit textus contra tertium eam confessionem valere.

Ad

Ad l. Lucius. §. Tutelæ, respondeo, textum loqui de Tutore, cuius cōfessio meritò nocet Pupillo, & contra eum probat, quia Tutor generalem habet administrationem rerum Pupilli, eiúsque contractu, & facto pupillus obligatur. l. Post mortem. §. 1. ff. quando ex facto Tutoris l. Eum qui. §. Si actori. ff. de constituta pec. l. Apud Iulianum. §. Si Cōtractum. vers. Ego puto. ff. ex quibus causis in possessionem eatur. in illis verbis, *Quasi cum eo* (Pupillo) *contractum sit*.

Ad l. 2. §. vlt. C. de quadriennij præscript. respondeo, illud ibi specialiter constitutum esse in Procuratore fisci, quod proinde non est trahendum ad alios, vt declarat Deci. in d. l. 2. §. vlt. ff. si certum petatur. & probatur ex eo quod text. dicit, eum, qui Procuratoris fisci apocham habet, plenissimam securitatem consequi, cum nemo regulariter ex apocha plenissimam habeat securitatem, propterea quod exceptio non numeratę pecunię obiici potest, iuxta l. In contractib. D. de non nu. pec. Præterquam, quòd Procurator fisci generale mandatum habet administrationis rerum fiscalium, cùm de tali procuratore generali nostra non adsit disputatio.

Argumentum a verisimili non obstat contra dominum, qui mandatum dedit, sed tantum contra Procuratorem facit, nec illud argumentum in hac specie magnas habet etiam vires, quia inter confessionem & numerationem præclara est legum distinctio, qua sanè non indigeremus, si argumentum hoc efficeret, vt ex confessione probaretur numeratio, atque ita cogeretur debitor probare, se non accepisse, quod confessus est, contra l. Asseueratio. C. de non numerata pecunia, & alias cōcordantes. Similiter & contra confitentem locum habet, quod de lapsu biennij post confessionem dicitur, non autem contra tertium.

Postremum verò argumentum de Fideiussore facilè dissoluitur. Cur enim fideiussor confessionem habens creditoris mandati non ageret aduersus debitorem, cum ex ea confessione ipse debitor liberetur, & sic manifestè commodum percipiat?

Ad textum denique in l. Tam Mandatori, respondeo, non obstare huic sententiæ, nam loquitur de mandatore, qui alterius obligationi accedit, ad instar Fideiussoris. Vnde si principalis debitor exceptionem habeat non numeratæ pecuniæ, & ipse mandator habet. & consequenter, confessio debitoris elapso biennio mandatori præiudicat. De tali mandatore nostra non est disputatio, sed de procuratore constituente. seu mandatum dante ad accipiēdum mutuam pecuniam. Hic mandans est principalis, eiúsque nomine, & mandato contractus geritur, quamobrem mandati ipsius forma seruanda est, & ita demum obligatur, si fuerit seruata. Nec ea licentia concedenda est exequenti mandatum, vt vel colludendo, vel decipiendo, vel dolosè agendo mandatum obligari possit.

CAPVT LVII.

Explicantur tres aliæ controuersiæ de eadem re.

CÆterum sunt & aliæ cōtrouersiæ ad eandē facti speciē pertinētes. Prima, Vtrum idem sit statuendum, si Procuratoris confessio fiat præsente iudice, & autoritatem interponente.

Secunda, quid si Procuratorem constituens iuret, se ratum habiturum quicquid ab eo gestum fuerit.

Tertia, quid si procurator constituatur ad accipiendum mutuò pecuniam, & confitendū se accepisse. De singulis ordine disseremus.

Quod attinet ad primam, Iason in l. 2. §. vlt. ff. si certum petatur, authoritate Angel. adductus ad l. 2. C. de prædiis curialium lib. 10. respondit, Procuratoris confessionem domino præiudicare, quasi ex iudicis præsentia & authoritate numeratio facta esse præsumatur.

Sed contrariam sententiam habuit Franciscus Maria Plotus in addit. ad Martin. Garat. consil. 50. n. 30. ea ratione adductus, quod præsumptio, quæ oritur ex Iudicis decreto, cesset, quoties ex instrumento apparet, solennia non interuenisse. Quod sanè argumentum non videtur satis firmum, quia in proposita specie non apparet ex instrumento, numerationem non interuenisse. Nihilominus tamen sententia Ploti contra Iasonem videtur mihi probabilior. Nam Iudicis decretum istud efficere, vt præsumantur omnia solenniter acta, & dolus abfuisse, omnibus est in cōfesso. Sed non ita constat, nec vlla est lex tale aliquid dicens, numerationem factam præsumi ex confessione coram Iudice facta.

Quod attinet ad secūdam, idem Iason loco superius annotato respondit, dominum obligari ex confessione Procuratoris, authoritate Pauli Castr. in consi. 407. lib. 1. Eandem sententiam sequitur Alciatus d. l. 2. §. vlt. motus ex traditis per Ant. Burr. & Felyn. in cap. Cum olim. 1. de officio delegati, & ne alioqui videatur, ea clausula esse superuacanea.

Sed contrariam sententiam amplexus est Deci. in d. l. 2. vlt. num. 35. & Franciscus Maria Plotus, loco annotato. Quibus & ipse adstipulor. Nam clausula ratihabitionis tacitè inest mandato Procuratori dato, vt dicebat Glos. in l. Si procuratorem. in verbo, Ratum. ff. de Procurator. Iuramentum verò nihil operatur contra intentionem iurantis l. Vltima. C. de non numerata pecunia. Hæc est autem

intentio iurantis, vt non aliter obligetur, quàm si pecunia procuratoris numeretur.

Non obstat Pauli Castrensis authoritas in d. cõs. 407. quia loquitur in ea specie, qua Procurator constitutus fuit in rem suam, ad vtilitatem scilicet sui ipsius, non autem ad vtilitatem mandantis. Sed præstat verba Castrensis subiicere, quò hæc responsio melius intelligatur: *Maximè autem me monet*, inquit Castrensis, *quia iste non constituit Procuratorem ad vtilitatem ipsius constituentis, sed procuratoris, vnde non tam restringitur iuramentum, sicut si ad vtilitatem suam constituisset, videlicet, vt pro ipso constituente pecuniam reciperet. Tunc enim ne constituens defraudetur, &c. subintelligeretur conditio, si verè pecuniam reciperet. Sed postquam hoc fecit ad vtilitatem Procuratoris, licet reuera non totam pecuniam receperit, non defraudatur constituens, tenet enim magis locum fideiussoris, vel mandatoris, quàm principalis. l. quamuis. §. si non essem. ff. ad Velleianum. Vnde non magis pertinet ad ipsum constituentem, qui tunc insolidum pecuniam promisit, quàm si reuera totum recepisset.* Hæc ferè Castrensis, cuius doctrina (vt obiter hoc dicam) confirmatur responsio allata in superiore capite, ad l. cam mandatori. C. de nõ numerata pecu. Nam Castr. ibi docet differẽtiam esse, vtrum constituens procuratorem locum obtineat fideiussoris, vel mãdatoris, an verò principalis, in cuius scilicet vtilitatem & commodum contractus, qui geritur, cedat. Priori casu ex confessione Procuratoris mãdans obligatur, quia est veluti fideiussor ipsius Procuratoris, qui procul dubio ex confessione sua tenetur. Posteriore autem secus, quia mandans obligari non debet, nisi probetur pecuniæ numeratio.

Non obstat argumentum Alciati ex traditis per Ant. Butr. & Felin. quia nec de specie nostra loquuntur, nec dicunt illam clausulam ratihabitionis eum effectum producere, quem ipse intendit.

Argumentum denique à superfluitate nihil obstat. Nam etsi ea clausula id non efficiat vt mandans obligetur ex confessione procuratoris, non tamen superflua iudicari debet, cum mandantis intentionem disertè exprimat, omnemque prorsus auferat dubitationem.

Quod verò attinet ad tertiam controuersiã, duæ sunt contrariæ doctorum sententiæ. Prima. Dominum mandantem, etiam hoc in casu non obligari, si non constet de vera & reali numeratione facta. Ita Bart. Deci. & Socin. iun. in d. l. 2. §. vlt. ff. si certum petatur, Martin. Gorattus, & cæteri subscribentes in d. consil. 50.

Fundamentum est in eo, quòd illa verba mandati, *& ad confitendum se recepisse*, ex præcedentibus adiunctis declarari debeant, vt nimirum mandans teneatur, si probetur pecuniam fuisse numeratam. Solent enim verba subsequentia ex præcedentibus declarari, l. vlt. §. cui dulcia. ff de vino, tritico & oleo legato.

Altera est sententia, mandantem hoc in casu teneri ex confessione, ita docuerunt in comment. d. §. vlt. Bald. Salic. Fulgos. & Corn. Nec non Alexan. & Iason, & præter hos Rom. in l. Prædia. ff. de acquiren. possess. Ang. & Castr. in l. si debitorem. ff. de nouatio. Franciscus Maria Plotus loco prius citato, n. 28.

Fundamentum est, quia nisi ita diceremus, superuacanea omnino esse videretur illa clausula mandati: *Et ad confitendum se recepisse.* Sed valdè infirmum mihi videtur, quia non ea mandantis mens esse intelligitur, vt procurator confiteatur se recepisse, si verè pecuniam non recipiat, sed ea mens fuisse intelligitur, vt cum reuera pecuniam receperit, exponat etiam confessionem, & chirographum de recepta pecunia, pro cautione creditoris, & ideo priori sententiæ magis accedo, cuius fundamentum videtur mihi solidius & firmius.

CAPVT LVIII.

Mutuatus argentum non signatum an creditori inuito pecuniam reddere possit.

INter doctores nostros non parua est cõtrouersia hac de re. Etenim eum, qui argentum nõ signatum mutuatus est, reddere pecuniam inuito creditori non posse, censuerunt Glossator antiquus, cuius meminit Accursius in l. 2. §. mutui datio. ff. si certum petat. in verbo, creditum. & ibid. Iacob. Butrig. & vterque Salicetus, teste Aretino, nec non Petrus & Cyn. ad l. si quis argentum. C. de donat.

Fundamentum est, quia aliud pro alio inuito creditore solui non potest. l. 2. §. 1. ff. si cert. petat. Et Paulus respondit: *Creditorem non esse cogendum in alia forma nummos accipere, si damnum ex eo sit passurus.* l. Paulus respondit creditorem, ff. de solutio. Et damnum pati videtur, qui suæ non satisfacit voluntati. l. vlt. ff. de vsu & habitatio.

Cæterùm contrariam sententiam habuerũt Accursius in d. l. 2. §. mutui datio, & eodem in loco Alex. Iason, Decius, Alciatus & Zasius.

Argumenta sunt ista. Primùm ex l. si quis argentum. C. de donatio. vbi probatur donantem argentum satisfacere posse præstando æstimationem. ibi: *Siue in ipsa æstimatione, qua pro massa rudi, &c.*

Secundum ex l. 1. §. vlt. ff. de auro & argent. leg. & ex l. Cùm certum auri, & l. cum aurum. §. Proinde, ff. eod. Quibus in locis dicitur, argento legato hæredem soluendo æstimationem liberari.

Tertia

Tertia eſt ſententia Bartoli, in dict. §. mutui datio. *Si debeo tibi maſſam argenti* (inquit Bartolus) *ſoluere poſſum argentum in forma, ære non contaminatum eiuſdem liga, quòd tamen verum eſt, quando argentum tantam vtilitatem affert in forma, quantam in materia. Sed ſi propter commiſſionem alterius æris, vel propter formam, minùs vtilitatis afferret in forma quàm in materia, tunc non poſſet ſolui.* Sic Bartolus.

Quarta opinio ex Caſtrenſis diſtinctione colligi poteſt. *Aut volo* (inquit Caſtrenſis) *reddere tot argenteos, quot fiunt ex vna libra argenti,* (quam ſcilicet mutuo accepi) *puta fiunt centum cum miſtura æris, & poſſum hoc facere inuito creditore, licet ſint ære contaminati, quia non efficitur conditio creditoris deterior, cùm poſſit eos reducere ad maſſam, & deducto ære habebit libram argenti puri ſicut mutuauit. Aut volo reſtituere tot argenteos, quot pondera vna libra argenti, quam mutuaui, & tunc ſi non ſunt ære cõtaminati poſſum, aliàs ſecus. Quia ponderaretur æs cum argento, & ſic non haberet libram argenti puri mutuati. Aut volo reſtituere tot argenteos, quot ponderat vna libra argenti mutuati. Puta ſexaginta argentei in forma, valèt vnam libram argenti puri, licet non ponderent vnam libram, & hoc quando propter expenſam formæ,* (ſcilicet cudendi) *datus eſt maior valor extrinſecus, quàm ſit bonitas intrinſeca. Et tunc non cogetur creditor accipere pecuniam, etiamſi non ſit ære contaminata.* Hæc ferè Caſtrenſis.

Quinta opinio ſtatui poteſt ex diſtinctione Socini ſenioris, quam ſecutus eſt nouiſſimè Comes Federicus Scotus in dict. §. Mutui datio. & ſequentibus concluſionibus continetur.

Prima concluſio. Pecunia eiuſdem bonitatis reddi poteſt creditori ſi appendatur, non habita ratione formæ, ſed ponderis & materiæ. Ratio eſt, quia tunc pecunia conſideratur tanquam argentum non ſignatum. Conſequenter reddi poteſt pro argento non ſignato.

Secunda concluſio. Pecunia reddi non poteſt ad numerum, quanquam ſit eiuſdem ponderis cum argento mutuato. Aliud eſt enim eo caſu, quàm argentum mutuatum. Aliud autem pro alio inuito creditore ſolui non poteſt.

Tertia concluſio. Cùm pecunia nõ eſt eiuſdem æſtimationis, quoad materiam, ſeu bonitatem intrinſecam, licet valore extrinſecus impoſito æquiualeat æſtimationi argenti mutuati, non poteſt tamen reddi inuito creditore. Ratio eſt, quia creditoris conditio eſt deterior. Non enim habet argentum eiuſdem bonitatis intrinſecæ. Quare ſi vellet pecuniã datam, ad argenti maſſam reducere, damnum ſẽtiret. Conſequenter non cogitur accipere. l. Paulus reſpondit. ff. de ſolutio.

Quarta concluſio. Reddi non poteſt creditori inuito pro argento melioris notæ, argẽtea pecunia ære contaminata, vel aliàs deterioris notæ, licet eiuſdem æſtimationis, & reſarcire paratus ſit creditori damnum, quod ex contaminatione pati poteſt. Ratio eſt, quia in ſeparando ære ab argento, requiritur ſumptus.

Sed huic concluſioni contradicit Alciatus. Exiſtimat enim ſatis fore, ſi debitor creditorẽ ſeruet indemnem, & refuſionis impendia, & omne detrimentum reſarciat, ita vt eatenus liberetur, quatenus Zygoſtatæ iudicio, id eſt, examinis ponderum præfecti, deliquato ære compererit argenti creditori.

Ipſe opinor eorum ſententiam probabiliorem eſſe, qui exiſtimant, pro argento non ſignato, reddi poſſe ſignatum, ſi modò eiuſdem ſit ponderis & bonitatis, neq; vlla æris admiſtio ſit, ita vt creditoris non interſit.

Moueor, quia hoc in caſu nõ ſoluitur aliud pro alio, ſed idem, quia aurum & argentum functionem in genere ſuo recipiunt. Et ſufficit reddere creditori tantumdem æquè bonum. l. cum quid. ff. ſi certum pet. Et cum creditoris non interſit, non refragatur, imò ſuffragatur l. Paulus reſpondit. ff. de ſolutio.

Quod verò attinet ad concluſiones Socini, ſecunda concluſio parui momenti eſt, vt ante me Viglius animaduertit in prælect. ad d. l. 2. ff. ſi cert. pet. Ponit enim Socinus primam cõcluſionem: Reddi poſſe argentum ſignatum pro maſſa mutuata, ſi modò pondere æquiualeat maſſæ mutuatæ. Deinde negat in ſecunda reſtitutionem poſſe fieri, ſi debitor reddere velit pecuniam ad numerum, licet numerus ſit tantus, qui pondus argenti mutuati æquet. Eſt hæc res modici momenti, quia ſi creditor recuſet accipere ad numerum, ſtatim debitor dabit ad pondus, & ceſſabit omnis difficultas.

Denique doctores mihi videntur in vno cõuenire, & in duob. diſſentire. Conueniunt omnes: ſolui poſſe pecuniam ſignatam, ſi pondere & bonitate reſpondeat argento mutuato. Rectè; quia, vt dictum eſt, tantum accipit hoc in caſu creditor, quantum dedit, effectu.

Diſſentiunt autem primum in eo, quod argentum ſignatum etiam ære contaminatum ſolui poſſe inuito creditore Caſtrenſis docet, quoniam reduci poteſt ad maſſam deducto ære. Alexander autem contradicit propter impenſam, quæ in ſeparando ære fieri debet. Rectè, iudicio meo, quia tunc creditor damnum pateretur.

Secundò diſſentiunt in eo, quòd Socinus negat ſolui poſſe argentum ære contaminatum, licet damnũ reſarciatur creditor. Fratus autem repugnat. Rectè, quia ſatisfit credi-

tori ex eo argento, quod iudicio præfecti, & liberatoris remanet, deliquato ære ac sublato, scil. impensa reductionis à debitore suppeditata: ne quid damni prorsus creditor patiatur.

CAPVT LIX.

De conciliatione l. Naturalis. §. 1. ff. de præscript. verb. & l. vlt. ff. de condict. causa data.

IVrisconsultus Paulus in l. Naturalis. §. 1. ff. de præscript. verb. pugnare videtur cum Iurisconsulto Celso in l. vlt. ff. de condict. causa data. Ait Paulus: *Et si quidem pecuniam dem, vt rē accipiam, emptio & venditio est.* At Celsus: *Dedi tibi pecuniam, vt mihi Stichum dares, vtrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis est? an & hic nulla alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? In quo proclivior sum.*

Antiquus interpres, cuius meminit Accurs. ita conciliat. Vt Celsus loquatur, cùm pecunia in specie datur, hoc est, certa species pecuniæ. Paulus autem, cùm datur pecuniæ quantitas simpliciter. Azo autem dicebat, Celsum loqui cum ita conuentum est, vt ex vna parte res detur, ex alia pecunia. Non est venditio, sed contractus innominatus eo casu, quia venditor nō tenetur dare, hoc est dominium transferre, sed tradere. l. 4. ff. de vsuris. Paulum autem loqui, cùm pecunia datur, vt res tradatur. Verbum enim *accipere* commune est, potéstque accommodari, tam ad dationem, quàm ad traditionem. Eandem sententiam secuti sunt Bart. Castren. Iason & cæteri Doctores in d. l. vlt. Nec non Zasius in Antinomiarum solutionibus. parte 2. col. 2.

Cæterum Corasius lib. 2. Miscellaneor. cap. 9. ab his dissentit, & Pauli responsum accipiēdum putat, cum pecunia precij nomine, siue tanquā precium datur. Celsi autem respōsum, cùm pecunia simpliciter datur, non loco precij. Sed ante Corasium idem docuit Alciatus ad l. 2. n. 24. ff. si certum petatur. quem secutus est Federicus Scotus ibid. n. 130.

Sed continet meram diuinationem hæc solutio. Vnde magis probatur sententia proximè relata, quæ ab impugnatione Corasij facilè defendi potest.

Nam primò dicit Corasius se non putare, Iurisconsultos tam superstitiosè insectatos scrupulosas verborum significationes. Respōdeo, differentiam inter verbum dare, & tradere perpetuò obseruatam a Iurisconsultis. §. Sic itaque. Inst. de act. l. 4. ff. de Vsur. & alibi.

Secundò dicit Corasius, verbum *accipere* importare dominij translationem, vt patet ex d. l. Naturalis §. 1. ibi: *Si rem do, vt rem accipiam, permutationem esse.* Verbum *accipiam*, importat translationem dominij propter illa verba: *Si rem do.*

Respondeo, verbum *accipere* secundùm materiam subiectam accipiendum. Quare eo in loco denotat dominij translationem, quia id exigit materia subiecta. Alibi non idem importat vt in sequenti casu, quia emptio & venditio non id necessariò exigit.

Tertiò ait Corasius, verbum *dare* ad venditorem relatum non inducere dominij translationem. l. si stipulatus. ff. de vsuris. Respondeo in specie d. l. si stipulatus, contractum venditionis præcessisse, ex quo venditor obligatus esse dicitur ad tradendum. Vnde si sequatur stipulatio: *Rem dari*, præcedentem obligationem non nouat, quia non est verisimile plus venditorem ea stipulatione promittere voluisse, quàm iudicio empti præstare teneretur.

CAPVT LX.

Vtrum mulier renunciare possit Senatusconsulto Velleiano?

VTrum mulier beneficio Senatusconsulti Velleiani renunciare possit, non eadem est omnium sententia. Negant eam renūciare posse Bartol. Bald. Alberic. Paulus Castr. & Salic. ad l. vlt. §. vlt. ff. ad Velleianum. Cyn. & Angel. ad l. vlt. C. eodem tit. Angelus Aret. in §. itē si quis in iudicio, n. 20 instit. de except. Abb. & Felyn in cap. si diligenti, de foro compet. ille n. 14. iste n. 9. Seraphin. Senensis de priuilegiis iuramenti. Priuilegio 99.

Fundamētum est, quia eadem facilitate, qua mulier inducitur ad fideiubendum, & se obligandum, moueri videtur etiam ad renunciandum, argum. l. doli. §. diuersum. ff. de nouatio. d. l. vlt. C. de pactis pign. & l. mulier. 2. C. ad Velleian. vbi dicitur, secundam mulieris fideiussionem ante lapsum biennij nihil sibi præiudicare, quoniam adhuc eadem consequentia suę fragilitatis in secundam iacturam inciderit.

Cæterum affirmant mulierem renunciare posse Glo. Odoffre. & Fulg. in d. l. vlt. §. vlt. Azo in summa. C. eod. tit. Hostien. in summa, de fideiuss. §. mulier. Zasius singul. responsor. libro 2. cap. 18. Iacobus Cuiacius obseruatio. lib. 20. cap. 34.

Argumenta sunt ista. Primum ex l. vlt. §. vlt. ff. ad Velleian. ibi: *Cauere debebit, exceptione* (scilicet Velleiani) *se non vsuram.*

Secundum ex l. vlt. C. quando mulier tutelę officio fungi possit. ibi: *Et renunciare Senatusconsulti Velleiani præsidio.*

Tertium argumentum ex antiqui iuris regula. Omnes licentiam habere, his, quæ pro se introducta sunt, renunciare. l. penult. Co. de pactis.

D. Stin-

Distinctione vtuntur idem Bartol. in d. §. vlt. Imola in c. Ex rescripto, de iureiur. Couuar. in c. Quamuis, de Pactis, lib. 6. in 2. part. §. 3. n. 4. & 5. & Antonius Gomesius variar. resol. tit. de Contract. cap. 13. n. 17. Aut renunciat in iudicio, aut extra iudicium. Priore casu valet renunciatio: Posteriori nequaquam.

Alia denique vtuntur distinctione Decius & Alciatus ad l. pen. C. de Pactis: Aut in eodem instrumento, quo mulier se obligat pro alio, renunciat Velleiano, & non nocet renunciatio, Aut ex interuallo temporis post obligationem, & valet.

Ego verò sententiam eorum amplector, qui affirmant renunciationem valere, euincitur enim satis clarè legibus & argumentis superius allatis.

Nec quicquam facit illa ratio, quòd mulier renunciare videatur eadem fragilitate, quia sibi imputet. Neque enim inuito beneficium confertur.

Nec fundamẽtum solidum habet ea distinctio, vtrum in iudicio, vel extra iudiciũ mulier renunciauerit. Quia l. vlt. §. vlt. ff. ad Velleian. non loquitur de renunciatione in iudicio facta. Ita enim habet: *Cauere debebit exceptione se non vsuram, & sic ad iudicem ire.* Nihil autem prohibet, quin ea verba accipiamus tam de cautione extra iudicium, quàm in iudicio.

CAPVT LXI.

Explicantur duæ aliæ controuersiæ de eadem re.

SEd dato, quòd in obscuro sit, an renunciatio valeat, de qua in præcedenti capite disputatum est. Suboritur alia controuersia, an valeat, si iuramẽto sit corroborata. Et sunt qui opinentur non valere, quia iuramentum sequitur naturam actus, cui adiicitur, l. vlt. C. de non numer. pec. ita Glos. in Auth. Si qua mulier. in verbo, Nullatenus. C. ad Velleianum. Grammaticus decis. 76. nu. 20. vbi alios citat, quibus ego non assentior, authoritate text. in c. Ex rescripto, de Iureiur. vbi S. Pontif. de Muliere; quę fideiusserat fide præstita (loco iuramenti) verba faciens, ait eam esse cogendam, vt conuentionem adimpleat.

Atque ita docent Bauerius in tract. de virtute Iuram. in 17. effectũ. Corsett. ad rubr. de Iureiur. priuil. 17. Glos. & Abbas in d. c. Ex rescripto. Tiraquell. ad l. Si vnquam. in præf. n. 136. C. de reuoc. donat. Couuar. ad c. Quãuis, de pact. lib. 6. part. 2. §. 3. n. 5. Seraph. Senens. de priuileg. Iuramen. Priuil. 99. Non obstat argumentum contrariæ sententiæ, quia l. vlt. C. de non numerata pecun. loquitur in ea specie, in qua deficit consensus iurantis, quo casu nõ magis obligatur, quàm si absque iuramento promitteret, sicuti declarat Bartol. in l. Si quis. pro eo. ff. de fideiuss. & Iason in l. Si conuenerit. ff. de Iurisdict. omn. Iud.

Denique est controuersia inter Doctores, an si mulier pro alio obligetur, Iureiurando interposito, non tamen renunciando Senatusconsulti beneficio, Vtrum efficax sit obligatio, nec iuuetur ea exceptione. Etenim exceptionem ex Senatusconsulto hoc in casu mulieri se obliganti competere, Athores sunt Io. Andr. in Additio ad Specul. tit. de renunciatio. col. 3. Imola & Aret. ad l. Sciendum. ff. de verb. oblig. Iason in Auth. Sacramenta puberum. n. 56. C. Si aduersus venditionem. Couuar. alios citans in d. c. Quamuis. part. 2. §. 3. num. 5.

Fundamentum autem est, quia iuramentum non porrigitur ad incognita & incogitata. c. Veniens. c. Quintauallis, de Iureiur. Sed mulier præsumitur ignorare vim Senatusconsulti Velleiani, argumento l. Si emancipata. C. de Iuris & facti ignorantia. l. In bonorum. ff. cod. tit. & eorum, quæ notantur in l. Iuris ignorantia. C. Qui admitti, & c. Ergo non præsumitur mulier de eo Senatusconsulto cogitare & consequenter iuramentum ad illud non porrigitur.

Sed contraria sententia mihi videtur facilè euinci, ex d. c. Ex rescripto, de Iureiur. vbi mulier fideiubens obligatur efficaciter propter iuramentum, nec vlla sit mentio renunciationis factæ Velleiano. Facit ab hac sententia, quod habetur in c. Quamuis. de pact. lib. 6. & in c. Cum contingat. eod. tit. Atque ita docent Bart. in l. Si quis pro eo. nu. 11. ff. de fideiuss. & in Authen. Sacramenta puber. C. Si aduersus venditio. & ibid. Angel. & Castren. Abbas, Imola & Felin. in d. c. Ex rescripto. Idem Felyn. & Anton. Butr. in c. Si diligenti, de foro competenti. Ant. Burgos in c. penult. num. 36. de empt. & vend. Tiraquell. alios citans ad d. l. Si vnquam. in præfatione. num. 131. & de leg. connubial. Glos. 5. n. 148. Ant. Gomes. de contract. cap. 13. ante n. 18.

Non obstat argumentum contrariæ sententiæ, quia vinculum iuramenti præualet omnibus Iuris Ciuilis sanctionib. propter religionem, vt patet ex d. c. Cùm contingat. & ex d. c. Quamuis, & ex aliis locis. Verum quidem est iuramentum non esse porrigendum ad incogitata & ignorata, sed hic mulier cogitabat se obligare, & scire debebat, iuramentum non esse violandum. Quod verò ignoraret Senatusconsulti beneficium, id ei non suffragatur, sicuti neque in specie d. c. Cùm cõtingat, neq; in specie d. c. Quamuis, nec in similibus casibus, quibus iuramentum interponitur, iuris ignorantia prodest. Huc accedat quod dicit l. vltima C. de Iu. & facti igno. Mulieri ius ignoranti non esse subueniendum, præ-

terquam in casibus expressis. Nullibi autem expressum est, mulieri ius ignoranti, contra præstitum iuramentum subueniri oportere.

CAPVT LXII.

Vtrum Senatusconsulto Macedoniano renunciari possit.

Filiumfamilias renunciare non posse exceptioni Senatusconsulti Velleiani, communis est doctorum sententia. Ita Glos. & Bart. in l. Tametsi, 13. ff. ad Macedon. Couuar. ad c. Quamuis, de pactis. lib. 6. in 2. parte, §. 3. num. 4. Antonius Gomes. de contract. cap. 6. n. 2. Petrus Mozius de cõtract. tit. de Mutuo. n. 19.

Fundamentum est satis firmum in d. l. Tametsi. vbi Iurisconsultus; *Tametsi non opposita exceptione condemnatus fuerit filiusfamilias, eum tamen Senatusconsulto iuuari posse respondit.* Ex quo sumitur argumentum renunciationem non valere, si enim efficax esset, exceptione non opposita filius fam. non iuuaretur, quasi videretur ei beneficio renunciare.

Confirmatur hęc sententia, quia Senatuscõsultum Macedonianũ respicit publicã vtilitatem, ne videlicet filiifam. corrumpantur, vt in l. 1. ff. eod. Quare priuatorum pactis renunciari non potest, l. Si vnus. §. Pacta, & l. Iurisgentium. §. Si paciscar. ff. de pact.

Sed contrariam sententiam defendit Zasius lib. 2. singular. responsorum, cap. 18. cuius argumenta, quantum habeant momenti, dispiciendum est.

Primò sic argumentatur. Filiusfa. ex omnib. contractib. obligatur. l. Filiusfam. 38. ff. de act. & oblig. Ergo etiam ex mutuo obligatur, si Macedoniano renunciauerit.

Respondeo, nego consequentiam, quia iustas ob causas eo Senatusconsulto prospectum est ne obligetur, vt in l. 1. ff. eo. quæ sanè prouisio elusoria redderetur, si valeret renũciatio.

Secundum argumentum. Exceptio Macedoniani filiofam. datur ad similitudinem Velleiani cuius exceptio competit mulieri. Ergo sicut Velleiano mulier renunciare potest, ita & filiusfam. Macedoniano.

Respondeo: Rationem esse differentiæ, quia Velleiano consulitur fragilitati mulierum. At Macedonianum bonis morib. prospicit, ne videlicet filiifam. corrumpantur. Quamobrem priuato commodo mulier renunciare potest. Sed filiusfam. nequaquam iuri publico derogare potest.

Tertium argumentum. Filiusfam. in foro conscientiæ, vt vocant, peccat, si mutuum non restituat. Ergo renunciare potest exceptioni quam habet ex Macedoniano. Respondeo, negando consequentiam.

Quartum argument. Odiosa est exceptio Macedoniani: Ergo ei renunciari potest. Respondeo, negando consequentiam, quia si renũciari posset, & inanis esset prouisio, & filiorumfa. corruptioni aditus aperiretur, & occasio delictorum inde nasceretur, quod præcauere in animum induxit legislator. Vnde quod recta via prohibitum est, non debet per obliquam extorqueri. c. Cùm quid vna via, de reg. iur. lib. 6. de Macedoniano loquens Imperator in §. Illud. in Inst. quod cum eo qui in aliena potestate, ita dicit: *Quæ ideo Senatus prodijt, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum insidiabantur.*

Sed maior controuersia est, cùm filiusfamilias mutuũ contrãhit iuramẽto interposito, an locũ habeat Senatusconsulti exceptio. Etenim variæ ac diuersæ sunt doctorum sententiæ.

Prima Bartoli in l. Si quis pro eo. n. 10. ff. de fideiusso. iuramentũ esse seruandũ, & ideo impetrandam esse absolutionem à iuramento, vt non cogatur soluere, aut si soluerit, repetat soluta. Bartolum sequitur, (obiter tamen) Alciatus in c. Cum cõtingat. num 126. de iureiur.

Fundamentum autem vix intelligi potest aliter, quam ex verbis eius. *Quartò*, inquit Bartol. *prohibetur contractus in odium creditorũ. Isto casu videtur, quòd iuramentum sit seruandum, vt extra de Pignorib. c. Significante, vbi videtur, quòd pactum legis commissoriæ in pignoribus, quod est reprobatum odio creditoris, si iuramentum ibi apponatur, esset seruandum. Et aduerte, dico iuramentum esse seruandum, non dico, quòd pactum confirmetur per iuramentum, vt videtur tenere Inno. in d. c. Hoc est magni effectus propter multa. Primò, quia statim cum ego obseruaui iuramentum meum, ego sum absolutus à iuramento meo, & apud creditorem remanebit res sine causa. Et ideo poterit ille, qui iurauit petere, quòd liberetur vel absoluetur à iuramento, si remaneret obligatus, vel poterit agere contra creditorem condictione sine causa. Exemplum, quando quis iurauit se soluturum vsuras, quod pactum est prohibitum odio creditoris. Si istud pactum potest impleri soluendo, etsi impleatur, poterit debitor repetere. Sed si non haberet implementum, vt si iurasset se non repetiturum, si non potest impleri totaliter, peteret debito se absolui à superiore ab illo iuramento, vt in c. Debitores, de iureiur. Et ideo dico, quòd si filiusfam. renunciet Macedoniano, ipse posset soluere propter timorem iuramenti, & postea condiceret., Vel posset petere se absolui ad cautelam.* Huc vsque Bartol.

Secunda est opinio Abbatis Panor. in c. Cũ cõtingat, de iureiur. n. 22. Iuramentum hoc in casu nõ obligare, & ideo absolutione opus nõ esse: Ratio est, quia videtur esse contra bonos

mores, & occasionem dare peccandi & delinquendi.c.non est obligatorium, de regul. iur. lib.6.

Tertia est sententia, filiumfam. iuramento obligari ad soluendum, & si soluerit, repetere non posse. Absolutionem autem petendam, si eo in loco, quo mutuum contractum est, soleant filijfa.eam ob causam facile corrumpi, & inde aliqua mala exoriri. Ita Anton. Butrius & Imola in d.c.cùm contingat.n.67. Corneus in auth.Sacramenta puberum.n.31.C.o. si aduers. vend.Couuar.ad c.quamuis, de pactis.lib.6.in 2.part.§.3.n.4.

Fundamentum est, quia iuramẽtum est hoc in casu interpositum ad confirmandum contractum, & obligationem per se non iniustam, neque in alterius aut animæ præiudicium vergentem. Consequenter seruandum est, vt in d. c.cùm contingat, de iureiur.& alibi.

Quarta est opinio, viuente patre filiumfam. iuramento non obligari, ne scilicet insidietur potentum vitæ. Mortuo autem patre, quasi ratione cessante, filiumfam.obligari. Ita Ioa. Faber in §. quæ diximus.Inst. quod cum eo, qui in aliena potestate est, &c. sequitur Anto.Gomes.de contract.cap.6.

Postrema est sententia Petri Mozij in tract. de contractib.tit.de Mutuo.n.17. filiumfa.non obligari iuramento, si de magno eius præiudicio agatur. Idq; probat multis authoritatibus, quibus immodicè læsis succurrendum dicitur. Quod sanè quãtum ad rem faciat, ipse viderit.

Mihi sanè eorum sententia probabilior videtur, quam tertio loco retuli. Nam quod attinet ad Bartoli sententiam, inprimis memoria lapsus est, dum dicit repeti posse solutam pecuniam, cum doceat contrarium. l. sed etsi pater.§. vlt.ff.ad Macedonianum. Deinde negat contractum confirmari posse iureiurãdo, quod vix concedi potest, cùm ipse mutui contractus licitus sit, & iuris tantum ciuilis regulis infirmetur, quo casu iureiurando cõfirmari probat.c.quamuis.de pactis, li.6. Nec sanè video nostris temporibus eam occasionem dari filiisfa. vt parentum vitæ insidientur, sicut olim, quod si in eo loco, vbi contractus geritur, talia facinora committantur, absolutione impetrata à iuramento locus esse poterit exceptioni.

Alia denique est controuersia, An filiusfam. in foro animæ teneatur reddere mutuò acceptam pecuniam creditori. Et si quidem nullũ ex iis malis secutum sit, ob quæ Senatusconsultum factum est, filiumfam. teneri dixerunt Innocent.& Panorm.in c.quia plerique. n.26. de immu.Eccles.Iason in §.actiones.n.26.Inst. de act.Alciat.in c.nouit.n 16.de iudiciis.

Fundamentum est respectu primi membri distinctionis, quia in foro animę præsumptiones cessant & veritas præualet: Cùm verò aliquod ex dictis malis oritur, seruanda est legis constitutio, tanquam iusta, etiam in animę iudicio, ex traditis per Gloss.in c. quæ in Ecclesiarum, de constitut. & per Couuar.in c. Cùm esses.de testamen.

Cæterùm haud quaquam teneri filiumfam. in animæ iudicio, existimarunt Bart.in Extrauag.Ad reprimendum, in verbo, denunciationem, n.12.& Antonius Gomes.variar. resol.ti. de contract.c.6.n.2. Et fundamentum est, quia lex iusta seruanda est etiam in foro conscientiæ. Est autem ea lex iusta, quæ filiusfam. non obligari decernit ex mutuo: ex causis, de quibus in l.1.ff.ad Maced.

Tertia est sententia, quæ mihi probabilior videtur ac tutior: Nempe filiumfa.teneri in animæ iudicio, atq; in foro, vt vocant, conscĩẽtiæ ad restituendam pecuniam. Ita Couuar.in d.c.quamuis, de pactis, li.2.in 2.par.§.3.n.4.

Probatur hæc sententia, quia filiusfa. naturaliter obligatur, quod patet, quia si soluat, non repetit.l.sed etsi pater.§.vlt.ff. ad Maced. Ergo tenetur in foro conscientiæ, ne locupletetur cum aliena iactura, contra ius & æquum. Atq; sic existimo.

CAPVT LXIV.

Prodigus an possit aliquem contractum facere, antequam sit ei à Magistratu interdicta rerum administratio?

PRodigum contrahere posse, antequam ei bonis interdicatur, Authores sunt in l.is cui bonis, ff.de verb.oblig. Accurs.Bart.Bald. Ang.Castr.Rom.Alex. Aret. Iason & Zasius n. 16.Nec non Imola & Ancharan.in c.2.de Testamentis.& Ant.Gomes. variar.resolut.tit. de contract.c.14.n.31.

Argumenta sunt ista. Primum ex l.Iulianus. ff.de curatorib.furioso dandis.ibi: *Eos, quibus per Prætorem bonis interdictum est, nihil transferre posse, &c.* His enim verbis significari videtur à contrario sensu prodigum posse aliquid transferre, antequam bonis interdicatur.

Secundum est ex l.patri pro filio.ff.de minoribus, ibi. *Aut eius vita sit iste adolescens, vt meritò bonis ei interdici debeat.* His verbis indicari videtur necesse esse, vt bonis interdicatur, alioquin contrahere posse prodigum.

Tertium est ex l.tres tutores.§. vlt. ff.de administ.tutor.vbi is, qui prodigus est, tutor appellatur, & sic administrationem tutelæ non amittit.

Quartum ex l.sed etsi lege §.consuluit. ff.de petitione hæred. vbi dicitur bonæ fidei possessorẽ non teneri pro bonis dilapidatis. Verbum *dilapidatis* significat prodigalitatem: & tamen

nemo negauerit, alienationem factam à bonæ fidei poſſeſſore valere. Nam ſi non valeret, obligatus eſſet hæredi cedere actiones ſibi competentes ad reuocandum malè alienata. l. quod ſi poſſeſſor. §. vlt. ff. eod. tit.

Quintum eſt ex l. non debet. ff. de dolo, vbi patet, prodigum habere actionem in factum aduerſus hominem emendatioris vitę. Conſequenter habet adminiſtrationem rerum ſuarum, alioqui non poſſet agere. l. 1. C. qui legitimam perſonam habeant ſtandi in Iudicio.

Sextum argumentum eſt ex l. 3. §. præterea, de ſuſpectis tutorib. vbi probatur, tutorem, qui malè adminiſtrat, & ideo ſuſpectus eſt, non eſſe ipſo iure adminiſtratione priuatum bonorum pupilli, ergo multò minus priuatus erit prodigus adminiſtratione rerum ſuarum.

Septimum argumētum eſt ex c. veritatis. de dolo & contumacia, vbi probatur Epiſcopum dilapidatorem, non eſſe priuatum ipſo iure adminiſtratione bonorum Eccleſiæ.

Poſtremum argumentum eſt ex eo, quòd ſi ipſo iure priuatus eſſet, ſuperuacaneum eſſet ei bonis interdici à Prætore.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt Gloſ. in l. is cui ff. de Teſtamentis. Petr. à Bellapertica, Raphael Cuman. & Imola in l. is cui bonis. ff. de verb. oblig. Bald. in conſ. 259. & ſeq. lib. 2. & 287. lib. 5. Io. Faber in §. furioſi. in Inſt. de curator. Federic. Senenſ. in conſ. 31. Alex. & Ripa in d. l. is cui bonis. n. 8. licet ibi Alex. magis ſuadeat communiorem ſententiam eſſe ſequendam, & Steph. Bertrand. in conſ. 188. libro 3. incip. Caſus ſuper quo.

Argumenta ſunt iſta. Vbi aliquid eſt manifeſtum & notorium, perinde ſtatuendum eſt, ac ſi de eo ſententia eſſet lata: argumēto l. emptore. ff. de actio. empti. Ergo ſi notorium & manifeſtum eſt quempiam eſſe prodigum, perinde abſtinere debet ab adminiſtratione rerum ſuarum, ac ſi ei bonis eſſet interdictum.

Secūdum argumentum ſumitur ex leg. quibus dicitur prodigo interdictam eſſe bonorum ſuorum adminiſtrationem, l. 1. ff. de Curat. furi. is cui lege. ff. de teſtamentis, l. mutum. §. 1. ff. de acquire. hæred. §. furioſi. inſt. de curator.

Tertium argumētum eſt, quia prodigus furioſo æquiparatur, l. is cui bonis. ff. de verb. oblig. l. his qui in ea cauſa. §. diuus. ff. de tutor. & curatoribus datis ab his, & c. l. 1. ff. de Curatore furioſo. Sed furioſus ipſo iure amittit bonorum adminiſtrationem, nec vllum negotium contrahere poteſt. l. in negotiis. ff. de reg. iur. Ergo ſimiliter & prodigus.

Ergo hæc poſterior ſententia videtur mihi Probabilior, & ſatis euidenter probari, ex l. 1. ff. de curatore furioſo. ait tex. *Lege XII. Tabularum prodigo interdicitur bonorum ſuorum adminiſtratio.* Nec bona eſt expoſitio Gloſſæ, lex interdicit, id eſt, declarat interdicendam per Iudicem. Etſi enim Iudex, tanquam legis adminiſter & executor, interdicat, id facit, vt cęteris innoteſcat eum eſſe prodigum, & ſic vt de facto conſtet, non autem de iure. Iam enim iure illi interdicta eſt adminiſtratio.

Reſpondet Iaſon, textum illum retorqueri poſſe, quia dicit: hodie Prætores, vel Præſides prodigis curatores dare exemplo furioſi. Ergo licet olim l. XII. Tabularum interdiceretur adminiſtratio, hodie tamen alio iure vtimur, quia Magiſtratus interdicere debet.

Non rectè, quia nō dicit textus aliquid immutatum eſſe, ſed Magiſtratum curatores dare ſolere prodigis ad exemplum furioſorum, & illis interdicere adminiſtrationem. Merito. Parum enim prodeſſet, lege ita conſtitutum eſſe, niſi legem executioni mādaret magiſtratus. Itaque lex ſtatim adimit adminiſtrationem, magiſtratus declarat ademptam, legemque exequitur, vt de facto conſtet, & ne prodigus de facto pergat res ſuas prodigere & malè adminiſtrare.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, l. Iulian. non probare, quia non poteſt ex ea ſumi argumentum à contrario ſenſu: Poſt interdictam adminiſtrationem à Prętore, prodigus contrahere non poteſt, ergo ante poterit, quia l. XII. Tabul. iam interdicta eſt ei adminiſtratio.

Quæ reſponſio valet ad ſecundū argumentum in d. l. patri pro filio. quia interdicitur adminiſtratio à Prætore, ne prodigus de facto contrahat, & malè res ſuas adminiſtret.

Ad tertium reſpondeo, textum in d. l. tres tutores. §. vlt. nil obſtare, qui dicit tutori manifeſtè prodigo permittendam non eſſe rerum adminiſtrationem ab alio contutore.

Ad quartum reſpondeo. in d. §. conſuluit. nō conſtare an bonæ fidei poſſeſſor prodigus eſſet, licet textus vtatur verbo dilapidationis. præterea nihil aliud decidit ibi I. C. niſi bonæ fidei poſſeſſorem non teneri hæredi pro bonis dilapidatis, quia non eſt factus locupletior ex eis, & in malos vſus fortaſſe conſumere potuit bona, vt nullus eſſet recuperationi amplius locus.

Ad quintum reſpondeo, non eſſe bonā conſequentiam. Prodigo datur actio in factum, Ergo poteſt eam ipſe exercere. Nam exercebitur per curatorem datum, vel dandum à Prętore, vt in l. 1. ff. de curat. furioſo.

Ad ſextum reſpondeo, textum loqui de tutore ſuſpecto, qui malè adminiſtrat, nō autem de tutore prodigo, poteſt enim tutor malè adminiſtrare

administrare, licet non sit prodigus, si aliis vitiis laboret.

Ad septimum respondeo, textum non loqui de Episcopo manifestè prodigo, potest enim aliquis Episcopus dilapidare bona Ecclesiæ aliter, quàm ex causa prodigalitatis.

Ad vltimum argumentum respondeo, non frustrà interdici à magistratu solere, quia multos operatur effectus ea interdictio: Primum, vt de facto constet. Item, vt aliis innotescat. Et demum, ne ipse prodigus de facto pergat in administratione mala.

CAPVT LXV.

Tractantur aliæ duæ controuersiæ in materia prodigi.

SEcunda est controuersia, an obligetur prodigus ex cõtractu iureiurando confirmato, postquam a prætore ei bonis interdictum est. Tres sunt doctorum sententiæ. Prima negat prodigum obligari. Huius authores sunt in d.l. is cui bonis. ff. de verb. oblig. Bart. Bald. Angel. Castr. Alex. Iason, Zasius, n. 14. Ripa n. 57. Alciatus in c. cùm contingat. n. 126. de iureiur. Federicus Senensis in cons. 31. Bertrand, in cons. 47. li. 2. Couuar. ad c. quamuis, de pactis. lib. 6. part. 2. §. 3. num. 8. Antonius Gomesius de contractibus, cap. 14. n. 22.

Argumenta sunt ista. Primum. Iuramentum debet habere tres Comites: Iustitiam, Veritatem & Iudicium, c. etsi Christus, de iureiu. Sed prodigus non habet iudicium, imo comparatur furioso, cùm nec modum, nec finem expensarum habeat, l. 1. ff. de curato. furio. Ergo iuramento non obligatur.

Secundum argumentum. Is, qui non paret superiori, peccat, c. de maio. & obed. Sed prodigus ita contrahendo non paret magistratui, ergo peccat, & consequenter iuramentum videtur illicitum, ac proindè non obligatorium. c. non est obligatorium, de reg. iur. lib. 6.

Tertium argumentum est, quia iuramentũ videtur dolo extortum, quo casu non obligat. c. cùm contingat. d. iureiur. Nam qui contra iura sic contrahit, dicitur esse in mala fide, c. qui contra iura. de reg. iur. lib. 6. l. si quis cùm sciret. ff. pro emptore.

Contrariam sententiam secuti sunt Anton. Butr. & Imola in d. c. cùm contingat, de iureiur. Aretin. in d. l. is cui bonis. ff. de verb. oblig. Capella Tholosana decis. 498. Bertrandus sibi contrarius in cons. 172. lib. 1.

Argumenta sunt ista. Omne iuramẽtum est seruandum, quod non vergit in dispendium salutis æternæ, aut in alterius detrimẽtum. d. c. cùm contingat. Sed iuramentum prodigi non est tale. Ergo eo videtur obligari.

Secundum argumentum est ex eo, quòd licet lex prohibeat alienationem, valet tamen accedente iuramento. Id patet in Auth. Sacramenta puberum. C. si aduers. vend. ex d. c. cùm contingat, & ex aliis locis. Ergo valere debet contractus prodigi propter iuramentum, licet a magistratu fuerit ei administratio bonorum interdicta. Argum. l. vlt. C de reb. alienis non alienan.

Tertium argumentum. Prodigus æquiparatur adulto curatorem habenti. l. Si curatorem habens. C. de in integr. restit. Sed iuramentum obligat adultum. Auth. Sacramẽta puberum. Igitur & prodigum.

Tertia est opinio Baldi in l. pactum C. de collat. in 5. quæst. Aut prodigus habet curatorem, & non obligatur etiam iuramento: aut non habet, & obligatur. Alibi aliter idem Baldus distinguit, cuius distinctionẽ refert & refellit Alex ad d. l. is cui bonis. ff. de verb. obli. sub nu. 26.

Mihi prior sententia, quæ & cõmunior est, magis probatur, quia licet iuramentum obliget & seruandum sit, non tamen obligat vbi deficit iudicium. Aut certè eo casu facilè relaxandum est a Magistratu Ecclesiastico.

Negant contrariæ sententiæ authores prodigum iudicio carere, quia tenetur ex delicto. Item sibi acquirere potest. Non rectè: quia iudicio caret in his, quæ pertinẽt ad rerum suarum administrationem, non autem in aliis.

Ad argumenta patet responsio, quia iuramentum est seruandum & obligat, si modò comites tres habeat, inter quos est iudicium, vt dictum est. Quòd verò dicitur prodigum adulto curatorem habenti cõparandum, iure non probatur, quia l. si curatorem habens, nõ hoc dicit. Sed adultum curatorem habentem non adsimilem esse prodigo, cui curatore dato bonis interdictum est. Non est absimilis, quantum ad hoc, vt contrahere non possit, sicut neq; prodigus. Quantum ad iudicium animi, furioso prodigus comparatur, vt in l. 1. ff. de curato. furio.

Tertia est controuersia in eadem materia prodigi, An ipso iure amittat etiam bonorum alterius administrationem? Duplex est Doctorum sententia, Altera Baldi in l. 1. ff. de curat. furios. & Ripæ in l. is cui bonis. n. 15. ff. de verb. obl. quibus & ego assentior, prodigum videlicet amittere bonorum administrationem alterius.

Probatur hæc sententia ex l. vlt. §. 1. C. de sent. pass. vbi dicitur patrem amittere administrationem bonorum filij, si prodigus sit. Ratione etiam probatur, quia prodigus priuatur administratione bonorum suorum, ergo multò magis priuabitur alienorum, in quibus longè minus iuris habet.

Altera sententia est Alex. & Aretini, in d. l.

is cui bonis, non amittere, sicut nec tutores ipso iure administrationem amittũt, licet sint suspecti, sed remoueri debent à magistratu, vt In l.tres tutores.§.vlt. ff.de administ.tut. & in l.3.§.præterea.ff.de suspect.tut.

Ad l.vlt.§.1.C.de sent.pass.respondent, eam legem loqui de patre, qui ob delictũ iam exclusus est ab administratione. Et quod dicitur prodigum amittere bonorum suorum administrationem, id negant verum esse, antequam ei bonis interdicatur.

Respondeo: tutorem quidem suspectum nõ statim administratione priuari, vt in legibus allegatis, sed de tutore prodigo non loquuntur dictæ leges. Nõ rectè autem negari posse, quin prodigus ipso iure amittat bonorũ suorum administrationem, patet ex capite præcedenti. Responsionem autem allatam ad l. vlt. §.1.C.de sent.pass. confutant verba ipsius tex. Sic enim ait: *Nam si patria potestate ad corrumpendi, atque profundendi patrimonij licentiam abutetur, & furioso, ac dementi, item prodigo, omnium vitiorum seruo, non est eorum pecunia committenda. Quin ab administratione fugiat, &c.* His sanè verbis patet, patrem ab administratione remouendum, & ad eam non admittendum, si sit prodigus.

CAPVT LXVI.

Tractantur aliæ duæ controuersiæ de eadem materia prodigi.

QVarta est controuersia in eadem materia prodigi, nunquid si curator datus fuerit ei, qui re vera non sit prodigus, gesta à tali curatore valeant: Et valere respõderunt Glos. in l.si ab eo.ff.de vsucap. in §.item prodigus, in ver.tatum, in Inst.quib.non est permissum fa. testa. Bart. & Castr. in d. l. is cui bonis. ff.de verbo. oblig. & ibidem Ripa, n.39. Baldus & Salic.in l.si putas.C.de peti.hæred. Abbas Panorm.in c.1.ad finem, de sentent.& re iud. Io. Andr.ad Spec.tit.de instr.edi.§.compendiosè, vers.Tertio.Alex.in cons.182.lib.5.

Fundamentum est in authoritate rei iudicatæ.l.res iudicata.de reg.iur. Præsertim, quia minimè conuenit quempiam ea decipi.l.1.C. de precib.Imperatori offerendis. Huc accedat tex.in l.1.§.idem Pomponius.ff.quod falso tutore authore gestum, &c. vbi propter Prætoris authoritatem valent gesta à tutore minùs legitimo.

Contrariam sentẽtiam amplexi sunt Odoffred, Cynus & Albericus in l.si putas.C.de petitio.hæred.Ang.Alex.Iason, Imola, Aretinus & Zasius n.17.ad l.is cui bonis.ff.de verb.obl. Ioan.Faber in §.furiosi, Inst.de curato.Guido Papæ in cons.169.

Fundamentum est in l.tutor si petitus, & in l.Seiæ egressę.ff.de tutor. & curat.datis ab his, &c. Quibus in locis dicitur: Si tutor alicui tãquam pupillo detur, qui non sit, eam dationẽ non valere. Et idem esse, si aliter erratum sit in causa. Idem probat l.si putas. C. de petitio. hæred. ibi: *Iudice statuturo, &c.* Huc accedat ratio. Nã si prodigus ad sanos mores reuertatur, desinit ipso iure esse in potestate curatoris.l.1.ff.de cura.furio. Ergo multò magis est dicendum tutoris dationem non valere, cùm quis re vera non est prodigus.

Tertia est sententia sic distinguens. Aut is, cui tãquam prodigo curator datus est, inuito & contradicenti, & in iudicio contendenti, se non esse talem, datus est. Et tunc propter authoritatem rei iudicatæ, à qua non est appellatum, valet curatoris datio; Aut verò nõ contradixit, sed simpliciter consensit in curatorem, & tunc secus. Ita distinguit Ripa post Imol.in d.l.is cui bonis, n.40.

Et hæc sententia videtur mihi probabilior, quia, vbi sententia non est lata contra ius cõstitutionis, sed contra ius litigatoris, valet, & ab ea est appellandum, aut si nõ appelletur, ei parendum, l.1.ff.quæ sententiæ sine appell. rescin.l.2.C.quando prouo.non est necesse. Et hoc in casu locum habent argumenta prioris sententiæ. Si verò res in contradictorio iudicio nõ agatur, sed Prætor ex officio, vel ita instantibus cognatis eius, qui prodigus esse dicitur, curatorem decreuerit, tanquam prodigo, cùm non esset, potest dici obreptum esse Prætori: & consequenter dationem non valere.l.cum verò.§.subuentum, ff.de fideicõmiss. liber.l.1.§.Hæc verba.ff.ne vis fiat ei. Bartol.in cons.91.n.2.lib.1.Castr.in d.l.is cui bonis.ante n.4.Menoch.de retinen.possess.remed.1.n.115. cum sequentib. Et in hoc casu locum habent argumenta posterioris sententiæ.

Quinta controuersia. An & ei, qui moribus malis præditus est, vtpote lusor, libidinosus, & aliis malis artibus addictus, bonis interdici queat? Et sunt qui existimant posse, authoritate l.Et mulieri. ff.de curatore furio. ibi: *Et mulieri, quæ luxuriosè viuit, bonis interdici potest.* Ita Ripa ad d.l.is cui bonis, n.16.ff.de verb. oblig. Antonius Gomesi. de contractibus. c. 14.num.13.

Sed hanc sententiam rectè refellit Pinellus ad l.4.C.de bonis matern.n.20. Quia verbum *luxuriosè* in d.l. Et mulieri, idem significat, quod prodigè, vt ibi præclarè ostendit ex Latinis authoribus, ex Antonio Augustino & aliis. Quo fundamento sublato, nullum est aliud, quo dicta sententia nitatur: Vnde, vt corruat necesse est.

CAPVT LXVII.

Aliæ duæ controuersiæ de eadem re.

Sexta

SExta controuersia, an ex eo, quòd quis per sententiam Iudicis declaratus est prodigus, censeatur ei bonis interdictum. Et non censeri existimarunt, Bartol. in d. l. Is cui bonis. n. 2. ff. de verbo. oblig. & alij quos refert ibidem Ripa. n. 30. Fundamentum est, quia declaratio & interdictio sunt diuersa. Vnde de vna non infertur ad aliam.

Sed cõtrariam sententiam sequuti sunt Baldus ad l. 1. ff. de curat. furios. & in l. vnica. C. de confessis. Imola, Cumanus, Alexand. Aretin. Romanus & Ripa, in d. l. Is cui bonis. Fundamentum est, quia interdictio bonorum videtur tacitè sequi ex declaratione: Vnde pro expressa haberi debet, argumento l. Quid tamẽ. §. Si arbitrer, ff. de recepr. arbitr. Sicuti cùm quis deliquisse declaratur, videtur in consequentiam condemnatus ad pœnam. l. 1. §. Calumniatoribus, ff. ad Turpil.

Et hæc sententia mihi magis probatur, quia ipso iure prodigus omittit bonorum suorum administrationem, vt dictum est suprà ex l. 1. ff. de curat. furiosi & ex aliis legibus. Quare cùm à Iudice declaratus est prodigus, nihil proponi video, cur ei bonorum administratio non censeatur interdicta. Licet enim aliud sit sententia declarans, quàm bonorum interdictio, vt in argumento contrariæ opinionis, hæc tamen ex illa sequitur.

Septima controuersia. Si iudex edicto suo prohibuerit, ne quis contrahat cũ aliquo, quia est prodigus, An videatur interdictum bonis ipsi prodigo? Et non videri respondit Bart. in d. l. Is cui bonis, n. 3. Quia interdictio fieri debet ipsi prodigo. l. Iulianus. ff. de cura. furioso.

Sed in contrarium est communis opinio, cui & ipse accedo, si modò edictum emanauerit adhibita causæ cognitione, & in eo contineatur id, quod dictum est suprà, nempe omnes prohiberi contractus facere cum Titio, quia prodigus est. Neque enim inspici debet verborum cortex, sed vis ipsorum, & loquentis intentio. c. Intelligentia. de verb. sign. Nemini autem dubium esse potest, quin ea fuerit edictũ proponentis intentio, vt prodigus à rerũ suarũ administratione abstineat. Iuuatur hæc sententia ex notatis in l. 1. C. de Cupressis lib. 11. & in l. vlt. C. de indict. viduit. toll. Quare ego arbitror perinde esse, ac si prodigo interdictum esset. Atque ita docent, Paul. Castr. Alex. Aretin. Ripa in d. l. is cui bonis. Quibus & ipse assentior.

CAPVT LXVIII.

Aliæ duæ controuersia de eadem materia.

OCtaua controuersia. Verum per dationẽ curatoris alicui, tanquam prodigo factàm, videatur interdicta bonorum administratio. Et videri existimant Bart. In d. l. Is cui bonis, n. 4. Castr. n. 8. Alexan. n. 18. Ias. n. 13. Ripa n. 34. Quorum potissimum est fundamentum: Nam leges, quas Bartolus pro hac sentẽtia allegat, nihil probant quia ex curatoris datione necessariò intelligitur, eam esse Prætoris intentionem, vt non ipse prodigus administret, sed curator. Facit regula l. Illud. ff. de acquir. hæred.

Contrarium responderunt Bald. & Angel. in d. l. Is cui bonis, qui mouentur authoritate Innocentij in c. Grandi, de supplenda negligen. prælator. lib. 6. Sed nihil dicit Innocentius eo in loco, quo istorum sententia iuuetur, vt animaduertit Alexander loco annotato. Quarè priori sententiæ, quæ & communior est, magis adhæreo.

Nona controuersia. Vtrũ prodigus in integrum restitutionem petere possit aduersus ea quæ gessit, antequam ei bonis interdiceretur. Affirmant Glo. in l. Patri pro filio, in verbo interdici, ff. de minorib. Bart. ad l. Marcellus. col. 1. vers. Istud nota, & ibidem Castr. col. vlt. de fideiusso. Io. Andr. ad Spec. in rubr. de præscri. Alex. in l. si curatorem habens. C. de in integ. restit. Bal. in cons. 287. Proponitur quòd adultus, lib. 5. Romanus sing. 226. Fui interrogatus, vbi declarat verum esse, si iusta caussa subsit.

Fundamentum est, quia prodigus & minor æquiparantur, eisdémque priuilegiis ac beneficiis perfruuntur. l. 4. ff. de Priuil. cred. Ergo sicut minori læso conceditur in integrum restitutio. Ita & prodigo videtur concedenda.

Contrariam sententiam habuere Odoffr. & Alberic. in d. l. Si curatorem habens, & Iason in d. l. Is cui bonis, n. 12. Fundamentũ est, quia nulla lege id est cautum in prodigo. Imò cõtractus ab eo facti, antequam interdicatur administratio, legitimi reputantur, l. Iulianus. ff. de curatore furio. Quare contrahentes decipi non debent legis authoritate, l. 1. C. de his, qui veniam ætatis impetr.

Sed prior sententia quæ & communior est, mihi probabilior videtur. Nam cùm lex & minori, & pupillo, & furioso, & insano prodigum comparauerit, satis clarè voluisse videtur, etiam isti ad supradictorum exemplum esse succurrendum. Et hæc ratio communi Doctorum sententia roborata sufficere debet pro lege. Nec verum est, quod asseueratur in argumento contrariæ opinionis, contractus prodigi, ante interdictionem bonorũ factam à lege approbari. Hoc non dicit lex allegata, & contrarium innuit l. 1. ff. de curato. furioso, dum prodigo suorum bonorum administrationem prohibet.

CAPVT LXIX.

Duæ aliæ controuersia de eadem materia.

Decima controuersia, Vtrum valeant contractus à prodigo gesti post interdictam bonorum administrationem, quæ tamen publicata non est, & ignorabatur ab eo qui contraxit. Et valere dixit Castr. in d.l. Is cui bonis, n.11. Aretin. ibidem nu.2. vers. Aduerte tamen. Ripa, n.37.

Fundamentum est in l. Sed si pupillus §. de quo, & §. Proscribere. ff. de Instit. vbi dicitur, publicari debere prohibitionem factam, ne quis cum institore contrahat, alioqui contractus valeat.

Huc accedat tex. in l. Si sciens. ff. de côtrah. empt. & in l. Si ab eo. ff. de Vsucapio. Quibus in locis probatur contractum factum cum prodigo non valere, si contrahens sciebat esse prodigum. Ergo secus, si ignorabat, à contrario sensu.

Sed contrariam sententiam secutus est Alexan. ad d.l. Is cui bonis, num.12. cô argumêto, quod iure nô probetur hoc in casu valere côtractus. Sed cùm non respondeat ad l. si sciens. ff. de contrah. empt. cuius authoritate valdè probabilis prior est sententia, eam tanquam communiorem & æquiorem magis probo.

Postrema controuersia. Vtrum prodigus ex delicto obligetur, ad pœnam scilicet delicti. Et non obligari respondit Glo. in l. Si quis in tantem, in ver. Earundem ret. C. vnde vi. Nam res suas alienare non potest. d.l. is cui bonis. ff. de verbo. obli. Poterat & illud adferre, quòd ait Iurisconsultus: *Furiosi & eius cui bonis interdictum est, nullam esse voluntatem.* l. Furiosi ff. de reg. iur.

Secunda est sententia Bartoli ad d. l. Is cui bonis, prodigum ex delicto obligari, vbi non agitur de bonorum alienatione. Sequitur Zasius ibi n.19. eius sensum declarans hunc esse, vt prodigus corporali pœna ob delictum affici possit, non autem pecuniaria, quia sicut contrahendo res suas alienare non potest, ita nec delinquendo.

Tertia est sententia prodigum ex delicto obligari, si delictum consistat in faciendo, secus si in omittendo. Authores sunt Castren. in d.l. Is cui bonis, & Alexan. n.20. & 21. Iason n.17. Aretin. num.8. Ripa, nu.54. Deci. in d.l. Furiosi. n.6.

Fundamentum est in eo, quòd cùm prodigus deliquit, non videtur esse dignus auxilio & fauore legis, argumento l. Auxilium. ff. de Minorib. Et quoniam prodigus minori comparatur. l. si curatorem habens. C. de in integr. restit. Sicut minor excusatur, si omittat id, quod facere debet. l.2. C. si aduer. delictum. Ita & prodigus. l. Fulcinus. §. Adeò. vers. Idémque in prodigo. ff. ex quib. caus. in possess. eatur.

Postrema est sententia prodigû obligari ex delicto, in faciendo, tam ad pœnam corporalem, quàm ad pecuniariam reprobata distinctione Bartoli. Ita Menochius post alios quos comme norat de recup. possess. Remedio 9. num.56.

Et hæ duæ posteriores sententiæ videntur mihi probabiliores. Etsi enim interdicta sit prodigo bonorum suorum administratio, nô tamen ei concessû videtur impunè delinquere. Et cùm in rebus suis administrandis iudicio careat, icirco ei tanquam furioso, à lege succurritur. At si delictum committat, legis auxilium non meretur, quam ipse côtemnit. Quare quod dicitur prodigi nullam esse voluntatê, hunc sensû habet, nêpe non obligari ex côtractu, quia consensus requiritur & voluntas, & ipse non habet consensum & voluntatem, quoniam prohibetur côtrahere. Nec inde sequitur, cum per omnia furiosum imitari, quia excepta causa prodigalitatis, nihil prohibet, quin in reliquis rebus intelligat, quid rectum sit, & quanta sit delicti grauitas. Licèt fortassè mitius puniri debeat, cùm plenum non habeat iudicium. Et ita puto iuri consonum.

CAPVT LXX.

Expenduntur duæ controuersiæ circa contractum Mutui.

Mutuatum frumêtum, reddere posse inuito creditori æstimationem eius in pecunia, existimauit olim Iacobus de Arena, Authoritate l. Vinum. ff. si cer. pet. Et l. Ratio. §. Si per vêditorem. ff. de act. empt. & l. Quoties in diê. ff. de verb. oblig. Pecunia enim omnia æstimantur. l. Si ita fideiussorem. ff. de Fideiuss. Sed quanquam Iasô & Curtius adstipulari videantur, hæc tamen Arenei sententia nigros tulit ab omnibus calculos, vt dicebat Comes Federicus Scotus ad l.2. §.1. n.172. ff. si certum petatur. & meritò. Mutuum enim damus recepturi idem genus, vt in d.l.2. Alia est ratio debitoris, qui est in mora, & ideo tenetur ad æstimationem quanti plurimi, vt d.l. Vinum, & in d. §. Si per venditorem.

Sed alia est controuersia. Sitne mutuum, cû ita est conuentum, vt debitor non eiusdem bonitatis rê restituere possit, vt pro vino, mustum, pro vetere, nouum, pro consistente, fugiens. Et in hac specie mutuum non contrahi, sed alium côtractum innominatum existimarunt Fulgos. & Roma. in d.l.2. ff. si cert. petat. Quia ad substantiam mutui pertinere videtur, vt æquè bonum reddatur. l. Cùm quid. ff. eod. Et imperator in §.1. in Instit. quib. mod. re contrahatur oblig. *Mutui datio*, inquit, *in iis rebus consistit, quæ pondere, numero, mensurâve constant, &c.* Item paulò post. *Et quandoque nobis non eadem res, sed aliæ eiusdem naturæ & qualitatis redduntur.* Quod verò pertinet ad contractus

contractus substantiam, illa partium conuentionibus immutari non potest, l. 2. ff si cert pet. l. 2. ff. de vsufructu earum rerum quæ vsu consumuntur.

Alij docuerunt id genus contractus mutuum esse, si id contrahentes expresserunt, se velle mutuum contrahere, alioqui contractũ esse innominatum. Ita olim Christophorus Castilioneus teste Iasone in rep. l. Cùm quid, nu. 21. & Decio ibidem, nu 5

Fundamentum est, quoniam non pertinet ad substantiam mutui, sed potius ad naturam, vt æquè bonum reddatur. Ideo pactum contra naturalia contractus valet, l. Pacta conuẽta. ff. de contrahen. emptio. & ibi Glos. notat. Cùm verò id non exprimitur à contrahentibus, meritò non est mutuum, quia talis conuentio naturam creditæ pecuniæ excedit. l. Tit. ff. de præsc. verb. & ibi Glos. in v. Excedat.

Tertia est sententia vera & communis, eam conuentionem non impedire, quò minùs sit mutuum. Quia mutui substantia in eo consistit, vt idem genus reddatur. l. 2. ff. si cert. pet. Vt verò æquè bonum reddatur, id respicit accidentalia ipsius contractus. Ita docuerunt Bartol. in d. l. Cùm quid. in 3. not. ff. si cert. pet. Castr. ibid. Dec. n. 5. Alciat. n. 4. Federicus Scotus Comes in d. l. 2. §. 1. n. 198. eodem tit.

Non obstant argumenta contrariæ sententiæ. Nam quod attinet ad d. l. Cùm quid. non ibi dicit Iurisconsultus ad substantiam mutui pertinere, vt æquè bonum reddatur, sed tacitè id cautum videri. Quo modo etiam est accipiendus Imperator in d. §. 1. in Inst. quib. mod. re contra. oblig.

Ad tex. in l. Titius. ff. de præscrip. verb. respondeo. Iurisconsultum ibi locutum de alia conuentione, nempe, vt explicat Accurs. cùm vt minus reddatur, actũ est. Ea conuentio naturam excedit creditæ pecuniæ. Quia non idem redditur in genere suo, secundum mutui naturam, sed minus. At in quæstione nostra idem redditur, sed non eiusdem bonitatis.

CAPVT LXXI.

Alia de mutuo controuersia ad interpretationem l. Si quis nec causam. ff. si certum petatur.

Si quis nec causam, nec propositum fœnerandi habuerit, & tu empturus prædia, desideraueris mutuam pecuniam, nec volueris crediti nomine, antequàm emisses, suscipere, atque ita creditor, qui necessitatem fortè proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, vt si emisses, crediti nomine obligatus esses. Hoc depositum periculo eius est qui suscepit. Nam & qui rem vendendam acceperit, vt precio vteretur, periculo suo rem habebit. Verba sunt l. C. in l. 4 ff. si certum petatur.

Ad eius autem interpretationem necesse est intelligere, de quo periculo sit textus accipiendus, nempe an etiam de periculo casus fortuiti. Et quidem etiam de periculo casus fortuiti textum accipiendum existimauit Ioannes antiquus doctor, quem sequuti sunt Decius, Corneus, Aretinus & Alciatus in commentariis eiusdem legis. Quorum illud est fundamentum, quòd textus simpliciter & absolutè dicit, periculum ad depositarium pertinere. Constat autem periculi nomine etiam casum fortuitum venire. l. Si tibi rem inspiciendam. ff. de Præscript. verb.

Huc accedat text. in l. Rogasti. ff. eod. tit. ex quo patet depositarij periculum esse, etiamsi nulla sit eius culpa: Consequenter etiamsi periculum ex fortuito casu veniat. *Quod si lancem vel massam,* inquit, *sine tua culpa perdideris, antequam venderes, vtrum mihi, an tibi perierit, quæstionis est. Mihi videtur Neruæ distinctio verissima, existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem, vel massam, necne. Si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alij dedissem vendendam, quod si non fuit hoc propositum, vt venderem, sed hæc causa fuit vendendi, vt tu vtereris, tibi eam periisse, &c.*

Contrariam sententiam, nempe non de periculo casus fortuiti, sed de eo periculò, quod ex culpa aliqua depositarij euenit. Nam etsi de dolo tantum depositarius teneatur, hoc tamen casu de culpa & negligentia tenebitur, amplexi fuere Azo, Bart. Castr. Alex. n. 3. Iason n. 25. Zasius, Socin. sen. nouissimè Viglius n. 12. in commentariis d. l. Si quis nec causam. Quibus sanè adstipulor.

Probatur verò hæc sententia. Primò, quia dominium pecuniæ est penes deponentem, antequam depositarius ea vtatur. Periculum autem casus fortuiti ad dominium rei spectare solet. l. Pignus. l. Quæ fortuitis. C. de pign. actio.

Secundò. In commodato ita constitutum est, vt licet gratia commodatarij fiat, periculum tamen casus fortuiti ad commodantem spectet, vt in Institut. quibus modis re contrahatur oblig. § Item is cui.

Tertiò probatur, quia casus fortuiti in nullo bonæ fidei iudicio præstantur. d. l. Quæ fortuitis, C. de pign. act. l. Contractus de regulis iuris.

Quartò ex l. 1. §. Sæpe. ff. depositi, vbi dicitur eum, qui se deposito obtulit, periculo se obligasse, & non solùm dolum, verùm etiam culpam & custodiam præstare debere, non tamen casus fortuitos. *Sæpe euenit,* inquit, *vt res deposita, vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: vt puta si hoc nominatim cõ-*

uenit. Sed & ſi quis ſe depoſito obtulit, idem Iulianus ſcribit periculo ſe depoſiti illigaſſe, ita tamen vt non ſolum dolum, ſed etiam culpam & cuſtodiam præſtet: non tamen fortuitos caſus.

Ex quo textu colligitur reſpõſio ad primum argumentum contrariæ ſententiæ. Nam etſi periculi appellatione venire poſſit etiã caſus fortuitus, non tamen in depoſito venit, ſicut nec in aliis bonæ fidei iudiciis. Et patet, non eſſe bonam conſequentiam: Aliquis de periculo tenetur, ergo & de caſu fortuito. Quare & legẽ, de qua agimus, ita ſanè æquum eſſe videtur interpretari, vt periculum illud intelligat, de quo intellexit alter I.C. in d.l.1.§. ſæpe, non autem periculum caſus fortuiti. Sic & in l.3.ff nautæ, caupones & ſtabul. periculum ad nautam pertinere dicitur, non tamen teneri, ſi quid damno fatali contigerit.

Ad l. Rogaſti, reſpondent Bart. & alij, quod textus ait: *Sine culpa rem periſſe*, accipiendum eſſe, de culpa lata vel leui, non autem de leuiſſima. Poteſt dici Iuriſconſultum in ea ſpecie non loqui de depoſito, ſed de eo, qui rem dedit, ad hoc, vt venderetur. Nam in depoſito ita receptum videtur, vt nunquam caſus fortuiti periculo depoſitarius obligetur, vt in d.l.1.§. ſæpe. ff. depoſiti.

Nec obſtat quod dicitur, depoſitum hoc in caſu gratia mutui factum eſſe, & ideo naturã eius ſortitum, quia negatur cõſequentia. Nam antequam depoſitarius ea pecunia vtatur, tenetur ex depoſito, & nõ ex mutuo: & quoniã fit ipſius depoſitarij gratia, meritò de culpa teneri debet, non autem de caſu fortuito.

Denique in commodato extat lex apertè dicens commodatarium de caſu fortuito non teneri, etiamſi omne periculum ab eo præſtãdum ſit. Ait Vlpian. *Commodatum autem plerunque continet vtilitatem eius ſolam, cui commodatur, & ideo verior eſt Quinti Mucij ſententia exiſtimantis, & culpam præſtandam & diligẽtiam. Etſi fortè res æſtimata data ſit, omne periculum ab eo præſtandum, qui æſtimationem ſe præſtaturum recepit. Quod verò ſenectute contingit, vel morbo, vel vi latronum ereptum eſt, vel ſi quid ſimile accidit, dicendum eſt, nihilominus eſſe imputãdum ei, qui commodatum accepit, niſi aliqua culpa interueniat.* Hactenus I.C. in l. ſi vt certo, §. nunc videndum. ff. comm. Quibus verbis facilè intelligitur, quàm ſit alienum à lege, vt de fortuitis caſibus quiſquã obligetur in contractu, in quo omne periculum alioqui ad aliquem ſpectare conſtitutum eſt. Et hæc interpretatio quin adhiberi poſſit in hac lege, nihil proponi animaduerto.

CAPVT LXXII.

Tractantur duæ controuerſiæ ad interpretationem l. Quod te. ff. Si certum petatur.

QVod te mihi dare oporteat, ſi id ſpoꝛ à perierit, quàm per te factum erit, quo minus id mihi dares, tuum fore detrimentum conſtat. Verba ſunt Iuriſconſulti in l.5. ff. ſi cert. pet.

Duo autem ſunt potiſſimùm controuerſa. Primum, quid in debitore quantitatis reſpectu certæ ſpeciei ſit dicendũ, an ſcilicet perempta ſpecie ante moram liberetur, ſicut debitorem certæ ſpeciei liberari conſtat. Alterum eſt, an ſi poſt moram res perempta ſit, debitor indiſtinctè teneatur, an verò diſtinguendum ſit, an ſimiliter apud creditorem peritura eſſet.

Quòd attinet ad primum: debitorem non liberari exiſtimarunt Raphael Cumanus & Io. Franciſcus Ripa in commentariis huius legis. Quorum argumenta ſunt iſta.

Primum ex l. fundum Gornelianum. ff. de Nouatio. in illis verbis: *Denique meliore, vel deteriore facto, ſine culpa debitoris poſtea fundo, præſens æſtimatio fundo petito, rectè conſideratur.*

Secundum eſt ex l. hominem. ff. mandãti, ibi: *Et ideo etiamſi mortuus fuerit, vtilis ea actio eſt.* Tertium ex l. vir vxori. ff. de dote præleg. vbi licet mancipia moriantur, æſtimatio tamen debetur.

Quartum ex l. Æſtimatæ. ff. ſoluto matr. & ex l. plerunque. ff. de iure dot. Vbi dicitur maritum non liberari interitu rerum dotalium, ſed teneri ad æſtimationem præſtandam.

Quintum argumentum. Acceſſorium ſequitur naturam ſui principalis, ſed principalis obligatio hoc in caſu eſt ad quantitatem, quia ſpecies debetur reſpectu quãtitatis. Ergo, debitor non liberatur ex interitu ipſius rei, quia debitor quantitatis non liberatur. l. incendium. C. ſi certum petatur.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt Caſt. Alex. Iaſ. Dec. Alcia. Cagn. & alij in d. l. quod te. quibus & ipſe adſtipulor. Probatur primò, ex l. Titiæ textores. §. vlt. de leg. 1. *Si alteri Stichum heres dedit*, ait Iuriſconſultus *quem duobus dare damnatus fuerat, & antequam interpellaretur ab altero, Stichus mortuus eſt, heres non tenetur, quia nihil per eum factum intelligitur.* In ea ſpecie hæres tenebatur æſtimationem Stichi alteri legatario præſtare, & ſic ad quantitatem erat obligatus, propter ſpeciem hoc eſt, propter Stichum, vt in l. ſi res. 20. de leg. 3. & mortuo Sticho ante moram, liberatur.

Secundò probatur ex l. Filiusfamilias Miles. §. vlt. de leg. 1. vbi idem dicitur, quod in lege proximè citata.

Tertiò probatur ex l. quidam teſtamento. §. Si tibi. de leg. 1. *Si tibi ſeruus legatus fuerit, & petitum à te ut Titio aliquid præſtares, vſque ad precium ſerui, deinde ſeruus deceſſerit, nihil*

fidei

fideicommissi nomine præstare cogendus erit. Hactenus Iurisconsultus.

Quartò probatur ex l. 1. §. vlt. cum l. seq. ff. si cui plus quam per legem Falcidiam. *Si res qua legata est apud legatarium interierit, probandū est exceptione succurri ei, qui promisit, etiamsi quanti ea res sit, promiserit.* Quibus verbis Iurisconsultus docet, legatarium, qui promisit rei legatæ æstimationem, & sic obligatus est ad quantitatem respectu certæ speciei, eius interitu liberari.

Quintò probatur ex l. si seruus communis. ff. de Furtis. in illis verbis: *Ex his igitur apparere, & mortuo seruo, nihil esse, quod actor eo nomine consequi possit, &c.* Idem probat text. in l. 1. vers. planè. ff. si quadrup. pauper. fecisse dicatur. ibi: *Planè si ante litem contestatam decesserit animal, extincta erit actio.*

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, in l. fundum Cornelianū. Debitorem obligatum fuisse, tam ad rem, quam ad æstimationem, quia debitor rei animo nouandi æstimationem promiserat. Sed nostra quæstio est, vbi quis est obligatus ad quantitatem intuitu certæ speciei.

Ad secundum respondeo in d. l. hominem. Debitorem in mora fuisse, & penes se precium hominis mortui habuisse: Meritò non liberatur ex interitu rei.

Ad tertium, ex l. vir vxori, respondeo: Legatum ibi vxori deberi, quia maritus superuixit mortuis mancipiis, nec legatum reuocauit. Quare eius voluntas seruanda est, quæ talis fuisse coniicitur, vt etiam mortuis mancipiis legatum vxori præstaretur.

Ad quartum ex l. Æstimatæ, & aliis concordantibus respondeo, ibi agi de marito obligato ad quantitatem simpliciter, nempe ad precium rei æstimatæ in dotem datæ. Nam æstimatio emptionem inducit. l. quoties. C. de iure dotium.

Ad quintum respōdeo, quæstionem proponi ac intelligi in iis terminis, in quibus non quantitas est principaliter in obligatione, sed quando species principaliter debetur, & eius causa, & respectu debetur quantitas. Quare argumentum retorquetur.

Quod attinet ad alteram controuersiam, nō esse distinctionem adhibendam, sed absolutè debitorem teneri, re perempta post moram ipsius, censuit olim Iohannes antiquus Interpres, quē secuti sunt in d. l. quod te. Bart. Bal. Ang. Salic. Ias. Alciat Ripa, Socin. Corn. num. 10. Zasius, n. 28. quorum argumentū est præcipuum ex legibus, quibus indistinctè dicitur, debitorem non liberari, si post moram res perierit, l. quod te. l. 1. §. rectissimè l. meritò. ff. de vi, & vi armata. l. apud Iulianum. §. ipsius quoque, de leg. 1. l. cùm filiusfam. ff. de verb. oblig. l. nemo. §. vlt. ff. eod. l. si in Asia §. vlt. ff. depositi.

Secundum argumentum est ex l. cùm res. §. vlt. de leg. 1. ibi: *Itèm si fundus chasmate perierit, Labeo ait vtique æstimationem non deberi, quod ita verum est. si non post moram factam id euenerit, potuit enim cum acceptum legatarius vendere.*

Tertium est ex l. si filio §. si post diuortium. ff. soluto matr. in illis verbis: *Si post diuortium res dotales deteriores factæ sint, & vir in reddenda dote moram fecerit, omnimodo detrimentum ipse præstabit.*

Quartum ex l. si pecuniam. §. pen. ff. de condict. ob causam. ib: *Sed vbi accepit vt manumitteret, deinde seruus decesserit, siquidem moram fecit manumissioni, consequens est, vt dicamus refundere eum debere, quod accepit. Quod si moram non fecit, &c. Si quidem distracturus erat, siue quo ipse vsurus, oportere dici, nihil eum refundere debere.*

Quintum argumentum. Fur & morator æquiparantur. l. inter stipulantem. § pen. de verbor. oblig. Sed fur tenetur indistinctè re perempta. l. subtracto. C. de furtis. Ergo & Morator.

Contrariam sententiam amplexi sunt Cast. Dec. Aret. Fulgos. & Cagnol. in d. l. quod te. & Socin. in cons. 18. col. 2. lib. 2. & in cons. 105. lib. 3. Quibus & ipse assentior.

Probatur primò ex l. si plures. §. 1. ff. depositi. ibi: *Siue autem cum ipso, apud quem deposita res est, actum fuerit, siue cum hærede eius, & sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus & Cassius absolui debere eum, cum quo actum est, dixerunt, quia æquum sit, naturalem interitum ad actorem pertinere, vtique cùm interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.*

Secundò ex l. si cum exceptione. §. sed etsi non culpa. ff. de eo quod metus causa. *Sed etsi non culpa eius, cum quo agetur, aberit: si tamen peritura res non fuerit, si metum nō adhibuisset, tenebitur reus, sicut in interdicto, vnde vi, &c.*

Tertiò, ex l. item si verberatum. §. vlt. ff. de rei vendic. ibi: *Si seruus petitus, vel aliud animal demortuum sit, sine dolo malo, & culpa possessoris pecuniam non esse præstandam plerique putant, sed verius est si fortè distracturus erat petitor, si accepisset moram passo debere præstari. Nam si ei restituisset, distraxisset, & precium lucratus fuisset.*

Quartum est ex l. si vehenda. §. si ea conditione. ff. ad l. Rhodiam de iactu. vbi textus. *Si ea cōditione nauem conduxisti, vt ea merces tua portarentur, easque merces nauta nulla necessitate coactus in nauem deteriorem, cùm id scires te fieri nolle, trāstulit & merces tua cum ea naue perierunt, in qua nouissimè vecta sunt, habes*

ex conducto locato, cum priore nauta actionem. Paulus: *Imo contra si modò ea nauigatione vtraque nauis periit, cum id sine dolo & culpa nautarum factum esset.*

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo: Leges in eo citatas declarandas esse ex aliis supradictis, nempe adhibita distinctione iam dicta.

Ad secundum, ex l. cùm res. §. vltimo. respõsio patet, quia tex. ibi loquitur, quãdo legatarius erat rem distracturus, consequenter, non erat apud eum res peritura, quia vtilitatem alienando percepisset.

Ad tertium, ex l. si filio. §. si post diuortium, ita respondeo. Textus dicit Mariti debitoris periculum esse. Sed vtrum si apud Vxorem res peritura fuisset, teneatur, non docet ille text⁹.

Ad quartam, ex l. pecuniam. §. pen. respondeo. Solutionem colligi, si facti species rectè intelligatur. Quidã pecuniam accepit, vt seruum manumitteret, mortuus est seruus, antequam manumitteretur. Quæritur an pecunia condici possit. Respondit Iuriscõsultus posse, si mortuus sit seruus post moram manumissioni factam. Si ante moram, distinguendum esse, vtrum is qui pecuniam accepit, distracturus esset seruum, nec ne. Argumentum ita sumitur. In priore casu, vbi mora facta est, non adhibetur ea distinctio, sed tantum in posteriore casu ante moram. Respondeo. In priore casu adhiberi non posse eam distinctionem, quia si is, qui pecuniam accepit, allegaret, se potuisse seruũ distrahere, replicaretur aduersus eum, cur non manumisisset seruum cum posset? aut pecunia non accepta, cur seruum non distraxisset? Illa distinctio valet, cùm ante moram seruus obiit. Quare ad rem nostram accommodari non potest.

Ad vltimum argumentũ respondeo. Non si in aliquibus comparantur fur & morosus, idcirco in omnibus esse comparandos, vt dicebat Francisc. Hottoman. controuers. Illustr. quæst. 30.

CAPVT LXXIII.

In casibus, in quibus mora incurritur absque interpellatione, vtrum rei interitu liberetur debitor?

Est etiam controuersia, vtrum debitor re perempta liberetur, si fuerit in mora quam irregularem Doctores vocant, quæ scilicet absque interpellatione committitur. Et liberari censuerunt Alex. in l. de diuisione. ff. sol. matr. Alciatus in d. l. quod te, circa finem. ff. si certum petat. alios citant & communem esse asseuerant Iason ibidem, numer. 15. Cagnolus num. 97. Fundamentũ est in l. naturalis. §. sed si scyphos. ff. de prǽscript. verbis. vbi I. C. *Sed si scyphos tibi dedi, vt Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam præstare debes.* Ibi periculum interitus ad debitorem non pertinet, cùm tamen sit in mora illa irregulari, quia videlicet scyphos ab altero accepit.

Sed contrariam sententiam amplectuntur Iason & Cagnol. loco annotato, authoritate d. l. quod te. vbi dicitur periculum interitus ad debitorem pertinere si fuerit in mora. Ergo siue mora fuerit regularis, vt vocant per interpellationem factam, siue irregularis, idem est dicendum, & eadem est ratio.

Nec verum est in specie d. §. sed si scyphos, debitorem in mora fuisse, quia textus dicit, & tu duntaxat culpam præstare debes, vt declarat Corasius lib. 2. Miscellaneo cap. 9 Et ratio id euincit. Nam vna & eadem res efficere non potest, vt debitor obligetur, & simul etiam in mora constituatur. l. quod dicimus. ff. de solutio. Sed ex eo, quod alter scyphos dedit, oritur obligatio alterius, nẽpe, vt det Stichũ, quia in eiusmodi contractibus innominatis, ex eo quòd vnus implet contractum pro parte sua alter obligatur ad impletum. l. iurisgentium. ff. de pactis. Ergo non potest in mora constitui. Hæc & alia quædam, leuiora tamen, adferuntur pro hac sententia. Quibus non obstantibus communem sentẽtiam sequor. Nam illa vocatur à Doctoribus nostris mora irregularis, quæ ex implemento alterius partis oritur, vt patet ex notatis in l. curabit. C. de actio. empti. in l. de diuisione. ff. solut. matr. & alibi. Quare cùm in specie, de qua loquitur textus in dict. §. sed si scyphos, alter iam impleuisset scyphos dando, sequitur dicendum alterum in mora fuisse. Et quod dicitur ex eodem actu obligationem ac moram simul oriri non posse, verum est, si de mora propriè dicta intelligatur.

Cæterùm nec Corasio assentior impugnanti communem interpretationem dict. §. sed si scyphos, vt scilicet interitus periculum ad debitorem non spectet, quantum ad hoc, vt teneatur ad rem præstandam, vel ad id, quod interest, non autem quantum ad hoc, vt quod accepit, restituere non teneatur. Verius est enim teneri, vt probat l. vltim. ff. de condict. ob causam. Quæ ita conciliari debet cum §. sed si scyphos.

Nec obstat, quòd in verbis præcedentib. loquatur ibi Iurisconsultus de conditione ob causam: nempe, si rẽ dedero, vt rẽ accipiã, mihi conditionem rei datę cõpetere, deinde statim sequitur: *Sed si scyphos dedi, &c. periculo meo Stichus erit*, quæ verba si ad proximiora referantur, innuunt, eo casu cõdictionẽ seu repetitionẽ datorũ nõ competere. Non inquam hęc obstãt, quia §. sed si scyphos aduersatur præcedentibus.

dentib. verbis, hoc modo, vt eo negetur actio nē præscriptis verbis cōpetere ad id, quod interest. Et cū ea oratio contineat simul actionē ad id, quod interest, & datorū repetitionē, nō debet inspici, quod prius vel posterius sit. Sed declarari debet ex l. vlt. ff. de condict. ob causam, vbi dicitur mortuo Sticho repeti posse, quod datum est. Nec ibi fit vlla mentio moræ debitoris, magis quàm in dicto §. Sed si scyphos, vbi perperam illa verba perpenduntur (& tu duntaxat culpam præstare debes) ad excludendam moram? quia aliud est culpa in conseruando Sticho adhibita, propter quam periit, aliud est culpa, quæ consistit in mora commissa in eo tradendo. Et negari non potest, quin fuerit in mora irregulari debitor, cum scyphos accepit, & Stichum non tradidit.

CAPVT LXXIV.

Dua controuersia ad interpretationem l. Singularia. ff. Si certum petatur, & eius materiam.

Singularia quadam pracepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi Debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamuis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc & in eadem persona recipiendum est, vt cùm ex causa mandati pecuniam mihi debeas & conuenerit, vt crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia & à me ad te profecta. Verba sunt Vlpiani in l. 15. ff. Si certum petatur.

Controuersia autem est primò, si debitori meo iussero, vt tibi pecuniam det, ille verò tibi non dederit, sed promiserit, An tu mihi eam reddere tenearis, An verò aduersus debitorē meum, actionem mihi cedendo, libereris.

Secundò, si mandaui debitori meo, vt Titio creditori meo centum soluat, præsenti, acceptanti & interueniente vera delegatione. Debitor meus promisit soluere, ita creditore consentiente, & promissionem acceptante, vtrum si non soluerit, sed bona sua decoxerit, Titius contra me agere possit?

Quod attinet ad primam controuersiam, te ad reddēdam mihi pecuniam teneri, perinde ac si a debitore meo pecuniam accepisses, Authores sunt Salicet. & Ludouic. Rom. in d. l. Singularia, & Fulgos. in l. Si me & Titium. ff. eod. tit.

Primum argumentum est, ex regula quadam brocardica, vt vocant, Paria sunt soluere & promittere. l. vltim. C. ad legem Falcid. Si debitor soluisset, tu mihi tenereris ex mutuo Ergo si promisit, idem est dicendum.

Secundum argumentum est ex eo, quod qui actionem habet, rem ipsam habere videtur, l. Qui actionem, de reg. Iu. Sed cōtra debitorem meum actio tibi cōpetit ex promissione, ergo perinde est, ac si rem, hoc est, pecuniam haberes, quo in casu mihi teneneris.

Tertium argumentum est, e x l. Quamuis. §. Interdum. ff. ad Velleianum, in illis verbis, *Soluit enim qui reum delegauit.*

Quartum est ex l. In eum. §. vlt. ff. de Institoria actio. ibi. *Quod autem pro eo, qui pecuniam fæneraunt, aly per delegationem promisit, à Domino rectè petetur, cui pecunia credita, contra eum, qui delegauit, actio quasita est.*

Contrariam sentētiam nempe sufficere hoc in casu, si actio cedatur aduersus debitorem, secuti sunt Paul. Castren. in d. l. Singularia. n. 19. Alexand. n. 29. Iason n. 31. Zasius n. 9. Alciatus ad l. Si me, & Titium. n. 15. ff. eod. & ibi etiam Bartol. licet de actione tantum competente loquatur. Et istis ego etiam accedo. Probatur autem hæc sententia, quia hoc in casu nulla mihi actio competit ex mutuo. Vlpian⁹ enim in hac l. Singularia. loquitur, quando à debitore meo pecunia numerata est, vt patet ex illis verbis: *Obligaris mihi, quamuis meos nummos non acceperis.* Actio ergo mihi competit ex æquitate, l. Si me & Titium. ff. eodem tit. Est enim æquitati consentaneum, vt is qui nūmos meos exigere potest à debitore meo, ob promissionem ei mandato meo factam, aut eos mihi reddat, aut actionem cedat aduersus debitorem meum, quem alteri delegando liberasse videor. l. Delegare, ff. de Nouatio. & quoties quis tenetur eam ob causam, quod actionem habet, cedendo actionem ipsam liberatur. l. Quod debetur. ff. de pecul.

Deniq. cum æquitas id suadeat, vt id, quod ex meo ad te peruenit, mihi reddas, & ad te actio contra debitorem meum peruenerit, æquum bonum est vt eam mihi cedas, & cedēdo libereris.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo. Non si aliquando comparētur solutio & promissio, vt in ea specie, de qua agitur in l. vlt. C. ad legem Falcid. iccirco in omnibus comparari. Sunt enim longè diuersa vt patet.

Secundum argumentum retorquetur. Si enim, qui actionem habet, rem habere videtur, igitur actione cessa, debitor liberatur, quia perinde est, ac si Creditor rē haberet, quæ interpretatio est benignior, quam contraria, de qua in argumento, cùm pecunia soluta non fuerit, sed tantum promissa.

Ad tertium ex l. Quamuis. §. Interdum. respondeo, cum, qui delegauit soluere, in ea specie, de qua loquitur ibi Iuriscōsultus, nēpe, vt Mulier condicere valeat Debitoris delegati liberationem: Et licet textus dicat, *soluit enim qui reum delegauit*, id non ita generaliter accipiendum est, sed locum habet, quoties loco

solutionis creditor delegatione cōtentus fuit. Creditori enim solutum videtur, quocunque modo ei satisfiat, l. Si rem. §. Omnis. l. Solutam. ff. de pignorat. actio.

Ad quartum argumentum ex l. In eum. §. vlt. respondeo, hæc esse dissimilia. Nam is, qui pecuniam fœnerauit, cōfestim Institori obligatur, mutuum enim contraxit verè & efficaciter. Pecuniam verò non accepit, qui maluit alteri eam delegare & cedere. At in quæstione nostra, non contraxit mutuum, sed promissionem duntaxat eius, qui mutuanti debebat, accepit, non autem pecuniam. Quare nō pecuniam reddere tenetur, sed actionem cedere.

Quòd attinet ad alteram cōtrouersiam. Debitorem ex delegatione facta liberari, nec amplius conueniri posse, licet delegatus debitor soluendo non sit, communis est & vera sententia. Nam per delegationem factam debitorem liberari, ex eo cōstat, quòd delegare nihil aliud est, quàm vice sua alium dare reū creditori, vel cui creditor iusserit. l. Delegare. 11. ff. de Nouatio. vt meritò is, qui reum delegauit, soluisse dicatur à Iurisconsulto in l. Quāuis. §. Interdum. ff. ad Velleianum Atque ita docent in d. l. Singularia, Bart. n. 19. Iason, n. 31. Alciat. n. 53. Deci. nu. 26. & in cons. 107. Benuenut. Stracha, de Mercatura tit. de Mandato. n. 3. Andr. Geyl. lib. 2. obseru. 30. nu. 7. alios citat Gabriel. commu. concl. tit. de Nauatio. concl. 1. num. 19. & Maschard. de Probat. vol. 2. concl. 1111. nu. 3.

Contrariam sententiā habuisse videtur Ludouicus Romanus, Curtius Iunior & alij quidam in d. l. Singularia, quorum illud est argumentum, quòd Nouatio non inducatur iure nouissimo, nisi expresse id agatur, l. vlt. C. de Nouatio. Sed respondetur cùm sit delegatio, necessariò nouationem induci, quia loco debitoris alius debitor delegatur, l. Delegare. ff. de Noua. Quare impossibile, vt non fiat nouatio, quia sic essent duo in solidum debitores, & is qui alium sui vice substituit, adhuc esset debitor, quod repugnantiam continet, & iniquitatem quoque. Nam actionem is aduersùs suum debitorem, quem delegauit, non habet, & tamen conueniri posset.

Actionem non habere patet ex l. 2. & 3. C. de Nouatio. & ex dictis legibus probatur, ex delegatione ius nouationis oriri. Denique qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur. l. Qui debitorem. ff. de Fideiussor. ergo inducitur nouatio & liberatio per delegationem.

CAPVT LXXIV.

Ad interpretationem l. Vnum. ff. Si certum petatur. controuersia vna.

Vinum quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est. Quæsitum est, cuius temporis æstimatio fieret, vtrum cùm datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cùm res iudicaretur. Sabinus respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, si non quanti tunc fuisset, cùm petitum esset. Ita Iurisconsultus in l. 22. ff. Si certum petatur. Est autem controuersia inter Doctores, quomodo accipienda sint illa verba legis vltima, *quanti tunc fuisset, cùm petitum esset*, An videlicet de iudiciali tantùm petitione accipienda sint, an verò de petitione quoque extra iudicium facta.

Et quidem hoc posteriori sensu accipienda esse, Authores sunt Glo. Bart. Castr. Alexand. Ias. Socin. Zasius & Cagnol. quorum illud est fundamētum, quòd verbum petere tam iudiciali petitioni conueniat, quam extraiudiciali. l. Decem cùm petiero. ff. de verb. oblig. & cùm per interpellationem extra iudicium factam perinde mora committatur, ac per lapsum diei. l. Mora. ff. de Vsuris. Sequitur dicēdum, vt quemadmodum, vbi mora committitur per lapsum diei, æstimatio fit secundum tempus obligationi præfixum, vt habetur in hac lege, in illis verbis: *Sabinus respondit si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset*, ita etiam dicendum sit, vbi ex interpellatione facta mora incurritur.

Confirmatur argumentum, quia mora nocere debet. l. Hominem ff. mandati. ca. Mora. de reg. Iur. lib. 6. Non noceret autem si ratio non esset habenda æstimationis eius tēporis, quo per interpellationem mora committitur. Nec obstat quod dici solet in actionib. stricti iuris tempus litis contestatæ inspiciendum, quia id locum sibi vindicat ante moram debitoris, secus autem post morā. Id patet ex d. l. Hominem, vbi Iurisconsultus, *aliter*, inquit, *in stipulatione seruatur*. Nam tunc id tempus spectatur, quo agitur, nisi fortè aut per promissorem steterit, quò minus sua die solueret, aut per creditorem, quò minus acciperet. Etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.

Cæterùm, vt de iudiciali dūtaxat petitione per litis contestationem illa verba sint accipienda, magis est vt existimem vnà cum Alberico, Decio, Alciato & Aretino, quia Iurisconsultus ab initio loquitur de iudiciali petitione, vt patet ibi *per iudicem petitum est*. Quare vt responsum interrogationi & quæstioni cōueniat, fateri cogimur, & postrema verba de iudiciali petitione accipiēda esse, vt ea sit mēs Iurisconsulti, si quæratur cuius temporis æstimatio inspicienda sit, an litis cōtestatæ, an vero sententię latę, inspiciendam esse æstimationem tempore litis contestatæ, nisi dictū esset, quo tempore vinum mutuò datū redderetur.

Hæc

Hæc interpretatio confirmatur ex aliis legibus, quibus dicitur in iudiciis ſtricti iuris, vt eſt mutuum, æſtimationem fieri ſecundùm tempus litis conteſtatæ, l.3.§. In hac. ff. commodati. l. vlt. ff. de condictione triticaria. Nulla verò lex eſt quæ dicat, inſpiciendum tempus interpellationis, ſeu petitionis extra iudicium factæ.

Huc accedat, quòd vbi nulla dies eſt adiecta obligationi, debitor in mora conſtitutus per interpellationem extra iudicium eam purgare poteſt, quandocunq; ante litẽ conteſtatam. l. Interdum. 73.§. vlt. l. Si ſeruum. 91. §. Sequitur. ff. de verb. oblig. Vſque adeo vt Creditori imputetur, quòd litem conteſtatus non fuerit, vt in l. Si Inſulam 84. ff. eod. tit. vt eleganter explicat Anto. Faber libr. 6. Coniecturarum Iuris. c.7. Quare non perinde ſtatuendum eſt de mora, quæ per interpellationem incurritur, quod cõſtitutum eſt de mora, quæ cõmittitur ob lapſum diei; Etſi enim debitor rem obtulerit, poſt diem conuentam, verum eſt tamen, illum intra diem præſtitutum non dediſſe. l. Celſus. ff. de Arbitris. merito eo caſu inſpicitur æſtimatio eius temporis, quo conuentum eſt rem dari, vel reſtitui, vt in hac lege, & in d. l. Hominem ff. Mandati.

Non obſtat quòd dicitur, verbũ *petere*, adaptari etiam ad petitionem extra iudicium: quia id concedo, ſi ſpectetur natura & ſignificatio verbi. Sed ſi textus legis ſpectetur, & materia, de qua agitur, id nego. Quod verò dicitur, perinde moram incurri ex interpellatione, atque ex diei lapſu; fateor, ſed non per omnia idem in vno atq; in altero ſtatuendum eſt; quia ſubeſt ratio differentiæ, illa ſcilicet, quoniam mora purgari poteſt, vbi dies adiecta non eſt obligationi, quod minimè conceditur, vbi dies eſt adiecta. Et quòd Iuriſcõſultus dicit, moram non prodeſſe debitori in d. l. Hominẽ, intelligi debet in eo caſu, quo dies eſt adiecta, quemadmodum & ex eius verbis patet; ſecus autem vbi dies adiecta non eſt, ſi purgetur ipſa mora per debitorem, ſicuti ei licet ante litem conteſtatam, vt dictum eſt.

CAPVT LXXVI.

Ad l. Ciuitas. ff. eod. tit. controuerſia.

Ciuitas mutui datione obligari poteſt, ſi ad vtilitatem eius pecuniæ verſæ ſunt, alioquin ipſi ſoli, qui contraxerant, non ciuitas, tenebuntur. Ita Vlp. in l. 27. ff. Si certum petatur. Diſſenſio eſt inter Doctores, ſi Decurionibus Ciuitatis populo præſente, ſiue conſilio ipſius ciuitatis, mutua data fuerit pecunia, an probandum ſit à creditore pecuniam verſam in vtilitatem fuiſſe. Et hanc probandi neceſſitatem non incumbere Creditori hoc in caſu exiſtimarunt Bart. Caſtr. Alex. Corn. & Zaſius, nec non Ripa in l. Si is qui bona. num. 10. ff. de pignor.

Primum argumentum eſt, quia Ciuitas ex cõtractu obligatur abſolutè. Ergo neceſſe nõ eſt probare pecuniam in eius vtilitatem erogatam. Ciuitatem obligari ex contractu probatur primò, quia obligatur ex delicto, l. Metum. §. Animaduertendum. ff. de eo quod metus cauſa. Secundo, quia Ciuitas condere poteſt legem in his, quæ pertinent ad eius adminiſtrationem. l. Prohibere. §. planè. ff. Quod vi aut clam. Contractus autem initus ab eo, qui legis condendæ poteſtatem habet, vim legis habet, l. Cæſar. ff. de publicanis. l. penult. C. de donat. inter vir. & vxor. ergo talis contractus habet vim legis, & cõſequenter ſeruandus eſt. Tertiò, quia à ſimili ex mutuo obligatur Capitulum Eccleſiæ ſede vacante inito, vt docet Glo. in c. Cupientes, in verbo, Aliunde, de Electione, lib. 6.

Secundum argumentum eſt à ſimili. Nam ſi Prælatus Eccleſiæ vnà cum Capitulo mutuã acceperit pecuniã, obligatur ad reddendã eã, licèt nõ probetur, fuiſſe verſam in vtilitatem ipſius Eccleſiæ. c. penult. de fideiuſſoribus.

Sed in Ciuitate non libera, id eſt, vt vulgus loquitur, ſuperiorem recognoſcente, contrariam ſententiam ſecutus eſt Alciatus poſt Fulgoſium, authoritate d. l. Ciuitas: Sed videtur mihi cõmunis ſententia ſatis probabilis, quia Vlpianus in hac lege non loquitur, cùm tota Ciuitas, hoc eſt, decuriones populo vniuerſo præſente contrahit, ſed cùm adminiſtratores tantum contraxerunt, vt patet ex illis verbis: *Alioquin ipſi ſoli, qui contraxerunt, tenebuntur.* Quæ ſanè verba nõ conueniunt in eum caſũ, quo tota Ciuitas contrahit.

Illud fateor non rectè dictum, contractum habere vim legis, id. n. non probat l. Cæſar. ff. de publicanis, ſicuti bene explicat Zaſius in hac lege. Et l. penult. de qua in argumento, loquitur de contractibus Imperatoris.

CAPVT LXXVII.

Vtrum probetur pecuniam conuerſam fuiſſe in vtilitatem Ciuitatis, vel Eccleſiæ, ex eo, quòd probatur Ciuitatem, vel Eccleſiam tempore mutui indiguiſſe ea pecunia?

Conuerſionem in vtilitatem Ciuitatis & Eccleſię factam fuiſſe pecuniæ mutuò acceptæ, probari ex eo, quod probatur Eccleſiã vel Ciuitatem ea indiguiſſe, quo tempore accepit, exiſtimarunt Gloſ. in cap. Hoc ius porrectum. in verbo, Probat. 10. quæ. 2. Caſtr. ad l. 1. §. Non autem, & ad l. vlt. ff. de Exercitoria actio. & ibidem Petr. Cyn. & Bald. Decius ad l. Ciuitas. num. 10. & ibi etiam Riminal. ff. Si certum petatur. Ruin. in conſil. 76. col. 4. in fine lib. 4.

Fundamentum est in d.l.vlt ff. de Exercitor. actio. vbi patet, Nauis magistrum obligari ex mutuo, quod in refectionem nauis contraxit præpositus, si modò probetur refectione nauem indiguisse.

Sed contrariam sententiam probant Bart. in d.l.vlt. Alex. in d.l. Ciuitas, & ibid. Iason n. 18. Ang. in consf.245. Imola in c.1. n. 17. de Deposito. Ripa ad l. Si is qui bona. n. 10. ff. de pignor. & Ioseph. Maschard. de probatio. vol. 3. concl. 1161. num. 8.

Fundamentum est in eo, quod leges requirant probari versionem in vtilitatem Ciuitatis & Ecclesiæ, vt in c. penult. de Fideiussor. & in d.l. Ciuitas. Nulla verò est lex, quæ versionem demonstrari ex eo decernat, quòd Ecclesia vel Ciuitas indiguerit pecunia, tum quia fieri potest, vt indiguerit, & tamen in eius vsum exposita non fuerit, tum quia rarò accidere potest, vt mutuò pecunia sine necessitate accipiatur. Quapropter aut nũquam, aut certè rarò is succumberet, qui conuersionem factam allegaret, quia probationem paratam ferè semper haberet.

Tertia est sententia Iacobi Menochij de arbitr. iudi. casu 432. num. 35. hanc rem Iudicis arbitrio committentis, veluti iure non definitam, & quæ ex variis causarum circunstantiis facilè definiri potest. Nec à Menochio dissentit Ioseph. Maschard. loco proximè citato, n. 10.

Sed mihi magis probatur eorum sentẽtia, qui absolutè negãt conuersionem demõstrari ex eo, quòd demonstretur Ecclesiæ, vel Ciuitatis necessitas. Cui sanè sententiæ magnoperè suffragatur argumentum, quod superius allatum est.

Nec obstat text. in d.l. vlt. ff. de exercitor. actio. quia species illa longè est absimilis. Agitur ibi de priuatis personis, hic de publicis. In priuatis, qui ex mutuo obligantur, necesse nõ est probare pecuniam versam in vtilitatem. In ciuitate secus & in Ecclesia. Quare si quis præposuerit quempiam naui, tenetur, si modo cum pecunia crederetur, nauis in ea causa fuisset, vt refici deberet, nec lex requirit, vt in eam causam versio probetur. At in quæstione nostra nominatim id requiri constat.

CAPVT LXXVIII.

Tractantur duæ controuersiæ de mutua pecunia Ecclesiæ data, ad interpretationem c. penult. de fideiussor. & c. . de solutionibus.

SI Prælatus consentiente Capitulo pecuniã mutuatus fuerit, nec vnde eã reddere possit, habeat, nisi immobilia bona vẽdat Ecclesiæ, Cõtrouersia est, si nõ probetur pecuniam versam in vtilitatem Ecclesiæ, vtrum ad eam restituendam cogi possit?

Et cogi non posse, Authores sunt Abbas Panorm. in c. penult. de fideiussor. n. 4. & in c. 1. n. 9. de Deposito. Cardinal. in d. c. pen. col. penult. & in consil. 71. col. vlt. Alciat. in l. Ciuitas. nu. 4. & nu. 6. ff. Si certum petatur. Quorũ argumentum illud est, quòd sine causa iusta alienari non possunt Ecclesiæ bona immobilia, cap. Sine exceptione. 12. quæst. 2. Hic autẽ nulla causa videtur esse legitima, quia non constat pecuniam in Ecclesiæ vsum fuisse cõsumptam.

Sed contraria sententia longè probabilior & communior est. Nempe Ecclesiam cogi posse ad restituendam pecuniam, licet versio in vtilitatem facta non ostendatur, ita docuerunt Bart. in d. l. Ciuitas. nu. 13. Dec. n. 6. Iaf. col. penult. Butr. in cap. penult. n. 9. de fideiussor. Mariã. Socin. in cõs. 5. n. 25. lib. 1. Castr. in consf. 338. n. 2. lib. 1 Imola in c. 1. n. 17. de Deposito. Rolan. à Valle in consf. 41. n. 36. lib. 1. Iacob. Menoch. de arbitr. Iud. casu 432. n. 13. vers. Contrariam itaque opinionem.

Probatur hæc sententia authoritate text. in d. c. penul. de fideiussor. dum ibi dicitur, Ecclesiam non teneri ad restituendum mutuò acceptam pecuniam, quoties absque prælati authoritate, & maioris partis Capituli mutuum est contractum, nisi probetur eam fuisse versam in vtilitatem Ecclesiæ. Etenim à contrario sensu ex hoc loco satis clarè euincitur, Ecclesiam teneri, si mutuum contractum fuerit, accedẽte Prelati & Capituli authoritate. Quę sanè causa soluendi æs alienum iustissima reputanda est, alienandi res immobiles Ecclesię. c. Hoc ius porrectum. 10. q. 2. Quare cessat argumentum contrariæ opinionis.

Altera controuersia, quam huius Capitis titulus promittit, hæc est, Prælatus Ecclesiæ absque consensu Capitularium mutuatus est pecuniam? Non constat, an in Ecclesiæ vtilitatem fuerit conuersa. Moritur. Nunquid successor ad eam creditori restituendam compelli possit?

Affirmant compelli posse, Panorm. in d. c. penult. nu. 7. de fideiussor. nec non. Anchar. n. 9. & Cardin. in 10. quæst. Authoritate tex. in c. 1. de solutio. vbi S. Pontif. *Sicut filius debita Patris soluere tenetur, ita Prælatus sui prædecessoris pro Ecclesiæ necessitate contracta.* Nam si versio in vtilitatem Ecclesiæ probanda esset hoc in casu, sequeretur Creditorẽ ad hoc adstringi, vt negotium Ecclesiæ gereret, vt de Creditore mutuante Præposito nauis dicebat Iurisconsultus Aphricanus, in l. vlt. ff. de Exercitor. act. Præsertim si fortasse accideret, vt propter Ecclesiæ necessitates Prælatus accepta pecunia Romã proficisci deberet. Tunc Creditori

ditori onus incumbere videretur curā adhibendi, vt ea pecunia in necessarios tantum vsus expenderetur, quod sanè perquam durum esset ac difficile.

Et licet probationem istam exigat tex. in d. cap. vlt. de Fideiussor. non tamen loquitur de Prælato Ecclesię mutuum contrahente, sed de Monacho, seu religioso, absque licentia Abbatis, & maioris partis Capituli se obligante.

Cæterùm hoc in casu successorem cōpelli posse negant Innocen. in c. 1. de solutio. Ant. Butr. in d. c. pen. n. 9. Castr. in con. 138. lib. 1. n. 2. vers. Si verò nullum. Quorum fundamentum est in d. c. penult. quatenus ibi S. Pont. exigit eam probationem, vbi sine consensu maioris partis Capituli, simúlque prælati mutuum est contractum. Et si enim consensus hic extet Prælati, deficit tamen consensus Capituli.

Tertia est sententia Iacobi Menochij; hanc rem diligentis ac boni Iudicis arbitrio delegantis, de Arbitr. Iud. casu 432. n. 18.

Ego verò eorum sententiæ magis adstipulor, qui negant successorem teneri, si versio in vtilitatem facta non probetur.

Moueor inprimis authoritate d. c. pen. Secundò moueor authoritate c. 1. de solutio. ac perpendo verba S. Pontificis eo in loco, quibus dicit: *Successorem obligari ad soluenda debita Prædecessoris pro necessitate Ecclesiæ contracta.* Igitur hæc ipsa qualitas erit probanda à Creditore, scilicet debita contracta fuisse pro necessitate Ecclesiæ. Nec verò aliter probari poterit, nisi demonstretur pecuniam creditam necessitati Ecclesiæ subuenisse. Nam Ecclesiam pecunia indiguisse, & iccirco mutuò eam accepisse, si probetur, non infertur tale debitum cōtractum fuisse pro necessitate Ecclesiæ. Itaque verba cum affectu sunt accipienda, & consequenter pro necessitate Ecclesiæ debitum contractum intelligitur, cùm ideo contractum est, vt necessitati subueniretur, & subuentum fuit.

Tertiò moueor ex §. Si verò quis, aut Episcopo, aut OEconomo, in Authen. de alienatione & Emphyteusi: Vbi Iustinianus ita dicit: *Si verò quis aut Episcopo, aut OEconomo, aut ordinatori cuilibet venerabilis domus, siue in regia Ciuitate, siue in Prouincia constituta pecunias crediderit; iubemus neque hoc eis reputari pro venerabili domo, nisi primitùs ostenderent, quòd in vtilitatem prædictæ venerabilis domus ista profecerunt, neque ipsum creditorem, aut hæredes eius contra venerabilem domum habeat aliquam pro ipsis actionem, nisi monstrauerint, quod in vtilitatem venerabilis domus, pecunia profecerunt. Sed contrà mutuas accipientem pecunias, aut hæredes eius proprias maneant actiones.* Quare nec obstat text. in d. c. 1. de solutio. Imo ab hac sententia plurimum facit. Nec text. in d. c. pen. de fideiussor. facilè euitari potest. Et ad extremum quod dicitur de cura ac diligentia perquam difficili à Creditore adhibenda, nihil prorsus mouet. cùm Creditor sibi consulere facilè potuisset, non aliter pecuniam mutuando, quàm si Prælati & Capituli consensus accessisset.

CAPVT LXXIX.

Controuersia dua ad interpretationem l. Principalibus ff. Si certum petatur, & l. seq.

P*Rincipalibus constitutionibus cauetur, ne hi qui prouinciam regunt, quive circa eos sunt, negotientur, mutuam pecuniam dent, fœnúsq; exerceant.* Verba sunt Modestini in l. 33. ff. si certum petatur. Sed & Paulus in l. seq. sic ait: *Præsidis prouinciæ officiales, quia perpetui sunt, mutuam pecuniam dare, & fœnebrem exercere possunt. Præses prouinciæ mutuam pecuniā fœnebrem sumere nō prohibetur.* Quatuor sunt Cōtrouersiæ ad harum legum interpretationem.

Prima, vtrum perpetui Rectores hac prohibitione contineantur.

Secunda, quid statuendum sit de Rectorib. Ciuitatum vel prouinciarum, ex quibus sunt oriundi.

Tertia, quid si palàm & bona fide contractus exerceant prohibitos.

Quarta, quid si statim officio finito cōtrahant. Priores duas tractabimus hoc in loco, sequentes verò in sequenti capite.

Quod igitur ad primam attinet, duplex est Doctorum sententia. Altera huiusmodi perpetuos administratores, & Rectores ea prohibitione non contineri. Ita docuerunt in commentariis harum legum Bartol. Alexander, Cornelius, Iason & Zasius. Quorum fundamentum est in dicta l. Pauli. cuius verba superius annotata sunt. Nam cùm Paulus respondeat officiales Præsidis, quia sunt perpetui, mutuam pecuniam dare, & fœnebrē exercere posse, idem & in Rectoribus perpetuis respondendum esse videtur. Nam tales Rectores eligi solent homines spectatæ probitatis & fidei, quibus si negotiatio interdicta sit, non modicum præiudicium & incommodum inferri videtur.

Altera est sententia & huiusmodi Rectores hac prohibitione cōtineri, ita docuerunt Decius & Salicetus hoc in loco, authoritate Modestini, generaliter pronunciātis eos, qui prouincias regunt, negotiari non posse. Cuius rei ea est ratio, quòd vel Reipub. vacare debent, vel ex eorum contractibus & negotiationibus multa mala sequi possunt, timórque impressionis non deest, sicuti eleganter explicat Alciatus hoc in loco. Quæ quidē ratio maximè

locum habere videtur in perpetuis Rectoribus. Alia ratio eſt officialium Præſidis & Miniſtrorum ſeruientium. Nā & ipſis Reipub. cura non incumbit, & ceſſat in eis impreſſionis timor. Atque hanc poſteriorem ſententiam veriorem eſſe iudico, neque enim decet, imò multas ob cauſas vtilitati publicæ repugnat, tales Rectores & Adminiſtratores mercimonia, & negotiationes exercere inter ſubditos Iuriſdictioni, vt non dubitem ita Modeſtinū reſponſurum fuiſſe, ſi de talibus perpetuis Rectoribus fuiſſet interrogatus. Et cùm lex non vetet eos neceſſaria emere ac vendere, ſed negotiationibus duntaxat interdicat, non animaduerto, quam ob cauſam ex ea re damnum pati videantur.

Sed verius eſt eos lucra amittere illicita. Quod verò dicitur eos, qui præficiuntur Reipub. adminiſtrādæ, ſpectatæ fidei ac probitatis eſſe cenſendos, eouſque non inficiabimur, quouſque animum & mentem eorū ad lucra procliuiorem eſſe non videbimus. Videbimus autem ex negotiandi & fœnerandi cupiditate.

Quod attinet ad ſecundam, triplex eſt ſententia Doctorum. Altera non contineri tales adminiſtratores tali legum prohibitione. Ita in commentariis huius loci Bart. Caſtr. Alex. Iaſon, Socin. Alciat. & Zaſius, dicitque Corn. hanc ſententiam conſuetudine receptam eſſe.

Fundamentum eſt in dicta lege Pauli Iuriſcōſulti, quæ negotiationem officialibus Præſidis permittit, qui plerunque eo in loco ſunt officiales perpetui, vnde ſunt oriundi. Nam & talibus magis fauendum eſſe videtur, quam externis & peregrinis hominibus. Quapropter etiam conſtitutum eſt, vt & in ea prouincia matrimonium contrahere poſſint. l. Eos. ff. de ritu nuptiar. quanquam aliis id prohibitum ſit. l. Si quis officium. ff. eod. tit.

Altera eſt ſententia, & iſtos Rectores cōtineri hac prohibitione legis, ita Angel. & Deci. in d. l. Principalibus. nec non Bald. ad l. Quiſquis. Quorum illud eſt fundamentum quod & hæc lex, & ſimiles generaliter loquantur, vt in l. Qui officij, & in l. Non licet. ff. de contrahen. emptio. & ratio ipſarum legum locum habeat etiam in huiuſmodi Rectoribus, qui in Patria regunt & adminiſtrant.

Tertia eſt ſententia Ludouici Romani, quę refert & ſequitur Franciſcus Aretinus, nec nō Paris de Puteo in tractat. Syndicatus in verb. *Contrahere*, col. 2. aut officium ſeu adminiſtratio Iuriſdictionem habet annexam, aut non habet. Priore caſu locus eſt priori ſententiæ, poſteriore verò poſteriori.

Ego quanquam a communiori ſententia haud temerè recedendum exiſtimem, magis tamen probo negantem ſententiam. Eam enim video magis legibus noſtris conſentaneam, vt ceſſet omnis impreſſionis timor, & ab eis ſubditi paternè regantur, non autem ſpolientur bonis, vti facile ſpoliari poſſunt, ex negotiationibus Rectorū. Neque illis graue id videri debet, quibus eſt permiſſa omnis negotiatio cum aduenis & peregrinis, & rerum etiam neceſſariarum cum ſubditis.

Ad argumentum ab officialibus deſumptum, iam reſponſio allata eſt ſuperiùs. Et quod de matrimonio obiicitur, ſua peculiari ratione nititur, quòd ſcilicet æquitas non patitur, vt quis ad matrimonium contrahēdum, cum fœminis, peregrinis & ignotis cogatur. Cogeretur autem, ſi in Patria vxorem ducere Rectores & Adminiſtratores huiuſmodi prohiberentur.

CAPVT LXXX.

Alia dua controuerſia ad eaſdem leges pertinentes.

CÆterum palam & bona fide eos negotiari poſſe Authores ſunt Accurſ. in l. Si in emptione. §. vlt. ff. de contrahen. emptio. And. de Iſern. in c 1. §. vlt. de feudo Guardiæ. Angel. & Decius in d. l. Principalibus. nu. 9. ff. Si certum petatur.

Fundamentum eſt in iis legibus, quibus cauetur Tutorem palàm, & bona fide contrahere poſſe cum Pupillo licet aliàs prohibeatur. l. Non exiſtimo. ff. de admi. Tuto. l. Pupill. §. Sanè. ff. de autho. Tuto.

Sed contrariam ſententiam habuerunt Iaſon, Alciat. Alex. & Zaſ. quibus & ipſe aſſertior in d. l. Principalib. Probatur hæc ſententia ex l. 1. C. de contractib. Iudicum, vbi imperator prohibet, ſimiles contractus fieri a Rectoribus Ciuitatum & Iudicibus, præterquam pro neceſſitate victus in hæc verba: *Prouinciae verò moderantibus non ſolùm donationes, ſed etiam emptiones quarumcunque mobilium, vel immobilium rerum, præter eas, quæ ad alimoniam, vel veſtes pertinent & ædificationes, licet ſacri apices aliquid eorum permiſerint, penitus interdicimus, &c.* Quibus verbis patet, vſque adeò generaliter, huiuſmodi perſonis tales contractus eſſe prohibitos, vt nec illis ſint permiſſi, licet Principis reſcriptum habuerint. Quę igitur ratio eſt id eis concedere, ſi palàm & bona fide contrahant? quàm facilè Imperatoris cōſtitutio eluderetur? Alia eſt ratio Tutoris, qui ſi palàm & bona fide authore contutore contrahat, ſicuti loquuntur leges, manifeſtum facit, ſe non latenter ſua commoda procurare, ſed vt quemlibet extraneum agere, atque contrahere.

Quod attinet ad poſtremam controuerſiā, ſunt qui exiſtimēt Rectorem nō ſtatim finito officio,

officio, & adminiſtratione contrahere poſſe, ita Ludouic. Rom. & Dec. in l. Principalibus. Bald. ad l. Solent. §. vltim. ff. de officio Proconſulis.

Fundamentum eſt, quia officio finito ſubiicitur ſyndicatui, vt vocant, quamobrem officij reliquiæ quædam ſupereſſe videntur, & quod caput eſt, in fraudem legis contrahere videtur, ſi incontinenti, depoſito officio, contrahat, & quæ in continenti fiunt, videntur ineſſe.

Sed contraria ſententia longè mihi probabilior videtur, quam amplexus eſt Iaſ. in d. l. Principalib. nu. 4. Nam & hoc in caſu ceſſant verba legis, & ceſſat ratio prohibitionis legis, lex enim de Rectore loquitur, & moderatore prouinciæ, hic verò non eſt Rector amplius, quia officio defunctus eſt. Quorſum igitur ea interpretatio tendere poteſt, niſi vt nouã legem condat? qua, qui Rectores fuerunt, nec ſunt ampliùs, contrahere prohibeantur? Aut quid ſibi vult, quod dicitur, reliquias priſtinæ dignitatis durare, niſi hoc ſignificet, vt honor exhibeatur, magiſtratu defuncto, non vt ei negotiatio interdicatur, cùm in ipſo ceſſet omnis impreſſionis timor, & omnis cauſa prohibitionis?

Denique nihil prorſus mouet, quod vel de fraude dicitur, quia fraus non præſumitur, ſed probari debet, & quod ſubiungitur ex regulis brocardicis; quæ varias ſuſcipiunt interpretationes, & ad hanc ſpeciem ideo accommodari nõ poſſunt, quoniam cùm quis deſinit eſſe in magiſtratu, efficitur priuatus homo aliorũ juriſdictioni ſubiectus, qui propterea aliorũ priuatorum iuribus ac legibus cenſeri debet.

CAPVT LXXXI.

Vtrum Rectoribus prouinciarum aliquid donari poſſit remunerationis cauſa, ad interpretationem l. vlt. C. Ad legem Iul. repetundarum?

Rectorib. Prouinciarum donari poſſe remunerandi gratia cenſuerunt Bart. ad l. Aquilius. ff. de donat. Alexand. Iaſ. & Zaſ. in l. Principalibus. ff. Si certum petatur, authoritate d. l. Aquilius. Sed cõtrarium docuit Alciat. ad d. l. Principalib. quia l. Aquilius. nõ de donatione facta Rectori accipienda eſt, ſed Rhetori, hoc eſt; Præceptori Rhetoricæ, & lex generaliter prohibet huiuſmodi donationes. l. vlt. C. ad legem Iul. repetundarum.

Ego verò vtor hac diſtinctione, vt donatio permiſſa eſſe intelligatur, ſi propter beneficium præſtitum ante adminiſtrationem conferatur; Secus autem, ſi pro aliquo præſtito beneficio tempore adminiſtrationis.

Hanc diſtinctionem confirmo ex d. l. vlt. C. ad l. Iul. reper. in illis verbis: *Et ob hoc exceptis ſolariis, nihil penitus tam in adminiſtratione poſitus, quam poſt depoſitum officium pro aliquo præſtito beneficio tempore adminiſtrationis, quã gratuito meruerint, accepturos, &c.*

Confirmo denique hac ratione, quia tales donationes prohibentur, ne magiſtratus corrumpantur, iuxta illud, Munera obcæcant oculos ſapientum. Hæc ratio locum nõ habet, vbi extra cauſam adminiſtrationis, donatio confertur ab eo, qui beneficium accepit à Rectore & magiſtratu ante prouinciam demandatam.

CAPVT LXXXII.

De exceptione non numeratæ pecuniæ controuerſiæ octo. Quarum prima hoc capite tractatur, Vtrum poſt biennij lapſum competat Iure ciuili inſpecto.

Hoc & ſequentibus aliquot capitib. præcipuas quaſdam controuerſias ſubiiciemus, de exceptione non numeratæ pecuniæ, quarum prima eſt, vtrum ſecundùm Ius Ciuile poſt biennij lapſum opponi poſſit?

Et quidem opponi poſſe, ea tamen lege, vt opponens probare debeat, pecuniam numeratam non fuiſſe, authores ſunt, Accurſ. in l. In contractib. C. de non numerata pecunia. Angel. Salicet. & Bartol. in l. Si ex cautione. C. eod. tit. Caſtr. in conſ. 233. numer. 3. lib. 2. Ang. Aretin. in §. Idem Iuris, nume. 4. in Inſt. de except. Alex. in conſil. 158. col. pen. lib. 2. Soc. ad l. 2. §. vlt. nu. 3 ff. de emptionib. Iaſ. ad l. 3. §. Iurati. n. 8. & ad l. Manifeſtè. nu. 6. ff. de Iureiur. Decius ad l. Iure naturæ n. 5. de reg. Iur. Ant. Gomeſ. variar. reſol. de contract. c. 6. n. 7. & ibi Soarez in additio. Eguinarius Baro in Inſt. de literar. oblig. Per. Nicol. Mozius de contract. tit. de Mutuo, n. 9.

Argumenta præcipua ſunt duo. Primũ eſt, quia is, qui pecuniam non numerauit, videtur dolo facere eam exigendo, & conſequenter exceptione doli repelli poſſe videtur. Exceptio autem doli eſt perpetua. l. Purè §. vlt. ff. de doli mali & metus exceptione.

Alterum argumentum ſumitur ex l. Qui pecuniam. ff. Si certum petatur, vbi Iuriſconſultus. *Qui pecuniam,* inquit, *creditam accepturus, ſpopondit creditori futuro, in poteſtate habet, ne accipiendo ſe eobſtringat, &c.* Si ergo creditor pecuniam non accepit, non eſt obſtrictus vllo tempore, cõſequenter omni tempore, & ſic etiam poſt biennium excipere poteſt ſe pecuniam non accepiſſe.

Sed contrariam ſententiam veriorem eſſe iudico, nempe poſt biennium ceſſare huiuſmodi exceptionem. Huius ſententiæ authores

sunt, Alberic. ad dict. l. Si ex cautione. n. 2. C. de non nu. pecu. Felyn. in c. Si cautio. n. 6. & ibid. Imola n. 24. de Fide instrumentorum. Io. Faber in Instit. de literarum oblig. n. 6. Ludouic. Bulogrenus ad consilia Ioannis de Anania, in cons. 97. Marsilius singul. 463. Petr. Duenas, de reg. iur. 261. Hippol. Riminal. in cons. 272. lib. 3.

Probatur hæc sententia primò ex l. Si intra. C. de non numerata pecunia. vbi Imperator: *Si intra legib. definitum tempus, qui cautionem exposuit, nulla querimonia vsus defunctus est, residuum tempus eius hæres habebit, tam aduersus Creditorem, quàm aduersus eius hæredem, &c.* Et paulò post: *Sin verò legitimum tempus excessit in querimoniam creditore minime deducto, omnimodo hæres eius, etiamsi Pupillus sit, debitum soluere compellitur.*

Constat autẽ legitimum tempus esse biennium, vt paulò pòst probabitur.

Secundò probatur ex l. Asseueratio. C. eod. tit. in illis verbis: *Exceptio non numeratæ pecuniæ, certa die non delata prius querela, euanescat.*

Tertiò ex l. In contractib. eo. tit. vbi Imperator: *In contractibus, in quibus pecunia, vel alia res numerata, vel data esse conscribuntur, non intra quinquennium (quod antea constitutum erat) non numeratæ pecuniæ exceptionem obijcere possit, qui accepisse pecunias, vel alias res scriptus sit, vel successor eius, sed intra solum biennium continuum, vt eo lapso nullo modo querela non numeratæ pecuniæ introduci possit.*

Si nullo modo pecuniæ nõ numeratæ querela introduci potest; Ergo nec introduci poterit eam ob causam, quòd quis dicat se probare velle numerationem factam non esse, & aduersarium dolo facere, quod exigat.

Quartò probatur ex §. 1. Instit. de literarum obligationibus, his verbis: *Planè si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est de pecunia minimè numerata, post multum temporis, exceptionem opponere non potest.* Et paulò pòst: *Multum autem tempus in hac exceptione anteà quidem ex principalibus constitutionibus vsque ad quinquennium procedebat, sed ne creditores diutius possint suis pecunijs forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, vt vltra biennij metas huiusmodi exceptio minimè extendatur.*

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ ita respondeo. Doli exceptionem perpetuam esse, sed hoc in casu, non esse perpetuam, quia, nihil aliud continet effectu, quàm pecuniam numeratam non fuisse, quæ quidẽ pecuniæ non numeratæ exceptio, cùm post biennium opponi non possit, nec doli mali exceptio, ad eundem finem respiciens opponi poterit. Quare & tex. in d. l. Si ex cautione, eodem iure censere videtur, tam exceptionem doli hoc in casu, quàm exceptionem non numeratæ pecuniæ, vt patet ex illis verbis: *Opposita, siue doli, seu non numeratæ pecuniæ, &c.*

Ad secundum argumentum, ex l. Qui pecuniam, respondeo, in potestate debitoris esse, ne se obstringat creditori futuro, si pecuniam non accipiat, & nullum chirographũ confessionis de recepta pecunia conscribat. Nam si chirographo se obliget, nec intra annum querelam non numeratæ pecuniæ obiiciat nullo modo post illud tempus elapsum eam obiicere poterit, vt patet ex legib. sup. à allegatis, quibus non repugnat Iurisconsultus in dict. l. Qui pecuniam. Imò nullum verbum facit de tali exceptione non numeratæ pecuniæ.

CAPVT LXXXIII.

Verum Iure Canonico inspecto post biennij lapsũ opponi possit exceptio non numeratæ pecuniæ.

CÆterum ex æquitate Iuris Canonici, etiam post bienniũ elapsum opponi posse exceptionem non numeratæ pecuniæ responderunt Dyn. in reg. Locupletari, de reg. iur. lib. 6. Angel. in consil. 156. Domina Angelina. Roman. in cons. 44. & ibi Mandosi. in additio. Marsili. singulari 461. Imola in c. fi. n. 32. de solutio. Felyn. in cap. Si cautio. num. 61. de fide instrum. Deci. ad l. Iure Naturæ num. 5. de reg. iur.

Fundamentum est in reg. Nemo locupletari debet cũ aliena iactura. d. ca. Locupletari. de reg. iur. lib. 6. Item nulla præscriptio currit cum mala fide. c. vlt. de præscr p. Hic autem mala fides patet creditoris, si pecuniam non numerauerit.

Sed istis aduersantur, Specul. tit. de restitut. in integr. §. 1. n. 25. Archidiac. in c. Si quis Episcoporum. 3. q. 6. Bald. ad l. Cùm quis. n. 22. C. de Iuris & facti ignorantia. Ias. ibid. nu. 28. Petrus Duenas reg. 261. n. 12. Hyppol. Rimin. in cons. 272. n. 20. lib. 3.

Fundamentum est in eo, quòd nulla sit cõstituenda differentia, atque inducenda dissensio inter ius Canonicum & Ciuile, nisi quatenus sacris Canonibus expressum sit, argumẽto eorum, quæ habentur in c. 1. & 2. de operis nou. nunciatio. Cùm ergo Iure Ciuili verius sit exceptionem istam opponi non posse post biennium, vt in superiori capite demonstratum est, idem quoq; iure Canonico statuendum esse videtur, cùm nullibi contrarium constitutum sit.

Ego posteriori sententiæ accedo, si mala fides absit. Nam si Creditoris mala fides appareat, exploratum habeo cum præscriptione bien-

biennali iuuari non poſſe, ex generali & expreſſa Iuris Canonici cōſtitutione, quæ omni prorſus derogat præſcriptioni, ſi mala fides ſubſit.

Quod verò dicitur neminem locupletari debere cum aliena iactura, parum valet in materia præſcriptionis temporis à lege cōſtituti. Nam cùm iuſtas ob cauſas ad Reipub. vtilitatem pertinentes certum tempus ad aliquid agendum lex præfigit, eo elapſo beneficium legis ceſſat in ſuperhabita Iuris regula: Nemo locupletari debet cum aliena iactura, &c.

CAPVT LXXXIV.

Vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ locum habeat, vbi quis ante chirographum confeſſionis ſe pecuniam accepiſſe profitetur?

SI hodie Titius chirographo profiteatur, ſe mutuò ante annum accepiſſe à Titio certā pecuniæ quantitatem, vtrum locus ſit exceptioni non numeratæ pecuniæ intra biennū, non eſt eadem omnium ſententia. Etenim locum non eſſe exiſtimauit Gloſ. in l. In contra. in verbo, Aliæ res. ibi: Item hoc intellige. C. de non numerata pecun. Alberic. in l. Generaliter. C. eod. tit. Socin. ſen. ad l. 2. §. Appellata. ff. Si certum petatur.

Cæterùm affirmant competere Cyn. in d. l. Generaliter. Roman. & Deci. in d. §. Appellata. Aret. in §. Idem Iuris. nu. 23. Inſt. de Exceptionib. Anton. Gomeſ. variar. reſolu. Iuris tit. de contractu mutui. c. 6. n. 4.

Prioris ſententiæ argumenta ſunt hæc: Primum ex l. Aduerſus. C. de non num. pecun. vbi Imperator. *Ignorare non debes non numeratæ pecuniæ exceptionem ibi locum habere, vbi quaſi credita pecunia petitur. Cùm autem ex præcedente cauſa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cùm cauebatur, numerata ſit, ſed an iuſta cauſa debiti præceſſerit.*

Secundum eſt ex l. Generaliter. C. eod. tit. *Generaliter ſancimus*, ait tex. *vt ſi quid ſcriptis cautum fuerit, pro quibuſcunque pecuniis ex antecedente cauſa deſcendentibus, eamque cauſam ſpecialiter promiſſor edixerit, non iam ei licentia ſit, cauſæ probatione ſtipulatorem exigere, cùm ſuis confeſſionibus acquieſcere debeat.*

Tertium argumentum eſt huiuſmodi. Exceptio non numeratæ pecuniæ ideo debitori cōpetit quia præſumitur, ſub ſpe numerationis futuræ confeſſus ſe accepiſſe. Sed hoc in caſu non habet locum hæc præſumptio, quia debitor fatetur ſe iam antea pecuniam accepiſſe: Ergo hoc in caſu exceptio ceſſat.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt, quia leges generaliter cōcedunt, exceptionem iſtam non numeratæ pecuniæ intra biennium, nec diſtinguunt, quomodo quis confiteatur ſe pecuniam accepiſſe.

Item quia nulla adferri poteſt differentiæ ratio, ſiue quis ſimpliciter in chirographo fateatur ſe accepiſſe pecuniam, ſiue confiteatur ſe accepiſſe longè ante chirographum. Imò confeſſio ſimpliciter facta refertur ad tempus præteritum, ſcilicet ante confeſſionem elapſum.

Huc accedat, quòd eadē facilitate, qua quis confitetur ſe ſimpliciter accepiſſe, quod non accepit, confitebitur etiam ſe accepiſſe longè ante chirographum. Ideo vtroque caſu videtur dicendum, exceptionem competere, adiuuariſque poteſt hoc argumentum ex eo, quod reſpondit Bart. ad l. Si ex cautione. nu. 2. C. de nō numerata pecunia. Quem ſequitur Felyn. in c. Si cautio. nu. 51. de fide inſtrum. & Iaſ. in l. Qui pecuniam. n. 1. ff. ſi certum petatur. Reſpondit Bart. competere iſtam exceptionem, licet in chirographo quis dixerit, ſe pecuniam accepiſſe, & chirographum tale conſcripſiſſe, non ſub ſpe futuræ numerationis, quia eadem facilitate inductus eſſe videtur, ad illa verba adiicienda.

Quibus rationibus adductus, huic poſteriori ſententiæ magis accedo, cui ſanè nō obſtāt argumenta prioris ac diuerſæ ſententiæ. Etenim leges allegatæ in primo & ſecundo argumento loquuntur, de alia ſpecie longè diuerſa & abſimili, nempe cùm quis confitetur ſe debitorem eſſe alterius ex alia cauſa precedente, vt puta ſi quis in chirographo fateatur, ſe Titio debere centum, quæ ante annum nomine depoſiti accepit, vel quæ ante annum ex cauſa emptionis præſtare tenebatur. Hoc in caſu non inquiritur, an pecunia numerata ſit, ſed an cauſa verè præceſſerit, nec ne, & confeſſioni ſtatur, donec contrarium doceatur. Hęc eſt ſententia dictarum legum.

Ad tertium argumentum reſpondeo, etiam hoc in caſu debitorem ita confiteri, ſpe futuræ numerationis. Quid enim refert, vtrum quis fateatur ſe accepiſſe pecuniam, vel ante annū accepiſſe? Vtroque caſu tempus præteritum deſignat. Neque verò lex impoſita eſt verbis, ſed rebus. l. 2. C. commu. de legatis.

CAPVT LXXXV.

Si lege municipali cautum ſit, certas duntaxat exceptiones contra inſtrumentum opponi poſſe, vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ opponi poſſit?

LEgibus municipalibus, quæ ſtatuta Ciuitatum vulgò appellamus, plerunque ita conſtitutum eſt, vt aduerſus inſtrumenta publica, certæ quædam duntaxat exceptiones

opponi possint, vt puta, solutionis, compensationis, rei iudicatę, & similes. Quamobrē controuerti solet, an exceptio non numeratæ pecuniæ videatur exclusa: Et videri respondit Bald. in l. Pecuniæ. C. de solution. n. 4. & in l. 3. C. de postulando. in vlt. col. cuius fundamentum est in ipsis verbis statuti, quod dum certas quasdam exceptiones reseruat, cæteras omnes excludere videtur. l. Cùm Prætor. ff. de Iudiciis.

Cæterùm non videri, responderunt Cyn. ad l. In contract. C. de non num. pec. Ias. ad l. Qui pecuniam nu. 7. ff. Si certum petatur. Felyn. in c. Si cautio. n. 47. de fide instr. Anton. Gomes. variar. resol. tit. de contract. c. 6. n. 3. & ibi Suarez, in additio.

Et istis ego assentior. Nam eiusmodi exceptio non numeratæ pecuniæ inest ipsi obligationi & confessioni, quia lex præsumit confessionem factam spe futuræ numerationis, & intra biennium exceptionē concedit, quare nūquam a lege municipali talis exceptio censeri debet exclusa, quemadmodum, nec si quis iureiurādo fateatur se accepisse, impeditur quò minus excipere possit. l. vlt. C. de nō nu. pecu. neque enim consentire videtur obligationi, qui confitetur se accepisse, nisi pecunia numeretur, consequenter iniustum esset Ciuitatis statutum, quo ea exceptio reiiceretur: Non est autem ea interpretatio accipienda, quā quispiam iniustè opprimatur, qua lex iniquitatis arguatur, & mereatur à sapientib. reprehendi, vide Menoch. de Arbitrar. Iud. casu 199. Ex quibus confutatur argumentum contrariæ opinionis.

CAPVT LXXXVI.

Vtrum exceptio non numerata pecunia eodem modo concedatur ei, qui testibus præsentibus se confessus est accepisse pecuniam, quo se chirographo obliganti & confitenti concedi solet?

VAria sunt Doctorum placita de quæstione huius capitis. Etenim Accurs. in l. Si non singuli. C. Si certum petatur, in eam sententiam procliuior esse videtur, etiam vltra biennium non numeratæ pecuniæ exceptionem competere, vbi chirographum debitoris non apparet.

Bartolus autem ad l. Si ex cautione. C. de nō numerata pecun. docet competere huiusmodi exceptionem, siue chirographum extet, siue non extet, reprobata Accursij sententia, & sicut ego interpretor intra biennium competere, non autem post biennium.

Angel. Aret. in §. Idem Iuris. nu. 22. Inst. de Exceptionib. refert aliorum sententiam & Accursium sequi videtur.

Alciatus denique ad l. Qui pecuniam. circa finem testatur communem esse sententiam Doctorum, quam & ipse amplectitur, non numeratæ pecuniæ exceptionem cōpetere, siue chirographo cōtineatur debitoris cōfessio, siue testibus dūtaxat probetur, ita tamē, vt post biennium debitori onus probandi incumbat, pecuniam numeratam non fuisse. Quæ sententia mihi quoque magis probatur.

Continet autem duo membra. Primum. Eo casu quo chirographum non extat, exceptionem competere ne dum intra biennium, sed etiam post biennium. Alterum, post biēnium, si opponatur onus probandi negationem, hoc est, pecuniam numeratam non fuisse debitori incumbere.

Vtrumque sic probatur. Primum quidem. Nam leges concludentes hanc exceptionem spacio biennali de literarum obligatione loquuntur, vt patet in Instit. de literarum obligatione, & alibi. Hęc autem non est literarum obligatio vt patet. Ergo biennali tempore nō est concludenda, sed potius moderanda est secundum alias Iuris regulas, quæ de confessione facta præter causam literarum obligationis loquuntur, inter quas illa est perspicua, vt quandocunque liceat de errore docere confessionis factæ. l. Generaliter. C. de non numerata pecun. l. Error. C. de Iuris & facti ignorantia.

Alterum verò membrum sic probatur. Nam qui allegat cōfessionis suæ errorem, eum probare debet, cùm suis cōfessionibus acquiescere debeat, vt in d. l. Generaliter. & declarat optimè Ias. in d. l. Error. C. de Iuris & facti ignoran. & ex communi sententia Anton. Gabriel. commu. concl. tit. de confess. concl. 5.

CAPVT LXXXVII.

Vtrum inter mercatores locus sit exceptioni non numerata pecunia, & vtrum, si iuramentum obligationi accesserit, necessaria sit absolutio, vt ea exceptio opponi possit?

CVm inter Mercatores summa vigeat æquitas, Iuris autem apices, & subtilitates locum non habeant, meritò disputari potest, nec locum habere non numeratę pecunię exceptionem, ex traditis per Bald. in l. Frustrà. C. de non num. pecun. Iason in l. Singularia & in l. Qui pecuniam. ff. Si certum petatur. & in l. Cùm quis. nu. 17. C. de Iuris & facti ignor. & per Glos. in §. Argentariorum. in Auth. de Fideiussor.

Sed istis nō obstantibus, cōtraria sententia mihi magis probatur, quam defendit eleganter Bēuenutus Stracha de Mercatura, tit. Quomodo in causis Mercatorū procedendum sit. nu. 9. Authoritate legum generaliter loquentium, nec mercatorum causas excipientium. Et ego confirmo eo argumento, quod hæc literarum obligatio, ex mercatorib. originem

traxit, sicuti eleganter explicat Alciat. in l. Qui pecuniam. n. 8. ff. Si certum petatur. Quamobrem & consequens est, nō numeratæ pecuniæ exceptionem, ex eodem fonte ortam censeri, neque verò ab æquitatis ratione aliena est exceptio, cùm æquitas id postulet, vt quod quis non numerauit, exigere non audeat, licet syngrapham debitoris acceperit.

Sed si Iuramentum accesserit, promissioni debitoris & obligationi, nonnulla est controuersia, vtrum absolutio necessaria sit, vt exceptio ista possit opponi. Etenim Bald. censuit non necessariam in l. vlt. C. de non numerata pec. quem secutus est Corn. in cons. 11. col. 7. lib. 3.

Sed contrarium docet nouissimè Seraph. Senens. de priuilegiis iuramenti, priuileg. 60. nu. 18. eiusdem sententiæ citans Gratum respōso 30. lib. 1. Authoritate text. in c. venerabilem. de electione, in illis verbis: *Nec valet ad plenam excusationem ipsius, si iuramentum illud dicatur illicitum, cùm nihilominus super eo nos prius consulere debuisset, quàm contra ipsum propria temeritate venire &c.*

Sed certò infirmum est hoc argumentum vt mihi videtur, quia S. Pontifex loquitur in dubio, cùm scilicet incertum est & dubium, vtrum iuramentum sit licitum, nec ne, nō debet enim quispiam illud propria authoritate violare, sed Summum Pontificem consulere, quæ res longè est absimilis à specie, de qua agitur. Neque enim dubitari potest, quin debitoris iuramētum sit licitum in hac specie, sed non proinde sequitur absolutionem esse necessariam, quandoquidem huiusmodi iuramentum tacitè eam conditionem habet si pecunia fuerit numerata. Antequam numeretur, exceptioni locus est, vt in l. vlt. C. de non numer. pecun. Quare cùm præter consensum iurantis iuramentum obligare non possit, & hoc in casu debitoris consensus non adsit; nisi pecunia numeretur, sequitur ante numeratam pecuniam, iuramentum non obligare, & per consequens, absolutione opus non esse. Quare Baldi & Cornei sententiam probabiliorem esse existimo, contrariámque sententiam valere iubeo.

CAPVT LXXXVIII.

Ex chirographo confeßionis, quanam oriatur obligatio, & quando, & vtrum ciuitati perpetuò competat exceptio non numeratæ pecuniæ?

EX chirographo confessionis oriri tantum ciuilem obligationē sunt qui existiment. Alij ciuilem & naturalem, alij nullam oriri censent, vbi scilicet numeratio non intercedit. Vide Angel. Aret. in §. Idem Iuris. n. 10. Instit. de except. & Eguinarium Baronem in comment. Instit. tit. de literarum oblig.

Ego puto post biennium ciuilem, & naturalem obligationem oriri, nō ea ratione, quòd syngrapha debitoris, obligationem inducat, sed quia lex præsumit pecuniam numeratam fuisse, cùm plerunque non soleant debitores ex syngrapha obligari, tam diu, si pecuniā verè non acceperint, tacere, & exceptionem non opponere, sicuti optimè deducit Franciscus Conanus libr. 1. cōmēt. Iur. Ciu. cap. 6. nu. 11. & probatur ex verbis Iustiniani in §. 1. in Inst. de literarum oblig. ibi: *Sic fit, vt & hodie, dū quæri non potest scriptura, obligetur, & ex ea nascatur condictio, &c.*

Postrema controuersia est, an ciuitati perpetuò detur exceptio non numeratæ pecuniæ. Affirmant Bald. Ludouic. Roman. & recentiores ad l. Si is qui bona. ff. de pignor. eo argumento adducti, quòd Ciuitas ex mutuo non obligetur, nisi probetur, pecuniam mutuatam in eius vtilitatem fuisse conuersam, vt in l. Ciuitas. ff. Si certum petatur.

Sed negat Ripa, in d. l. Si is qui bona. nu. 10. *Quia diuersa est*, inquit, *exceptio non versionis, ab exceptione non numeratæ pecuniæ. Altera enim contractus nullitatem respicit, altera verò validitatem præsupponit, & exceptio illa non versionis, præsupponit numerationem factam.* Sic ille. Sed quandoque bonus dormitat Homerus, non aduertit Ripa exceptionem non numeratæ pecuniæ continere exceptionem versionis non factæ, & in eo fundamentum communis sententiæ positum esse.

Declaro. Ciuitas ex mutuo non obligatur, nisi versio probetur in eius vtilitatem facta. Hoc vt probetur, duo requiruntur. Primùm pecuniam fuisse verè numeratam, deinde, insumptam fuisse in vsus Ciuitatis. Quare si perpetuò tueri se Ciuitas potest, exceptione versionis non factæ, multò magis defendere se poterit non numeratæ pecuniæ exceptione. Vbi enim numeratio facta non est, nec versio probari potest. Quod si creditor probata numeratione versionem quoque probare debet exceptione scilicet opposita, multò magis probare tenebitur numerationem factam, eadem Ciuitate excipiente numeratā nō fuisse. Eandē sententiā nouissimè secutus est Petrus Nicolaus Mozius, tract. de contract. tit de mutuo. §. Venio ad primam colūnam, post n. 18.

CAPVT LXXXIX.

Vtrum si debitori dilationem ad soluendum datam Creditor prorogauerit, ignorante fideiussore, liberetur fideiussor?

MAgna est Doctorūdissēsio, vtrū fideiussor liberetur, si creditor debitori tēp⁹ ad solu

uendum datum prorogauerit ignorante fideiuſſore. Etenim liberari affirmãt Specul. in tit. de fideiuſſor. §. 1. verſ. Illud autem quæritur. & ibi Ioan. Andr. Butr. in c. conſtitutus. de fideiuſſor. & in c. 1. de officio delegati. Felyn. in c. de Cauſis, col. 3. eod. tit. Natta in conſ. 202. n. 6. Papienſis in forma libelli, contra plures reos debendi. §. Solutionem facere recuſauerunt, in fine.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. Itẽ quæritur. §. Qui impleto. ff. Locati. vbi Iuriſcõſultus: *Qui impleto tempore conductionis remanſit in conductione, non ſolùm reconduxiſſe videbitur, ſed etiam pignorum videtur durare obligatio. Sed hoc ita verum eſt, ſi non alius pro eo in priore conductione res obligauerat, eius enim nouus conſenſus erit neceſſarius.*

Secundum eſt ex l. Si cùm Hermes. C. eod. tit. *Si cùm Hermes,* inquit, *vectigal Octauorium in quinquennium continuum conduceret, fidem tuam obligaſti, poſteáque ſpacio eius temporis expleto, cùm idem Hermes in conductione, vt idoneus detineretur, non conſenſiſti, ſed cautionem tibi reddi poſtulaſti, non oportere te de poſterioris temporis periculo adſtringi, competens Iudex non ignorabit.*

Sed contrariam ſententiam habuerunt Ancharanus & Imola in dict. c. Conſtitutus. Bald. Angel. & Alexan. in l. Si vnus. §. Si cum reo. ff. de pact. Iaſ. ad l. 1. n. 18. C. de Iudiciis. Ant. Gomeſ. variar. reſol. lib. 2. cap. 13. n. 19. verſ. 6. & vlt. Quanquam ſupradicti diſtinguere videantur, Vtrum debitor vſque ad certum tempus fuerit obligatus, & ei fideiuſſor acceſſerit, An verò obligatus fuerit ſimpliciter, vt priore caſu fideiuſſor liberetur tempore prorogato debitori, poſteriore non liberetur, quemadmodum diſtinguunt etiam idem Iaſ. in l. Lecta. n 9. ff. Si certum petatur, & ibid. Deci. n. 13. Alciat. n. 52. Cagnol n. 99. Couuar. alios citans ad rubr. de pactis, in princ. nu. 6. verſ. Quartò apparet fideiuſſorem, & nouiſſimè alios quamplures commemorans Anton. Teſſaurus deciſ. Pedemont. 125. & hæc ſententia videtur mihi veriſſima, licet Iacop. de S. Georgio alia vtatur diſtinctione, ad cuius argumentum poſtea reſpondebitur.

Primum membrum huius ſententiæ probatur ex duabus legibus, quæ pro priore ſententia allatæ ſunt. Quib. accedant l. Lucius. §. Paulus, ff. de adminiſtr. Tutor. & l. Labeo. §. Si per fideiuſſorem, ff. de Arbitris.

Poſterius autem membrum probatur multis argumentis, quibus Iaſon vtitur, in d. l. 1. n. 18. C. de Iudiciis. Sed illud potiſſimum me mouet, quòd cùm debitor certo tempore ad ſoluendũ obſtrictus eſt, etiam elapſo illo tempore tenetur, etſi non ſoluat, dicitur eſſe in mora, nec fideiuſſor liberatur. Si ergo tempus ei prorogetur, hoc tantùm efficitur ea prorogatione, vt in mora eſſe non dicatur, nec ipſe, nec fideiuſſor eius, & ad hoc tẽdit ipſa prorogatio, quę proinde nec nocere creditori debet, nec ad alium finem trahi, præſertim, cùm hodierno Iure nouatio minimè inducatur ex temporis prorogatione, vel aliter, niſi expreſsè dicatur. l. vlt. C. de Nouationib. Et declarãt optimè Caſtr. ad l. penult. ff. de pretoriis ſtipulatio. & Iaſ. ad l. 1. §. Et poſt operis. n. 97. ff. de operis noui nunciatione.

Cæterum Iacop. de S. Georgio in loco ſuperius annotato vtitur alia diſtinctione: *Aut enim creditor,* inquit, *ſimpliciter tempus creditori prorogauit, aut noua ſtipulatione intercedente, qua ſcilicet debitor eidem promiſit pecuniam debitam reſtituere tempore prorogato. Priore caſu fideiuſſor non liberatur, poſteriore verò liberatur. Ratio eſt, quia nouatione facta fideiuſſor aut ipſo Iure, aut ope exceptionis liberatur, l. Vbicunque. ff. de fideiuſſor. Sed nouatio inducitur ex temporis prorogatione, l. penult. ff. de prætor. ſtipulatio.* Ego, &c.

Reſpondeo ex lege Iuſtiniani, Nouationem non induci ex temporis prorogatione, quicquid olim cõſtitutum eſſet, id patet ex d. l. vlt. C. de Nouatio. ibi: *Vel conditionem, ſeu tempus addiderit, vel detraxerit, &c. Ex quo veteris Iuris conditores introducebant nouationis, nihil penitus prioris cautelæ innouari, &c.*

Maneat igitur ſententia ſupradicta, quę veriſſima eſt, & communiter recepta.

CAPVT XC.

Vtrum minor læſus in precio rei venditæ reſtituendus ſit in integrum, aduerſus venditionem, an verò res vendita retineri poſſit ab emptore, ſi iuſtum precium ei ſupplere velit?

SI minor læſus fuerit in precio rei venditæ, controuertitur, an ſit in integrum reſtituẽdus reſcindendáq; venditio: An verò ſufficiat, ſi emptor iuſtum ei precium ſuppleat. Et quidem in integrum reſtituendum eſſe, & ſic reſcindendam eſſe venditionem, ac rem reſtituendam cenſuerunt Petr. & Cyn. in l. Siquidem. C. de Prædiis minor. Caſtr. ad l. Non intereſt. n. 4. C. de his quæ metus cauſa. Pinell. ad l. 2. in 3. parte, cap. 1. nu. 21. C. de reſcind. vend. Natta in conſ. 548. nu. 32. & quidam alij, quos commemorat Octauianus Simoncellus de Decretis, lib. 3. tit. 7. n. 13.

Argumenta verò ſunt iſta. Primùm ex d. l. Siquidem C. de Prædiis minor. in illis verbis: *Si verò Iure interpoſito decreto venditionem vili precio eius poſſeſſionis, cuius precium ignorabat, fecit, iuxta perpetui edicti authoritatem in integrum reſtitutio, cauſa tamen cognita, præbetur.*

Secundum argumentũ est ex l. Quod si minor. §. Restitutio. ff. de Minoribus. in illis verbis: *Itaque si in vendendo fundo circumscriptus restituetur, iubebit Prator emptorem fundum cum fructibus reddere, & precium recipere.*

Tertium ex l. Patri. §. Itẽ ex diuerso. ff. eod. tit. ibi: *Si minore precio quàm oportuit, vendiderit Adolescens, emptor quidem iuberi debebit prædia cum fructibus restituere, &c.*

Sed contrariam sententiam amplexi fuere Glos. Bart. Salicet. & Bald. in d. l. Siquidẽ. Glos. & Alberic. in l. Patre. §. Si pecuniam. ff. de Minor. Bartol. & Iacob. ad l. Si res. §. Si mulier. ff. de Iure dotium. Et quamplures alij, quos refert & sequitur Sfortia Oddus de restitutione in integrum, q. 57. art. 4.

Argumenta sunt duo potissimùm. Primum ex d. l. Si res. §. Si mulier, in illis verbis: *Enimuerò, si in æstimationis modo circumuenta est, erit arbitrium Mariti, vtrum iustam æstimationem, an potius seruum præstet, &c.* Et paulò infra: *Idémque & in Minore circumuenta, Marcellus probat, &c.*

Secundum argumentũ est huiusmodi. Restitutio tantum minori præstat, quantum ei abstulit læsio. l. Quod si minor. §. Restitutio. ff. de minor. Sed læsio fuit circa precium: Ergo si precium iustum minori refundatur, satisfactũ esse videtur restitutioni. Ego priori sententię magis accedo, quam confirmo ex c. 1. de in integrum restitutione, ibi: *Requisiuit à nobis tua fraternitas, quid agendum sit de possessionibus Laicis sub modico censu cõcessis. Noueris itaque, quòd si Ecclesia læsa est, &c.* Et paulò pòst: *Et Ecclesia iure Minoris debeat semper illæsa conseruari, quæ in damnum eius data constiterit, ad ipsius conuenit ius & proprietatem redire.*

Non obstant argumenta contrariæ opinionis. Nam quod attinet ad primũ, illud specialiter est inter virum & vxorem, de rebus in dotem datis, vt patet ex d. l. Neque enim conuenit ita facilè inter coniuges rescindi ea, quæ gesta sunt, si modò indemnitati mulieris succurratur.

Cæterùm in aliis leges sunt apertæ, quibus constitutum est, rem venditam restituendam esse minori, & cõtractum rescindendum. Porrò quod textus dicit: *Idémque in minore circumuenta Marcellus probat*, de muliere minore circumuenta accipiendum est circa dotem.

Ad secundum autèm argumentum respondetur, vt tantum minori restituatur, quantum ei abstulit læsio, fundum esse restituendum vna cum fructibus, sicuti declarant Iuriscõsulti in dictis legibus allegatis, & patet euidenter. Nam si duntaxat iustum precium emptor solueret, non ex eo tantum haberet minor, quãtum habuisset si non vendidisset. Habuisset enim rem & fructus, iam verò precium rei duntaxat consequitur, & nullos fructus.

Quod si contractus rescindatur, & res minori restituatur, tunc in integrum restitutus esse videbitur, & omnis disputatio auferetur.

Quamobrem & Iurisconsultus in d. §. Restitutio. postquam dixit, tantum restitutionem afferre, quantum abstulit læsio, subdit: *Itaque, si in vendendo fundo circumscriptus restituetur, iubebit Prætor emptorem fundum cum fructibus reddere.*

CAPVT XCI.

Controuersiæ aliquot de certi condictione, ad interpretationem l. Certi condictio. ff. si certum petatur.

REspondit Vlpianus in l. Certi condictio. ff. Si certum petatur. Certi condictionem competere, etiam ex causa legati, & ex lege Aquilia, sed quia legis Aquiliæ actio ita comparata est, vt ex rei negatione in duplum sequatur condemnatio. l. Contra negantem. C. de lege Aquilia, disputatio nascitur, An, & certi condictio ex lege Aquilia dupli condemnationem contineat. Et non est eadem omnium sententia. Nam Accurs. quidem, Bartol. Bald. Castr. Alex. Ias. Dec. Alciat. in comment. dictæ legis negant, sed Zasius lib. 1. singular. respõs. cap. 14. contrarium docet. Non rectè, iudicio meo.

Fundamentum communis sententiæ, negãtis ad duplum cõpetere, positum est in l. Item veniunt. §. Cùm prædiximus. ff. de petitione hæreditatis, vbi text. dicit: *In hæreditatis petitione actiones omnes hæreditarias venire & ideo actionem etiam ex lege Aquilia, non tamen cum suo incremẽto, licet enim ex inficiatione crescat, ad simplum tamen dabitur. Sic Iurisconsultus.* Vnde ex eo responso colligitur idem esse statuendum in certi cõdictione, quæ ex l. Aquil. datur, vt scilicet non detur cum suo incremento, sed ad simplum tantùm.

Zasius vero sic argumentatur, vt in primis demonstret, textum in d. §. Cùm prædiximus, nil probare. Nam cur in petitione hęreditatis, duplum actor consequi non possit, illam esse rationem disputat, quòd ad hæredẽ nil aliud transeat, nisi ius, quod defunctus habuit. Defunctus autem non habuit ius consequendi duplum, sed tantum simplum, quia nondum instituta erat actio ex lege Aquilia, ante mortem defuncti. Consequenter nec inficiatio locum habuerat.

Secundò adfertur textus in d. l. Certi condictio. §. Cùm prædiximus, ac illud perpendit, quod simpliciter Iurisconsultus tradit ex lege Aquilia certi condictionem competere, nec ad simplum eam restringit.

Tertiò argumentum adfert huiusmodi. Si quis agat condictione ex lege Aquilia, tolluntur omnes aliæ actiones ex eadem causa competentes. l. Duobus. §. Exceptio. ff. de Iureiurando. Ergo negante reo, nunquam actor duplum consequetur. Nõ enim ex condictione, si vera sit communis sententia, non etiam ex lege Aquilia, quia actio ex ea competens sublata est. Hoc autem est absurdum. Ergo & absurdum esse videtur, quod communis sententia docet, nempe ad duplum certi condictionem ex lege Aquilia non extendi.

Respondeo ad primũ. Ius dupli consequendi defuncto competiisse, si non actu, saltem potentia, vt loquuntur scholastici Doctores. Nã cùm haberet actionem ex lege Aquilia, consequens est, vt & ius ad duplum consequendum haberet, ex negatione rei conuenti, & sic ad hæredem transiret, ac in petitione hæreditatis comprehenderetur. Sed quia petitio hæreditatis hoc respectu subrogata esse videtur, loco actionis ex lege Aquilia, Iurisconsultus respondit in d. §. Cùm prædiximus. subrogatam quidem esse, sed tamen non cum incremento, quod ex inficiatione proficiscitur, id enim non est proprium petitionis hæreditatis.

Ad secundum argumentum ita respondeo, licet Iurisconsultus in d. l. Certi cõdictio. simpliciter affirmet certi condictionem competere, etiam ex lege Aquilia, nihil tamen proponitur, cur interpretatione illud ita accipiẽdum non sit, quemadmodum in hæreditatis petitione constitutum est, vt scilicet absque incremento detur.

Ad tertium respondeo, actorem sibi imputare debere, cur nõ elegerit actionem ex lege Aquilia potius, quàm certi condictionẽ, quoties enim plures actiones competunt, vnam eligere actor debet. l. Quod in hærede. §. Eligere. ff. de tributoria. Si non eligat meliorem, sibi imputet, nec dicat absurdum esse, quòd ab alia excludatur.

Altera est controuersia, Vtrùm certi condictio competat ad interesse. Affirmant competere Bar. & Glos. hoc in loco. Castr. n. 8. Alex. n. 16. Socin. n. 25.

Quorum illud est fundamentum, quòd certi condictio ex lege Aquilia competat, & sic ad damni emendationem, quod nihil aliud esse videtur, quàm interesse damnum passi.

Sed contraria sententia videtur mihi verissima, quam eodem in loco secuti sunt Cuman. Fulgos. Alber. Ias. Dec. Alciat. & Zas.

Probatur eo argumento, quia ad id, quia Interest, incerti condictio competit, vt patet ex l. vlt. ff. Si quis in ius vocatus non ierit, & ex l. 3. ibi: incertæ actionis. C. de inutil. stipul. Si competit incerti condictio, ergo non certi.

Nec obstat quòd ex lege Aquilia competere dicatur, quia intelligitur, si certa quantitas exprimatur. Nam certi condictio competit ex omni causa, ex qua certum petitur, certum autem dicitur, quod apparet, quid, quale & quãtum sit. l. Certum. ff. eod. tit. Interesse autem incertum est, vt ex probationib. testium, quid & quantum sit, declaratur, vt proinde certa quantitas in actione instituta comprehendi nonpossit.

Sed nec illa est prætermittenda controuersia, olim agitata inter Citramontanos & Vltramontanos, hoc est, inter Doctores Gallos & Italos, vtrum scilicet pro mutuo competat certi condictio specialis. Nam Bart. affirmat, quem cæteri Doctores Citramontani sequuntur, in comment. d. l. Certi condictio. Sed Pet. à Bellapertica & cæteri antiquiores Galli, quibus & Zasius adstipulatur, negant.

Ego Italus, Italorum sententiam probo. Primò ex §. 1. in Institutionibus. Quibus modis re contrahitur obligatio. *Ex eo contractu*, inquit (mutui) *nascitur actio, quæ vocatur certi condictio.*

Secundò ex §. Sequens, in Inst. de actio. ibi. *Earum verò actionum, quæ in personam sunt, ea quidem, quæ ex contractu nascuntur, ferè omnes rei persequendæ causa comparatæ videntur, veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum pecuniam petit actor, &c.* Illa verba, quibus mutuam pecuniam, &c. indicant plures actiones pro mortuo dari, & sic non solùm generalem, sed etiam specialem certi condictionem.

Tertiò ex l. 1. ff. de condictio. triticar. ibi: *Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione vtitur, si certum petetur.*

Quartò mutuum contrahitur iisdem modis, quibus indebitum. §. 2. Instit. Quibus modis re contrahitur obligatio. Præclarè Cuiacius libr. 8. obseru. c. 34. Sed pro indebito competit specialis actio, scilicet condictio indebiti. Ergo & pro mortuo.

Quintò. Contractus nominati actionẽ specialẽ pariunt, veluti ex empto, locato & similibus, l. Iuris gentium. ff. de pact. Sed mutuum est contractus nominatus: Ergo.

Sextò. Ex stipulatione oritur certi cõdictio specialis, vt in Inst. de verb. oblig. in princip. Ergo similiter & ex mutuo.

Septimò probatur ex l. Qui mandatum suscepit. ff. Mandati. vbi dicitur. Eum, qui mandato alterius mutuauit, actiones cedere debere. Ergo plures sunt actiones, non vnà tantùm pro mutuo.

Non obstant argumenta contrariæ opinionis, quorũ primũ est illud, quod agens condictione ex mutuo speciali, eodẽ modo cõcludere debeat, quo ageret condictione generali.

Ergo

Erga vnica tantùm actio competit. Respondeo, ambas actiones ad eundem finem tẽdere, & hoc in argumento probari, sed quò minus ambæ competant, non infertur.

Secundum argumentum, Si certi condictio specialis pro mutuo competeret, & simul etiã generalis, nulla esset ratio, cur etiam pro aliis contractibus nominatis competere non deberet. Sed pro aliis non competit: Ergo nec pro mutuo. Respondeo alios contractus nominatos proprias actiones producere, nec indigere certi condictione speciali, mutuum verò certa condictione speciali à legibus adiuuatur, quemadmodum & stipulatio, & indebiti condictio.

Tertium argumentum: Cùm certi cõdictio generaliter detur pro omnibus contractibus, in quibus certum petitur, frustrà exigitur specialis pro mutuo. Respondeo, nõ frustrà, quia nostra interest, plures actiones habere, & constat non frustra specialem hypothecam eum habere, qui generalem habet. Sed de Scholastica quæstione hactenus.

CAPVT XCII.

Vtrum difficultas excuset debitorem à mora?

Difficultatem soluendi non excusare quãtitatis debitorem à mora, existimarunt Bart. in l. Quod te. nu. 14. ff. Si certum petatur. Bald. Ang. & Alex. sequen. argumentis. Primũ est ex l. Cõtinuus, § Illud. ff. de verbo. obl. ibi. *Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, &c.*

Secundum est ex l. Incendium, C. Si certum petatur. *Incendium are alieno non liberat debitorem.*

Tertium, qui non potest soluere, nisi cedat bonis, in carcerem coniicitur. l. 1. C. qui bonis cedere possunt. Sed nemo in carcerem cõiicitur, nisi sit in mora, argumento l. 3. §. Tutores. ff. de suspectis Tutor. Ergo difficultas non excusat à mora.

Quartum est ex l. Mora. §. Bonæ fidei. ff. de Vsuris. vbi filius familias est in morâ, qui tamẽ eo tempore nihil habebat, præter bona castrensia, vel quasi.

Quintum ex l. Ad diem. ff. de verb. oblig. ibi. *Committetur pœna, licet non sit hareditas eius adita.*

Sextum ex l. vlt. ff. de Nautico fœnore. ibi. *Tamen committi perinde pœna potest, ac fuisset heres debitoris.*

Sed contrariam sententiam secuti sunt antiqui Doctores, quorum Bart. mentionem facit, quibus Paul. Castr. Salic. Fulgos. Rom. Aret. Dec. Cur. & Cagnol. in d. l. Quod te. n. 109. adstipulantur, & ipse hoc in loco etiam adstipulor.

Probatur primò hæc sententia ex moræ definitione, quæ non conuenit in eum, qui propter difficultatem non soluit, sic enim describi solet, teste Ripa, in d. l. Quod te: *Mora est debiti soluendi, vel crediti recipiendi improbata dilatio.* vel sic, *Mora est delictum in debito soluendo, vel recipiendo commissum.*

Secùndo difficultas excusat a culpa. l. Si procuratorem. § si ignorantes. ff. Mandati. Ergo & a mora, quia sine culpa mora non committitur. l. Sciendum. ff. de Vsur.

Tertio. Probatur ex l. Thais. §. 1. de fideicommissariis liber. ibi: *Non quidem imputandum heredi, si pro commoditatibus rei sua administranda as alienum tardiùs soluerit, &c.*

Quartò ex l. Diuortio. ff. de Negotiis gestis. ibi. *Non enim è vestigio in officio delinquit, si nõ protinus res suas distraxerit ad pecuniam redigendam, &c.*

Postremò probatur ex l. Datio. §. Si per venditorem. ff. de actio. empti. ibi: *Mora autem videtur esse si nulla difficultas venditorem impediat, quo minus tradat.*

Ad primum argumentum contrariæ sentẽtiæ respondeo. Quod dicitur in d. §. Illud, ad moram de qua agitur, ob difficultatem excusandam non pertinere, sed ad obligationem ipsam debitoris, quæ inducitur, tametsi debitor difficultate opprimatur, vnde & textus dicit *pertinere ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris.* Is enim actionẽ habet contra promissorem, qui difficultate non obstante, eidem est obligatus.

Ad secundum eadem responsio valet, quia propter incendium debitor non liberatur, & sic difficultas obligationem non impedit, neque tollit.

Ad tertium respondeo, Debitorem, qui non soluit ob difficultatem, nõ ideo excusari, quò minus in carcerem coniiciatur, & soluere cogatur, vel bonis cedere, quia vt dictum est, difficultas non liberat debitorem, nec eum excusat, quò minus soluere teneatur, sed nõ sequitur talem debitorem, quo ad alios Iuris effectus, qui ex mora descendunt, ab ipsa mora non excusari propter difficultatem.

Ad quartum respondeo, filium familiâs eo tempore bona castrensia, & quasi habuisse, & alia etiam in certis casibus.

Ad quintum, & ad vltimum respondeo, leges in argumentis allatas loqui specialiter de his obligationibus, quibus dies & pœna est adiecta, ac proinde, stricto iure censentur, ita vt rei difficultas à pœna minimè excuset.

CAPVT XCIII.

Vtrum depositum, quod Doctores nostri vocant confessionatum, eodem iure censeri debeat, quo verum & reale depositum?

IN depoſito multa ſunt ſingulariter cõſtituta, ſicuti conſtat ex l. Si quis. & ex l. vltima & ex aliis legibus. C. Depoſiti. Sed verũ hæc ſingularia locum habeant in depoſito, quod vocatur à Doctoribus confeſſionatum, cum ſcilicet quis fatetur ex cauſa depoſiti, ſe rem debere, vel pecuniam, licet, vel nõ acceperit, vel ex alia cauſa acceperit, non eſt eadem omnium ſententia.

Negant enim locum habere Bald. in conſil. 384. lib. 1. Socin. Sen. in conſ. 143. lib. 1. Boeri. deciſ. 295. n. 8. Quorum illud eſt præcipuum argumentum, quod non videtur verum depoſitum, nec leges de tali depoſito loquuntur, ſed de vero & reali depoſito, vt patet ex d. l. ſiquis. C. depoſiti. *Si quis pecuniam, vel aliam rem,* inquit, *per depoſitionis titulum accepit, &c.* Illud verbum *accepit*, ſignificat veram & realem traditionem, ſeu numerationem factam.

Huc accedat, quod & in dote reſpondit Glo. in l. Aſſiduis. C. qui potiores in pignore habeantur, in verbo. Dotę. Nempe priuilegia dotis locum habere in dote data tantum non in alia. Et deniq; depoſitum verum executionẽ paratam habere dicitur, vt patet ex d. l. Si quis. in illis verb. *Illico modis omnibus compellatur, &c.* Tale autẽ depoſitum, de quo agimus, ſola confeſſione debitoris nititur, quæ quidem extra iudicium facta paratam non habet executionem. l. Certum. §. Si quis abſente. ff. de Confeſſis.

Sed contraria ſententia mihi magis probatur, quam ſecuti ſunt Paul. Caſtr. in cõſil. 170. lib. 2. Angel. Aret. in § Præterea in Inſt. Quib. modis re contrahitur obligatio. & alij quos refert & ſequitur Rolan. à Valle in conſil. 17. lib. 1.

Probatur hæc ſententia. Primùm, argumẽto ſumpto ex l. in contractib. §. 1. C. de non numerata pecun. vbi dicitur. Exceptionẽ non numeratæ pecuniæ locum non habere, in inſtrumentis depoſitarum rerum. Sunt autem talia inſtrumenta cõfeſſionum, in quibus ſcilicet, aliquis ſe ex cauſa depoſiti, debitorem eſſe fatetur, & ſic in tali depoſito idem conſtitutum eſt, quod in vero & reali depoſito.

Probatur ſecundò. Nam & in depoſito irregulari, vt vocant, cùm ſcilicet cõuenit, vt nõ idem, ſed tantundem reſtituatur, ſeruatur tamen idem Iuris, quod in vero depoſito, quãtum ad vſurarum præſtationem, vt in l. Lucius 24. & in l. ſeq. §. 1. ff. Depoſiti.

Denique probatur ex communi ſententia Doctorum à ſimili. Nam priuilegia dotis locum habere etiã in dote confeſſata, (ita enim placet vocabulis ſcholaſticorum vti, quò res eadem à nobis doceri videatur, non autem diuerſa) vbi lapſum eſt tempus opponendi exceptionem non numeratæ dotis, vel renunciatum eſt tali exceptioni, communi ſententia receptum eſt. Vide Bartol. & alios Doctores in d. l. Aſſiduis, Afflictum deciſ. 402. Couuar. lib. 1. reſol. cap. 7. Ergo & in depoſito idẽ eſſe ſtatuendum videtur, vbi non numeratæ pecuniæ exceptio opponi non poteſt.

Ad primum argumentum cõtrariæ ſententiæ reſpondeo. Probari ex confeſſione ipſius depoſitarij pecuniam, vel rem traditam & numeratam fuiſſe, ſi præſupponatur non numeratæ pecuniæ exceptionem opponi nõ poſſe. Nam confeſſio probat contra confitentem. l. Pecunia. C. de ſolutio. Alex. in conſ. 25. lib. 2. & alij a Rolan. citati d. conſ. 17. n. 9. lib. 1.

Ad ſecundum reſpondeo, Gloſſam illam communiter reprobari, vt dictum eſt.

Ad tertium reſpondeo, hic non agi de ſimplici confeſſione, ſed de confeſſione ex cauſa depoſiti, cum ſcilicet quis fatetur ſe accepiſſe rem ex cauſa depoſiti. Confeſſio probat depoſitum interceſſiſſe. Depoſitũ verò executionem paratam habet, vt ſcilicet depoſitarius illico modis omnibus rem reddere compellatur. Itaque hunc effectum non producit confeſſio, ſed confeſſionis cauſa, nempe depoſitum: Vnde argumentum ceſſat.

CAPVT XCIV.

Vtrum habens mandatum ad vendendum, vel locandum rem alterius, cenſeatur etiam illud habere ad pretium accipiendum rei venditæ, vel locatæ.

EVm, qui mandatum habet ad vendendũ, vel locandum rem alterius, non habere in conſequentiam ad precium recipiendum rei venditæ, vel locatæ, reſpondit Ludouicus Romanus ſing. 23. & in conſil. 461. Authoritate l. 1. §. Igitur præpoſitio. ff. de Exercit. actio. Vbi textus dicit, Præpoſitum a Magiſtro nauis ad locandam nauem exigere non poſſe vecturas.

Secundò ex l. Sed ſi tãtum. & ex l. Hoc iure vtimur. ff. de ſolutio. quibus in locis dicitur. Procuratorem cõſtitutum ad agendum, pecuniam debitam exigere non poſſe.

Tertiò ex c. Nicolao. de Appellat. vbi dicitur procuratorem conſtitutum ad impetrandum Iudicem, litem inſtituere nõ poſſe, cum tamen illud ſit præparatorium litis, vt vulgo loquimur.

Sed contraria ſententia mihi magis probatur, quam ſecuti ſunt Bartol. in l. Filiæ, ff. de ſolutio. Decius in conſil. 330. numer. 3. Benuenutus Stracha de Mercatura, tit. de Mandato n. 25.

Probatur hæc ſententia ex l. Quod ſeruus. ff. de ſolutio. in illis verbis. *Sed et ſi quis pecu-*

niam dominicam fœneratus esset à seruo, si permissu Domini seruus negotium dominicum gessisset, idem Iuris est. Videtur enim voluntate eius, qui cum seruo negotium cõtraherent, & ab eo accipere, & ei soluere.

Respondet Romanus Iurisconsultum loqui de Procuratore generali, qui administrationi alicuius rei generaliter præfectus est, veluti peculij dominici. Is enim omnia expedire potest, quæ Dominus, & sic mutare, vendere, precium accipere, & alia facere, quæ ad talem administrationem pertinent. Secus in procuratore specialiter dato ad aliquam rem vendendam, vel locandam. Non rectè. Quia hæc responsio congruit primæ parti legis, nõ autem secundæ, quæ in argumento adfertur. Prioris partis verba hæc sunt. *Quòd seruus ex peculio suo credidisset, aut deposuisset, id siue venisset, siue manumissus esset, rectè solui potest.* Hæc verba pertinent ad seruum habentem generalem peculij administrationem. Sequentia autem pertinent ad seruum particulari negotiationi præpositum. *Sed etsi*, inquit, *quis pecuniam Dominicam ab eo fœneratus esset. si permissu Domini*, (Vides negotiationem peculiarem esse fœnerandi pecuniam) *Seruus negotium dominicum gessisset, idem Iuris est, &c.*

Ad primum argumentum Ludouici Romani respondeo, Iurisconsultum in d.l.1.§. Igitur præpositio, loqui de seruo præposito ad locandum tantum, non ad exigendum, vt patet ex verbis legis: Ibi. *Vel si ad locandum tantum, nõ ad exigendum, &c.*

Ad secundum respondeo, leges allegatas loqui de Procuratore dato ad lites, cui rectè solui non potest, quia iudicati actionem non habet. Vnde & in legibus allegatis dicitur absurdum esse, ei, antequam iudicatum sit, solui, cui actio iudicati non datur.

Ad tertium respondeo. Textum in d.c. Nicolao, loqui de rebus ac negotiis separatis ac diuersis, nec se inuicem consequentibus, aut connexis. Aliud est enim Iudicem impetrare: Aliud verò litem instituere, quãuis impetratio Iudicis viam aperiat ad litis institutionẽ. Ita etiam dicimus, Vicarium Episcopi ex mãdato resignationem beneficij recipere posse, non tamen ex eo beneficium conferre posse, quamuis resignatio viam collationi muniat. Vide Felyn. in c. Causam quæ. nu.7. de sententia & re iudicata. At in quæstione nostra negotia sunt connexa, & se inuicem contingentia & consequentia. Nam venditio fit certo pretio conuento, similiter & locatio. Quare si mandauero, vt rem meam vendas, illud etiam mandare videor, vt de pretio conuenias, & illud accipias nomine meo.

CAPVT XCVI.

De societate, in quam alter pecuniam confert, alter operam & industriam, vtrum pecunia videatur esse communicata, atque ideo finita societate diuidenda sit?

CVm ea cõtrahitur societas, in quam alter pecuniam, alter verò operam & industriã confert, controuersi Iuris est, vtrum finita societate pecunia sit diuidenda, tanquam communis effecta.

Et diuidendam existimarunt Accurs. Bartol. & Alberic. ad l.1. C. pro socio. nec nõ Didac. Couuar. libro tertio var. resolutionum. c. 2. num. 2.

Quorum argumenta sunt ista. Primum. Nã quod in societatem confertur, videtur communicari, l.1. & 2. ff. pro socio. Vnde & lex vtitur verbo illo *Conferente*, quod significare videtur communicationem in l.1. C. Pro socio.

Secundum. Nam industria pecuniç comparanda est, si ea sit, quç pecuniæ possit æquiparari, sed si hinc inde pecunia conferatur, palam est, diuidendam esse tempore societatis finitæ.

Tertium. Nam societatis contractus ita debet interpretari, vt inter socios æqualitas seruetur. l. Si non fuerit. ff. Pro socio. Sed si nõ esset pecunia diuidenda, inæqualitas oriretur, alter enim industriam & operam amitteret, qui pecuniam ponit, eam haberet saluam.

Contrariam sententiam habuerunt Bald. Castr. & Ioã. Sichard. in d.l.1. C. pro socio, quibus & ipse assentior, eo argumento, quòd in proposita specie non ea videtur intentio sociorum esse, vt pecuniæ proprietas videatur esse communicata, sed tantum eius vsus & cõmoditas, quemadmodum de eo, qui agrũ colendum accepit, & eo nomine societatem cõtraxit, responsum est in l. Cum duobus. §. Si in coëunda, ff. Pro socio. Itaq; sic interpretor hunc cõtractum, vt vsus & cõmoditas omnisque vtilitas ex industria proueniens, & similiter ex pecunia, communis sit inter socios ac proinde finita societate diuidenda, nõ autem pecunia ipsa. Etenim oriretur sũma inæqualitas inter socios, quia pecuniã conferens duplex incommodum sentiret, si fortè finita societate sola pecunia remaneret. Alterũ, quòd dimidiam partem pecuniæ amitteret. Alterũ, quòd ociosam pecuniam habuisset, nec vllũ ex ea fructum percepisset, cùm tamen facilè percipere potuisset, eam in emptionem prædiorum, aut aliarum rerũ similium collocando. Alter verò vix vllum incommodum sentiret, quandoquidem dimidiam pecuniæ partẽ consequeretur.

Non obstant argumenta contrariç sententiæ. Nam ad primũ negatur, pecuniam videri communicatam, quantum ad eius proprie-

tatem & dominium. Nec quicquam facit l. 1. & 2. ff. pro socio, quia loquuntur de ea societate, in qua omnia bona hinc inde communicantur.

Non obstat verbum *Conferente*, de quo in l. 1. ff. pro socio, quia intelligitur quantum ad vsum & commoditatem.

Non obstat æquiparatio pecuniæ & operæ; quia intelligitur quoad vsum, vtilitatem & commoditatem, vt patet ex d. §. si in coëunda.

Non obstat vltimum argumentum, quia nulla est inæqualitas. Id patet, Nam qui industriam posuit, illud habet incommodi, quòd frustrà laborauit, nullum percepit emolumentum, cum tamen fortasse percepisset, si operam suam locasset alibi. Qui verò pecuniam contulit, illud habet incommodi, quod frustra eam contulit, quòd nihil lucratus fuisset, cùm tamen fortasse lucratus fuisset, si in alios vsus eam erogasset. Quare nisi ego fallor, omnia hinc inde sunt æqualia iura sociorum.

CAPVT XCVI.

Cùm in societatem alter pecuniam, alter operam ac industriam confert, vtrum, si pecunia fuerit amissa, periculum sit commune.

QVatuor sunt Doctorum sententiæ hac de re. Prima periculum amissionis pecuniæ, commune esse inter socios, ita Salic. & Fulgos. post Oldradum & Ricardum Malumbrę, in l. 1 C. pro socio.

Argumenta sunt ista. Primũ ex l. cùm duobus. §. quidam sagariam. ff. pro socio. ibi: *Damnum esse commune, ideóque pro socio actione, damni partem dimidiam agnoscere debere, &c.*

Secundum. Nam si commune non esset damnum, æqualitas in societate non seruaretur hoc in casu, quia is, qui pecuniam ponit, nec fructum ex ea perciperet, & pecuniam ipsam amitteret. Alter verò vnicum duntaxat damnum sentiret, amissionis operarum.

Tertium argumentum est ex l. si non fuerint. ff. pro socio. vbi dicitur, valere pactũ inter socios huiusmodi, vt qui operam confert, damnum non sentiat amissionis pecuniæ: Ergo si tale pactum non intercedat, damnum erit commune.

Postremum argumentum. Is, qui operam & industriam cõfert, nihil amisisse videtur, si adhuc viuat, quia poterit aliàs operari; & ex opera, ac industria sua lucrari, si verò mortuus sit, nihil eo nomine debetur hæredi, neque enim societas morti causam præbuit. Cum ergo nihil damni sentiat ex operarum amissione, æquum esse videtur, vt pro sua parte, iacturam sustineat pecuniæ deperditæ.

Secunda est sententia sic distinguens. Aut statim contracta societate ante vllas ferè operas exhibitas, periit pecunia, & damnum cõmune esse debet. Aut ex interuallo temporis, post operas exhibitas & tunc secus, quia dãnũ ad conferentem pecuniam pertinebit. Ita Pet. Cyn. in d. l. 1. C. pro socio. Cuius sententiæ ea est ratio, quia ante operas exhibitas, nihil videtur is contulisse in societatem, qui operã & industriam cõferre debuit, & nihil prorsus amisisse videtur, alter verò pecuniæ collatæ iacturã solus faceret, quod iniquũ esse videtur.

Tertia est sententia ita distinguens. Aut opera & industria æqualiter, nõ solùm vsui pecuniæ, sed etiã dominio & proprietati, & tunc amissionis damnũ ad eum pertinet, qui pecuniã dedit. Aut æquiualet vsui duntaxat pecuniæ, & tunc damnum amissionis commune erit inter socios. Ita Corn. & alij quos refert & sequitur Socin. sen. in consil. 265. lib. 2. Huius sententiæ ea est ratio, quòd priore casu tãtùm amisit is, qui industriam communicauit, quãtum is, qui pecuniam contulit. Quare æquum esse nõ videtur, vt etiam damnum amissionis pecuniæ aliqua ex parte patiatur. Vbi verò opera non æquiualet dominio & proprietati pecuniæ, is, qui operam ponit, non amittit tãtum, quantum is, qui pecuniam dedit, meritò subire debet damni partem, quod ex amissione pecuniæ accidit.

Postrema est sententia, longè, vt mihi videtur, probabilior, pecuniæ amissæ damnum ad eum duntaxat pertinere, qui eam contulit, ita docuerunt, Accurs. Bart. Ang. Castr. & Bald. ad d. l. 1. C. pro socio, nec non Mart. Nauarr. alios commemorans in manual. confessar. ca. 17. de vsura in societ.

Probatur hæc sententia, quia secundũ iuris regulas, res perit domino suo. l. pignus. C. de pignorat. actio. Sed pecuniæ dominus est is, qui eam contulit, vt dictum est in præcedenti capite: Ergo illi soli perit, non alteri.

Secundò probatur, quia oriretur inæqualitas inter socios, si damnum esset commune. Etenim is, qui operã ponit, duplici afficeretur incommodo. Altero, quòd operam ac industriam amitteret, altero, quòd sentiret partem damni. Alter verò non totam pecuniam amitteret, sed partem duntaxat.

Tertiò. Quia hoc in casu si commune esset damnum, nullum is, qui pecuniam conferret, periculum subiret amittendæ in totum pecuniæ. Tale autem societatis genus, non procul abest a fœnore & vsuraria prauitate, ex traditis in ca. plerique. 14. quæstione tertia, per Panormitanum in c. per vestras, de donatione inter virum & vxorem. per Nattam in cons. 403. & 414.

Non obstant argumenta diuersarum sententiarum.

tiarum. Nam ad primum prioris sententiæ argumentum respõdeo, textum in d. §. Quidam sagariam, non loqui de societate nostra, sed de ea societate, in qua pecunia vtrinque confertur. Id patet ex illis verbis textus. *Eum, qui profectus est ad merces comparandas, suam pecuniam perdidisse.* Intelligitur enim de pecunia, quam in societatẽ contulit, quia idem textus paulò infrà loquitur de alia re propria amissa. Quod si pecuniam contulit is, qui ad merces comparandas proficiscebatur, & consequẽter pro socio laborabat, operámque simul conferebat, verisimile est, alterum quoque socium pecuniam contulisse.

Ad secundum argumentum respõdeo. Inæqualitatem non oriri, imò maximam æqualitatem, quia quod in argumento dicitur, operam conferẽtem, damnum sentire amissionis operarum, respondet damno, quod alter sentit ex amissione pecuniæ. Quod si commune sit damnum amissæ pecunię, tunc qui pecuniam dedit, eam totam non amittit, & alter totius industriæ iacturam facit, & simul particeps est alterius damni, quod æqualitati repugnat.

Ad tertium respondeo. Negãdo cõsequentiam. Nã etsi tale pactum fieri possit, vt damnum pecuniæ nõ sentiat is, qui industriam & operam confert, non tamen sequitur cessante tali pacto, damnum esse commune, sed potius argumentum præstat, tale pactum ideo valere, quia æquitati & iustitiæ sit consentaneum, vt solus damnum sentiat is, qui pecuniam contulit.

Ad vltimum argumentum respondeo, negando eum, qui industriam contulit, nihil amisisse, licet viuat, & aliàs operari possit. Nam quod frustrà laborauerit, nullumq; ex industria fructum retulerit: id verò damni species est minimè obscura.

Quod attinet ad distinctionem Petri & Cyni, respondeo, non esse vllam rationem habendam, quòd ante operas exhibitas pecunia fuerit amissa, quoniam id casu fortuito accidisse videtur, & ex infortunio quodã, cui subiacet is, qui pecuniam dedit, quódq; proinde æquo animo ferre debet. Si alter nihil amiserit operarum, id casu euenit, paratus enim erat operas præstare: Vnde non iccirco infortunium participare eum oportet, qui nec pecunię partem obtinuit.

Denique quod attinet ad Cornei & Socini distinctionem, Illa ratio nihil mouet, quod si opera vsui duntaxat pecuniæ æquiualet, damnum sit cõmune, quia, vt iam sæpe dictum est, plus dãni sentiret is, qui ponit industriam, quàm alter, licet enim amissioni pecuniæ in totum non respondeat, & æquandã non sit amissio operarum, si tamen imputet is, qui industriam & operam pro pecunia valere existimauit, atque ea lege existimauit, atque ea lege societatem iniit, nec iam velit socium & operæ, & pecuniæ damnum sustinere, cùm ipse pecuniæ duntaxat sustineat.

CAPVT XCVII.

De metu reuerentiali, controuersia.

Communis est sententia Doctorum, ea quæ gesta sunt reuerentiæ causa, veluti metu quodam, rata nõ esse habenda, si aut minæ præcesserint, aut læsio intercesserit. Vide Couuar. in Epitome de sponsal. part. 2. §. 6. n. 4. & Menoch. de Arbitr. Iud. casu 136.

Fundamentum habet in l. 1. §. Quæ onerandæ. ff. Quarum rerum actio non detur, in illis verbis: *Tamen causa cognita, si liquidò appareat, libertum metu solo, vel nimia Patroni reuerentia ita se subiecisse, vt vel pœnali stipulationi se subijceret, &c.* Item in l. penult. ff. de furtis, ibi: *Et hoc modo Patronus quoque liberto, & is, cuius magna verecundia, &c.*

Cæterùm aduersus hanc sententiam Franciscus Duarenus argumentatur, in commentariis, ad tit. De eo quod metus causa: *Respõdeo,* inquit, *non esse locum restitutioni, quòd nulla sit mentio eius reuerentia, sub hoc titulo, neque in Pandectis, neque in Codice. Quam sententiam confirmo aliis exemplis.* Vnum est in l. Si Patre cogente, de ritu Nuptiarum: *Cogente enim, interpretor, imperante. Matrimonium enim iusto metu cogente factum, nullum esset, vt catera metu facta, & tamen contractum reuerentia metu firmum est. Similis locus est in l. Fideiussor. §. 1. de Pignor. vbi Pater obligat prædium filij sui, & filius scribit instrumentum obligationis, re enim oppignorata metu, restitueretur filius. Verùm quia metu reuerentia tantum coactus est, scribit rectè contractum esse pignus, & silentium eius, loco consensus haberi.* Obiicitur nobis lex pen. infrà de furtis, vbi ait: *Si patronus rem liberti contrectet eo præsente, & non contradicente metu reuerentia, potest dici metu fecisse. Videbatur tamen furtum non esse, quia furtum est contrectatio rei alienæ inuito Domino, & sic, qui volente Domino contrectat, non est fur. Vult autem, qui non contradicit: videbatur igitur hic consensisse libertus, ob reuerentiam: dicitur tamen Patronus non ideò minus furtum fecisse, quia libertus ob reuerentiam Patrono debitam non contradicit. Obijcitur & l. 1. §. Quæ onerãda infra quarum rerum actio non datur, vbi adiectum liberto, oneranda libertatis gratia, propter nimiã Patroni reuerentiam exigi non potest. Vulgò distinguunt, iuxta l. Interpositas C. de Transactio. Sed hanc distinctionem nunquam probaui. Itaque breuiter ita respondeo ad l. penult. Expendenda

est diligenter species. Quaestio est, an libertus tacens & non contradicens, sit intelligendus consensisse & permisisse: respondetur non consensisse. Hic enim agitur de praesumptione, quae, vt alibi diximus, alteri cedit praesumptioni. Nam praesumptio consensus, cedit praesumptioni reuerentiae. Praesumimus enim libertum consensisse, quia ob Patroni reuerentiam noluit contradicere. Similis locus est in l.23.§.1 infra. Soluto Matrimonio Ad l.1.§. Quae oneranda. vers. In summa, ait non dabitur exceptio, nisi liquidò appareat, metu, vel nimia reuerentia in id consensisse. Nec dicit simpliciter reuerentia, sed nimia, siue immodica: ita vt ei succurrendum sit ex bono & aequo: eandem fauor libertatis suadet, vt ita benignè interpretemur pro libertate. Hactenus Duarenus.

Quib. non obstantibus à communi sententia recedendum mihi non videtur, cui secundum aliquos etiam suffragatur l. Si superstite. C. de Dolo. Nō obstat tex. in l. Si patre cogente, quia de Matrimonio filiifamilias loquitur, in quo ille, iure Ciuili inspecto, arbitrium liberum non habet, cùm illud contrahere non possit absque consensu Patris, vsque adeò vt Patris iussus praecedere debeat, vt in §.1. Instit. de nuptiis. Meritò Matrimonium patre cogente, id est, imperante, celebratum valet, nec id communi sententiae supradictę aduersatur. Neque enim hoc vult, vt omnia quae geruntur cum iis personis; quibus reuerentia exhibenda est, tali velamento infirmentur. Non obstat textus in l. Fideiussor. §.1. Quia nec cōstat in ea specie filium fuisse laesum, eo charitatis officio, quod Patri impendit, dum passus est bona sua obligari, nec constat ibi reuerentiae causa factū fuisse, eò quòd Pater maximè id vrgeret, ac imperaret. In quibus terminis communis sententia est intelligenda.

Porro allatae responsiones ad l. penult. & ad §. Quae onerandae, facilè possunt eludi. Nam si praesumitur consensus, in specie d.l. penult. ex eo, quòd libertus non contradicit, ergo furtū non contrahitur. At Iurisconsultus contrahi dicit, quia talis cōsensus reuerentiae causa adhibiti ratio non habetur. Quod cùm ibi ita sit constitutum, nil proponitur, cur & in similibus non idem respondendum sit, nempe rata non esse habenda, quae tali consensu intercedente geruntur. Quod verò attinet ad §. Quae onerandae, causatur Duarenus nimiā reuerentiam, & fauorem libertatis, sed frustrà: quia, & communis sententia loquitur de tali reuerentia, aut paulò certè minori, & libertatis fauor ibi non perpenditur, sed nimia reuerentia, vnà cum laesione liberti.

CAPVT XCVIII.

De contractu in scriptis celebrato, ad interpretationem l. contractus. C. de fide instrum.

SI cōtractu iam constituto, mutuo intercedente partium consensu conuentum fuerit, vt de eo instrumentum, ac scriptura conficiatur, celebris est controuersia inter Doctores, vtrum ante instrumentum cōfectum poenitentiae sit locus. Et locum esse responderunt Paulus Castren. ad l. contractus. C. de fide instrumenti. & ad l. Cùm res. C. de probatio. Alciatus ad l. pactū quod bona fide. C. de pactis. Decius in cons. 1. & 159. Iason in cons. 151. lib. 2 Afflict. decis. 39. num. 4. Boerius decis. 48. nu. 11. & 183. n. 9. Sed contrariam sententiam secuti sunt Deci. in d.l. pactum quod bona fide. Aretin. in cons. 159. Rota Rom. apud Iacob. Puteum decis. 43. lib. 3. & plures alij, quos refert & sequitur Antonius Tessaur. decis. Pedemon. 197.

Omnis difficultas cōsistit in vera interpretatione l. Cōtractus. C. de fide instrum. in illis verbis: *In contractibus quos in scriptis fieri placuit, &c. Transactionum etiam, quas in instrumento recipi conuenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibúsq; partium confirmata, etsi per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa, & postremò à partibus absoluta sint, vt nulli liceat priusquam haec ita praecesserint, &c. aliquod ius sibi ex eodem contractu, vel trāsactione vendicare, &c.*

Prioris sententiae Authores ex hoc textu argumentantur, qui aperte negant contractum esse perfectum, & ex eo ius acquiri, priusquā instrumentum conficiatur. Sed certè id nō ita generaliter accipiendum crediderim, sed eo duntaxat in casu, quo ab initio inter partes conuenit, vt contractus in scriptis celebretur. Tunc scriptura videtur esse necessaria, & ad substantiam ipsius cōtractus pertinere, quemadmodum & in multis aliis casibus scripturā adhibendam esse Alciatus docet, in comment. l.5. C. de transactio.

Quòd si de scriptura seu instrumento cōficiendo, nihil ab initio inter contrahentes dictum est, sed simpliciter cōtractus est absolutus & perfectus, promissionibus ac stipulationibus hinc inde subsecutis, licet postea dictū sit de instrumento conficiendo, illud nequaquam pertinere interpretor, ad ipsius contractus perfectionem, sed potius ad probationē, ex d.l.5. C. de trāsactio. ex l. cùm res. C. de probatio. & ex similibus locis, quibus declaratur, instrumenta pertinere ad probationem, non ad substātiam rei gestae. Quare in sententiam posteriorem longè sum procliuior.

CAPVT

CAPVT XCIX.

Pactum in continenti adiectum in contractibus bonæ fidei, vtrum actionem pariat?

COmmunis est Doctorum sententia ex pacto in continenti apposito, actionē competere præscriptis verbis nuncupatam. Ita enim docēt Barto. Castren. Alexand. Corn. Iacob. Deci. & cæteri communiter ad l. In bonæ fidei. C. de pact. & cum eis Frācisc. Duar. ad l. Iurisgentium. §. Quinimò. ff. eo. tit. Probatúr que hæc sententia, primùm ex d. l. in bonæ fidei, ibi: *Ita demum ex pacto actio competit, si in continenti fiat, cùm autem certum nomen non habet, Præscriptis verbis meritò appellatur.* l. 1. & 2. ff. de præscript. verb.

Secundò, ex l. 2. C. de pact. int. empt. & vēd. vbi ex pacto reuendendi competit actio præscriptis verbis.

Tertiò, ex l. Si vir. ff. de præscript. verb. vbi dicitur: Actionem præscriptis verbis competere, vt fiat id, quod inter virum & vxorem conuentum est.

Quartò, ex l. Labeo scribit. 50. ff. de cōtrah. emptio. vbi Iurisconsultus:

Si bibliothecam mihi ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, & per me stet, &c. non esse dubitandum quin præscriptis verbis agi posset.

Postremò, ex l. Si conuenit. ff. de rescin. vēd. ibi: *Ex empto actio est, vt Sabinus putat, aut proxima empti actio in factum datur.*

Cæterum aduersus hanc communem & veram sententiam responderunt Alciat. lib. 5. paradox. ca. 1. & Francis. Conan. lib. 5. comment. Iuris, c. 2. n. 7. Quorum argumenta hoc in loco refutanda sunt.

Primum argumentum. Actio præscriptis verbis nō datur, vbi alia competit. l. Quoties. ff. de præscript. verb. Sed hic alia competit actio, nempe ex contractu, cui pactum inest, quia informatur ex pacto. l. Iurisgentium. §. Quinimò, ff. de pact. Respondeo. Nego maiorem. Nam actionem præscriptis verbis dari, etiam vbi alia competit actio, probat l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.

Non obstat l. Quoties. quia hoc tantùm dicit: *Quoties alia actio non est, vtilis actio est.* Vtilis autem actio dicitur esse prætoria, siue in factum, de qua fit mentio in l. Iurisgentium. ff. de pact. vbi eius naturam optimè declarat Duarenus. & in l. Quæ religiosis. ff. de rei vendic. in l. Cùm filiusfam. ff. Si certum petatur. In l. Creditor. ff. de Actio. empti. & in §. Non omnes. in Instit. de perpetuis & temporalibus actio.

Secundum argumentum est ex l. Permisisti. ff. de præscrip. verb. vbi dicitur. Si venditionis contractus præcesserit, agi ex eo posse, si verò non præcesserit, præscriptis verbis agi ex pacto. Idē probat l. Rogasti. §. vlt. ff. eo. ibi. *Melius esse dico, præscriptis verbis agi, nisi merces interueniat. Nam si interuenit, ex locato esse actionem.*

Respondeo, dictæ leges nō negant, quin ex pacto agi possit, sed tantùm dicunt ex contractu actionem oriri, quod & nos quoque dicimus. Ideo autem ex contractu agi posse dicunt, & de tali actione ex contractu descendente, nominatim quærunt, quia est magis fauorabilis, quàm præscript. verb. actio, quapropter diligenter monent ex cōtractu agi posse, vt intelligatur, fauorabilem atque ordinariam competere actionem ex contractu: non autem vt excludatur actio præscriptis verbis ex pacto.

Tertium argumentum est Conani. Eiusdē contractus duplex actio non est, sed vna tantùm. Ergo ex pacto, quod contractui inest, actio non oritur particularis, cùm ex cōtractu ipso agi possit. Respondeo, ex cōtractu, cui tale pactum inest, duplicem oriri actionem, vt patet ex l. 2. C. de pact. inter emptorem & ven. vbi agitur ex vendito & præscriptis verbis vt placiti fides seruetur.

Quartum argumētum. Remedium extraordinarium cessat, vbi datur ordinarium, vt docet Bartol. in l. In prouinciali, §. si verò. ff. de oper. nou. nunciatio. Sed hic remediū datur ordinarium, nempe actio ex contractu. Ergo opus non est extraordinario, nempe actione præscrip. Respondeo, actionem præscriptis verbis dici, cum vulgata desunt actionū nomina, & nomen actionis non inuenitur. l. 1. & 2. ff. de præscript. verb. optimè declarat Duaren. ad l. Iurisgentium §. Quinimò. Quod autem extraordinarium remedium dicatur, nulla lege probari posse existimo.

Quintum argumentum. Actio præscriptis verbis pœnitentiam recipit, l. Si pecuniam. ff. de condictio. cau. da. Sed à tali pacto recedere non licet. Ergo præscriptis verbis actio non competit. Respondeo. Tūc præscriptis verbis actionem pœnitentiam recipere, cùm ex contractu innominato nascitur, vt in d. l. Si pecuniam, secus si ex pacto oriatur quod inest cōtractui nominato, tunc enim videtur esse pars contractus, ideóque eius naturam imitatur quæ pœnitentiam non recipit.

Sextum argumentum. Fictio non operatur plus quàm veritas. Sed pactū dicitur esse pars cōtractus fictè, ergo non operatur plus, quàm contractus. Sed contractus vnam tantùm actioné producit. Ergo ex pacto dupliciter agi non potest, Nempe actione ex contractu descēdente, & actione peculiari ex pacto, scilicet præscript. verb. Respondeo: pactum hoc in casu operari plus, quàm contractum, vires enim ex contractu accipit, cui dicitur inesse, sed

informat actionem ex contractu, vt detur ad id, quod est in pacto, & ita corroboratur ex ipso contractu, vt & actionem producat.

CAPVT C.

Vtrum pactum in continenti adiectum contractui stricti iuris, actionem pariat?

IN bonæ fidei contractibus, ex pacto in continenti secuto actionem oriri, satis exploratum est, ex l. in bonæ fidei. C. de pact. Sed illud controuersum, An & idem sit in contractibus stricti iuris.

Sunt enim qui affirmāt ex antiquis Doctoribus, sunt qui negant. Sed & recentiores Galli nequaquam inter se conueniunt. Etenim Iacob. Cuia. negat in cōment. ad l. Iurisgentium. vers. In bonæ fidei. ff. de pact. & lib. 10. obseru. c. 24. Cōtra Franciscus Hottomannus affirmat lib. 7. obseru. c. 15. & lib. 1. responsor. amicab. c. 31. cui adstipulatur Duarenus in comment. ad d. l. Iurisgentium. §. Quinimò.

Affirmantis sententiæ illud est fundamentum, quod etiam in contractibus stricti iuris, pactum in continenti secutum inesse dicatur. l. lecta. ff. si certum petatur. lib. 4. ff. de pact. & quidem non tantùm quo ad exceptionem, vt aliqui putabant, sed etiam, quantum ad actionem, vt in d. l. lecta.

Negantis verò sententiæ illud est præcipuũ argumētum, quod leges de huiuscemodi pacto loquentes, videntur hāc vim actionis producendæ tribuere tantummodo contractibus bonæ fidei, vt in d. l. in bonæ fidei, & in d. l. iurisgentium. §. Quinimò.

Non obstat l. lecta, quia non loquitur de actione ex tali pacto, sed de pacto in continenti adiecto, quod ex parte rei inest, ita videlicet, vt non solùm ad exceptionem proficiat, vt aliqui putabant, sed etiam actionem, hoc est, ad eam reformandam ac temperandam ex pacto.

Ego hanc negantem sententiam aliquando sum secutus, sed iam affirmanti calculum præbeo, hoc argumēto potissimùm confisus. Certum est pactum in continenti secutum inesse etiam contractibus stricti iuris, ita enim expressum est in d. l. lecta. Ergo parit actionem. Probatur consequentia. Nam si contractui inest: Ergo est pars contractus, & cōtemplatione, seu respectu cōtractus, interponitur. Quod si verum est, non iam amplius pactum nudum est, nullam causam habens præter ipsam conuentionem. Imò verò causam habet aliam, nempe contractum præcedentem, consequenter actionem producit, quia illud pactum actionem non producit, quod est nudum, & nullam habet causam, præter ipsam conuentionem. l. iurisgentium. §. igitur nuda. ff. de pact. cuius rei causam eleganter explicat Frāciscus Duarenus in comment. ad illum titulũ, non procul à principio, & Conanus lib. 5. cōment. iur. ciuil. cap. secundo. Nec quicquam mouet, quod leges passim de contractibus bonæ fidei loquantur, quia non iccirco negant idem esse statuendum in contractibus stricti iuris, imò verò idem esse statuendum iudicare videtur Iurisconsultus in d. l. lecta.

CAPVT CI.

Vtrum secundum ius Canonicum pactum nudum actionem producat, & quid in pacto iurato.

PActum nudum iure Canonico actionem parere, non pauci, neque obscuri nominis Doctores affirmarunt, vt videre licet ex Canonistis, in c. 1. de pact. Iason. in l. iurisgētium. §. igitur nuda, n. 4. ff. eo. & ibidem Petr. Calefactus nouissimè, nu. 8. ex Didaco Couuar. in relectione. cap. quamuis in secunda parte. §. 4. n. 14. & ex aliis, quorum omnium fundamentum est in d. c. & in c. qualiter, eo. tit. dum ibi dicitur pacta esse seruāda & custodienda, quasi id sit accipiendum, tam quo ad actionem, quàm quo ad exceptionem, argum. l. statuas. ff. de acquir. rer. dom.

Sed contraria sententia semper mihi magis placuit, quam amplexi fuēre, Salic. in l. Legē, in 7. quæst. suprà tit. nostro. Angelus Aretinus in §. in personam, in penult. & vltima col. Instit. de actio. & alij citati ab eis, quos pro priore sententia retulimus, quibus addi potest Alciat. lib. 5. Paradox. cap. 3. Etenim etiam Prætor ait: *Pacta seruabo*, vt in d. l. iurisgentium. §. Prætor ait. Et tamen nuda pactio actionem non parit. Præterea æquitatis ratio, & publicæ vtilitatis, quæ suadet, ne ex pacto nudo agatur, minuendarum scilicet litium gratia, vt præclarè Duarenus explicat ad tit. de pactis, ita iure Canonico locũ sibi vindicat, vti iure Cæsareo, cùm & Canones litium minuēdarũ sint etiam studiosissimi. ca. Finem litibus. De dolo & contum. cum multis similibus. Quare inter ius Canonicum & Ciuile, discrimē illud haud quaquam statuendum est sine Canonis authoritate, vt notatur in c. 1. & 2. de oper. no. nunc.

Verum autem pactum nudum iuratum actionem producat, quæstio nō parum est perplexa, siquidem ab ea quæstione pendet, quæ inter Doctores maximè controuersa est, An scilicet ex iuramento oriatur actio, qua de re nouissimè latè disputat Seraph. Senens. de priuileg. iuram. priuil. 19. Ego quid sentiam, breuiter explicabo, deinde contrariæ opinionis argumenta confutabo.

Existimo actionem non oriri ex iuramēto, ac proin-

ac proinde nec ex pacto iurato. Probatur hæc sententia, quia specialiter constitutum est in liberto, vt si iureiurãdo operas Patrono promiserit, obligatio cõtrahatur, l. Vt iurisiurãdi. ff. de oper. libert. quod & Caius notat libro secundo Instit. titulo nono. Quare in aliis personis secus statuẽdum erit. Quod cùm ita Iure Ciuili constitutum sit, id obtinere debet etiam Iure Canonico, cum SS. Canonib. cõtrarium esse non appareat, iuxta regulam c. 1. & 2. de oper. no. nunc.

Argumenta verò contrariæ opinionis hæc sunt. Primum ex c. Cùm contingat, de iureiurand. in c. Quamuis. de pact. libro 6. & in Authen. Sacramenta puberum. C. Si aduersus vend. quib. in locis dicitur pactum confirmari iuramento, & seruandum & custodiendum esse iuramentum, quòd frustrà dici videretur, nisi actionem pareret & obligationem. Respondeo. Nego consequentiam. Nam iuramẽtum confirmat quidem contractum & seruãdum est, item ex contractu iurato nascitur actio, sed non sequitur, ipsum per se solum iuramentum potens esse ad producendam actionem.

Secundum argumẽtum est ex l. Si quis maior. C. de Transactio. dum ibi dicitur, agi posse ad pœnam, aduersus eum, qui contra transactionem, iuramento firmatam venerit. Nam cùm ex transactione agi non possit, vt constat ex l. Siue apud acta. C. eod. sequitur in ea specie actionem oriri ex iuramento. Respondeo. Actionem ibi ad pœnam dari, quia intelligitur esse promissa per stipulationem, sicuti notat ibi Alciat. num. 66. Adde quod iuramentũ in ea specie ad confirmandam transactionem fuit interpositum, non autem promissioni pœnæ adiectum.

Tertium argumentum est ex eo, quod iuramentum dicitur habere vim consensus geminati, vt notat Glos. in c. Cùm contingat in verbo *Debent.* de Iureiur. Pactum verò geminatum actionem parere videtur, argum. l. 1. §. Debitum. ff. de cõstituta pecun. & l. vlt. C. Ad legem Falcid. Respondeo, negando eam esse efficaciam iuramẽti, quicquid allegata Glossa doceat, nullo. n. iure id probatur, vt animaduertit nouissimè Seraph. de priuil. Iuramenti priuil. 89. & ante eum Felyn. in c. Si cautio. nu. 39. de fide instrum. id nequaquam perpetuum esse dixit, quod dicitur, iuramentum æquiparandum actui geminato.

Quartum argumentum est ex c. de foro cõpetenti lib. 6. vbi iurans compellitur per censuram Ecclesiasticam ad iuramentum seruandum. Respondeo, ex hoc non sequi actionem oriri, sed officium Iudicis tantum.

Plura si quis scire cupiat, de hac materia cõsulat Seraph. d. priuil. 19. Zasi. in rubr. de verbo. oblig. n. 12. Coras. ad l. Admonendi. num. 11. ff. de Iureiuran. Couuar. d. c. Quamuis. de pact. libro sexto, parte prima rubricæ, §. 1. post. nu. 4. Cagnol. in d. l. Si quis maior. n. 130. Alciat. ibid. nu. 64. Petr. Calefat. ad l. Iurisgent. §. Igitur nuda. n. 56. ff. de pact. Cuiacium in paratitlis Codicis, ad tit. de reb. creditis, & Iureiur.

CAPVT CII.

Controuersia tres ad explicationem l. Pactum quod dotali. C. de pact.

Pactum quod dotali instrumento comprehensum est, vt si Pater vita fungeretur, ex aqua portione ea, qua nubebat cum fratre, hares Patri suo esset, neque vllam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris Patri potuit auferre.

Tria in controuersiam veniunt. Primum. An & in pacto iurato idem sit statuendum. Secũdum. An cõsuetudine, vel statuto effici possit, vt pactum valeat. Tertium. An si Pater intestatus decessisset, filia vigore pacti æqualiter cum fratre successisset.

Quòd attinet ad primum, sunt qui affirmãt tale pactum iuramento firmari, sunt qui negant, sunt denique qui dicunt, iuramẽto quidem tale pactum non firmari, sed tamẽ iurantem, qui illud non obseruat, esse periurum, Vide Oiascum decis. Pedemon. 100. Antoninum Tessaurum decis. Pedemont. 215. Couuar. in c. Quamuis in secunda parte, in initio. nu. 2. de pact. libro sexto. Andr. Geyll. libro secundo obseru. c. 126. Seraph. priuileg. 20. Doctores omnes in comment. huius loci.

Affirmantis sententiæ fundamentum est quia iuramentum solet contractus & pactiones Iure ciuili improbatas confirmare, vt patet ex d. c. Quamuis. & ex c. Cùm contingat. de Iureiuran. Omne enim iuramentum est seruandum, &c. vt in dictis locis.

Negantis verò sententiæ fundamentũ est, quia non est obligatorium contra bonos mores præstitum iuramentum. c. Non est obligatorium. de reg. Iur. libro sexto. Videtur autem esse contra bonos mores tale pactum. l. Ex eo. C. de inutilib. stipulatio. l. Stipulatio hoc modo. ff. de verbo. oblig.

Tertiæ denique sententiæ fundamentũ est in aliquibus decisionibus, quibus constitutũ est, ea quæ contra iuramentum gesta sunt, valere, sed iurantem esse periurum. Vide Glos. in c. vlt. in verbo Reuocatus. de procur. lib. 6. & in c. Vltima voluntas. 13. quæst. 2. & tex. in 2. Sicut ex libris. de sponsalibus.

Mihi sententia, quæ negat, videtur esse probabilior, eo potissimùm argumento, quòd pactis priuatorum, etiam iuramẽto firmatis iuri publico derogari nõ potest. c. Si diligenti. De

foro competenti. Iure autem publico ita constitutum est, vt & libera sit testamenti factio, & solennis, quod quidem ius priuatorum pactis mutari non potest. l. 3. ff. de testam. Mutaretur autem si huiuscemodi pacta valerent, quia & libera testādi facultas impediretur, & hæreditatem quis ex pacto consequeretur, citra vlla testamentorum solennia, quæ omnia publico iuri aduersantur.

Non obstat quod dicitur de vi & efficacia iuramenti. Nā iuramentum temerarium ac illicitum non obligat. c. sicut ex literis. c. quemadmodum. c. quintauallis. de iureiur. Videtur autē esse hoc in casu temerarium & illicitum, vt patet. Neque verò in allegatis locis pacta confirmantur iuramento, quæ iuri publico aduersentur, & bonis moribus.

Quòd attinet ad secundum: Consuetudine vel statuto obtineri posse, vt eiusmodi pacta valeant, responderunt Bald. in l. cum Archimedoram. C. vt in possess. legati. Alciat. & Deci. in d. l. pactum quod dotali, & alij ab Antonino Tessauro citati, d. decis. 225. n. 12. Quorum fundamentum est in c. 1. §. filij nati, si de feudo fuerit controuersia inter dominum & agnatum. ibi: *Nam quamuis ratione improbetur talis conditio, vsu tamen admittitur.*

Huc accedat, quod nemini dubium sit, statutum valere cōtra ius commune, quia ius ciuile mutari potest. §. sed naturalia. Inst. de iur. nat. Gen. & Ciu. Similiter & consuetudo. l. de quib. ff. de legib. Quod si talis consuetudo vel statutū existat, quo pacta huiusmodi approbentur, non videbuntur esse amplius contra bonos mores. argum. l. item apud Labeonem. vers. sed quod adiicitur, ibi. Aduersus bonos mores ciuitatis. ff. de iniuriis.

Sed contrariam sententiam habuerunt Alex. & Ias. in d. l. pactum quod dotali, nec non alij quidam, ab Antonio Tessauro commemorati, loco supradicto, quorum illud est argumentum, quod talia pacta dicuntur esse cō tra bonos mores, cōsequenter si lege municipali, vel consuetudine approbētur, id iustitiæ repugnare videtur, lex autem debet esse iusta, c. Erit autem lex 2. dist.

Ego puto hanc rem pēdere ab ea quæstione, Vtrum consuetudo contra ius scriptum valeat. Nam valere indicat text. in l. de quib. ff de legib. Non valere probat. l. 2. C. quæ sit longa consuetudo.

A priori sententia facit Duarenus in comment. ad tit. de legib. ca. 12. & alibi. A posteriori Conan. lib. 1. comment. Iu. c. 10. & Cuiacius ad lib. 2. de Feudis in principio.

Ego sanè sic statuo, si statutū ex iusta causa pro vtilitate loci & commoditate talia pacta recipiat, illud proculdubio valere & seruandū esse. Constat enim leges municipales, quæ statuta appellantur, non rarò iuri communi aduersari. l. omnes populi. ff. de iust. & iur. De consuetudine vero idem statuo, si sit rationabilis & legitimè præscripta, authoritate Gregorij IX in c. vlt. de consuet. ita dicentis: *Licet etiam longaua consuetudinis non sit vilis authoritas, non tamen est vsque adeò valitura, vt vel iuri positiuo debeat praiudicium generare, nisi fuerit rationabilis & legitimè prascripta.*

Ad tertium quòd attinet. Non pauci neq; obscuri nominis Iurisconsulti censuerunt, filiam æqualiter successuram Patri, intestato moriēti vnà cum fratre, in specie huius legis, eo argumento, quòd patris voluntas inter liberos sit seruanda, quoquo modo de ea constet, siue ex Testamentis, siue Codicillis, siue per Epistolam, siue per aliū quemcunq; modum. l. vlt. C. Familiæ herciscūdæ. Hoc autem in casu constare videtur ex pacto, vt patet.

Huc accedat Leonis Nouell. 19. tit. de pact. patern. quæ talia pacta paterna veluti iusta, & inter liberos æqualitatem inducentia approbat & laudat, nec à Patre reuocari posse statuit, ita docent Alexand. & Ias. in d. l. Pactum quod dotali, & alij quos refert & sequitur decis. Pedem. supradicta Ant. Tessau. 225.

Sed mihi contraria sententia longè probabilior videtur, quā secuti sunt Castr. & Deci. in d. l. Pactum quod dotali, nec non Vasquius alios commemorans, de successionum progressu, lib. 2. §. 18. n. 193.

Moueor authoritate d. l. pactum quod dotali. vbi dicitur, tale pactum nullam obligationem contrahere. Si enim hæreditatis partem filia vendicare posset, certè obligationem tale pactum induceret.

Nec obstat l. vlt. C. Famil. hercis. quia fateor seruandam esse Patris voluntatē in liberos, si modò de eo constet, iis modis, qui à lege non reprobentur. Talis autem modus quo hæreditas pacto datur, à lege prorsus reprobatur. l. Hæreditas. C. de pact. conuent. Codicillos verò, epistolas, schedulas, & similes modos quibus de patris voluntate constare potest, lex non reprobat.

Porro quod attinet ad Leonis Imperatoris nouellam, illa sufficere potest responsio, quòd Iuri nostro, & Codici Iustinianeo inserta nō sit, ac proinde legis vim nō habeat, imò verò, cùm sit contraria d. l. pactum quod dotali, nulla prorsus eius ratio habenda esse videtur.

CONTRO-



CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER TERTIVS.

CAPVT PRIMVM.

Ad interpretationem l. Si curatorem habens. C. de in integrum restitutio. Controuersia vna.

Si curatorem habens minor quinque & viginti annis post pupillarem ætatem res vendidisti, hunc contractum seruari non oportet. Cùm non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui à Prætore curatore dato bonis interdictum est. si verò sine curatore constitutus, contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si nondum tempora præfinita excesserint, causa cognita non prohiberis: Hactenus Diocletianus & Maximianus.

Hic illud controuertitur, quomodo sit accipiendum, quod in tex. habetur: Minorem curatore carentem res vendere posse. Et, vt mihi videtur, inter omnes constat, de immobilibus rebus accipiendum non esse: quoniam absque decreto iudicis alienari non possunt, vt patet ex l. non solùm, ex l. minorum, ex l. si minorũ, ex l. si prædium, ex l. si ad resoluendum. C. de prædiis minor. ex l. 2. C. de his qui veniam ætatis impetrauerunt. & in l. penult. eod. tit. & in l. 2. C. quando decreto opus non est, & ex aliis argumentis, quæ prolixè adfert Vasquius de successionum creatione, lib. 1. tit. de testandi poten. §. 10. n. 73. Rolan. à Valle in cons. 54. lib. 2. Octauius Simoncellus de decretis, tit. 8. Inspect. 2. qui perperam allegat Aretinum, Fabrum & Riminaldum in §. Nunc admonẽdi. in Instit. Quibus aliena. licet vel non, tanquam contrariæ sententiæ authores, cùm priorem sententiam amplectantur, licet Aretinus dixerit verba textus contrarium innuere, ibi videlicet, *res vendidisti*, quę verba sunt generalia & tam de immobilibus, quàm de mobilibus accipi possunt, quod & Franciscus de Caldas dixit in commentario d. l. si curatorem habens. sequens tamen sententiam superiorem in verbo, Res. n. 2.

Illud igitur est controuersum, an intelligenda sint illa verba textus de his rebus mobilibus, quæ seruando seruari possunt.

Affirmantem sententiam secuti sunt Aret. Faber & Riminald. in dicto §. admonendi & Franciscus de Caldas loco proximè citato, in fine.

Negantem verò Simoncellus & Vasquius, locis annotatis, ille n. 21. iste n. 74.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia res tantùm immobiles alienari prohibentur absque decreto, res verò mobiles nequaquam, imò alienari posse argumento est lex ista: Si enim de immobilibus intelligenda non est, vt saltem de mobilibus intelligatur necesse est.

Posterioris autem sententiæ argumentum potissimum est in l. lex quæ tutores. C. de administratione tutorum, vbi etiã mobilia preciosa, & quæ seruari possunt, alienari à tutoribus & curatorib. prohibentur absque decreto.

Respondet Riminaldus eam legem non loqui de ipso minore adulto qui alienauit, sed de tutore & curatore alienantibus absque decreto.

Sed, vt mihi videtur, non rectè, quia minor adultus curatore carens, plus iuris non habet circa rerum suarum alienationem, quam curator eius, cùm curatorem habet. Et cum ipse minor vnà cum curatore alienare non possit tales res mobiles absque decreto, absurdum est existimare, eum solum, curatore carentem, posse. Nihil aliud magis etiam absurdum dixeris: Nempe curatorem solum alienare non posse, vnà cum adulto posse, quasi ipsius adulti curatorem habentis, qui non est absimilis ei, cui bonis interdictum est, cùm in alienatione talium rerum magna sit habenda ratio.

Posteriorem igitur sententiam lubens am-

plector, priorem verò non vero niti fundamento, magis est vt opinet.

CAPVT II.

Vtrum minor authore tutore alienare possit absque decreto iudicis possessionem rei immobilis?

SVnt complures magni nominis doctores, qui minorem authoritate tutoris interueniente, alienare posse crediderunt, possessionem nudam rerum immobilium, absque decreto iudicis. Ita enim docuerunt Bart. in l. 2. § si a pupillo, ff. pro emptore. Alex. in l. possessionem pupillū. n. 3. ff. de acq. possess. Tiraq de legib. Connub. Glos. 5 n. 170. Petrus de Rauenna singul. 543. Tu scis. Iason in l. 1. §. si vir, vxori. n. 14. ff. de acq possess.

Quibus adstipulatur primò, quòd non dicitur alienare, qui possessionem omittit. l. non alienat. ff. de reg. iur.

Secundò text. à contrario sensu in l. possessionem pupillum ff. de acq. possess. Nam cùm dicat: possessionem pupillum amittere non posse sine tutoris authoritate, à contrario sensu innuit, cum tutoris authoritate posse.

Tertiò adstipulatur tex. in l. 2. §. si à pupillo ff. pro emptore, vbi, si à pupillo emero sine tutoris authoritate, quem puberem esse putem, vsucapio sequitur. Consequenter in emptorem possessio transfertur, quia sine possessione vsucapio non procedit. Debet autem argumentum sumi, intelligendo textum, vt ibi per Gloss. Nempe pupillum cum authoritate tutoris tradidisse rem venditam, licet absque authoritate vendiderit.

Sed istis non obstantibus contrariam sententiam veriorem esse iudico, quam secuti sunt Bartol. in l. creditores, nu. 5. C. de pigno. Hyppo. Rimin. in §. 2. nu. 38. Inst. quibus alien.
6 licet vel non. Simoncell. de decretis, parte 2. inspect 8.

Probatur hæc sententia satis luculenter ex l. magis puto § 1. ff. de reb. eor. qui sub tutela vel cura sunt, vbi Iurisc. *Si pupillus fundum bona fide emptum possideat, dicendum puto nec hunc alienare tutores posse.* Hic non alienatur fundus, sed possessio fundi, & tamen alienari non potest.

Quod verò dicitur, eum non alienare, qui possessionem omittit, nihil obstat, quia aliud est possessionem omittere, alud in aliud transferre. Is enim, qui occasione acquirendi non vtitur, non intelligitur alienare, vt in l. alienationis. 28. ff. de verb. sig. Et ideo ait lex duntaxat *omittit*. Non etiam ad alium transfert, vt optimè adnotauit eruditissimus Petrus Faber in commentariis ad dict. regul. non alienat.

Argumentum autem à contrario sensu ex d. l. possessionem pupillum. nihil mouet, quia ita sumi potest, vt nimirum cum authoritate tutoris possessionem pupillus transferre possit scilicet adhibitis solenibus, nempe iudicis decreto, & causa iusta. Sic & in l. 1. ff. quæ res pignori obli. non possunt, textus dicit, Pupillum sine authoritate tutoris hypothecam dare non posse, & tamen nec cum tutoris authoritate potest sine decreto iudicis, vt optimè ibi notat Glossa.

Denique illa Glossæ expositio in d §. si à pupillo. mera diuinatio est, & ex errore facti procedit in ea specie vsucapio, & possessionis acquisitio.

CAPVT III.

Vtrum minor absque decreto & alijs solennibus, rem immobilem alienare possit, si ea alienatio vtilis sit?

NOn desunt magni nominis doctores, qui alienationem à minore factam absq; decreto, ob vtilitatem valere contendant, quos recenset copiosè Tiraquellus de legibus Connubialibus. Glos. 8. n. 68. q. 8. & Simoncellus de decretis. parte 2. inspect. 17.

Eorum verò argumenta hæc sunt. Primum est ex l. cùm hoc. §. eam transactionem. ff. de transactio. vbi is, cui relicta sunt alimenta, transigere potest absque decreto Prætoris, si ei sit vtilis transactio.

Secundum est ex eo, quòd & sententia secundum minorem, licet indefensum, lata, valet, licet contra eum lata, non valeat, l. non ideo minus. C. de procuratio.

Tertium est ex l. vlt. ff. de iure dotium, vbi valet fundi dotalis alienatio propter vtilitatem mulieris.

Quartum est illud, quia vbi minor suam conditionem meliorem facit, & locupletior ex contractu efficitur, obligatur. l. si pupilli. ff. de neg. gest. l. cui bonis. ff. de nouatio. l. pupillus. §. 1. ff. de autho. tuto.

Quintum argumentum est, quia decretum & cætera solennia ideo adhibentur, vt minorum vtilitati sit consultum, & vbi adhibentur, contractus præsumitur esse in vtilitatem pupilli & minoris. Cùm ergo clarum sit, contractum esse vtilem, non videtur opus esse decreto, quia in claris non est opus coniecturis.

Cæterùm hanc sententiam impugnarunt multi, quos commemorat Simoncellus loco annotato, & manifeste falsam esse conuincit textus in l. Magis puto. §. si æs alienum. ff. de rebus eorum. *Si æs alienum non interueniat,* (ait textus) *tutores tamen allegent expedire hæc prædia vendi, & alia comparari, vel certè istis carere, Videndum est an Prætor eis debeat permittere; & magis est ne possit. Prætori enim non libe-*

rum

rum arbitrium datum est distrahendi res pupillares, sed ita demum si æs alienum immineat. Concordat text. in l. ob æs. C. de præd. mino. quem textum perperam interpretatur Alciat. lib. 4 dispunct. cap. 5. Multum etiam facit ab hac sententia tex. in l. Si fundus sterilis. ff. eod. tit.

Nec difficile est ad argumenta in contrariũ respondere. Nam ad §. Eam transactionem, clara est responsio, quia eam tantùm transactionem oratio improbat, quæ iccirco fit, vt pecuniam repræsentatam alimentarius consumat. Quare si non ex transactione eã consumat, sed potius meliorem suam causam reddat, transactio non improbatur. At hic improbatur alienatio, etiã vtilis & fructuosa pupillo, & tantum illa permittitur, quæ fit æris alieni dissoluendi gratia.

Ad secundum respondeo, Sententiã valere pro minore latam, quia non ob aliam causam ei curatorem dari lex voluit, quam vt defenderetur, ne causam amitteret. Quare cùm victor est, meritò sententia valet, quia cessat ratio legis. Nec quod fauore introductum est, in odium retorqueri debet.

Ad tertium autem ex l. vlt. ff. de iure dotiũ. respondeo, fundum dotalem ibi alienari, vt creditoribus satisfiat, quod & in fundo pupillari facilè reciperetur.

Ad quartum, concedo, pupillum obligari, quatenus ex contractu locupletior efficitur. Sed hic non agitur de obligatione minoris, sed de rei alienatione, quæ hoc in casu permissa non est.

Ad quintum respondeo, alienandi facultatem eo duntaxat casu esse permissam, quo æs alienum vrgeat, vnde ea causa cessante, non valet etiam cum decreto Prætoris.

CAPVT IV.

Vtrum minori in integrum restitutio concedenda sit ob læsionem non enormem, sed non minimam tamen?

Sfortia Oddus in tractatu de in integrum restitutione, controuersam hanc quæstionem tractat in 1. parte, q. 4. art. 12. & copiosè omnium doctorum sententias refert, quorum aliqui restitutioni locum esse propter modicã læsionem, non tamen minimam, dixerunt. Aliqui negarunt. Aliqui verò, inter quos & ipse Oddus, hanc rem arbitrio iudicis definiendam putarunt.

Et sanè vt mihi videtur, hac de re clara legis definitio nõ est in promptu. Etenim sunt leges, quæ damnum grande, siue enorme requirunt, vt proinde argumento sint, mediocre damnũ non sufficere, vt in l. penult. ff. de minor. in l. Si ex causa. ff. eod. in l. 1. C. Si aduers. vendit. pignor. quanquam ex duabus posterioribus, quia in speciali casu loquuntur, contrarium aliqui argumentum sumant. Sunt leges, quæ propter minimam quantitatem restitutionem negant, vt in l. Scio. ff. de in integrum restitut. vt proinde argumentari liceat esse concedendam, vbi læsio non est minima.

De mediocri læsione & damno planè nulla expressa lex. Ego tamen in eam sententiam sum procliuior, quę restitutioni fauet propter modicam seu mediocrem aliquam læsionem, authoritate l. Minorib. 6 ff. de Minorib. *Minoribus*, inquit, *viginti quinque annis subuenitur per in integrum restitutionem, non solùm cùm de bonis eorum aliquid minuitur sed etiam cum intersit ipsorum litibus & sumptibus non vexari.*

Secundò authoritate l. 8. ff. eod. tit. ibi: *Dum elegit deteriorem.* Item ibi: *Et preciosiorẽ dederit.* quibus sanè verbis ostenditur minorẽ esse restituendum, si elegerit rem deteriorem, vel si pretiosiorem dederit, quibus in casibus fieri potest, vt non magna contingat læsio.

Tertiò authoritate l. Patri. §. Item ex diuerso. ff. eod. tit. vbi patet minorem restitui, si rem minore precio, quam oportuit, vendiderit. Nec distinguit lex an magna fuerit læsio, vel modica circa precium.

Ad leges, quæ requirunt grande damnum, responderi potest, eas loqui de venditione facta in casibus à lege non prohibitis, sed permissis, puta de venditione pignoris, meritò tunc grandis læsio requiritur, vt in integrum restituatur minor. Hęc mea est de re perquàm obscura ac difficili coniectura ac sententia.

CAPVT V.

Minor XXV. annis iurisperitus si ex contractu læsus fuerit, vtrum in integrum restitui possit.

Communior est doctorum sententia; Minorem quinque & viginti annis iurisperitum ex contractu læsum, in integrum restitutionem postulare non posse, sicuti authoribus allatis fidem facit Sfortia Oddus de restit. in integr. part. 1. q. 23. art. 7.

Argumenta sunt illa. Primum, talis doctor restitutionem petens turpitudinem suam allegaret: Turpe est enim in iure versanti ius ignorare. l. 2. §. Quintus Mucius. ff. de ori. iuris.

Secundum, quia iurisprudentia est diuinarũ atque humanarum rerum notitia. l. Iustitia. §. Iurisprudentia. ff. de iust. & iure. Qua fronte ergo is, qui rerum diuinarum atq; humanarum notitiam profitetur, se læsum esse, ac proinde restituendum allegare poterit?

Tertium argumentum eſt ex l. Regula. §. ſed iuris. ff. de iuris & fact: ignor. ibi: *vel ſua prudentia inſtructus ſit, &c.* Itaque profeſſio hoc in caſu, & petitio repugnare inuicē videntur, vt alibi dicit tex. in l. Profeſſio. C. de Munerib. patrimon. lib. 10. Et hic ſcientia ætatem ſupplet. l. 3. C. Si minor ſe maiorem dixerit. Quare, vt ex Cicerone & aliis cōſtat, olim iuriſperiti non ſolum de iure: ſed etiam de filia collocanda, de agro emendo, ac de omni alio negotio & officio conſulebantur.

Verùm iſtis nil morantibus cōtrariam ſententiam probabiliorē ac iuri magis cōſonam exiſtimo: quam & nouiſſimè defendit Franciſcus Sarmientus libro 3. ſelectarum interpret. cap. 12.

Probatur hæc ſententia argumento ſumpto ex l. 1. C. qui aduerſus quos, vbi Alex. Imperator docet, etiamſi quis diligens paterfamilias ſit, actibúſque publicis ita ſe induſtrium probauerit, vt lapſum eum per ætatem veriſimile ſit, tamen ſi cauſa cognita circumuentus deprehendatur, reſtituendum eſſe. *In conſilio quidem cognoſcentis*, inquit, *de reſtitutione in integrum eſſe oportet. & num is, qui ſe minorem annis laſum eſſe dicit, diligēs paterfamilias fuerit, actibúſque publicis induſtrium ſe docuerit, vt lapſum eum per ætatem veriſimile nō ſit. Verùm ſi cauſa cognita circūuentus deprehendatur propter hoc ſolum, velut præſcriptione à ſolito auxilio remoueri non debet, ſcilicet, quod vrgentibus patriæ neceſſitatibus decurio minor annis creatus ſit.* Hactenus ille. Ad eandem ſententiam alludūt Vlpiani verba in l. 1. ff. de Minoribus, ibi: *Neque ante committi res ſua adminiſtratio eis debebit, quamuis bene rem ſuam gerentibus, &c.*

Sic ergo licet veriſimile non ſit, talē minorem propter iuriſperitiam contrahentem circumueniri, tamen ſi circumuentus appareat, reſtituendus erit in integrum.

Non obſtant argumenta in cōtrarium, quia aliud eſt ſententia iuris, aliud in rebus agendis prudentia, quæ non ex iuriſconſultorum libris, ſed ex vſu & experientia comparari poteſt. Nec enim Iuriſprudentia eſt ea rerum humanarum ſcientia, de qua agitur. Neque verò crediderim olim tales Iuriſconſultos de omni negotio & officio reſpondiſſe, qui nondum annos perfectæ ætatis compleuiſſent.

CAPVT VI.

Iuramentum an repetitum cenſeatur, prorogatione temporis debitori facta ad ſoluendum?

SI debitori, qui iurauit ſe ad certum tempus ſoluturum, tempus prorogetur, an ipſum etiam iuramentum repetitum videatur, controuerſi iuris eſt.

Et quidem repetitum cenſeri reſponderūt Baldus in c. Cū venerabilem. col. penult. de electio. Bartolus licet ſubobſcurè in l. Cùm ſtipulatus ſim mihi Procul. ff. de verb. oblig. & in l. 2. §. Et poſt operis. & ibid. Alexan. col. 3. & Iaſon num. 8. Cagnol. in l. Lecta. num. 26. ff. Si cert. petat. Felyn. in c. 1. col. 2. verſ. Vtrum autem creditor. de Iureiur. Capella Tholoſana deciſ. 181 Boër. deciſ. 284. nu. 11. nouiſſimè Seraphinus Senenſis de Priuilegiis iuramenti, Priuileg. 22. n. 88. Couuar. in rub. de Pactis, in principio poſt num. 6. verſ. Quintò vt difficultatem. Non ignoro alios ab Antonio Gabrielio citari comm. concl. tit. de Dilationib. conc. 2. num. 1. Sed ij loquuntur in alia ſpecie, de qua dicam in ſequenti capite.

Argumenta huius ſententiæ hæc ſunt. Primū eſt ex cōmuni quadam regula. Prorogationem factam cenſeri cum eiuſdem qualitatibus, quas habet prior obligatio. l. Lecta. ff. ſi cert. pet. l. Sed & ſi manente. ff. de Precario.

Secundum argumentum eſt ex l. Item quæritur. §. Qui impleto. ff. locati. vbi reconductio facta videtur cum eiuſdem obligationibus. Sic enim ait textus. *Qui impleto tempore conductionis remanſit in conductione, non ſolùm reconduxiſſe videbitur, ſed etiam pignorum videtur durare obligatio, &c.*

Tertium argumentum ſumitur ex doctrina Innocentij in c. Preterea requiſiuiſti, de appellatio. vbi tradit præcepto debitori facto, vt ad certum tempus ſoluat ſub pœna excōmunicationis, ſi prorogetur tempus à creditore, prorogationem factam cenſeri ſub eadem pœna excommunicationis.

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt Decius in c. De cauſis, poſt num. 7. de officio deleg. Cardinalis in Clem. 1. §. Nos itaque. q. 3. de iureiur. Berous q. 100. ad finem. Eiuſdē ſententiæ cōmemorantur Iaſon in l. Lecta. ff. Si cert. peta. & Catellianus Cotta in memorabilibus, in verbo, Iuramentum interpoſitum. qui tamen parum ab hac ſententia facere videntur.

Fundamentum verò eſt in c. penult. de iureiur. *Clericus*, (inquit Gregorius) *qui iurauit ſe ſtatuta in Eccleſia ſua edita ſeruaturum, promittens per idem iuramentum ſtatutum, quod poſtmodum ſecutum eſt, fideliter obſeruare, licet tranſgredi non debuerat, quod promiſit, non tenetur ad illius obſeruantiam ex debito præſtiti iuramenti.*

Ego priorem ſententiam veriorem eſſe cēſeo. Nā quod Gregorius ſtatuit in d. c. pen. ad hanc ſpeciem non pertinet, ſed ad eā, in qua de iuramento extendendo agitur ad nouā & diuerſam rem. Aliud eſt enim ſtatutum iam editum, aliud poſteà ſecutum. Quare iuramentum præſtitum de ſeruandis ſtatutis iam editis, extendi nō poteſt ad ſtatuta poſteà edita, quæ

quæ ſunt diuerſa, & non eadem cum prioribus. Sed in quæſtione noſtra licet terminus ſolutionis prorogetur debitori, manet tamen eadem obligatio, quia prorogatio nihil detrahit, nec mutat priorem obligationem, ſed duntaxat tempus addit nouum. Atque ita cenſeo.

CAPVT VII.

Iuramentum an cenſeatur repetitum prorogatione compromiſſi facta?

SI certum tempus compromiſſo adiectum ſit, & iureiurando promiſſum ſit de ſtando & parendo arbitri ſententiæ, & poſteà compromiſſi tempus prorogetur, controuerti ſolet, an & iuramentum repetitum cenſeatur.

Et repetitum videri, authores ſunt Calcaneus conſ.85.n.15 Andreas Siculus in conſ.31. li.1. & alijs quos refert & ſequitur Boetius deciſio.284 nu.13. Huic ſententiæ adſtipulantur omnia argumenta, quæ ſupra in præcedenti capite pro priori ſententia retulimus.

Cæterum non videri repetitum iuramentũ, authores ſunt Socin.ſen. in conſ.99 col.2.li.3. Bald.in conſ.436.lib.1. Marſilius ſing.300. Ruinus in conſ.61.n.38.39.lib.5. Couuar.in rub. de pactis in princip.n.6.verſ. Octauò ſi prorogatio. Alios citat Gabrielius commun.concl.tit. de dilationib.concl.2.n.11.ver. Contrarium in iuramento, nec non Seraphinus Senenſis de priuileg.iuramenti.priuileg.22.n.71.

Fundamentum eſt in d.c.pen.de iureiur. cuius verba in ſuperiori capite retulimus, & in eo, quòd iuramentum verba requirat & ſcripturatum tactum.

Tertia eſt opinio diſtinguentium, aut prorogatio compromiſſi facta eſt ex partium cõuentione, quę ipſi compromiſſo inſerta fuerit, puta ſi arbitris certũ tempus aſſignatum fuerit ad pronunciandum, poteſtate eiſdem facta illud prorogandi, & tunc prorogatione temporis facta, repetitum cenſetur iuramentum. Aut prorogatio facta eſt ex partium quidem conuentione, ſed nequaquam ipſi compromiſſo adiecta, & tunc ſecus eſt dicendum. Ita diſtinguit Blancus de compromiſſis.q.7. num.15.16. Couuar.loco annotato, verſ. ſeptimò hinc deducitur, & in verſ. ſequenti. nec non Seraphinus loco proximè citato, n.84.

Prioris membri diſtinctionis fundamentum eſt, quia cum ea lege ſit cõpromiſſum, vt elapſo tempore ad pronunciãdum dato, arbitris liceat illud prorogare, tunc iuramentum de ſtando & parẽdo arbitri ſententiæ eum habet ſenſum, vt compromittentes iuraſſe intelligãtur, ſe arbitrorum ſententiæ parituros, quandocunque proferretur, ſiue intra tempus poſtea prorogatum.

Poſterioris verò membri diſtinctionis fundamentum eſt in d.c.pen. de iureiur. & in alijs argumentis, quibus probatur iuramentũ non extendi ad alium actum: Item in eo, quod talis prorogatio videtur nouum compromiſſum inducere.

Sed non deſunt, qui & hanc diſtinctionem noua diſtinctione coarctent, vt in mirũ locum habeat, vbi compromiſſi tempus prorogatur, antequam elapſum fuerit tempus ei præſtitutum, ſecus ſi poſtea, quia tunc videtur eſſe nouum compromiſſum, vtì declarant Couuar. loco ſupra annotato, verſ. ſextò ſi certè, & Berous q.100.n.12.

Verum iſti non reſpondẽt ad argumentum, quo probatur iuramenti compromiſſo adiecti eam eſſe vim, vt compromittentes obliget ad parendum arbitri ſententiæ, perinde ac ſi iuraſſent ſe pariteros arbitri ſententiæ proferendæ, tam in primo termino, quam in ſecundo.

Quare mihi tertia ſententia ſimpliciter probatur, & confirmari eiſdem ferè argumentis poteſt, quibus ea ſententia nititur, quam in præcedenti capite firmauimus, nempe iuramentum repetitum cenſeri, vbi debitori prorogatum eſt tempus ad ſoluendum.

Ad c.pen.de iureiur. ſuperiùs eſt reſponſum in præcedenti capite. Nec verum eſt, iuramentum requirere verba, aut tactam ſcripturatum, vt dicemus in ſequenti.

CAPVT VIII.

Vtrum iuramentum requirat neceſſariò verba?

IVramentum neceſſariò verba requirere cenſuerunt Bartol.in l.& per iuſiurandum.ff. de acceptil. & in l.qui iuraſſe.ff.de iureiur. Albetic. Fulgoſ.& Roman.ad l.1.ff. de verbo.oblig. Alios citat Tiraquellus de legibus Connubialibus. Gloſſ.7.n.18. Quibus adde Auguſtinum Beroum, q.100.n.4. Authoritate textus in §.ſed neque.in authen.de mandatis Principum, vbi Iuſtinianus ita dicit: *Sed neque hæc, quæ dicuntur verba*, id eſt, *Iuſiurandum promptè dare feſtines, &c.* Item authoritate c.pen.de iureiu. quatenus ibi Summus Pontifex docet, iuramentum non obligare, quo ad ſtatuta poſtea facta, quod non alia ratione accidit, niſi quia conſenſus iurantis non ſufficit, ſed verba etiam requiruntur.

Altera eſt ſententia: iuramentum non neceſſariò verba requirere. Authores ſunt Petrus Iacob.& Cyn.in Auth. ſacramenta puberum. C.ſi aduerſus vendit. Panormit.in rubr. de iureiu. & Couuar.in rubr.de Pactis.in principio, ſub n.4.

Fundamentum eſt, quia iuramentum præſtatur Deo, Deus autem nouit hominum mẽtes & corda, licet non loquantur. c.ſi quid inueniſti 14.q.5.c. Erubeſcant 32.diſtin.

Tertia eſt ſententia diſtinguentium: Aut in his verſamur, qui non poſſunt loqui, & tunc

necessariò verba non requiruntur; quoniam mutus iurare potest, quod patet, quia testificari potest, si sciat scribere, vt notat Glo. in c. Testes, in vers. Quæ nouerunt. 3. q. 9 adducta l. Discretis. C. qui testam. facere possunt. Is autem, qui testificatur, iurare debet. l. Iusiurãdũ. C. de Testibus c. Tuis. c. Fraternitatis. eodem tit. Aut in his versamur, qui possunt loqui, & verba requiruntur.

Huius distinctionis authores sunt Alex. ad l. 1. ff. de verb. oblig. Castr. Aret. Iason, in l. Qui iurasse. ff. de iureiu. Et eam esse iuri valde consonam dicit Alciatus in rubr. de iureiur. n. 23.

Mihi ea sententia videtur probabilior, quæ negat verba esse necessaria, & consuetudine quoque recepta est, teste Alciato loco proximè citato.

Nec prioris sententiæ fundamentum obstat quia quod attinet ad textum in § Sed neque, in Auth. de mandatis Principum, nihil probat. Dicit enim Imperator ibi: Præsides non debere facilè in longius tempus, quam triginta dierum securitatis promissionem concedere, quem vulgo Saluum conductum appellamus. Sic enim Haloander transtulit, & rectè fidem publicam, siue verbum & securitatem publicam.

Ad text. in c. pen. de iureiur. responsio patet, quia iuramentum ibi Clericum non obligat ad seruanda statuta postea facta, non verborũ defectu: sed quoniam iuramentum is præstiterat de seruandis statutis conditis. Quamobrem tale iuramentum extendi non potest ad futura, sed nouo iuramento & consensu opus fuit. Adferuntur & alia quædam pro contraria sententia, sed leuiora sunt, quam vt confutatione egeant.

CAPVT IX.

Conciliatio l. Puberes. 101 ff. de verbo. oblig. cum l. Si curatorem C. de in integrum resti. minor.

SEd vt reuertamur ad l. Si curatorem habẽs. C. de in integrum restit. minor. illud etiam controuertitur, quo modo sit concilianda cũ l. Puberes 101. ff. de verb. obli. Dicit enim hæc: *Puberes absque curatoribus suis ex stipulatu obligari posse*: Illa verò, minorem, qui curatorem habet, res distrahere non posse absque curatoris authoritate.

Antiquorum interpretum cõmunis est sententia, l. 101 loqui de puberibus curatores non habentibus, vnde non discrepat a l. Si curatorem habens. quoniam & illa vult adultum curatore carentem contrahere posse.

Nõ rectè, quia textus dicit, Puberes sine curatoribus suis posse ex stipulatu obligari. Illud verbum, *Suis*, indicat Iurisconsultum loqui de puberibus curatores habentibus.

Iacobus Cuiacius in commentariis d. l. 101. ita respondet, puberes, qui curatores habent, ex stipulatu obligari posse, vt ibi, sed res suas distrahere non posse, vt in d. l. Si curatorem: Quia curator, datur rebus. vnde res distrahi non possunt eo non consentiente. Sed quo minus minor suam personam obligare possit curatoris authoritate, nihil impedire potest, facit quod habetur in l. Sciendum. ff. de ritu nuptiarum.

Cæterum Franciscus Duarenus contra in cõmentariis d. l. 101. *Nec sententiam eorum probo*, inquit, *qui distinguunt alienationem rerum ab obligatione persona. Cùm Diocletianus in rescripto suo de rerum venditione loquatur, ex qua personalis nascitur obligatio, nec minus stipulatione quam venditione res alienari possint, si traditio sequatur.*

Non rectè Duarenus: Quia venditionis cõtractus non solùm obligationem personæ cõtinet, sed rerum etiam distractionem. quare licet obligare se minor possit, non tamen res distrahere potest. quod fit per venditionem, & sic argumentum Cuiacij non tollitur.

Quod verò res ex stipulatu possint alienari, si traditio sequatur, nihil officit Cuiacij sententiæ. Nam Iurisconsultus in d. l. 101. non de tali stipulatione loquitur, quæ cum traditione transferat dominium rei, nec talem potestatẽ minori concedit absque curatore, sed tantùm dicit obligari posse puberẽ ex stipulatu, quod est accipiendum de personali obligatione iuxta naturam ipsius tituli de verborum obligationibus, non autem vbi stipulatio rerum cõtinet alienationem, quia sic repugnaret Diocletiani & Maximiani rescripto in d. l. Si curatorem habens.

Impugnat & Cuiacij interpretationem Robertus Aurelianus lib. 1. Animaduersionum Iuris, cap. 12. Sed respondet egregiè Antonius Mercator in notis ad illud caput. Nec illam responsionem euertunt, quæ idem Robertus replicat in notas Mercatoris. Videat, qui cupit, neque enim mihi omnia referre in animo est.

CAPVT X.

Vtrum Constitutio Friderici Imperatoris, quæ est in Auth. Sacramenta puberum. C. si aduersus vend. locum habeat in impubere doli capace?

QVod Imperator Fridericus statuit in Authen. Sacramenta puberum. C. si aduersus vend. locum sibi vindicare etiam in impuberum iuramentis, quando sunt doli capaces, existimarunt ibi Bartol. Castren. & Alexand. in leg. Qui iurasse. ff. de Iureiurand. Roman. ad leg. Is cui bonis. ff. de verb. oblig. Andreas Isernia

Isernia & Afflict. in §. item sacramenta puberum. tit. de pace iuramento firman. Afflict. decis. 322. & ibidem Vrsillus in addit. Panorm. in cons. 39. lib. 1. in cons. 108. lib. 2. Hostien. Io. Andr. & Imola. in c. cùm contingat, de iureiur. Archidiac. in c. quãuis. de pactis lib. 6. Decius & Cagnol. in l. pupillũ, de reg. iuris, Corneus in cons. 24c. lib. 1. Seraphinus Senensis de priuilegiis iuramenti. Priuileg. 83 n. 24. 25.

Argumenta sunt ista. Primum sumitur ex eo, quòd pupillus tenetur furti & periurij. c. 1. de delictis pueror. l. impuberem. ff. de furtis. l. pupillum. de reg. iur.

Secundum est ex c. ex literis 2. de sponsalib. vbi dicitur impuberes iuramento obligari ad matrimonium contrahendum.

Tertium ex l. vlt. ff. de liberali causa. ibi: *In eum qui impubes iurauerit scilicet, qui & iurare potuerit, danda est vtilis actio, &c.*

Cæterum contrariam sententiam secuti fuere Glossa, Petrus Cynus, Iacobus Butr. Baldus, Angelus, Fulgosius, Albericus & Iason in d. Auth. Sacramenta puberum. Alciatus in c. cũ contingat. n. 229. de iureiur. Couuar. in Epitome de sponsalib. parte 1. cap. 5. §. 1. n. 4.

Argumenta sunt ista. Primum, quia Friderici constitutio loquitur de pubere, ergo non est trahenda ad impuberem.

Secundum est, quia iuramentum debet habere tres comites, Veritatem, Iustitiam & Iudicium, c. Et si Christus. de iureiur. Impubes autem non videtur habere iudicium, Saltem plenum ac integrum, vt requiritur.

Tertium est ex eo, quòd impubes voto non obligatur, cap. 1. de regularib. lib. 6. nec igitur iuramento.

Hanc sententiam posteriorem verissimam esse censeo: Est enim animaduertendum non solum eam constitutionem de puberibus loqui, verum etiam continere maximum rigorem, quia mandat Sacramenta puberum super alienationibus rerum suarum inuiolabiliter obseruari, cùm tamẽ alioqui alienationes fieri non possint absque decreto iudicis, vt patet ex toto tit. ff. de reb. cor. qui sub tutela vel cura, & C. de Prædiis minor. Quamobrem non defuere olim, qui constitutionem illãm damnarint, veluti Cyn. nec desunt etiam hodie, vt patet ex Duaren. in commentariis ad tit. C. de integrum restit. minor. Ideo lex Friderici videtur esse intelligenda de solis puberibus, non etiam ad impuberes extendenda.

Ad argumenta facilè responderi potest. Nã etsi delinquendo impuberes obligentur, vel etiam matrimonium contrahendo, aut in aliis casibus, non tamen rectè refertur eos etiã obligari, dum res suas alienant contra legis formam.

CAPVT XI.

Vtrum contractus iuramento confirmetur, cùm alioqui est inualidus, an verò ipsum duntaxat iuramentum seruandum sit?

SEd hic controuertitur, an contractus minoris super alienatione rerum, & aliorum, qui est alioqui inualidus, iuramento confirmetur.

Et sunt qui negent cõfirmari, sicuti & Iason in auth. Sacramẽta puberum. n. 37. C. si aduersus vend. Alciatus in c. cùm contingat. n. 116. de iureiur. vbi alios citat, quorum fundamentum illud est, quòd leges & canones dicunt iuramenta obseruari debere, non autem contractus iuramento firmari, vt patet ex d. auth. Sacramenta puberũ, & ex d. c. cùm contingat.

Cæterum contraria sententia, quæ tales cõtractus iuramento confirmari docet, mihi videtur & communior, & probabilior. Primum ex c. quamuis. de pactis lib. 6. in illis verbis: *Si tamen iuramento, &c. firmatum fuerit, omnino seruari debebit.* Hæc verba referuntur ad ipsum pactum, & indicant illud iuramento firmari.

Secundò ex l. 1. C. si aduersus vend. in illis verbis: *Neque perfidiæ, neq; periurij me authorem sperare debuisti.* illud verbum *Perfidia*, refertur ad contractum, vnde si iuramento non confirmaretur, nulla esset perfidiæ detestatio, quia contractus minorum quinque & viginti annis super alienationibus bonorum, ex Legibus & Constitutionibus infirmantur, datúrq; minoribus ea potestas, vt eos infringant, vt in l. 1. & toto tit. ff. de reb. eorum, & c. & C. de prædiis minorum.

Tertiò hoc argumento moueor, quia si dũtaxat iuramentum seruandum esset, & non etiam contractus confirmaretur, videretur esse cogendus is, cui iuramentum præstatur, ad relaxandum tale iuramentum, veluti præstitum in contractu nullo, & inualido, ac proinde illico, ac non seruando. Argumento c. 1. de iureiur. Quod tamen nullibi vel canones, vel leges insinuant.

Atque hanc sententiam secuti fuere Bartolus in l. si quis pro eo. n. 9. ff. de fideiussor. Curtius in cons. 47. n. 4. & alij quos refert, & sequitur Couuar. in c. quamuis, in secunda parte relect. §. 1. n. 7. de pactis, lib. 6. & Seraphinus Senensis aliis adductis de priuilegiis iuramenti Priuileg. 91.

Ad argumentum respondeo, vtrumq; caueri, vt videlicet & iuramentum seruandum sit, & contractus ipse tanquam iuramento firmatus.

CAPVT XII.

Vtrum ex iuramento promissorio oriatur actio.

CElebris est controuersia, Vtrum ex iuramento, quod promissorium vocatur à Doctoribus nostris, oriatur actio & obligatio. Quæ res vt melius intelligatur, prius disserendum est, quid secundum ius canonicum.

Quod attinet ad ius ciuile, duæ sunt doctorum sententiæ. Altera ex iuramento actionẽ & obligationem oriri. Altera verò non oriri actionem, neque obligationem, sed officium iudicis implorandum, quo is, qui iurat, compellatur ad obseruandum iuramentum.

Prioris sententiæ authores fuère quidam Vltramontani doctores, vt refert Baldus in l. 1. C. de operis libertor. Item Ludouicus Romanus ad l. Si quis maior, C. de transact. & Io. Franciscus Purpuratus ibid. n. 21. Fortunius ad c. 1. de Pactis. n. 23. Io. Corasius ad l. Admonendi n. 12. ff. de iureiur. Didacus Couuar. in Relect. rubr. de pactis, part. . §. 2. post n. 4. & 5. Seraphinus Senensis alios citans de Priuilegiis iuramenti, Priuileg. 18. His addi possunt 7. asius in rubr. ff. de verb. oblig. n. 12. Sarmientus lib. 1. Selectarum interpretationum. cap. 3. & Petrus Calephatus ad l. Iurisgentium. §. Igitur nuda. n. 56. ff. de Pactis.

Posterioris autem sententiæ authores sunt Bartolus ad l. Si quis pro eo. colum. 1. ff. de Fideiuss. Imolen. in c. Cùm contingat, nu. 30. de iureiu. Corneus in Authen. Sacramenta puberum ante n. 39. C. si aduersus vendi. Alexan. in l. Si quis maior. col. vlt. C. de transact. & ibid. Alciatus. nu. 64. & Cagnolus. n. 130. Iason in l. Iusiurandum. num. 7. ff. de iureiur. Cuiacius in Paratitlis ad tit. C. de reb. creditis & iureiur.

Prioris sententiæ argumenta sunt ista. Primum ex l. Vt iurisiurandi. ff. de operis liber. & ex l. Vlt. ff. de liberali causa, quibus ex legibus apparet ex iureiurando liberti obligationem oriri.

Secundum est ex d. Authent. Sacramenta puberum, ex l. 1. C. Si aduer. vend. & aliis similibus locis, quibus statuitur iuramenta esse inuiolabiliter obseruanda & eis confirmari contractus & pactiones. Videtur enim in consequentiam dicendum, ex eis oriri actionem & obligationem.

Tertium est ex l. Si quis maior. C. de transa. quatenus ibi dicitur agi posse ad pœnam consequendam, quæ transactioni est adiecta. Nam cùm ex transactione non oriatur actio. l. Cum proponas. C. de pactis, cur in ea specie agi possit, iuramentum, quo transactio est firmata, in causa esse potest.

Quartum argumentum est ex l. Quæ sub conditione. §. Quoties. ff. de cond. inst. & in l. Hac scriptura. ff. de conditionibus & demonstrationibus, quibus in locis habetur, hæredem, qui iurauit se daturum vel facturum, compellendum esse ad dandum vel faciendum.

Postremum est ex l. Seruum. ff. de Manumissis testam. in fine. ibi: *Quia nisi post manumissionem iuret, non obligatur*, & ex l. Si quis decedens. §. Codicillis. de leg. 3. ibi: *Respondi, ex his quæ proponerentur, scilicet cùm iusiurandum dedisse super hoc testator affirmauit, credendum esse scripturæ.* Citantur hæ leges à Sarmiento loco annotato.

Posterioris autem sententiæ præcipuum fundamentum est in l. Si quis pro eo ff de Fideiussor. *Si quis pro eo*, inquit, *qui libertus non esset, & operas non praestaturum se iurasset, fideiusserit, non tenebitur.* Nam si obligatio nasceretur ex iureiurando, fideiussor teneretur.

Posterior hæc sententia mihi verior videtur, non quidem eo argumento, quod iam allatum est. Illud enim egregiè confutant Couuar. & Sarmientus locis annotatis, sed eo argumento, quod nullibi cautum reperitur, ex iureiurando actionem oriri, seu obligationem, præterquam in liberto, qui operas promittit. l. Vt iurisiurandi. ff. de oper liber. Vlp. *Vt iurisiurandi*, inquit, *obligatio contrahatur, libertum esse oportet, qui iuret, & libertatis causa iurare* Vnde & Caius lib. 2. Institutionum, tit. 9. *Item & alio casu*, inquit, *vno loquente & sine interrogatione alio promittente, contrahitur obligatio. Id est si libertus patrono aut donum, aut munus, aut operas se daturum esse iurauerit. In quo suprà dictis libertis non tam verborum solennitate, quàm iurisiurandi religione tenentur, sed nulla altera persona hoc ordine obligari potest.*

Ex his patet responsio ad primum argumentum, est enim ita specialiter in liberto constitutum, ex quo sequitur, vt in aliis personis secus sit dicendum.

Ad secundum respondeo, iuramento contractus confirmari, & ex eis actionem oriri, non autem ex iuramento confirmante, quia illud non est aptum, nec inuentum ad actionem producendam.

Ad tertium respondeo, pœnam peti posse in specie d. l. Si quis maior. quia per stipulationem promissa fuit, solebat enim olim adhiberi stipulatio pœnæ, vt declarat Alciatus ibid. n. 66.

Ad quartum respondeo, hæredem qui iurauit se daturum vel facturum, compellendum esse, sed non iure actionis descendentis ex iureiurando, sed iure obligationis descendentis ex vltima voluntate defuncti.

Ad vltimum respondeo, illud in liberto loqui, quem diximus ex iuramento obligari. Ad §. Codicillis, respondeo non probari ex eo quod iuramentum actionem producat, sed

quod

quòd ſcripturæ ſit credendum, propter iuramentum teſtatoris.

Quòd verò attinet ad ius canonicũ, ex iuramento actionem oriri docuerunt Gloſ. in c. Quoties cordis oculus. 1. q. 7. Ioã. And. & Hoſtienſis in c. cùm veniſſent, de Inſtit. Bart. in l. ſi quis pro eo. col. 2. de Fideiuſſor. Felyn. in c. 1. de iureiur. Fortunius in c. 1. n. 26. de pact. Coraſius in prælud. l. admonendi. n. 17. ff. de iureiur. Anton. Corſetus in rubr. de iureiu. nu. 11. Alciatus in c. cùm contingat. de iureiur. & in l. ſi quis maior. n. 68. C. de tranſact. Sarmientus Select. interpret. c. 3. lib. 1. Couuar. Seraphinus & Calephatus in locis ſuperiùs annotatis.

Fundamentum eſt in c. cùm contingat. de iureiur. & concordantibus, quibus dicitur cõtractus iuramento cõfirmari, item in ca. debitores, & in c. 1. eo. tit. vbi is cui præſtatur iuramentum, illud remittere poteſt, ex quo ſequitur, quod actionem habeat. Facit text. in c. Ecce. 22. q. 2. ibi: *Non enim quando iuras, tibi, aut lapidi, ſed proximo tuo iuras.*

In contraria autem ſententia fuêre Innocẽt. in c. nouit. de iudic. & in c. cum veniſſent, de Inſtit. Imolenſis in c. cùm contingat. poſt n. 31. verſ. ſed aduerte, de iureiur. Iaſõ in l. iuſiurandum, n. 8. ff. eod. tit.

Fundamentũ eſt, quia nullus locus proferri ex iure canonico poteſt, vbi probetur, actionem oriri ex iuramento, imò per cenſuram Eccleſiaſticam compellendum eſſe eum, qui iurauit ad præſtandum, quod promiſit, docet Summus Pontifex in c. vlt. de foro compet. lib. 6. *Cum C. Laicus* (inquit Summus Pontifex) *pro quo ſoluiſti, &c. te ſeruare recuſet indemnem contra iuramentum, &c. ipſum coram Eccleſiaſtico iudice, &c. de iure poteris conuenire. Vt ipſũ monitione præmiſſa per cenſuram Eccleſiaſticã, &c. iusitia ratione compellat.*

Hæc ſententia mihi veriſſima videtur. Ad argumenta in contrarium reſpondeo, negando ſingulorum conſequentiam. Etſi enim iuramento contractus confirmentur, non tamẽ ſequitur, actionem ex eo naſci, quia iuramentum non eſt modus actionis inducendæ & obligationis, ex qua oriatur actio.

Rurſus non eſt bona conſequentia. Iuramentum præſtatur parti, & illi poteſt remittere, ergo actionẽ habet. Nam ius habet pars, cui præſtatur iuramentum, vt poſſit per officium iudicis iurantem compellere ad ſeruandum iuramentum; & illud ius remittit, cùm iuramentum remittit.

CAPVT XIII.

De poteſtate ſecularis Principis relaxandi ſeu remittendi iuramentum, & de eo ſtatuendi.

INgens controuerſia eſt, an liceat Principi ſeculari iuramentum relaxare, & remittere, ac de eo ſtatuere.

Sunt enim qui affirmant, Accurſius in l. Adigere. §. vlt. ff. de iure patronatus, & alij, quos commemorat Iaſon in l. vltim. ff. qui ſatiſda. cogan.

Sunt qui negant, & horum maior eſt numerus, vt refert Iaſon loco annotato, Couuar. ad ca. quamuis, de pactis. lib. 6. 1. parte Relect. §. 3. num. 7.

Sunt qui ex cauſis iuſtis publicam vtilitatẽ reſpicientibus id licere contendunt, veluti Couuar. loco annotato, poſt alios quos citat.

Sunt qui legem ſeu ſtatutum fieri poſſe dicant, vt iuramentum in certis contractibus nõ obliget, ſed præſumatur dolo extortum. Bart. in l. omnes populi. n. 24 de iuſtitia & iure, alios citat Iaſon in d. l. vlt. ff. qui ſatiſd. cogã. & Seraphin. Priuileg. 83. n. 79. Nec deſunt, qui hanc etiam poteſtatem Principibus negent, Ruinus in conſ. 51. n. 23. lib. 1.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt in d. l. Adigere. §. vlt. *Lege Iulia, inquit, de maritandis ordinibus remittitur iuſiurandum, quod liberto in hoc impoſitum eſt, ne vxorem duceret.*

Confirmatur, quia parti eſt permiſſum iuramentum remittere, vt in c. 1. de iureiu. Ergo multò magis Principi, qui eſt Dominus.

Secundæ opinionis fundamẽtum eſt in ca. Nouit. de iudic. & in c. Venerabilem. de Electio. ibi: *Verum verò iuramentum ſit licitum vel illicitum, & ideo ſeruandum, an non ſeruãdum extiterit, nemo ſanæ mentis ignorat ad noſtrum iudicium pertinere.*

Tertiæ opinionis fundamentum eſt ex l. quæ ſub conditione §. ſi quis ſub iuriſiurandi. ff. de condit. inſtit. ibi: *Et magis eſt, vt remitti iuriſiurãdi religio debeat,* & in l. 1. C. de indicta vidui. toll. ibi. *Nullum concedimus fieri iuramentum, ſecundum prædictam legem.* Et in l. Non dubium. C. de legib. ibi. in fine. *Nec Sacramentum admitti.*

Quartæ opinionis fundamentum eſt, quia iuramentum dolo extortum, ſeu vi, non obligat. c. quamuis, de pactis, lib. 6. ca. cùm contingat. de iureiur.

Quin autem poſſit lex ciuilis præſumere iuramentum dolo extortum, ex iuſta cauſa, dubium non eſt, vt, ſi contractus fiat abſque ſolennibus neceſſariis. l. quemadmodum. C. de Agricolis & Cenſitis lib. 11.

Poſtremæ ſententiæ fundamentũ eſt, quòd iuramentum ſit res ſpiritualis, de quo proinde ſtatuere ac diſponere non poſſit Princeps ſecularis, ſed Eccleſiaſticus duntaxat, quoniam illa poteſtas: *Quicquid ligaueris ſuper terram & quicquid ſolueris,* data fuit Petro Apoſto-

lorum Principi & Succeſſoribus, non autem laicis hominibus.

Ego diſtinguenda eſſe arbitror iura vetera à nouis; Nam ſecundum leges veteres Principibus abſque dubio poteſtas de facto fuit remittendi iuramentum, & de eo diſponendi ac ſtatuendi: ſicuti probant leges pro priore ſententia allatę. & pręclarè probat l. Vlt. ff. ad Municipalem. ibi: *Imperatores Antoninus & Verus ſcripſerunt gratiam ſe facere iuriſiurandi ei, qui iurauerat ſe ordini non interfuturum.*

Cęterùm ſecundum canones ſolus Eccleſiaſticus iudex iuramentum relaxare poteſt, vt in c. Nonit. de iudiciis. quod vt ſeruetur æquũ eſt, quicquid obloquatur Duarenus in comment. C. Si aduerſus vend. quia iuramentum præſtatur Deo, & res ſpiritualis eſt, quam tractare & de ea diſponere ad eum ſpectat, qui poteſtatem habet a Deo. Is autem eſt Iudex Eccleſiaſticus.

Nec obſtat, quòd pars, cui præſtitũ eſt iuramentum, illud remittere poſſit, quia illi eſt ius quæſitum ex iuramẽto promiſſorio, quod ius proinde remittere poteſt, & aliquando etiam debet, vt in d. c. 1. de iureiur. Ex quo non ſequitur, Principem ſecularem illud remittere poſſe. Nam neque illi iuramentum eſt præſtitum, neque ius quæſitum eſt ex eo.

Nullam itaq; conſtitutionem laici Principis valere iudico de iuramento quouis modo relaxando ſeu infirmando præcipientem, niſi ab Eccleſiaſtica authoritate robur accipiat.

CAPVT XIV.

Poſſitne minor grauiter læſus in integrum reſtitui aduerſus contractum iuramento firmatum, & abſolui à iuramento?

Diſputatio grauis & perplexa eſt, Vtrum minor aduerſus contractum iuramento firmatum reſtitui in integrum poſſit ob enormem læſionem.

Et quidem negant quàm plurimi reſtituẽdum, multi affirmant. Nonnulli diſtinguunt, inter læſionem enormem & enormiſſimam. Vide doctores in Auth. Sacramenta puberũ. C. Si aduerſus vend. & in c. Quamuis, de Pactis lib. 6. vbi Didacus Couuar. in 3. parte. §. 4. num. 3 Antonium Gabrielium commu. concl. tit. de iure iur. concl. 1. nu. 8. & 9. Panciro lum in conſil. 1. Menoch. in conſ. 401. lib. 1. Seraphinum Senenſ. de Priuileg. iuramenti, Priuileg. 136.

Qui minorem reſtituendum negant, eo nituntur argumento, quòd iuramenta puberũ inuiolabiliter obſeruanda eſſe cautum ſit, vt in d. Auth. Sacramenta puberum, & alibi. Nã ſi reſtituendus eſſet minor, non inuiolabiliter iuramentum ſeruaretur.

Huc accedat text. in l. 1. C. eo tit. ibi: *Neque perfidiæ, neque periurij me authorem futurum ſperare debuiſti.* Eſt enim neceſſe affirmare in ea ſpecie minorem in integrum reſtitutionem poſtulaſſe, ſed quia iurauit Alexander, ait ſe nolle authorem eſſe periurij.

Cæterùm qui affirmant, eo argumento vtuntur, quòd vbi tam enormis eſt læſio, videtur ibi dolus eſſe, Argumento l. Si ſuperſtite. C. de dolo. l. Si quis cum aliter. ff. de verbo. oblig. At vbi dolus interuenit, iuramentum nõ eſt ſeruandum, vt in c. Cum contingat, de iureiu. ibi: *Neque vi, neque dolo, &c.* Et in d. c. Quamuis, de Pactis in texto.

Ego ſanè procliuior in hanc poſteriorem ſententiam ſum, quia iuramentum non debet eſſe vinculũ iniquitatis, & iura ſubuenire ſolere enormiter læſis ac deceptis, notius eſt, quam vt probatione indigeat, vt patet ex l. Si ſuperſtite. C. de dolo, ex l. Maioribus. C. commu. vtriuſque iud. ex l. Si quis cùm aliter. ff. de verb. oblig. & ex aliis locis. Quare vt maximè iuramenta puberum contractum firment ac corroborent, non tamen efficitur aduerſus talia iuramenta negandam eſſe minoribus reſtitutionem ſi læſi fuerint. Nam ſic argumentari licet. Minoribus læſis ac deceptis iura ſubueniunt, ac in integrum reſtitutionem concedunt. l. 1 l. Minoribus, & toto ferè tit. ff. de minorib. & ff. de in integ. reſtit. Ergo & minoribus ita deceptis ſubueniendum erit, licet iuramento contractum confirmauerint.

Non obſtat iuramentum, quia illud facit, vt minori non liceat contractum inualidum reſcindere, Veluti quando abſque curatore ſuo rem diſtraxit. l. Si curatorem habens. C. de in integrum reſtit. Vel ſi cum curatore rem immobilem diſtraxit. Neque enim valet alienatio abſque decreto iudicis, vt dictum eſt ſup à hoc eod. lib. cap. 1. Sed iuramentum operatur vt valeat, & ſeruandus ſit contractus. Quare ad argumentum ſumptum ex l. 1. & ex Auth. Sacramenta puberum. C. Si aduerſus ven. reſpondetur, iuramenta quidem puberum eſſe inuiolabiliter ſeruanda, nec legem eſſe cauſſam perfidiæ aut periurij, ad hoc ſcilicet, vt contractus reſcindatur tanquam nullus, non autem, quo minus in integrũ reſtituatur pubes grauiter læſus: Iuramenti ſcilicet abſolutione obtenta ad effectum (vt vocant) in integrum reſtitutionem petendi.

Sic enim ſtatuo, non eam fuiſſe mentem Friderici in d. Auth. Sacramenta puberum, & Alex. in d. l. 1. vt vno verbo vniuerſum in integrum reſtitutionis beneficiũ minoribus, qui læſi ſunt, conceſſum, tollerent.

Quod ſi quis ſecus eſſe dicendum putet, eam ob cauſam, quòd Imperator Alexãder de in integrũ reſtitutione loquatur, ſicuti & natura

tura tituli oſtendit; huic reſpondetur, nullum eſſe verbum in d. l. 1. quo ſignificetur minorem illum, qui iurauerat, læſum fuiſſe, aut ſaltem enormiter læſum. Nam ſi læſus grauiter fuiſſet, non dixiſſet Imperator, ſe authorem illi perfidiæ non futurum; Minoribus enim ita deceptis, legibus eſt permiſſum, non exequi promiſſa, & aduerſus ea reſtitutionem poſtulare.

Non me latet controuerſiam eſſe non exiguam, an a tali iuramento peti poſſit abſolutio, vt videre licet ex Iaſone in d. Auth. Sacramenta puberum, num. 42 & ſequentibus aliis numeris.

Cæterùm eorum ſententia magis probatur, qui affirmāt peti poſſe ea ratione, qua & aliàs argumentatus ſum lib. 1. cap 16. Nempe iuramentum eſſe relaxandum, vbi ſeruari non poteſt abſque peccato eius, cui præſtitum eſt, vt in c. 1. & in c. Debitores, de iureiur. Neque enim debet eſſe iniquitatis vinculū, ſed tres Comites habere, Veritatem, Iuſtitiam, & Iudicium.

Porrò cum iniuſtè facere & grauiter peccare, qui alterum contrahendo decipit, latè docet Couuar. variar. reſol. lib. 2. c. 4 n. 11.

Fundamentum contrariç ſententiæ in eo eſt poſitum, quòd leges & Canones iubeāt iuramenta inuiolabiliter ſeruari? Quid ni? Sed nō ſequitur inde, quod ſubdunt; nempe abſolutionem peti non poſſe, quia etiam iuramentū de præſtandis vſuris eſt ſeruandum, vt in c. Debitores, de iureiur. & tamen nemo negat, quin abſolutio peti & impetrari poſſit, vt in c. 1. eod. tit.

CAPVT XV.

Vtrum fideiuſſor beneficium habeat excuſſionis, vbi iureiurando ſe obligauit?

FIdeiuſſorem, qui iureiurādo ſe obſtrinxit, excuſſionis exceptionem non habere, cenſuerunt Baldus in c. Ex reſcripto, de iureiur. & Anchar. ibidem in ſexto notabili. Alexand. in conſ. 32. col. vlt. verſ. Quartò principali fundamento, libr. 4. Capell. Tholoſana deciſ. 130 Marſilius in Rub. de fideiuſſorib. nū 9. Gozad. in conſ. 32. nu. 24. Ronchegallus ad l. 3. §. Vbi duo. c. 127. ff. de duob. reis. Oſaſcus deciſ. 43 n. 4. & alij, vt per Seraphinum Senenſ. Priuileg. 88.

Horum fundamentum eſt præcipuum in d. c. Ex reſcripto, vbi Summus Pontifex debitori ac fideiuſſori mādat vt ſoluat, & quidē ſimpliciter & abſolutè, non autem adhibita vlla diſtinctione, an principalis debitor excuſſus fuerit necne: *Ideoq; mandamus*, inquit *quatenus tam Abbatem, &c. monere curetis, vt ſicut iurarunt, eandem conuentionem faciant adimplere.*

Cæterùm contrariam ſententiam habuêre idem Baldus ſibi non conſtans in c. Cùm cōtingat. col. 10. de iureiur. Alexander ſibi contrarius in l. vlt. ff. Si certum petatur, & ibidem Decius & Iaſon, Felyn. in d. cap. Ex reſcripto, Grammaticus conſil. 170. Alciatus in d. c. Cùm contingat. n. 174. de iureiur. Couuar. in Relect. c. Quamuis, in 1. parte, §. 4. n. 4.

Fundamentum eſt, quia iuramentum ſequitur naturam actus, ſuper quo interponitur. l. vlt. C. de non num. pec. Sed natura obligationis fideiuſſoriç eſt, vt conueniri non poſſit ante principalem debitorem. Ergo, &c.

Et hanc ſententiam ego arbitror probabiliorem eſſe. Nec obſtat tex. in d. cap. Ex reſcripto. quia nō dicit ibi Summus Pontifex, fideiuſſorem amittere beneficium legis, vt ſcilic. principalis debitor inprimis conueniendus ſit; &, licet fideiuſſori mandet, vt ſoluat, id mādat etiam debitori. Nec tollit legis beneficiū. Quod ſi iuramentum id efficeret, neceſſe erat id exprimere. Sicuti aliàs Summus Pontifex ſolet, cùm aliquid ſtatuit propter iuramentum, quod legib. repugnat, vt patet ex c. Cùm contingat, de iureiu. ex c. Quamuis, de Pactis, lib. 6. & alibi.

Huc accedat, quòd excuſſionis beneficium & exceptio ſumma nititur æquitate, adeò, vt pium eſſe dicat Imperator in Nouella 4. *Fideiuſſoribus & id genus hominibus auxilium ferre.* Conſequenter cùm ius Canonicum æquitate potiſſimùm nitatur; haudquaquam veriſimile eſt, illud auferre iuranti beneficium, de quo agitur.

Alia quædam à Seraphino in medium afferuntur, ſed leuiora quam vt confutatione egeant.

CAPVT XVI.

Vtrum Emphyteuta, qui Canonem emphyteuticum ſe ſoluturum iureiurando promiſit, cadat iure ſuo, ſi vno duntaxat anno ceſſauerit in ſolutione?

COntrouertitur & illud inter Doctores circa vim & efficaciam iuramēti, Vtrum Emphyteuta, qui iuramento promiſit ſe Canonem ſoluturum, & primo anno non ſoluit, ſtatim expelli poſſit, etiam triennio non expectato, quod tempus à lege conſtitutum eſt vt expelli poſſit, ſi ceſſauerit, l. 2. C. de iure Emphyt.

Et ſunt multi qui affirmant, non pauci etiam negant.

Affirmāt Baldus in c. Querelam, de iureiur. Alex. in conſ. 85. lib 1. Ripa in c 2. col. 5. de reſcrip. Marſil. ſingul. 216. Caſtellinus Cotta in verbo, *Emphyteuta.* Rota pro maiori parte Duorum apud Caſſiodorum deciſ. 2. tit. de iureiur. Alios citat Seraphinus de Priuileg. iuram. Priuileg. 84. quib. adde Aurel. Corbulum

de iure Emphyteutico cap. 15. Amplia. 40.

Fundamentum eſt in d. cap. Querelam, de iureiur. vbi priuatur Eccleſiæ, quam obtinebat, regimine is, qui iurauit ſoluere, & nõ ſoluit. Item in l. Si quis maior. C. de tranſact. vbi is, qui iuramentum non ſeruat, priuatur omni commodo & emolumento contractus.

Negant autem Curtius ſenior in d. l. Si quis maior. n. 30. Addentes ad Alex. in conſ. 85. lib. 1. Couuar. in Relect. c. Quamuis. de Pactis, lib. 6. in 1. parte. §. 4. nu. 5. & alij a Seraphino relati loco proximè citato.

Horum fundamentum eſt, quia lege conſtitutum eſt, vt Emphyteuta ita demũ iure ſuo cadat, ſi per triẽnium in ſolutione ceſſauerit, l. 2. C. de iure Emphyt. Quòd autem ſi iurauerit, & non ſoluerit, ſtatim priuetur, nulla lege cautum eſt. Vnde iuramẽtum ſequi debet naturam contractus, argumento l. vlt. C. de non num. pecun.

Hæc poſterior ſententia mihi ſanè æquior & probabilior videtur. Non obſtat c. Querelam, quia periurus excluditur ibi ab Eccleſiæ adminiſtratione, nos verò loquimur in contractu, in quo nõ ita cautum eſt, vt periurus in plus teneatur, quam lex & natura contractus poſtulet, vel vt ius ſuum amittat aliter, quàm lege caueatur.

Nec quicquam facit l. Si quis maior. tũ quia de trãſactione ſpecialiter loquitur ac intelligẽda eſt, vt alias diſputatum eſt, tum quia nihil aliud vult, quàm iurantem carere commodo contractus; id eſt, actione, quam habebat ex contractu. Eſt enim iniquum, vt quis velit ſibi ſeruari fidem, quam ipſe violauit. Sed in propoſito, ita lege cautum eſt, vt Emphyteuta non obſeruans fidem, & ſic in ſolutione ceſſans, non ſtatim ius ſuum amittat, ſed ita demum, ſi per triennium ceſſauerit, ergo nõ poteſt hoc iure priuari propter periurium; quia illud facit quidem, vt magis peccet, & ideo etiam Deum, quem offendit, vltorem habeat, iuxta l. 2. C. de rebus cred. non autem, vt ante triennium, contra legis decreta, expellatur. Quæ enim erat difficultas Legumlatori ita decernere, ſi voluiſſet? Non igitur nobis licet interpretatione noſtra nouam legem cõdere, qua vetus abrogetur in aliquo caſu, de quo nulla fit mentio in iure Ciuili, vel Canonico.

CAPVT XVII.

An iuramentum efficiat, vt obligatus ad factum, præcisè compelli poſſit.

Communiter receptum eſt, eum, qui ad factum obligatus eſt, præcisè compelli non poſſe: Sed ſoluendo id, quod intereſt aduerſarij, liberari: quam ſententiam deducũt, ac probant Doctores ex l. Stipulationes non diuidũtur. verſ. Celſus ff. de verb oblig. & ex alijs locis, de quibus nunc non diſputo.

Cæterum eſt controuerſia, an ſi promiſſioni iuramentum acceſſerit, idem ſtatuendum ſit, an verò propter iuramentum is, qui promiſit, compelli præcisè poſſit. Et quidem compelli poſſe docuerunt Gloſſa in l. Si pecunia, ff. de Cond. cauſa data. Iaſon & alij eo loco, & plures alij quos commemorant Couuarr. in Relect. c. Quamuis, in 1. parte. §. 4. nu. 6. de Pactis. lib. 6. & Seraphinus Senenſis de Priuileg. iuramenti. Priuileg. 74.

Sed contrariam ſententiam habuerũt Corneus in conſ. 246. lib. 4. Io. de Anania in c. Querelam. Ne prælati vices ſuas, &c. Decius in c. 1. n. 23. de Iud. Afflict. deciſ. 295.

Quorum illud eſt fundamentum, quòd iuramentum ſequitur naturam contractus, ſeu obligationis, cui adiicitur. l. vlt. C. de non numer. pec. cum ſimilibus.

Sed mihi magis probatur prior ſententia, quæ communior, æquior & tutior eſt. Nam is, qui iurauit, tenetur ſeruare iuramentum. Nemo autem negat, quin magis dicatur ſeruare iuramentum is, qui præcisè facit, quod promiſit, cum poteſt id facere, quam is, qui non facit, ſed præſtat, quanti ſtipulatoris intereſt. Vt ergo iuramentũ aliquid operetur, quod alioqui robur maius addere obligationi conſueuit, exiſtimarẽ promiſſorem eſſe præcisè cõpellendum ad factum: Præſertim cùm & aliâs fauore libertatis ſpecialiter ſit conſtitutum, vt obligatio facti ſit præciſa. l. Qui Romæ. §. Flauius. ff. de verb. oblig. Item & fauore Reipublicę, vt in l. Fideicommiſſa. §. vlt. de leg. 3. Cur ergo non idem ſit ſtatuendum fauore religionis iuriſiurandi?

Quod autem obiicitur ex l. vlt. C. de non num. pec. nihil obſtat, quia iuramentum non obligat eum, qui iurauit, præter eius conſenſum, vt ibi, ſed hic conſenſus adeſt, exceptio nulla eſt. Iuris tantum quædam ſubtilitas obiicitur, quæ cauſa religionis cedere debet. Atque ita puto.

CAPVT XVIII.

Vtrum fideiuſſores dotium iureiurando obligentur?

Ne fideiuſſores dotium reſtituendarum dẽtur, cautum eſt, l. 1 & 2 C ne fideiuſſores dotium dentur: Sed vtrum, ſi fuerit datus fideiuſſor, & is iureiurando ſe obligauerit, teneatur, non vſque adeò exploratum eſt.

Et quidem non teneri, neque conueniri poſſe, atque hac in parte iuramẽtum nihil derogare legibus, docent Bart. in l. Si quis pro co. n. 9. ff. de fideiuſſ. Alciatus in c. Cum cõtingat.

gat. nu. 312. de iureiur. & alij per Seraphinum, Priuileg. 69.

Argumentum illud est, quòd cùm lex prohibeat dari fideiussores, is peccare videatur, qui aduersus legē facit. iuxta illud: *Qui principi non obedierit, morte moriatur.* c. 2. de Maio. & obed. Item quia videtur esse contra bonos mores, quo casu iuramentum non est obligatorium. ca. Non est obligatorium. de reg. iur. lib. 6.

Esse contra bonos mores ex eo patet, quòd lex fideiussores dari vetuit, ne inter coniuges perfidiæ occasio oriatur. Absurdum enim censuit dotem datam ei non tutò credi, cui persona committitur & creditur.

Cōtrariam sententiam secuti sunt Bald. Nouellus de Dot. part. 6. Priuil. 21. limitatione 12. & Couuar. alios citans in Relect. c. Quamuis, in 2. part. §. circa finem, de Pactis lib. 6.

Et hæc sententia mihi probabilior videtur. Nam iuramentum hoc in casu non repugnat iuri diuino aut naturali, nec vllum continet peccatū, & licet iustas ob causas lex vetuerit dari fideiussores, non tamen efficitur, quin iuramento accedente, illud seruandum sit, vt in simili docet summus Pontifex in d. c. Quamuis, & in c. Cùm contingat. de iureiur.

Non obstat quod dicitur eum peccare, qui contra legum prohibitionem facit. Nam etsi contra legem faciat, qui fideiussorem exigit, iuramento tamē obligatur fideiussor, qui promittit: Sic & qui vsuras promittit, obligatur iuramento, licet contra legem faciat, vt in ca. Debitores, de iureiu. Sic lex vetat fundū dotalem alienari, & tamen iuramentum alienationem confirmat, vt in d. c. Cùm contingat.

Non obstat, quòd dicitur, esse contra bonos mores, quia id negatur. Neque enim quicquid iustas ob causas lege ciuili est prohibitū, statim contra bonos mores factum dici potest. Exemplum sit in specie d. c. Quamuis. & d. ca. Cum contingat.

CAPVT XIX.

An stipulatio alteri facta iure canonico sit efficax, & quid si iuramento vallata sit?

ALteri stipulari nemo potest. l. Stipulatio ista. §. Alteri. ff. de verb. oblig. sed vtrū id etiam iure canonico procedat, cōtrouertitur. Nam iure canonico stipulationem alteri factā esse efficacem, censuerunt Glo. in c. Quoties cordis oculus. 1. q. 8. Antō. Butrius in c. Si cautio. de fide instru. Bald. in l. Illud. C. de Sacrosanct. Eccles. Couuar. in c. Quamuis. de pactis lib. 6. in 2. part. §. 4. num. 9. Vers. Decimō vt ad propositam.

Fundamentum est, quoniam iure ciuili ideo non valet stipulatio alteri facta, quia inuentæ sunt stipulationes, vt vnusquisque sibi acquirat id, quod sua interest: vt in d. §. Alteri. Hæc autem ratio iure canonico non inspicitur, sed illa tantùm, vt quis fidem seruet, quia ita ratio naturalis docet: Vnde & communis est sententia Canonistarum in c. 1. de pactis, ex pacto nudo actionem oriri secundum ius canonicum.

Contrariam sententiam secuti fuēre Felyn. in Prooemio Gregoriano n. 23. Abbas in d. c. Si cautio. col. 3. de fide instrum. Io. Faber in §. Alteri. in instit. de inut. stip. Imola, Romanus, Alexander, Iason, Alciatus in d. l. Stipulatio ista. §. Alteri, quibus & ipse assentior.

Probatur primò, quia non est inducendum aliquod discrimen inter ius canonicum & ciuile, nisi expressum sit, vt in c. 1. de op. no. nun. sed nullibi iure canonico est expressum alteri stipulationem factam valere contra iuris ciuilis regulas. Ergo non valet.

Secundum argumentum sumi potest, ex ca. Quanquam, de vsuris, lib. 6. quatenus ibi exigitur persona publica, vt stipulatio alteri fiat.

Tertium est ex eo, quòd etiam iure canonico valet exceptio illa, *Tua non interest.* c. Cùm inter. de elect. c. Non solent. 2. q. 7. Sed vt alteri detur, stipulantis non interest, vt ait text. in d. §. Alteri. Ergo stipulatio alteri facta etiam iure canonico non valet.

Ad contrariæ sententiæ argumentum respōdeo, illud non obstare, quia etiam iure ciuili proditum est, seruandam esse fidem, & tamen alteri stipulari nemo potest. Sunt enim certi modi, quibus aliquis obligetur. Alioquin si generalis illa regula inspiciatur, fidem seruandam esse, etiam minorū & pupillorum & Ecclesiarum contractus & promissiones erūt efficaces absq; solennibus iure necessariis, quod tamen est absurdum.

Quòd vero dicitur: In pacto nudo actionē oriri, iure canonico verum non est, vt est dictum suprà lib. 2. c. 99.

Cæterùm si iuramentum accesserit stipulationi, eam esse efficacem docuēre Bart. in l. Si quis pro eo. ff. de fideiuss. Glo. in d. c. Quoties cordis oculus. 1. q. 7. Baldus in l. Nā postea. §. Iusiurandum ff. de iureiur. Iason in d. l. Stipulatio. §. Alteri, ff. de verb. oblig. Couuar. in d. c. Quamuis in 2. part. §. 4 num. 1. Seraphinus de Priuileg. iuramenti, Priuileg. 24.

Argumenta sunt ista. Primum, Stipulatio alteri facta valet, si pœna adiiciatur, dicto §. Alteri. Ergo multò magis, si iuramentum accesserit.

Secundō. Ex stipulatione alteri facta nascitur saltem naturalis obligatio, quia promissio inest, l. 1. ff. de pactis. Ergo si iuramentum accesserit, efficacem producet obligationem.

Tertium. Iuramentum præstatur Deo. c. Debitores. de iureiur. Deus autem partis præsentiam supplet. l. Properandum, §. Cum autem. C. de Iudiciis.

Quartum. Iuramentum confirmat contractus, & pacta alioqui iure ciuili inualida, cap. Quamuis, de Pactis, lib. 6. c. Cùm contingat, de iureiur. Ergo confirmabit etiam stipulationem alteri factam, quamuis iure ciuili nullam, & inefficacem.

Quintum. Vbi iuramentum obligationi adiicitur, ibi non inspicitur an intersit stipulantis, quia seruandum est iuramentum, vt patet ex c. Debitores, de iureiur.

Posterioris autem sententiæ fundamentum est, quòd iuramētum sequatur naturam principalis obligationis, quod si illa non valeat, nec iuramentum aliquid operetur. l. Non dubium. C. de legibus. l. vlt. C. de non num. pecu.

Huc accedat quòd illa exceptio, *Tua non interest*, etiam iure canonico rectè obiicitur, vt dictum est suprà ex ca. Cùm inter, de elect.

Sed mihi probabilior videtur prior sententia. Licet enim nullus textus iuris canonici de stipulatione alteri facta, cui iuramentum accesserit, loquatur, tamen cùm illa non valeat ex solis iuris ciuilis regulis, certè iuramento accedente, valere debet, sicut & aliæ obligationes & conuentiones iuramento firmantur, quæ tamen iuris ciuilis regulis improbantur. Nec enim vlla ratio diuersitatis adferri potest.

Ad argumenta respondeo. Non prohiberi lege Cæsarea stipulationem alteri factam, sed efficaciam denegari. Ideò non ad rem pertinet regula l. Non dubium. C. de legib. Et licet iuramentum regulariter sequatur naturam actus, tamen id non procedit, vbi agitur de cōtractus iurati efficacia, quia licet absque iuramento reprobetur, iuramento tamen adhibito valet, & seruandum est.

Quod verò dicitur exceptionem illam, *tua non interest*, etiam iure canonico obtinere, nihil obstat, quin iuramentum erit seruandum, & salua nihilominus debitori, seu promissori exceptio erit seu repetitio, postquā iuramentum obseruauerit, vt in simili habetur in d. c. Debitores, de iureiur.

CAPVT XX.

Qui promisit alienum factum sub pœna, vtrum excusetur, si fecit quicquid potuit, & is, qui facere poterat, noluit facere.

Excusandum omnino, neque pœna obnoxium esse debere eum, qui omnem adhibuit diligentiam, vt alter faceret, si is noluit facere, licet factum alienum promiserit sub pœna, docuerunt Glo. in c. Ex rescripto, de Iureiur. & ibidem Felyn. Bartolus in consil. 236. Martinus promisit. Federicus Senens. in cons. 122. Decius in l. Impossibilium, de reg. iu. & in cons. 33. Afflictus decis. 295. Alios citans Couarr. in c. Quamuis, in 2. part. §. 4. n. 3. de Pactis, lib. 6. & Menochius in consi. 239 n. 13. lib. 3.

Fundamentum est in l. Si vehenda, §. vlt. ff. ad l. Rhodiam de iactu, ibi: *Idem iuris erit, si cum ea conditione à te conduxisset, vt certam pœnam tibi præstaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem deuehendas eas merces locasses, nec per eum staret, quò minus remissa sibi ea pœna spectaret, &c.* Et quia difficultas excusat a pœna periurij, vt in c. Breui. de iureiur. & in c. Significante. de Pignoribus.

Contrariam sententiam amplexi fuêre in l. Si ita stipulatus fuero te sisti. §. Pollum. col. 2. ff. de verb. oblig. Iason in l. Stipulatio ista, non procul à princip. ff. eod. & Zasius ibid. n. 16. 17. Socinus Senior in cons. 288. lib. 2.

Argumenta sunt ista. Primum sumitur ex d. l. Stipulatio ista. ff. de verb. oblig. ibi: *At si quis velit factum alienum promittere, pœnam, vel quanti ea res sit, promittere potest, &c.* Si pœnā promittere debet, ergo si non fiat, quod promissum est, præstāda erit: alioqui inutilis erit pœnæ promissio: etsi enim factum alienū non sit in potestate promittentis, est tamen in eius potestate pœnæ solutio.

Secundum argumentum est ex l. Qui autē. §. Sed etsi quis. ff. de Constit. pecu. vbi Vlpianus: *Sed etsi quis*, inquit, *certam personam fideiussuram pro se constituerit, nihilominus tenetur, vt Pomponius scribit: Quid tamen si ea persona nolit fideiubere? Puto teneri eum, qui promisit, nisi aliud actum est.*

Tertium sumitur ex l. Sancimus. C. de fideiussorib. *Sancimus*, inquit, *si quis pro alio sponderit, quatenus eum intra certum tempus tradat, &c. Et tempore statuto iam effluente, non poterit eum repræsentare, non statim pecunias pro eo stipulatas inferre, sed competere quidem post tempus elapsum omnimodo pœnalem actionem, &c.*

Quartum sumitur ex regula: Subueniendū non esse ei, qui propria voluntate se in necessitatem cōiecit. l. Si fideiussor, §. Si necessaria. ff. qui satisd. cogantur.

Quintum est huiusmodi. Nam si promittens excusaretur, ille posset colludere cum eo, cuius factum promisisset, vt nempe diceret se nolle facere, vnde stipulatio eluderetur. Malitiis autem hominum aditus patefieri non debet. l. In fundo. ff. de rei vendic.

Nonnulli distinguunt, vtrum aliquis sub pœna promittat se facturum & curaturum, vt aliquis faciat: an verò directè promittat alienum factum. Vide Alciatum & Ruinum in l. 4. §. Cato. ff. de verb. oblig. ille numer. 113. iste num. 57. & Couuar. loco proximè citato post num.

num.4. Verſ. Secundò eſt in hac controuer. & n.5. Verſ. Septimò exiſtimo.

Alij denique perpendũt, an quis promiſerit ſe facturum & curaturũ vt aliquis faciat cum effectu, an verò ſimpliciter ſe facturum, & curaturum promiſerit, ſicuti authoritatib. adductis explicat ibi Couuar. n.6.

Ego, diſtinctionibus omiſſis, exiſtimo eam ſententiam veriorem eſſe, quæ affirmat pœnã committi, negátque excuſationis locum eſſe. Nam vt dicebat Seraphinus Senenſis de hac controuerſia diſputãs de priuilegiis iuramenti, Priuilegio 77. n.23. duo ſunt genera difficultatum conſideranda.

Vnũ eſt illud, quòd promiſſor ipſo promiſſionis tempore videre poteſt, quòd ſi videat & nihilominus ſe in obligationem coniiciat, certa pœna adiecta, nihil proponitur, cur excuſari debeat propter difficultatem, quam præuidit: vt in propoſita quæſtione; Nam promiſſionis tempore promiſſor præuidere potuit, ac præuidit futurum forſan, vt is, cuius factum promiſit, nollet facere. Quare ſi illud ſub pœna promiſerit, nõ debet excuſari eam ob cauſam, quòd ille nolit facere. Quam ſententiam planè euincunt argumenta ſuperius allata.

Alterũ difficultatis genus eſt, quòd poſtea caſu, vel aliam ob cauſam ſuperuenit, nec a promiſſore præuideri potuit, vt in ſpecie d.l. Si vehenda. §. vlt. ff. ad l. Rhod. de iactu. tunc excuſatur quis à pœna propter eiuſmodi difficultatem. Sic etiam canones loquuntur, ac intelligi debent, quibus probatur, difficultatem efficere, vt quis in periurij pœnam non incidat. Ex quibus fundamentum prioris ſententiæ corruit, & hanc, quam diximus, ſententiam probabiliorem eſſe, conſtare poteſt.

CAPVT XXI.

Tranſactio de alimentis futuris an valeat abſque decreto Prætoris, ſi fuerit iuramento firmata?

NOn valere tranſactionem de alimentis teſtamento relictis abſque decreto Prætoris, iuſtas ſanè ob cauſas conſtitutum eſt, vt in l. Cùm hi. ff. de Tranſact. Sed an idem ſtatuendum ſit, vbi iuramento fuerit à tranſigentibus firmata, controuerſi iuris eſt.

Affirmant idem eſſe ſtatuendum Bartolus in d.l. Cùm hi. Bald. in l. Pactum. qu. pen. C. de collatio. & quidam alij, eo argumento, quòd cùm lex ciuilis eam tranſactionem improbet, abſque decreto Prætoris non poſſit iuramentum efficere, vt valeat, Argumento l. Non dubium. C. de legibus.

Iſtis ego nõ aſſentior, ſed contrariæ ſententiæ, quæ & verior & communior eſt, eo argumento, quo in huiuſcemodi quæſtionib. perpetuò vtor, quòd ſcilic. iuramentum facit, vt iuris ciuilis rationes ceſſent, cùm religio præponenda ſit his regulis, vt in cap. Quamuis, de Pactis, lib.6. in c. Cùm contingat, de iureiur. & ſimilibus. qui quidem canones legib. hac de re ſtatuentibus præferendi ſunt, cum de re ſpirituali agatur hoc in caſu. Ita docent Imola in c. Cùm contingat, nu.95. de iureiurando. Couuar. alios citans in c. Quamuis, in d.2. parte §. 6 nu.4. Seraphinus priuilegio 101. quibus lubens ſubſcribo.

CAPVT XXII.

Verum conſtitutio c. Quamuis. de Pactis libr.6. locum habeat filia renunciante & Monaſterium ingreſſura?

REnunciatio hæreditatis paternæ facta à filia nuptui tradenda, ſi iuramẽto firmata fuerit, valet, vt in c. Quamuis, de Pactis, lib.6. Sed an idem reſpondendum, ſi hæc fiat ab ea, quæ velit ingredi Monaſterium, non vſque adeò exploratum.

Etenim nequaquam idem ſtatuendum de filia ingreſſura Monaſterium ex facto interrogati reſponderunt Felynus, Sanderus, Bartholomæus Socinus, Philippus Corneus & Carolus Ruinus, quorum reſpõſa extant apud Ruinum in 1. vol. conſil. 204. 205. 206. 207. eandem ſententiam ſecutus Franciſcus Becius in conſ. 74. n.12.

Argumenta verò ſunt iſta. Primum ex eo ſumitur, quòd non valet vlla cõditio, pactum, aut aliud quiduis, quo animus à propoſito ingrediendæ religionis abducatur, vt in Nouella 123 §. Si quis ſub conditione. vel ſecundum veterem trãſlationem, in §. Sed hæc præſenti. in Auth. de ſanctiſſimis Epiſcopis. Sed talis renunciatio poteſt eſſe cauſa animum abducẽdi à propoſito ingrediendi Monaſterium, ergo non valet.

Aſſumptum probatur, quia ſi filia non ingrediatur Monaſterium, vel in eo nõ maneat, ſuccedet patri in hæreditate, ſi verò ingrediatur, non ſuccedet. Vt igitur hæreditatem conſequatur, euenire poteſt, vt ſententiam mutet, & abſtineat ab ingreſſu religionis.

Secundum argumentum eſt ex eo, quod talis renunciatio locũ habere intelligitur, ſi hæreditas fuerit renuncianti delata. Fruſtrà enim quis hæreditati renũciauerit, quam habiturus nõ eſt. Sed hæreditas hoc in caſu non defertur filiæ, ſed Monaſterio, ſecundùm communem doctorum ſententiam: in cap. in præſentia, de probatio. & per Alexand. in l.1. n.26. de vulgari & pupill. ergo fruſtrà fit talis renunciatio, & nihil ingerit, quò minus Monaſterium,

cui defertur hæreditas, ſuccedere poſſit: Sicut renuntiationem maternæ hæreditatis à filio factam patri, non obeſſe patri, in cuius poteſtate eſt filius, tradit Caſtr. in l. vlt. n. 1. C. de bonis quæ liberis.

Sed contrariam ſententiam veriorem eſſe puto, quam amplexus eſt Couuar. in d. c. Quāuis in 3. part. §. 2. num. 2. & ſequenti. Bartoli & aliorum authoritate nixus, qui in commentariis l. vlt. C. de Pactis, cenſuerunt, talem renunciationem à filia ingrediente Monaſterium factam, valere, ſi iuramento fuerit confirmata.

Fundamentum eſt firmiſſimum, in deciſione d. c. Quamuis, licet enim de filia matrimonio collocanda loquatur, ea tamen ratione nititur, quòd iuramentum ſit ſeruandum: *Si nec vi nec dolo præſtitum ſit, nec vergeat in diſpendium ſalutis æternæ, aut tertij præiudicium.* quæ quidem ratio, quin & in propoſita ſpecie locum habeat, negari non poteſt. Quare cum Monaſterium hoc in caſu ſuccedere non poſſit, niſi ex perſona monialis, & illa iam excluſa fuerit renuntiatione iurata; non video quo iure Monaſterium eam hæreditatem vindicare poſſit.

Ad primum argumentum reſpondeo, fruſtrà hic timeri, ne animus à religione deterreatur, quoniam ea renunciatio argumento eſt animi planè deliberati, qui videlicet omnib. bonis temporalibus valere iuſſis, Deo inſeruire decreuerit.

Ad alterum argumentum patet reſponſio, quia hæreditas defertur quidem Monaſterio, ſed ex perſona monialis. Ita enim fecit filia renuncians, vt nec ipſa ſuccederet, nec Monaſteriū, ſed hæreditas paterna, quæ alioqui ad ſe pertinuiſſet, ſi non ingreſſa eſſet Monaſterium vel ad Monaſterium, ex perſona ſua, ſi non renunciaſſet, iam ad alios proximiores pertineat, qui à legib. poſt eam ad ſucceſſionem vocantur.

Nec valet Caſtrēſis traditio, quia filius patri ſuo, cuius in poteſtate conſtitutus eſt, præiudicare non poteſt, vt in d. l. vlt. Sed filia monaſterio, quin præiudicare poſſit nulla eſſe poteſt dubitatio. Facit enim renunciando, vt hæreditas ei non deferatur, ſed aliis à lege vocatis, vt dictum eſt.

CAPVT XXIII.

Vtrum matris renunciatio iuxta formam c. 1. Quamuis. de Pactis, libro ſexto, noceat filiis præmoriente matre, quo minus ſuccedant in hæreditate aui?

MAtris renunciationem præiudicare filiis, quò minus ex perſona propria ſuccedant auo, reſponderunt Ludouicus Romanus in l. Qui ſuperſtitis. ff. de acquir. hæred. Philippus Deci. in conſ. 181. & in l. Pactum dotali. C. de collatio. Gulielmus de Benedictis in c. Raynutius, in verbo, Duas habens filias. n 181. de teſtam. Bellonus in conſ. 15. num. 5. Eugenius in conſ. 98. nu. 6. Chaſſaneus in cōſ. 47. num. 35. Surdus in conſil. 133. num. 11. & 12. libr 1.

Fundamentum eſt, quia mater dote accepta renuncians, conſecuta eſſe videtur hæreditatis partem ſibi debitam, quia dos eſt loco hæreditatis. Satisfactio enim pro ſolutione habetur. l. Satisfactio. ff. de ſolutio. Sed ſi mater ſucceſſiſſet patri, procul dubio ſuccedere non poſſent filij eius, quia mater eos præceſſiſſet in gradu. Igitur idem ſtatuendum videtur, vbi mater loco ſucceſſionis dote fuit contenta, & ſatisfacta, quia eſt perinde, ac ſi hæreditatē habuiſſet. Præſertim verò ſi filij ſint hæredes matris, & dotem maternam cōſecuti fuerint. Neque enim contra eius factum venire poſſunt, l. Cùm à matre. C. de rei vend. Aut bis idem exigere, vel tantundem. l. Bona fides. de reg. iur.

Sed cōtrariam ſententiam ſecuti fuēre Bart. in d. l. Qui ſuperſtitis. ff. de Acq. hæred. Bald. in l. Pactum dotal. in 2. q. C. de collatio. & ibidem Alexander, & alij quos refert & ſequitur Couuar. in d. c. Quamuis. part. 3. §. 2. nu. 4. Grauerta alios citans in conſ. 763. lib. 4.

Fundamētum eſt, quia licet mater ſit excluſa ob renunciationem, non tamen excluſi eſſe debēt filij eius, qui ex perſona propria ſuccedunt, vt in ſimili habetur in l. Si quis filio. ff. de iniuſto, rupto & irr. teſtam. Item quia tacitam habet conditionem matris renunciatio, ſi hæreditas fuerit ei delata. d. l. Qui ſuperſtitis. Cùm itaque non matri præmorienti delata fuerit hæreditas: ſed filiis, nil eis obeſſe debet matris renuntiatio.

Hæc poſterior ſententia videtur mihi veriſſima, quia vbi filia renunciat hæreditati paternæ, & dotem accipit, non dicitur accipere dotem hæreditatis loco, ſed dote contenta, dicitur hæreditati adhuc ſibi debitæ renunciare. Nam pater dotem filiæ tenetur dare. l. vlt. C. de dotis promiſſ. Et nihilominus filia patri ſuccedit, conferendo tamen dotem iuxta l. Illam. C. de collatio. Ergo non videtur hæreditatem conſecuta, ſeu loco hæreditatis dotem accepiſſe. Sed accepta dote non amplius ſuccedere poteſt quia renunciauit. Filij ergo eius, quibus hæreditas aui non ex perſona matris, ſed ex iure proprio defertur, eam vindicare poſſent, cùm neq; renunciauerint; neque veniant ex perſona renunciantis.

Et ideo ad argumentum reſpondetur, non eſſe veram aſſumptionē, nec perinde ſtatuendum

dum esse, ac si mater successisset, quia dotem non accepit hæreditatis loco, sed dotem accepit sibi debitam a patre, hæreditatem verò repudiauit, quam vltra dotem petere potuisset.

CAPVT XXIV.

Vtrum constitutio d.c. Quamuis, de pactis lib. 6. locum habeat in eo casu, quo filia renuntiauit hæreditati patris nulla accepta dote?

CÆterùm, si filia sit diues, & maternam hæreditatem cõsecuta fuerit, vel alia bona, & gratis, nulla dote accepta, renunciauerit paternæ successioni: Controuertitur, an sit locus Constitutioni d. cap. Quamuis. Et locum non esse responderunt Salicetus in l. Pactum quod dotali, col. penul. C. de Pactis, & Decius alios citans in l. Pactum dotali. n. 7. C. de collatio.

Fundamentum verò est, quod dicta constitutio sit contra ius, & ideo restringenda ad eum casum, de quo loquitur. De eo autem casu loquitur, quo filia dotem accepit à patre, quando renunciauit.

Sed contrariam sententiam veriorem esse iudico, vnà cum aliis pluribus, quia semper illa ratio constitutionis viget. Seruandum esse iuramentum, quod absque dispendio salutis æternæ seruari potest, neque vergit in alterius detrimentum, & neque vi, neque dolo extortum est, vt in ea constitutione habetur: Etenim & in proposita specie, in qua filia nullam dotem accepit, negari non potest, quin hæc ratio ex iuramenti religione petita, locum habeat.

Igitur communiorem sententiam sequi placet. ita docent Imola in l. Qui superstitis. ff. de acquirenda hæred. Alexan. in l. stipulatio hoc modo, n. 9. ff. de verb. oblig. Couuar. in c. Quãuis. in 3. parte. §. 2. n. 6. Ruinus in cons. 204. n. 6. lib. 1. Seraphinus Priuilegio 20. post nu. 29. vers. Sed contra supradictam limitationem.

Non obstat argumentum contrariæ sententiæ, quia licet verba Constitutionis speciem istam non comprehendant, ratio tamen, quæ est anima, vt dicitur, ipsius legis, eam comprehendit, & hoc sufficit, vt locum habeat ipsa Constitutio, argumento l. Cùm mulier. ff. Soluto matrim. Ripa ad l. Si constante nu. 63. 64. ff. eod. tit.

CAPVT XXV.

Vtrum filia successioni paternæ renuncians, iuxta formam c. Quamuis, de pactis, lib. 6. excludatur à legitima?

FIliam renunciantem paternæ successioni iuxta formam dicti c. Quamuis, de Pactis, lib. 6. à legitima non excludi responderunt Baldus ad Rub. ff. de iureiur. col. penult. versic. Non tamen credo. Romanus in l. Qui superstitis in 3. lim ff. de acquirenda hæred. Aretinus in l. 1. §. Si quis ita col. 5. ff. de verb. oblig. Afflictus in c. Si quis inuestierit. n. 26. de feudo dato in vicem legis commissoriæ. Boerius decisio 3. n. 6. Grammaticus decis. 57. num. 26. & decis. 01. num. 7. Alios commemorat Gabrielius comm. concl. tit. de legitima, concl. 8. num. 9.

Fundamentum est præcipuum in l. Si quando §. Et generaliter. C. de inoff. test. per quam legem probatur, per renunciationem generalem non censeri legitimæ renunciatum.

Sed contrariam sententiam magis probo, quam secuti fuère Castrens. & Alexander in l. In ratione. ff. ad legem Falcidiam. Baldus & Iason in dict. l. Si quando. §. Et generaliter. C. de inoffic. testam. Decius in cons. 26. Alexand. in consil. 181. libr. 5. & alij quos refert & sequitur Didacus Couuar. in relect. d. cap. Quamuis. part. 3. §. 3. post numer. 3. & Seraphinus Priuileg. 70. numer. 10. & num. 16. vers. Ego tamen.

Probatur hæc sententia solido hoc fundamento. Nam legitima est pars successionis ab intestato. l. Papinianus. §. Si quis mortis. ff. de inoff. testam. l. Cùm queritur. C. eod. tit. In toto autem pars continetur, reg. In toto. de reg. Iur. lib. 6. Ergo in renunciatione successionis totius, continetur etiam hæc pars, nempe legitima.

Non obstat textus in dict. §. Et generaliter, quia nihil aliud probat, nisi legitimæ non videri renunciatum à filio, quamuis legatum, quod erat minus legitima, simpliciter agnouerit, quæ res longè distat à proposita specie, in qua filia successioni in vniuersum renunciat. Verba textus hæc sunt: *Et generaliter definimus, quando pater minus legitima portione filio reliquit, vel aliquid dederit, vel mortis causa donauerit, vel inter viuos, ea conditione, vt hac inter viuos donatio in quartam ei computetur. Si filius post obitum patris hoc, quod donatum, vel relictum est, simpliciter agnouerit, fortè & securitatem hæredibus fecerit. quod ei datum vel relictum est accepisse, non adiciens nullam sibi superesse de repletione quæstionem, nullum sibi filium facere præiudicium. sed legitimam partem repleri. nisi hoc specialiter siue in apocha siue in transactione scripserit, vel pactus fuerit quòd contentus relicta vel data parte, nullam de eo, quod deest, habeat quæstionem.* Hactenus Imperator.

CAPVT XXVI.

Sequuntur matrimoniales controuersiæ, quæ

rum primum eſt de ætate contrahendi ſponſalia, an debeat eſſe annorum ſeptem.

SI malitia ætatem ſuppleat, etiam ante ſeptimum annum contrahi ſponſalia poſſe, authores ſunt Gloſſa in c. Iuuenis, de ſponſalibus, & ibidem Præpoſitus, Ioann. Andr. Dominicus & Francus in cap. Vno. de ſponſalibus libro ſexto. Baldus in conſil. 44. libr. 4. & Didacus Couuar. in Epitome de ſponſalibus cap. 2.

Horum fundamentum eſt: Quòd nulla ſit ætas ſponſalibus contrahendis definita, ideóque effici poſſint, ſi modò id fieri ab vtraque parte intelligatur: vt dicebat Modeſtinus in l. In ſponſalibus. 14. ff. de ſponſalibus. Et licet annorum ſeptem fiat mentio, illud eſt, quia ante ſeptem annos vix aliquid homines intelligunt, quòd ſi quid agant, intellexerint, nihil prohibet, quin & ante dictum tempus contrahi poſſint. Nam & matrimonia ante annum duodecimum contrahi non poſſe cõſtitutum eſt in fœmina, & decimumquartum in maſculo, vt in c. Continebatur, & in c. Atteſtationes de deſponſatio. impub. & tamen ſi malitia ætatem ſuppleat, etiam ante dictum tempus contrahi poſſunt, vt in c. De illis, & in c. vlt. eod. tit.

Sed contraria ſententia mihi probabilior videtur, nullo modo ante ſeptennium effici poſſe ſponſalia, hanc ſecuti ſunt Panormitan. in c. Iuuenis, de ſponſalib. Francus in rubr. de teſtam. in 6. verſ. Primò prohibetur, Brunellus de ſponſalib. concl. 4.

Fundamentum eſt firmũ, quia leges & Canones requirunt ſeptennium, nec ante exiſtimant quenquã intelligere, quid agat. Quòd ſi ante quiſpiam intelligat, id rarum eſt, & vix credibile. Ideóque ad eum caſum non reſpiciunt. l. Nam ad ea. ff. de legibus.

Tempus annorum ſeptem, ad ſponſalia cõtrahenda legibus Canonibúſque requiri patet. Primùm ex dict. l. In ſponſalibus. 14. ff. de ſponſalibus, vbi Modeſtinus dicit: *Quapropter & à primordio ætatis ſponſalia effici poſſunt, ſi modo id fieri ab vtraque perſona intelligatur, id eſt ſi non ſint minores, quàm ſeptem annis.*

Secundò id probatur ex c. Literis, ex c. Acceſſit, & ex c. Ad diſſoluendam, de deſpõſatio. impub. in illis verbis: *Quia deſponſationes & matrimonia ante ſeptem annos fieri non poſſent.* Et rurſus ibi: *Pronunciamus inter iuuenem & puellam nec matrimonium, nec ſponſalia, fuiſſe contracta: Cùm conſtet puellam nondum ad ſeptennium peruenisse.*

Ex his patet reſponſum ad argumentum contrariæ ſententiæ.

CAPVT. XXVII.

Secunda controuerſia. Cùm matrimonium præſumatur ex copula carnali, vbi ſponſalia præceſſerunt: vtrum probatio in contrarium admittatur per confeſſionem partis?

CVm ſponſalia præceſſerunt, & ſubſequitur carnalis coniunctio, matrimonium præſumitur. cap. Is qui fidem, de ſponſalibus. Sed controuerſi Iuris eſt, an contra talem præſumptionem, probatio in contrariam admittatur ex confeſſione ipſarum partium: Et admitti exiſtimarunt Panormitanus in d. c. Is qui fidem. Felyn. in c. Quanto. n. 3. de Præſum. Alciatus de Præſumptionibus in ſecundo præmiſſo. n. 8.

Fundamentum eſt illud, quòd contra præſumptionem Iuris, probatio in contrarium admittatur, ex doctrina Gloſ. in l. contractibus, in verbo, *Nullo modo*, C. de non nu. pecu. & in c. Atteſtationes, in ver. Euaſiſſe. de deſponſatio. impub.

Sed contrariam ſententiam ſequor, quam ſecuti fuere Couuar. in Epitome de ſponſalibus in prima parte, cap. 4. §. 1. nu. 4. & Menochius de Præſumptionibus, lib. 3. Præſumpt. 1. num. 1.

Probatur hęc ſententia duobus argumentis. Primum eſt ex d. cap. Is qui fidem. de ſponſalibus, vbi ſummus Pontifex ita dicit: *Is qui fidem dedit mulieri ſuper matrimonio contrahendo, inſuper carnali copula ſubſecuta etſi in facie Eccleſiæ ducat aliam, & cognoſcat, ad primam redire tenetur: Quia licet præſumptum primum matrimonium videatur, contra præſumptionem tamen huiuſmodi non eſt probatio admittenda.*

Quibus verbis patet ita matrimonium ex copula præſumi, vt in contrarium probatio non admittatur. Quòd autem admittatur probatio ex confeſſione partis, non habetur in eo textu, nec alibi.

Et quamuis Gloſſæ iuris, & alij etiam doctores velint probationem admitti, quæ prouenit ex confeſſione partis, non tamen in hac ſpecie loquuntur, ſed in alia longè diuerſa.

Cur autem in hac ſpecie non idem ſit dicendum, ea eſt ratio, quòd confeſſio coniugum, quatenus ad matrimonium infirmandum ſpectat, non valet, vt ſtatim dicam in ſequenti argumento.

Alterum igitur eſt argumentũ, quòd in matrimoniali cauſa confeſſioni coniugum non creditur. vt in c. Super eo, de eo qui cognouit conſanguineã vxoris ſuæ. ibi: *Tuæ fraternitati reſpondemus, quòd propter eorum confeſſionem tantum*

tantùm vel rumorem viciniæ, separari non debent, cùm & quandoque nonnulli inter se contra matrimonium velint colludere, &c. Etsi n. Pontifex loquatur, vbi matrimonium iam est contractum, & de eo dissoluendo agatur, tamén & in proposita specie contractum esse dicitur, quia ita lex præsumit & credit: quare talis confessio ipsum matrimonium infirmaret.

Ad argumentum sententiæ diuersæ iam responsum est.

CAPVT XXVIII.

Vtrum sponsalibus præcedentibus, & secuta copula carnali per metum mortis illatum, præsumendum sit matrimonium?

TErtia est controuersia, Vtrum ex carnali copula subsecuta præsumatur matrimoniũ, sponsalibus contractis: si sponsus & sponsa metu mortis illato, coacti sint coire. Et matrimonium esse præsumendum, Hostiensis censuit in c. Is qui fidem, de sponsalib. Petrus de Palude, in 4. sentent. dist. 29. quæst. 1. art. 4. & ibidẽ Dominicus Sotus, art. 3. col. pen. vers. Sed quia. Didacus Couuar. in Epitome de Sponsalib. part. 1. c. 4. §. 1. n. 11.

Contrariũ responderunt Abbas & Præpositus in c. Consultationi. de Sponsal. Antonius Butrius & Henric. Boic. in d. c. Is qui fidẽ, eo. tit. Parisius in consil. 58. nu. 69. lib. 4. D. Antonius in summa, in 3. part. tit. 1. cap. 7. ad finẽ, Durandus in 4. sent. dist. 29. quæst. 2. & Martinus Nauarrus in Manuali Confessariorum c. 22. n. 51. vers. Tertium.

Tertia est sententia Menochij, lib. 3. de Præsumpt. Præsumpt. 4. n. 51. distinguendum esse inter sponsum & sponsam. Nam si sponsus coactus fuerit coire cum sponsa, matrimoniũ erit præsumendum, secus autem si sponsa fuerit coacta.

Prioris sententiæ argumenta sunt ista. Primum, quia si matrimonium hoc in casu non præsumeretur, fornicatio esset præsumenda, & sic mortale peccatũ. Sed peccatum non est præsumendum. Ergo matrimonium præsumi debet. Minor patet. Maior autẽ probatur, quia metus illatus à peccato non excusat, c. Sacris. de his quæ vi vel metus causa fiunt.

Secundùm argumentum. Voluntas coacta, aliquo modo est voluntas. c. Meritò is, quæst. 1. l. Similiter. §. Si metu. ff. de eo quod metus causa. Ergo etsi metus intercesserit, matrimonium tamen erit præsumendum.

Tertium argumentum. Nam talis non est metus cadens in constantem virum, qui matrimonium impedire solet. c. Veniens, & c. Consultationi de Sponsalib. Nam si sponsus dicat, se fornicandi animo coiisse, peccat. Debet autem quis mortem potius eligere, quàm vt peccato mortali consentiat.

Secundæ opinionis fundamentũ est, quia matrimonium debet esse liberum, & si metu contrahatur, nullius est momenti, c. Cùm locum. de sponsalib. Cùm igitur hic metus interueniat, quoad coniunctionem impelluntur sponsus & sponsa, matrimonium non videtur præsumendum.

Tertiæ autem sententiæ fundamẽtum est, quòd in sponso metus considerari non possit, quia is impediret desiderium, sine quo frustra est conatus.

Ego eorum sententiam amplector, qui negant matrimonium esse præsumendũ, & moueor authoritate textus in c. Cùm locum, de Sponsalib. vbi Summus Pontifex ita dicit: *Cũ locum non habeat consensus, vbi metus, vel coactio intercedit, necesse est, vt vbi assensus cuiusque requiritur, coactionis materia repellatur. Matrimonium autem solo consensu contrahitur, & vbi de ipso quæritur, plena debet securitate ille gaudere, cuius est animus indagandus, ne per timorem dicat, sibi placere, quod odit, & sequatur exitus, qui de inuitis solet nuptijs prouenire.*

Ad primum argumentum respondeo; Illud locum habere, cum res est in obscuro, vel si sponsus & sponsa fateantur, se animo contrahendi matrimonij coiuisse: At secus vbi constat metum illatum, & is, qui metum passus est, contrarium asserit.

Ad secundum respondeo. Esse quidem aliquam voluntatem eam, quæ coacta est, sed nõ talem, qualis in matrimonio contrahendo requiritur, quia debet esse prorsus libera, & plena securitate gaudere.

Ad tertium respondeo, metum mortis esse talem, qui in constantem virum cadat. l. 7. & 8. ff. de eo quod metus causa, & licet non debeat quis peccare mortaliter propter mortis periculum, non tamen hic directè ad peccandum inducitur, sed ad copulam carnalem matrimonij causa. Cùm autem matrimonium pendeat ex libera hominis voluntate, non potest ex copula per vim & metum subsecuta induci.

Ad argumentum postremæ opinionis respondetur. Accidere posse, vt post illatũ metum prouocetur copulæ desiderium, ac in id potius consentiat spõsus, quàm vt occidatur.

CAPVT XXIX.

Vtrum matrimonium præsumatur ex copula secuta cum sponsa incerta puta si vnã ex tribus puellis quas promiserit se accepturum in coniugem, & alteram carnaliter cognouerit?

QVarta eſt controuerſia, vtrum matrimoniũ præſumatur ex copula carnali cum incerta ſponſa. Vt puta, ſi quis ex trib. puellis iurauerit, ſe vnam vxorem ducturum, & vnam ex eis cognouerit.

Duplex eſt doctorum ſententia; Altera matrimonium nõ præſumi. Authores ſunt Ioan. Andr. Anton. Butr. Henric. Boic. & Cardinalis in cap. ex literis. 2. de ſponſalib. poſt Glo. ibi.

Et fundamentum eſt, quò d talia ſponſalia, tanquam incerta, nullius eſſe momenti videantur, argumento text. in c. 1 §. vlt. de ſponſalib. lib. 6. ibi: *Cum ex ſponſalibus conditionalibus ante conditionem extantem ſicuti cõſenſum non habentibus, & incertis, nulla publicæ honeſtatis iuſtitia oriatur.*

Altera eſt ſententia matrimonium præſumi. Authores ſunt Hoſtienſis & Abbas, in d. c. Ex literis. D. Antoninus in ſumma, parte 3. tit. 1. ca. 18 col. 2. Pierius in ſumma, in verbo Matrimonium. 2. quæſt. 11. Couuar. in epitome de ſponſalib. parte 1. cap 4. §. 1. num 17. & Menochius de præſumptionibus libro tertio, præſumpt. 1. num. 13.

Fundamentum eſt, quoniam is, qui ſic promiſit, vnam ex dictis puellis in vxorem ducere tenetur. Eam ergo, quam cognouit, præſumitur vxorio, & maritali affectu cognouiſſe, ad tollendam fornicationis præſumptionem, vt in c. is qui fidem, de ſponſalibus.

Et hæc ſententia videtur mihi probabilior. Nec obſtat textus in argumento allatus, quia loquitur de ſponſalib. ſub conditione factis, nec prorſus negat eſſe valida, ſed non oriri ex eis publicæ honeſtatis iuſtitiam.

CAPVT XXX.

Vtrum, ſi poſt contracta ſponſalia, non ſequatur copula carnalis ſed nixus ad copulam, matrimonium præſumatur?

QVinta controuerſia, Vtrũ matrimonium præſumatur, ſi poſt ſponſalia contracta, non ſequatur copula carnalis: ſed tantùm nixus ad ipſam.

Et præſumẽdum eſſe cenſuerunt Io. Calderinus & Præpoſitus in c. vlt. de ſponſalib.

Quorum fundamentum eſt, quia nixus ille præſumendus eſt maritali affectu ſecutus, vt ſic mala peccati ſuſpicio euitetur. Vnde quem admodum ſecuta copula, matrimonium præſumitur, vt in cap. is qui fidem. de ſponſalib. ita præſumendum videtur ex tali nixu ad copulam.

Altera eſt ſententia, vera & communis, nõ eſſe matrimonium præſumendum, ex tali conatu. Ita docuerũt Abbas in c. vlt. de ſponſalib. Ioan. Andr. Dominicus & Francus in c. 1. 6. Idem quoque, de deſponſatio. impub. lib. 6. Syluester Pierius in verbo, Matrimonium. 2. quæſt. 16. Aretinus in conſil. 142. num. 5. Alciatus de præſumpt. reg. 3. præſumpt. 38. Couuar. in Epitome de ſponſalib. parte 1. ca. 4. §. 1. n. 19. & Menochius de præſumpt. lib. 3. præſumpt. . num 48.

Probatur hæc ſententia ex c. vlt. de ſponſalib. vbi Summus Pontifex Gregorius nonus ita dicit: *Adoleſcens qui deſponſ. uitam ſibi per verba de futuro, licet ſæpe niſus fuerit, carnaliter nõ cognoſcens, cum alia poſtmodum per verba de præſenti contraxit nõ primam, cum qua nec fuit verum matrimonium ex forma contractus, nec præſumptum, cùm conatus non habuiſſet effectũ, ſed ſecundam debet habere coniugem.*

Non obſtat, ſi dicatur in ea ſpecie conatũ non habuiſſe effectum ob ætatis defectum, quia non hoc ibi dicit Summus Pontifex, & contrarium eſt credendum, quia is adoleſcens dicitur, qui eſt pubes. l. Aurelio. §. 1. ff. de libertate legata.

Ad argumentum reſpondetur, cùm carnalis copula ſequitur, matrimonium præſumi, non tam vt ſiniſtra peccati præſumptio tollatur, quàm ex eo, quod ipſa carnalis copula matrimonij propria eſt, & illud maximè indicare videtur, quæ ratio in ſolo conatu non habet locum.

CAPVT XXXI.

Vtrum ex deductione in domum ſponſi, matrimonium præſumatur, vbi ſponſalia præceſſerunt?

SExta controuerſia, vtrum matrimonium ex præcedẽtibus ſponſalibus, & traductione in domum ſubſecuta præſumatur. Et præſumi reſponderunt Ioan. Andr. in c. vlt. de ſpõſalib. Angel. in §. vlt in auth. Quib. modis naturales efficiantur legitimi. Decius in c. iurauit. colum. 1. de probatio. Illuſt. & Reuerend. Cardinalis Paleotus in tract. de Nothis & Spuriis, cap. 19. n. 6.

Fundamentum eſt in l. Mulierem. ff. de ritu nup. ibi: *Mulierem abſenti per literas eius, vel per nuncium poſſe nubere placuit, ſi in domum eius deduceretur, &c.* Et rurſus ibi: *Deductione enim opus eſſe, &c.* Et in l. Seia. ff. de donatio. inter vir. & vxo. quæ tamen nihil facit, & in l. cui fuerit. ff. de cond. & demonſtr.

Cæterùm nõ præſumi matrimonium hac in ſpecie reſponderunt, Io. Calder. Antonius Butrius, Abbas & Præpoſitus in c. vlt. de ſponſalib. Aret. in conſ. 142. n. 6. Baldus Nouellus de Dote, part. 11. in ſecundo membro, n. 18.

Fundamentum eſt, quod in iure canonico, quod tamẽ maximè inſpiciendũ eſt. in materia iſta.

ria iſta matrimonij, cùm ſit ſpiritualis, nullus ſit locus, quo deduci poſſit, ex traductione in domum, matrimonium præſumi. Tantum enim præſumitur, ex copula ſubſecuta, vt in c. Is qui fidem, de ſponſalib.

Tertia eſt ſententia Alciati de Præſumpt. Reg. 3. Præſumpt. 38. nu. 1. vt ſi quidem certum ſit, copulam ſecutam non eſſe, poſterior ſententia vera ſit, ſecus ſi ſit dubium, quia tunc præſumitur ipſa copula, iuxta illud: A iuuene & cupido credatur reddita virgo?

Quarta eſt ſententia Couuarr. in Epitome de Sponſalib. part. 1. cap. 4. §. 3. in principio. matrimonium induci ex traductione in domum, duobus in caſibus. Primus eſt, quando eſt dubium an ſponſalia præceſſerint per verba de præſenti, an verò per verba de futuro: tunc enim præſumuntur eſſe contracta per verba de præſenti ex traductione in domum. Secundus caſus eſt, cùm ſponſa in domum ſponſi eſt deducta, cum eo apparatu & pompa, qua mulieres verè nuptæ deduci ſolent.

Poſtrema eſt ſententia Iacobi Menochij, de Præſumpt. lib 3. Præſumpt. 1. nu. 55. Iure ciuili matrimonium præſumi, ex deductione in domum mariti, ſecus autem iure canonico.

Ego ſanè eorum ſententiæ magis adſtipulor, qui matrimonium præſumendum ſtatuerunt. Nam experientia rerum magiſtra nos docet, non ſolere domum deduci ſponſas, niſi vt matrimonium conſumatur, & ſatis hæc ſententia probatur ex dict. l. Mulierem. ff. de ſponſalib. Nec contrarium iure canonico eſt conſtitutum, quod potiſſimum inſpiciendum eſt, vbi de re ſpirituali agitur, veluti de matrimonio, & ſimilibus: attamen & ius ciuile, quòd attinet ad ea, quæ ex facto colligi & præſumi debent, repudiandum non eſt, vbi canones non aduerſantur.

CAPVT XXXII.

Vtrum, ſi ſponſalia præceſſerunt per verba de præſenti inter impuberes, & adueniente pubertate, ſequantur actus coniugales, veluti oſcula, amplexus, & ſimilia non tamen copula, matrimonium inducatur? Controuerſia ſeptima.

VEra & communis eſt ſententia præſumi matrimonium, ita docent Gloſ. in c. 1. §. Illud. de deſponſatio. impub. libr. 6. Henric. Boich. in cap. Atteſtationes, eod. titul. Bald. in conſil. 194. lib. 3. & alij quos refert & ſequitur Menochius de Præſumpt. lib. 3. cap. 1. numero 64.

Fundamentum eſt firmiſſimum in d. c. 1. §. 1. de deſponſatio. impub. lib. 6. vbi Summus Pōtifex ita dicit: *Idem quoque ſi pubes, vel impubes, vel duo impuberes non proximi pubertati, & in quibus ætatem malitia non ſupplebat, per verba contraxerint de præſenti, ſponſalia enim illa, quæ iuris interpretatione tantum fuerunt ſponſalia, de futuro (licet verba conſenſum exprimentia de præſenti haberent, & matrimonium contrahere intenderent) contrahentes, per aduentum pubertatis, in matrimonium non tranſeunt, de præſenti, nec matrimonium (quod vt matrimonium ætate non tenuit prohibente) per lapſum dicti temporis conualeſcit, niſi per carnis copulam ſubſecutam vel aliquem modum* (hæc verba faciunt ad rem noſtram) *alium contrahentes eoſdem cum eiuſdem perſeuerantia voluntatis ad pubertatis tempora perueniſſe conſtiterit euidenter.*

Huic ſententiæ refragatur Couuar. in Epitome de Sponſalib. parte 1. cap. 4. § 2. nu. 3. his argumentis. Primum, quia hæc ſponſalia intelliguntur eſſe de futuro, & faciliùs diſſoluuntur, quàm ſponſalia, quæ re & verbis futurum conſenſum præ ſe ferunt, vt probatur in c. De illis. de deſponſa. impub. Ergo non debent faciliùs hæc, quam illa in coniugium tranſire. Illa enim in coniugium tranſeunt, per copulam duntaxat, vt in cap. Is qui fidem, de ſponſalibus.

Reſpondeo, facilius in coniugium tranſire, quia ſunt ſponſalia de præſenti, licet enim iuris interpretatione in ſponſalia de futuro reſoluantur: tamen ſi perſeuerantia voluntatis appareat, ex copula, vel aliquo alio modo: duplex conſenſus oritur. Vnde duplex funiculus magis ligat.

Secundum argumentum. Matrimonium poſt ſponſalia non datur, niſi ex conſenſu denuò expreſsè præſtito, vel tacitè præſumpto, per copulam ſimiléve ſignum, atque in vrgentem coniecturam. c. vlt. de Sponſalibus. Ergo ex amplexibus, oſculis & ſimilibus præſumi non debet.

Reſpondeo, imò eſt præſumendum. Nam quis negaret oſcula & amplexus actus eſſe coniugales, & ex quibus voluntatis in matrimonium conſtantia maximè apparet? Sufficit autem voluntatis perſeuerantiam apparere, ſiue ex copula, ſiue ex alio aliquo modo, vti docet Summus Pontifex in d. c. 1. §. de deſponſa. impub. lib. 6.

Tertium argumentum. Summus Pontifex in cap. 1. §. 1. de deſponſatio. impub. lib. 6. vt conſenſus hoc in caſu præſumatur, copulam requirit, vel aliud ſimile. Abſurdum autem videtur oſcula & amplexus copulæ comparare.

Reſpondeo: Non eſſe abſurdum in hac ſpecie, quia alius modus præter copulam, quo conſenſus demonſtretur, vix reperietur probabilior. Cùm tales actus non niſi inter coniuges honeſtè exerceri poſſint.

Quartum argumentum. Canon requirit, vt de consensu constet euidẽter alio modo, quã per copulam, vt in d.c.1.§.1. Nullibi autem iure canonico probantur tales coniecturæ, quæ oriuntur ex amplexibus & osculis.

Respondeo. Etsi non expressè probatæ sint iure canonico, non tamen improbantur, aut improbabiles existunt. Nam & ex coniugali affectione fieri videntur, & ita præsumendum est, vt peccati præsumptio euitetur.

Illud non inficior, quòd Couuar. docet aliũ esse modum, quo euidenter appareat voluntatis & consensus perseuerantia, præter copulam & actus iam dictos, nempe sponsæ traductionem ad domum sponsi, vel subarrationem.

CAPVT XXXIII.

Vtrum Sponsalia dissoluantur propter sponsi absentiam, ita tamen vt iuris ciuilis distinctio sit seruanda?

OCtaua controuersia. Sponsalia dissolui propter sponsi absentiam satis cõstat, ea distinctione adhibita, vt exspectari per triennium debeat. l.2. C. de repudiis. Vel per biennium, si in eadem sit prouincia. l.2. C. de sponsalib. nisi iustum impedimentum illum abesse cogat, quia tunc expectandus est, donec impedimentum cesset. l. Sæpe. ff. eod. tit.

Iam controuersia est an hæc distinctio locum habeat etiam inspecto iure canonico. Et locum habere responderunt Ioan. Andr. Hostiens. & Antonius Buttrius in cap. De illis, de Sponsalibus. Syluester Pierius in Summa, in verbo sponsalia. quæst. 10. Abbas in c. Sicut. de sponsalib.

Fundamentum est, quòd ea distinctio iure canonico non improbetur. Quod autem iure ciuili constitutum est, etiam canones imitantur, nisi contrarium statuant. c.1. & 2. de oper. noui nunc.

Cæterum contrariam sententiam habuerũt, idem Abbas, Cardinalis & Præpositus in d.c. De illis, Didac. Couuar. In Epitome de Sponsalib. in 1. part. c.5. nu.7.

Et hæc sententia mihi probabilior videtur. Nam quid sit hac de re sacris canonibus constitutum, habetur in d.c. De illis, in hæc verba: *De illis autem, qui præstito iuramento promiserũt se aliquas mulieres ducturos, & postea eis incognitis dimittunt terram se ad partes alias trãsferentes, hoc tibi volumus innotescere, quòd liberum erit mulieribus ipsis si non est amplius in facto processum, ad alia se vota transferre, recepta tamen de periurio pœnitentia: si per eas steterit, quò minus fuerit matrimonium consummatum.*

Hic non adhibetur vlla temporis aut loci distinctio, sed Summus Pontifex liberum esse vult mulieri ad alia vota transire. Non ergo vlla distinctione opus esse videtur, si versemur in ea specie, de qua ipse Pontifex ibi loquitur, nempe de illis, qui post contracta spõsalia se ad alias partes transferunt. Nam si in eadem prouincia reperiantur, & aliquo iusto impedimento cogantur abesse, non puto à iuris Cæsarei distinctione recedendum.

Ex his patet responsum ad argumentum in contrarium.

CAPVT XXXIV.

Si pubes sponsalia contraxit cum impubere per verba de præsenti, an aliam ducere vxorem possit, posteaquam sciuit, impuberem, iam factum puberem, matrimonio consensisse?

NOna controuersia. Pubes cum impubere matrimoniũ contraxit per verba de præsenti, postea impubes adulta ætate superueniente, consentit matrimonio, vtrum postquã id sciuit, aliam ducere vxorem possit. Et non posse respondit Syluester Pierius in Summa. in verbo Matrimonium 5. quæst. 8. & Gozadin. in cons. 2. n. 11. 27. & 28.

Fundamentum est, Quia pubes à sponsalibus ita contractis recedere non potest, vt in c. De illis. 2. de desponsatione impuber. Ergo cùm sciat alterum iam factum puberem de nouo consentire, non potest aliam ducere in vxorem. Neque enim cõsensus nouus ex parte ipsius puberis requiritur, licet ex parte impuberis requiratur.

Sed contrariam sententiam amplexi fuêre, Baldus in cons. 194 & 200. lib. 3. Ruinus in cõs. 80. lib. 1. Couuar. in Epitome de Sponsalibus, in prima parte cap. 5. §. 1. nu. 7. 8. quibus & ipse assentior.

Probatur hæc sententia ex c. Vnico. §. 1. de despõsatione impub. lib. 6. cuius hæc sunt verba: *Idem quoque si pubes & impubes, vel duo impuberes non proximi pubertati, & in quibus ætatem malitia non suppleat, per verba contraxerint de præsenti. Sponsalia enim illa, quæ iuris interpretatione tantum fuerunt sponsalia de futuro, licet verba consensum exprimentia de præsẽti haberent, & matrimonium contrahere intenderent contrahentes, per aduentum pubertatis in matrimonium non transeunt de præsenti. Nec matrimonium, quod vt matrimonium, ætate, nõ tenuit, prohibente, per lapsum dicti temporis conualescit. Nisi per carnis copulam subsecutam vel aliquem alium modum, contrahentes eosdem cum eiusdem perseuerantia voluntatis ad pubertatis tempora peruenisse constiterit euidenter.*

Respon-

Reſpondet Pierius illa verba, *Contrahentes eoſdem*, intelligenda eſſe eo in caſu, quo ambo contrahentes impuberes exiſtant. Nã ſi vnus ſit pubes, eius nouus conſenſus non exigitur.

Confirmatur hæc interpretatio ex verbis ſequentibus textus: *Contrahentes eoſdem cum eiuſdem perſeuerantia voluntatis ad pubertatem perueniſſe*, quæ quidem verba locum ſibi vindicant in duobus impuberibus, vt patet.

Sed durum eſt contra ſtimulum calcitrare. Ait enim textus in principio: *Idem quoque, ſi pubes & impubes, vel duo impuberes, &c.* Et ſic loquitur expreſsè ac dilertè, cùm pubes contrahit matrimonium cum impubere, & tandẽ in fine requirit, vt ambo in eadem voluntate perſeuerent, ibi: *Eoſdem cum eiuſdem perſeuerantia voluntatis. &c.*

Non obſtant illa verba, *ad pubertatis tempora perueniſſe*, quia non excludunt alium caſũ, cùm ſcilicet alter tantùm ad pubertatem peruenit, quoniam & hunc caſum in principio Summus Pontifex inſeruit. Itaque illa verba: *Eoſdem ad pubertatis tempora perueniſſe*, intelligenda ſunt de ambobus, ſi ambo fuerint impuberes, vel de altero tantùm, ſi alter eorum tantùm impubes extiterit.

Ad argumentum Pierij reſpondeo, illud hoc in caſu locum non habere, cùm ſcilicet pubes contrahit ſponſalia cum impubere. Nã cùm ex parte impuberis neceſſaria ſit perſeuerantia, videtur etiam neceſſaria, ex parte puberis, quia ſolus ille conſenſus ex parte puberis, qui primò interuenit, non ſufficit ad inducendum matrimonium, neq; enim matrimonium contrahitur ex conſenſu vnius tantùm.

Vt ergo matrimonium contrahatur, perſeuerantia requiritur ex vtriuſque parte. Neque enim licet puberi effecto allegare alterum ex antiqua promiſſione obligatum ſibi fuiſſe, cũ ipſe illi non eſſet obligatus. Et quoniam iuris interpretatione, quæ geſta ſunt, ſponſalia de futuro intelliguntur, vt docet Summus Pontifex, neceſſariò inde efficitur nouo vtriuſque conſenſu opus eſſe.

CAPVT XXXV.

Vtrum ex cohabitatione viri & mulieris matrimonium præſumatur ad hunc effectum, vt filij habeantur pro legitimis? vbi diſcutitur, an filius in dubio præſumatur legitimus necne.

Decima controuerſia. Vtrum ex cohabitatione viri & mulieris matrimoniũ præſumatur, quoad hunc effectum, vt filij nati legitimi ſint cenſendi.

Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ. Altera affirmans, Altera negans.

Affirmantis authores ſunt Panorm. in c. Lator. qui filij ſint legitimi, Felyn. in c. Per tuas. De Probatio. Deci. in c. Eccleſia. n. 39. de Conſtit. Curt. iun. in conſ. 51. col. 1. Iaſon in conſ. 168. lib. 4. Alciatus de Præſum. Regula 2. Præſumpt. 5. Menoc. de Præſump. li. 3. Præſump. 1. num. 77.

Negantis autem ſententiæ authores ſunt Henric. Boic. in d. c. Lator. qui filij ſunt Legiti. Alciatus de Præſump. Regula 3. Præſumpt. 1. n. 11.

In eandem ſententiam propendet Couuar. in Epitome de ſponſal. in 1. part. capit. 4. poſt num. 5

Atque eidem ſententiæ adſtipulantur tacitè omnes, qui docent filium in dubio nõ præſumi legitimum, ſed ſpurium. Ita Natta in conſ. 421. n. 9. & 473. n. 33 Deci. ad. l. Si emancipati. n. 9. C. de collatio. Ruin. in conſ. 63. n. 5. li. 2. D. Cephal in conſ. 593. n. 1. lib. 4. Menoch. in conſ. 60. n. 12. lib. 1.

Quemadmodum & priori ſententiæ tacitè adſtipulantur, qui putarunt filium in dubio legitimum præſumi. Ita Bald. in conſ. 437. Titius lib. 5. Ioan. Faber in §. vlt. in Inſtit. de Adoptio. Cæpolla Cautela 118. Quis in dubio. Ruin in conſ. 109. n. 37. lib. 3. Marianus Socin. ſen. in conſ. 23. nu. 19. li. 1. Berous in conſ. 19. n. 10. lib. 2. Corta in memorial. in verbo *Filius præſumitur.* Illuſtriſſ. & Reuerendiſſ. Cardinalis Paleotus in tractat. de Nothis & ſpuriis, c. 10. n. 3. Menoch. de præſumpt. lib. 6. præſumpt. 54 n. 20.

Prioris ſententiæ argumenta ſunt iſta. Primum, Cùm neceſſe ſit aliquem naſci ex licito aut ex illicito concubitu, præſumendus eſt potius natus ex licito, quam ex illicito. Nam vbi duæ tales præſumptiones oriri poſſunt, illa quæ delictum excludit, obtinére potius debet quàm contraria, ex traditis per Bart. in l. non ſolùm. §. ſed vt probari num. 5. ff. de oper. no. nun.

Secundum eſt ex c. Lator. qui filij ſunt legitimi, vbi patet illi onus probãdi incubuiſſe, qui obiecit filium non eſſe natum ex legitimo matrimonio.

Tertium eſt ex l. miles. §. defuncto. ff. ad legem Iuliam. de adulr. vbi patet filium ex viro & vxore natum præſumi, licet vxor adulterium aliquando commiſiſſet.

Quartum eſt ex c. Accedens: de Purgatione canonica, vbi Innocentius reſpondit, eũ, qui ad ſacros ordines promoueri cupit, ſe legitimè natum probare debere, ſi fama ſit eum non fuiſſe ex legitimo matrimonio natum. Ergo ceſſante tali fama, preſumi videtur natus ex legitimo matrimonio, nec tenetur id probare.

Quintum. Spurij dicũtur eſſe manci & imperfecti, cap. 3. Sapientiæ. Ergo nullus talis eſt præſumendus.

Poſtremum argumentum illud eſt, quòd ſpurij videntur eſſe infames, tanquam nati ex

concubitu illicito, quare in dubio nemo est spurius præsumendus, quia nec in dubio delictum præsumendum. l. Meritò. ff. pro socio.

Posterioris sententiæ argumenta duo sunt præcipua. Primum est, quia vt filius sit legitimus, necesse est eum ex legitimo matrimonio natum esse, l. Filium definimus. ff. de his qui sui vel alieni iuris sunt. Matrimonium ergo est probandum, quia ex facto procedit, quod quidem factum non præsumitur. l. In bello. §. Factæ. ff. de capt. & postli. reuer. Si ergo non probetur, filius præsumitur illegitimè natus.

Alterum argumentum est ex c. Aliter. 30. q. 5. in illis verbis: *Ita peracta, legitima scitote esse connubia, aliter verò præsumpta, non connubia sed adulteria, vel contubernia, vel stupra, aut fornicationes potiùs, quam legitima coniugia esse, non dubitatur.*

Respondent contrariæ sententiæ authores, Matrimonium quidem non præsumi, quoad ipsos cohabitantes, sed præsumi quoad filios. Contrà Henric. Boich. id fieri non posse contendit, quia vt filius legitimus esse præsumatur, debet etiam præsumi legitimum matrimonium.

Ego priorem sententiam probabiliorē esse iudico. Et ad argumenta contrariæ opinionis sic respondeo.

Ad primum respondeo, matrimonium quidem esse facti, sed tamen & concubitum illicitum esse facti. Cùm ergo alterutrum sit præsumendum, nempe aliquem esse natum ex legitimo matrimonio, vel ex illegitimo concubitu, existimo benigniorem sententiam amplectendam potius, quam contrariam, cùm in dubio delictum non præsumendū & illa præsumptio sit potior, quæ delictum ipsum excludit.

Ad secundum argumentum respondeo, textum in d. c. Aliter. 30. q. 5. non illud velle, vt filius præsumatur spurius, vel turpis ac illicitus concubitus, in dubio, sed hoc tantùm, vel legitimū sit coniugium, si vxor petatur, & à parentibus & proximioribus sponsetur, & dotetur, & suo tempore a sacerdote benedicatur. Aliter verò, si quis audiat, seu præsumat, non illud esse legitimum coniugium.

Cæterùm, si nec primū nobis constet: Nempe ita legitimè peractum esse, nec secundum, Nempe, si nec constet, ea non fuisse peracta, quæ Summus Pontifex commemorat, vtrum in obscuro sit à nobis potius præsumendum, eum, qui dicitur esse natus ex Titio & Seia, natum fuisse ex illicito concubitu, quā ex licito, in eo loco Summus Pontifex non decidit. Præsumit quidem in deteriorem partem, vt Glos. ibi dicit, sed non in dubio.

Verùm eo in casu, de quo loquitur: Nempe vbi solennia, quæ recenset, non interuenerūt: Et sic in casu certo. Si enim non appareat, matrimonium fuisse celebratum iis, quæ sæpius adhibentur, & à lege exiguntur, modis, non illud legitimū esse coniugium Pontifex existimat. Et rectè. Sed nostra disputatio est, cū versamur in dubio, ita vt neutrū appareat, vel adhibita scilicet, vel nō adhibita fuisse solennia, & dicimus potius legitimū coniugium, quam cōtrà præsumendū, quia hæc præsumptio malum excludit, & filiis fauet, altera verò cōtraria odium & delictum continet, & filiis nocet.

CAPVT XXXVI.

Si matrimonium contrahatur inter eos, inter quos canonicum subest impedimentum sub conditione si summus Pontifex dispensauerit, an dispensatione secuta, statim sit verum matrimonium absque nouo consensu?

VNdecima controuersia. Si matrimonium inter duos contrahatur, inter quos legitimum sit impedimentū, sub ea conditione, si summus Pontifex dispensauerit: an obtenta dispensatione statim matrimonium esse dicatur absque nouo consensu?

Affirmant Io. Calderinus, Antonius Butrius & Præpositus in c. Super eo, de cōd. appo. quorum sententiam consuetudine receptam esse testatur Boerius decis. 264. n. 27.

Fundamentum est in communi doctorum sententia, quæ dictat, matrimonium sub cōditione contractum, eueniente cōditione statim perfici absque nouo consensu, vt tradunt Innoc. & Abbas in c. De illis. de cōditio. appo. & alij quos commemorat Couuar. in Epitome, de Sponsal. in 2. part. c. n. 5. Quæ quidem sententia probatur ex ea iuris regula, Contractum sub conditione factū eueniente conditione perinde habendum, ac si purè factus esset, l. vlt. §. 1. ff. de Vulg. & ibi Angelus notat. Decius in l. Pecuniam. in 2. notabili. ff. Si cert. pet. Tiraq. de retract. consang. §. 1. Glo 2. n. 27.

Contrariam sententiam habuerūt Innocētius, Cardinalis & Abbas in d. cap. Super eo. de cond. appo. Syluester in summa. in verbo, Matrimonium. 3. q. 9. Henricus in c. vlt. de condit. appo. Aretinus in consil. 142. col. 4. alios citat Couuar. loco proximè citato. nu. 7. & videtur ipse in hanc sententiam propendere.

Fundamentum est, quia conditio impossibilis matrimonio adiecta, pro non scripta habetur, ipsáque vitiatur, & non vitiat: & ideò matrimonium purè contractum intelligitur, cap. vlt. de cōd. appo. sed ista conditio: Si summus Pontifex dispensauerit, impossibilis reputatur, quia consensum Principis requirit, argumento l. Inter stipulātem. §. Sacram. ff. de verbor. oblig. & l. Continuus. §. Eum qui. ff. eod. tit. & l. Apud Iulianum. §. Constat. de leg. 1.

Mihi

Mihi hæc posterior sententia prima specie videbatur probabilior, non quidem eo argumento, quod proximè retuli, illud enim confutat Couuar. loco annotato, quia non impossibile reputatur illud, ad quod obtinendum consensus Principis requiritur, nisi quando id concedere Princeps non solet, vt probatur in d. §. constat. & in l. interdicit. ff. de cond. & demõst. & in l. quidam relegatus. ff. de reb. dub. Pontifex autem solet dispensare in eiusmodi impedimentis matrimonij, vbi iusta subest causa, vt notum est.

Sed alio argumento verior mihi videbatur posterior sententia, nempe ex c. super eo. de condit. appo. vbi summus Pontifex declarat matrimonium sub condicione contractum, etiam per verba de præsenti, habendum non esse pro matrimonio de præsenti. *Cùm huius modi consensus*, inquit, *non sit de præsenti habendus, licet per verba de præsenti euidentius exprimatur, qui in alieno arbitrio non habito, sed habendo, consistit.* (erat enim ea in specie ita matrimonium contractum, si pater consentiret.) Itaque patre consentiente, is, qui promisit, cogi potest ad cõtrahendum matrimoniũ, vt ibi dicit textus. Consequenter matrimoniũ eueniente conditione nouiter est contrahendum per verba de præsenti, & consequenter nouo consensu est opus.

Nec obstare videbatur illa communis sententia, qua prior sententia nititur, quia reprobatur à Theologis, vt demonstrat Couuar. loco annotato paulò ante n. 6.

Quod verò dicebatur, iuris regulam hoc velle, vt conditionalis contractus eueniente conditione pro puro habeatur, locum habere posse videbatur, quantum ad hunc effectum, vt non sit locus pœnitentiæ, nõ autem quoad hoc, vt contractus habeatur pro perfecto, ita vt nouus consensus non requiratur, vt in d. c. Super eo.

Sed tamen penitus re cõsiderata, prior sententia verior videtur. Nam communis illa sententia, ex qua fundamentum habet, ve ussima est, quicquid obiiciat Couuar. ex d. c. super eo. Neque enim illius canonis sensus est, Matrimonium per verba de præsenti sub conditione contractum, non intelligi esse de præsenti, sed de futuro, sed sensus est, Matrimonium sub ea conditione contractum, consumãdum non esse, nisi pater consentiat: Ita dicit ibi summus Pontifex.

Posteà tacitæ obiectioni respondet. Nam spõsalia sub conditione facta, firmiter obseruanda sunt, et conditione deficiente, si alterũ interuenerit, cõsensus de præsenti, vel carnali copula, vt in c. De illis. eod tit. Sed in proposita specie adest consensus de præsenti; quia contractum fuit matrimonium per verba de præsenti. Ergo licet conditio deficiat, cogendus est ad matrimonium consumandum ille, qui consensit.

Respondet summus Pontifex, negando assumptionem, scilicet in ea specie consensum esse de præsenti, *Quia in alieno arbitrio*, inquit, *non habito, sed habendo, consistit.*

Sed reddamus verba summi Pontificis, quo res clarior existat. Sic autem ait: *Super eo verò, quòd postulasti, vtrum ille, qui in quandam mulierem consensit, si pater eius suum præstaret assensum, sit ad consummandum matrimonium compellendus. Respondemus, quòd cùm consensus liber dici non possit, qui alieno arbitrio reseruatur, ac conditionem ipsam canonica non improbent instituta, nisi voluntas patris postmodum intercedat, nequaquam cogendus est ad matrimonium contrahendum. Nam licet Alexander Papa responderit, quòd sponsalia interposita conditione contracta, ipsa non impleta, si consensus de præsenti intercedat, vel carnalis copula subsequatur, dissolui non debent, sed firmiter obseruari, nequaquam est nostra definitioni aduersum, cùm huiusmodi consensus non sit de præsenti habendus, licet per verba de præsenti euidentius exprimatur, qui in alieno arbitrio non habito, sed habendo, consistit.* Hactenus ille.

Hoc igitur vult summus Pontifex in sua specie, non esse cõsensum de præsenti, quemadmodum in specie, de qua respondit Alexander Papa, sed quin matrimonium sit absq; nouo consensu, si consensus patris accedat, non negat ibi Pontifex, qui propterea quærit, an consensu patris accedente, is, qui sic cõtraxit, ad consummandum matrimonium sit cogendus? Et cogendum esse respondet: Et licet dicat, nisi voluntas patris postmodum accedat, nequaquam cogendus erit ad matrimonium contrahendum, tamen illud verbum, *Contrahendum*, est idem summo pontifici, ac verbũ, *Consummandum* quo in quæstione vsus est, vt sic responsum congruat quæstioni propositę.

At Couuar. sic argumentatur. Matrimoniũ sine consensu non contrahitur: Hic autẽ consensus non est: Ergo nec matrimonium est. Probatur minor, quia non est a principio talis consensus, qui ad matrimonium sufficiat, cùm sit conditionalis. *Nec oberit*, inquit, *conditionis euentus. Nam si dissenserint contrahentes ante euentum conditionis, euentus conditionis nihil operatur.*

Respondeo, id nego: nempe si ante cõditionis euentum contrahentes dissentiant, nihil operari euentum conditionis. Nam vbi sub conditione contractus geritur, an licet cõditione pendente, alteri pœnitere. l. Hæc venditio. ff. de contrah. empt. Alexander in consil. 40. in principio lib. 3. Nec contrarium probat Couuar.

Non obstat id, quod dicit conditionem de futuro id efficere, vt consensus expressus per verba de præsenti, dicatur esse pendens de futuro, & ideo ante impletam conditionem nō sit sufficiens. Etenim id cōcedo. Sed dum subdit: *Consensum autem pendere in futurum, in virtute est esse de futuro*, id nego, nisi intelligatur in virtute esse de futuro, quatenus conditionis euentus expectatur, vt consensus effectum habeat. Sed conditione impleta iam cōsensus effectum obtinet, non aliter, atque si initio nulla fuisset adiecta conditio.

CAPVT XXXVII.

Vtrum matrimonium ea lege contrahi possit, vt non intercedat copula carnalis?

DVodecima controuersia. Vtrū matrimonium ea lege contrahi possit, vt non intercedat copula carnalis?

Contrahi posse affirmant Paludanus in 4. sent. distinct. 30. q. 2. concl. 2. Io. Imolensis in l. Vbi ita donatur. ff. de donatio. causa mortis. Andreas Siculus in c. vlt. de Precario.

Fundamentum, quia matrimonium non viciat perpetua continentia, qualis etiā fuit inter beatam Virginem & Iosephum, inter quos tamen perfectum fuit ac perpetuum coniugium, c. Coniunx. 27. quæst. 2.

Sed contraria sententia videtur mihi probabilior, quam secuti sunt D. Thomas in 4. senten. distinct. 28 q. vlt. in fine, Adrianus q. 9. de Matrimonio. Syluester in verbo: Matrimoniū 4. q. 6. Abbas in c. Commissum de Sponsalib. Couuar. in Epitome. in 2. part. ca. 3. §. 1. n. 4. & 5.

Probatur hæc sententia ex c. vlt. de Conditionib. appo. vbi Gregorius IX. ita dicit: *Si conditiones contra substantiam coniugij inserantur, puta si alter dicat alteri: Contraho tecum si generationem prolis euites, vel donec inueniam aliam honore & facultatibus ditiorem, aut si pro quæstu adulterandam te tradas, matrimonialis contractus quantumcunque sit fauorabilis, caret effectu.* Hactenus Gregorius.

Ad contrariæ sententiæ argumentum respōdetur. Consistere quidem matrimoniū posse, licet coniuges perpetuam seruent castitatem. Sed tamen id in pactum deduci nō posse, quia est contra substantiam matrimonij. Neque verò pactum tale fuit inter beatissimam Virginem & S. Patriarcham. Nec est nouum, vt aliquid impediat matrimoniū contrahi, quod non dirimat contractum. ea. Rursus, qui clerici vel vouentes, &c.

CAPVT XXXVIII.

Quid si non ambo contrahentes matrimonium, in eam conditionem consenserint, quæ contra substantiam matrimonij est, sed vnus tantum, deinde copula carnalis intercedat, an matrimonium præsumatur?

DEcimatertia controuersia. Cùm matrimonium nō valeat, vbi conditio adiicitur, quæ contra substantiam eius est, vt in d. c. vlt. de cond. appo. Si non contrahentes ambo in eam conditionem consenserint, sed alter tantùm, deinde copula carnalis intercedat, vtrum in vim sponsaliorum, quæ per copulam subsecutam matrimonium inducant, contractus valet, controuerti solet.

Nam id affirmant Hostiensis, Innocentius, Abbas & Præpositus in c. vlt. de Cond. appo. Rubeus Alexan. ad l. Non solum. §. Morte. nu. 590. ff. de ope. noui nun. Syluester in verbo Matrimonium. 4. quæst. 5.

Fundamentum est in c. Aliquādo. 32. quæst. 2. in illis verbis: *Si ambo tales sint, coniuges non sunt, & si ab initio tales fuerunt, non sibi per connubium sed per stuprum potius conuenerunt. Si autem ambo non sunt tales, audeo dicere aut illa quodammodo est mariti meretrix, aut ille adulter vxoris.*

Contrariam sententiam secuti sunt Adrianus in 4. senten. quæst. 9. de Matrimonio. Imola in l. Vbi ita donatur. ff. de donatio. cau. mor. Aretin. in l. 1. § Sed si mihi. col. 3. ff. de verb. obl. & Couuar. in Epitome de sponsalib. part. 2. c. 3 §. 1 n. 1.

Fundamentum est, quia is, qui conditionē adiecit matrimonio, nō simpliciter consensit, sed sub conditione. Sponsalib. autem nullo modo cōsensit. Quoties autem ex contrahentibus alter sub conditione, alter purè consentit, nulla inter eos oritur obligatio. l. 1. §. Si quis simpliciter. ff. de verb. oblig.

Sed mihi prior sententia videtur lōgè probabilior nō quidem eo argumento, quod proximè relatum est, quia textus in d. c. Aliquando, de alia specie longè diuersa loquitur: Sed eo argumento, quòd cùm intercedit copula carnalis, is, qui conditionem illā adiecerat, ab ea recessisse videtur, cùm intelligat alteram nō consensisse in eam conditionem. Hoc probari potest argumento sumpto ex ca. Per tuas, de cond. appo. in illis verbis: *Consultationi tuæ taliter respondemus, quòd cùm liquidò constet, quòd post contracta sponsalia carnalis est inter eos copula subsecuta, pro matrimonio est præsumendum, quia videtur à conditione apposita recessisse.* Sic igitur & in proposita quæstione dicendum videtur.

Non obstat argumentum in contrariū, quia licet diuersitas obligationis à principio fuerit inter contrahentes, postea tamē ex interuallo præsumuntur prorsus consensisse, propter copulam

pulam carnalem, ad tollendā peccati præsumptionem. Et quando diuersitas responsionis stipulatori placet, alia stipulatio cōtracta esse intelligitur, vt in d.l.1.§. Si quis simpliciter. ff. de verb. oblig. Et licet textus ibi requirat, vt *illico placeat*, tamen in stipulatione loquitur, quæ non admittit temporis interuallum. At in contractu matrimonij, nihil obstat temporis interuallum, dummodo adsit consensus, vt patet ex d.c. Per tuas. de cond. appo. & ex c. Is qui fidem. de sponsalib.

CAPVT XXXIX.

Vtrum matrimonium sub conditione contractū, quæ omnino extitura est, valeat, perinde ac si purè contractum esset?

DEcimaquarta controuersia. Si matrimonium sub conditione fiat, quæ omnino extitura sit, vtrum statim valeat, an verò expectanda sit conditio?

Non statim valere, sed conditionis euentū expectandū sensit Glos. in c. Per tuas. in verbo Præsumendum, in fine. de cōditio. appo. Ioan. Andreas & Antonius Butrius ibidem.

Quorum illud fundamentum puto, quòd regulariter ita sit constitutum, vt matrimonium sub conditione factum, nō valeat, antequam conditio eueniat. vt in c. Super eo. de cond. appo.

Iason autem in l. Impossibilis. colum. vlt. ff. de verb. oblig. ita distinguit, vt si quidem sit certum conditionem extituram, & simul etiam tempus, quo extitura sit, tunc matrimonium purè contractum intelligatur, secus verò, si tempus, quo extitura est, incertum sit, quia tempus incertum pro conditione habetur. l. l. Dies incertus. l. Quib. diebus. § Quidam Titio. ff. de cond. & demonstr. Glo. in l. in omnibus obligationibus de reg. iur. Bartolus in l. Ita stipulatus. in 1. quæst. ff. de verbo. oblig.

Sed mihi eorum sententia probabilior videtur, qui existimant hoc in casu matrimoniū purè contractum videri, ita docuerunt Hostiensis Cardinalis, Abbas & Præpositus in d. c. Per tuas. de cond. appo. Syluester in verbo Matrimonium. 3. q. 2. & alij quos refert & sequitur Couuar. in Epitome de Sponsalib. in 2. parte, c. 3. §. 2. n. 10.

Probatur hæc sententia. Nam qui sub conditione stipulatur, quæ omnino extitura est, purè videtur stipulari. l. Pupillus. § 1. ff. de Nouatio l. Quod si ea. ff. de cond. indeb.

Non obstat id, quod dicitur; Diem incertum pro conditione haberi, quia id procedit in testamentis & vltimis voluntatib. l. Dies incertus ff. de cond. & demo. Ratio est, vti declarat optimè Castrensis, in l. [illegible] ff. eod. tit. quia non est certum, debitorem. Nam si legatarius decederet, non transmitteret, quod in contractib. & aliis actibus inter viuos dici non potest: Quare si tempus sit incertum in specie, de qua agitur, moram potius matrimonio, quàm conditionem iniectam esse existimo, sicuti alibi Iurisconsultus docet in l. Hæres meus. ff. de cond. & demonstr. ibi: *Non conditione, sed mora suspenditur, &c.*

CAPVT XL.

Vtrum valeat matrimoniū, vbi quis metu coactus fuit illud contrahere cum vna ex plurib. fœminis, putà cum vna ex filiabus Sempronij?

DEcimaquinta controuersia. Contraxit quis matrimonium metu coactus cum vna ex filiabus Sempronij, vtrum valeat?

Et valere docuerunt Abbas in c. Cùm terra. de electio. Zochus & Præpositus in c. Cùm locum. de sponsalib. Felynus in c. In præsentia. num. 37. de Probatio. Iason in l. Titia. num. 6. ff. de verbo. oblig. Ioannes Lupi. in c. Per vestras in 3. notat. § 2. de donatio. Sylua nuptialis lib. 2. n. 119.

Fundamentum est, quia nō videtur sublata libertas hoc in casu, quod probatur à simili. Nam consuetudo non valet, quæ libertatem aufert electionis. c. Cùm terra, de electio. Et tamen illa valet consuetudo, quæ facit, vt ex certo personarum genere electio fiat. c. Cùm dilectus. de Consuet.

Contrariam sententiam probabiliorem esse puto, quā secuti fuere Baldus in con. Schismatis, col. 4. Fortunius in tract. de vltimo fine. illatione 21. Decius in c. Licet. col. pen. de elect. & alij quos refert & sequitur Couuar. in Epitome de Sponsalib. in 2. parte, cap. 3. §. 5. post n. 7. vers. Secundò procedit.

Fundamentum est firmissimū, quia ad matrimonium cōtrahendum libertas summa requiritur. c. Cùm locum. de spōsalib. Nec valet vbi metus intercedit. c. Veniens 2. eod. tit. c. Significauit. de eo qui duxit vxorem, &c. Sed in hac specie libertas non est, metus interuenit: Ergo matrimoniū nullius est momenti. Assumptio patet, quia quis cogitur accipere vnam ex illis mulierib. in vxorem, cùm tamen vel nullam accipere nollet, vel fortè etiam vxorem non ducere.

Ad argumentum à simili respondeo, magnā esse dissimilitudinem, quia consuetudo illa, vt electio fiat ex certo personarum genere summa ratione introduci potuit; Quare debet eius vigore quis vnam eligere ex dictis personis. Sed vt quis vnam ex certis fœminis vxorē ducere cōpellatur, id perquam iniquum est cùm summam libertatem matrimonialis cōtractus exigat, nec vlla ratio suppetere possit, qua quis cogi ad illud contrahendum

possit, vel cum certo personarum genere. Sed res mihi videtur longè clarior, quam vt maiori egeat disputatione.

CAPVT XLI.

Sitne matrimonium contractum illis verbis: Habebo te in vxorem: Vel, Iuro ac promitto me in legitimam vxorem te habiturum?

DEcimasexta controuersia. Promisit quispiam in hunc modum mulieri. Habebo te in vxorem: vel. Promitto ac iuro me in vxorem te habiturum. Vtrum matrimonium contractum esse intelligatur; An verò sponsalia de futuro?

Et matrimonium contractū videri responderunt Glo. in c. Ex parte, de Sponsalib. & in c. Si quis diuinis. 30. q. 5. Abbas & Decius in c. Iurauit. de Probat. Præpositus in d. c. Ex parte. & alij magis communiter.

Argumenta sunt tria. Primum ex c. Ex parte. de Sponsalib. in illis verbis. *Andreas iuramentum præstitit, quòd eam ab eo tempore pro coniuge teneret, &c.* quibus verbis Pontifex præsupponit matrimonium contractum.

Secundum est ex d. c. Si quis diuinis. 30. q. 5. *Si quis diuinis*, inquit textus, *tactis scripturis, iurauit mulieri, legitimam se eam vxorem habiturum, &c. Fit illa legitima vxor, quamuis nulla dos, nulla scriptura alia interposita sit.*

Tertium est huiusmodi. Qui vult antecedens, velle intelligitur & consequens. l. Illud. ff. de acq. hæred. Igitur si vult eam in futurum vxorem habere, necesse est, vt illis verbis matrimonium contraxisse intelligatur. Vide pro eadem sententia Iacobum Menoch. de Præsumpt. lib. 3. c. 3. n. 3.

Cæterùm non matrimonium contractum videri, sed sponsalia de futuro, responderunt quidam doctores antiqui quorum facit mentionem Gloss. in d. c. Ex parte. Magister sententiarum & alij quos refert & sequitur Couuar. in Epitome de Sponsal. parte 2. cap. 4. §1. nu. 5.

Fundamentum est, quod illa verba futurū tempus respiciunt, vt patet, nec necessariò cōsensum important de præsenti, quare potius sponsalia de futuro contracta esse intelliguntur, quàm matrimonium de præsenti.

Ad textum in d. c. Ex parte, respōdent; Verba cōtrahentium in ea specie tempus præsens respicere: *Iurauit*, inquit textus, *quod eam ab eo tempore pro coniuge teneret.*

Ego quidem in hanc posteriorem sententiam essem procliuior, sed vt illi non adhæream, illud facit, quòd illa verba ita possunt intelligi, vt consensum in matrimonium de præsenti contineant: Et licet etiam ita possint intelligi, vt importent sponsalia de futuro, tamen illa interpretatio præualere debet, quæ matrimonio fauet, authoritate textus in d. c. Si quis diuinis. 30. quæst. 5. Ait enim textus: *Si quis iurauit mulieri se eam vxorem legitimam habiturū, fit illa legitima vxor.* Ego intelligo, fieri ex ea promissione seu iuramento, non autem ex futuro consensu & contractu.

Ad contrarium argumentum responsio patet, quia etsi ad futurum tempus illa verba referantur, includunt tamen consensum de præsenti in matrimonium, quasi is, qui sic promisit, eam mulierem iam duxerit in vxorem, & ideo illam pro tali se habiturum dixerit, seu iurauerit.

CAPVT XLII.

Sed quid si dixerit: Non habebo aliam vxorem nisi te: Sitne contractum matrimonium, vel sponsalia?

DEcimaseptima controuersia. Sed quid si dixerit: Non habebo aliam vxorem, nisi te, an intelligatur matrimonium contractum, vel sponsalia?

Et matrimonium contractum videri responderunt Cardin. Abbas & Præpositus in c. Ex parte. de sponsalib. Alexand. in cons. 152. lib. 3. Syluester in verbo, Matrimonium. 2. quæst. 10. Iason & Curtius iunior in l. Actione. C. de transact. Menoch. de Præsumpt. lib. 3. cap. 3. n. 8.

Fundamentum est, quia dictio *Nisi*, negationi postposita, affirmat. Quamobrē est perinde, ac si dicatur, Nō habebo aliam vxorem, quàm te, & habebo te in vxorem: Ergo matrimonium inducitur.

Sed contrariam sententiam amplector vnà cum Calderino, Butrio & Zocho in d. cap. Ex parte, Cœpolla in cons. 1. Ciuilium. in 3. col. Alciato in d. l. Actione. C. de transact. & Couuar. in Epitome de sponsalib. in 2. parte, c. 4. §. 1. n. 1.

Fundamentum mihi videtur solidissimum, quia talis oratio ita est accipienda, vt si quis vxorē ducere voluerit, illam, & non aliam ducere teneatur, nō autem vt se obliget ad illam vxorem ducendam. Quid enim, si vitā cœlibem ducere maluerit? Veluti, si quis dixerit, promitto me non alienaturum extra familiā prædium, nō ideirco promittere videtur, se intra familiam alienaturum, sed sensus est, vt si alienare voluerit, non extra familiam alienet.

Huic interpretationi fauet textus in l. Si sterili. § pen. ff. de act. empt. *Sed etsi fundum,* inquit, *ita vendidero, vt nulli alij, quàm mihi, eū venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alij vendideris.* Et sic nō dicit Iuriscon. agi posse, vt mihi vendas, simpliciter & absolutè, quamuis fortè nolis alicui vendere.

Adstipulatur etiam textus in l. Titia. §. vlt. ff. de Manumissis testam. in illis verbis, *Onesiphore, nisi rationes reddideris, liber ne esto.*

potius

potius adimi libertatem, quàm dari.

Ergo dictio illa, *Niſi*, affirmationis vim habet: ſed in eum ſenſum, de quo dictum eſt, id eſt, non habebo aliam vxorem, quàm te, & te habebo vxorem, ſi vxorem ducere in animum induxero, non autem ſimpliciter & abſolutè.

CAPVT XLIII.

Filius an in dubio præſumēdus ſit naturalis, hoc eſt, natus ex concubina, an verò ſpurius, hoc eſt, natus ex coitu damnato & punibili?

Filium in dubio naturalē eſſe præſumēdū, non autem ſpurium, reſponderunt Bald. in conſ. 448. n. 4. lib. 1. Grauetta in conſ. 138. nu. 1. & 166. nu. 1. Alciatus in conſ. 58. nu. 13. lib. 9. & 158. n. 3. eod. lib. Simon Pretus in conſ. 127. n. 8. Dominus meus Cephalus in conſ. 608. n. 10. lib. 4. Hippol. Riminal. in conſ. 157. n. 109. lib. Couuar. in Epitome de Sponſalibus, in 2. parte. cap 8. §. 3. in principio.

Fundamentum eſt, quia delictum non eſt præſumendum. l. meritò. ff. Pro ſocio. Eſt autē maius delictum ex coitu damnato & punibili, quam ex concubinatu lege Ciuili non prohibito.

Sed contrarium reſponderunt: Nempe ſpurium potius eſſe præſumendum, Natta in conſil. 421. numero 10. Alciatus de Præſump. Regula 1. Præſump. 5. nu. 4. & reſponſio. 123. n. 10. & 268. nu. 2. & 269. num. 1. Menochius de Præſumpt. lib. 6. Præſumpt. 54. n. 2. & in conſ. 60. n. 12. lib. 1.

Fundamentum eſt, quia vt iuſtus ſit concubinatus, multa requirūtur. Primum, vt mulier non ſit vilis conditionis. Deinde, vt in ſchemate concubinæ retineatur. Tertiò, vt ſit ſola, nec cum alio rem habuerit. Poſtremò, vt proteſtatio præceſſerit, vt per Grammat. omnia diligenter explicantem, Voto 4. Omnis autem, qui nec ex legitimo matrimonio naſcitur, nec ex tali concubinatu, appellatur ſpurius, vt declarat Bartol. ad l. vlt. ff. de his quib. vt indig. Cagnol. in l. Si qua illuſtris. C. de Offician. num. 3. Hæc igitur omnia probanda ſunt non præſumenda, ergo filius non præſumitur in dubio naturalis, ſed ſpurius.

Ego verò priorem ſententiam æquiorem ac benigniorem eſſe iudico & amplector, vt ſic minus malum ſit præſumendum, & quod leuiorem infamiæ maculam adſpergit, argumento l. Si Præſes. ff. de Pœnis. Et præſertim quia nouiſſimè Rota Romana hāc ſententiā eſt ſecuta, vt patet ex dec. 808. in 1. part.

Confirmari poteſt ex c. 1. de filiis presbyteror. & ex c. Veniens, de Accuſatio. quibus in locis dicitur, non præſumi quempiā genitum eſſe in ſacerdotio, licet ſacerdotis filius exiſtat. Idem habetur in c. Inter cæteros. eod. tit. de filiis presbyterorum.

Ex hoc argumentum ſumitur: Iuris præſumptionem eſſe procliuiorem in eam partem quæ benignior eſt, & grauioris criminis tolli ſuſpicionem.

Huc accedat, quòd loquendi vſum ſpectemus, & ſententiam iure Canonico receptam vt filius ſit naturalis, ſufficit eum natum ex his inter quos matrimonium contrahi poterat. Vide Couuarru. de ſponſalib. in 2. parte. ca. 8. §. 4. in principio & Sarmientum ſelectar. interpret. lib. 1. c. 7. n. 2.

Vnde argumentū contrariæ ſententiæ facilè refellitur, præterquam quòd, vt ex ſtupro vel adulterio, aut alias damnato coitu quis præſumatur natus, multa etiam in facto requiruntur, quę quò grauiora & turpiora ſunt, eo minus præſumenda videntur.

Nec obſtat, ſi dicatur, Mulierem in dubio, virginem præſumi, ex traditis per Abbatem in c. 1. de adult. & Clarum in §. Stuprum. verſ. Sed pone. Et cōſequenter præſumitur ſtuprata, & ſic ex ſtupro natus filius? Quia Panormitanus & Clarus loquuntur, vbi mulier ſe virginem fuiſſe aduerſus ſtupratorem allegat, tunc enim in odium & præiudicium delinquentis, præſumitur eſſe virgo. Sed de hac ſpecie noſtra non eſt diſputatio.

CAPVT XLIV.

Vtrum filius exhæredari à patre poſſit, ſi vxorem ducat abſque eius conſenſu?

Filiumfamiliàs abſque patris conſenſu matrimonium contrahere poſſe, certi ac indubitati iuris nunc eſt, ex Concilio Tridentino Seſſ. 24. In decreto de matrimoniis clandeſtinis. Vide Robertum Bellarminum in 2. Tomo Controuerſiarum fidei, de Matrimonij Sacramento, lib. 1. c. 19.

Illud nōnihil controuerſum eſt, an filius cā ob cauſam exhæredari à parente poſſit.

Affirmat enim Caſtrenſis in l. ſi filiam. C. de inoff. teſtam. authoritate textus in Auth. Sed ſi poſt. cod. tit. Verba hæc ſunt: *Sed ſi poſt viginti quinque annos te differente filiam marito copulare in ſuum corpus peccauerit, vel ſine conſenſu tuo, marito ſe, libero tamen, copulauerit, eam exhæredare non potes.* Ex his verbis patet à cōtrario ſenſu filiam exhæredari poſſe, ſi marito ſe copulauerit abſque conſenſu patris, quando non eam diſtulit parens marito copulare.

Secundò, authoritate text. in l. 3. §. Si emancipatus. ff. de bon poſſeſſ. contra tab. in illis verbis: *Nā etſi tàm ignominioſam duxerit vxorē filius, vt dedecori ſit tam ipſi, quàm patri talem mulierem habere, dicemus & ex ea natum ad bonorum poſſeſſionem aut admitti, cùm poſſit auus iure ſuo vti eumque exhæredare.*

Et licet iure canonico inſpecto matrimo-

nium à filiosfamilias contractum absque con sensu pa tris valeat, nihil tamē hoc obstat, quia ius Canonicum disponit de matrimonio, non autem de iniuria illata parenti. Sic & mulier secundò nubendi liberam habet iure Canonico potestatē. c. Cùm secundū. de secund. nup. & tamē legum pœnis est obnoxia, excepta infamiæ pœna, quoniam ex communi sentētia non sunt illa sublata, quæ in fauorem prolis ex primo matrimonio susceptæ aduersus secundò nubentes mulieres sunt constitutæ.

Cæterum diuersam alij multi sententiam habuerunt, nempe eo duntaxat in casu exhæredari posse vel filium vel filiam, quo indigno nubit. Ita Glo. in c. de raptoribus 36. q. 1. Bald. in l. nec filium. C. de nup. & in l. si pater. C. de sponsalib. Ant. Butr. in c. accedens. de Proc. Anch. in cons. 21. Parisius in cons. 29. lib. 3. Bal. Nouell. de dote in 6. part. Priuileg. 16. n. 6.

Fundamentū est in d. l. 3. §. si emancipatus. ff. de bonor. possess. contra tab. ibi: *Nam etsi tam ignominiosam duxerit vxorem, &c.*

Tertia est sententia vera & communis, Filios nubentes absq. consensu patris: licet grauiter peccēt, exhæredari tamen non posse. Ita docent Abbas & Hostiensis in c. 1. de sponsalibus, & in cons. 12. lib. 1. Ioan. Lupus in c. per vestras. de don. in 3. not. §. 9. Decius ad l. nuptias. de reg. iur. & in cons. 131. Iason in auth. Sed si post. C. de inoff. testam. Felynus in c. Ecclesia. n. 59. de Constit. Vasquius de success. creation. lib. 1. § 10. n. 628. Couuar. in Epitome de sponsal. in 2. part. c. 3. §. 8. nu. 5. Hyppol. Riminal. in cons. 133. lib. 2.

Probatur hæc sententia Regula generali. Quod fit iure permittente, pœnam non meretur. l. 4. C. de adult. c. cum secundum, de secū. nup. Item quia matrimonium debet esse liberum. c. cùm locum, de sponsalib. c. Gema, eo. tit. & habetur in Cōcilio Tridentino, Sess. 24. 9. Ergo neq. directè, neq. indirectè impediri debet. Videretur autem impediri, si filius exhæredari posset, quoniam exhæredationis metu non eam, quam vellet, vxorem duceret.

Et quidem quòd ad filium attinet, etsi olim exhæredari potuerit, iuxta l. 3. §. si emancipatus. ff. de bonor. possess. contra tab. tamen Iustinianus inter iustas exhæredationis causas hanc non recensuit in nouella 115. Et certum est, eas tantummodo causas, quas Iustinianus commemorat, iustas esse, & iam obtinere, omnibus aliis, quæ in antiquis legibus cōtinebantur reiectis, vt ipse statuit.

Quod verò attinet ad filiam nubentem absque consensu patris, nihil mirum videri debet, si olim exhæredari potuerit. Nam cùm iure ciuili matrimonium non valeret absque Patris consensu, filia nubendo sine patris consensu, videbatur stuprum admittere, non autem matrimonium contrahere. Stuprum verò iustam esse exhæredationis causam ex eo manifestum est, quòd Iustinianus dicit in d. Nouella 115. *Filiam scilicet in corpus suum peccantem exhæredari posse, nisi pater eam elocare distulerit.* vt ibi. Cùm autem, iure canonico inspecto (est autem in hac materia & similib. præcipuum) matrimonium absque patris consensu valeat, iam cessat illa ratio stupri, & dū puella nubit etiam absque patris consensu, verum cōtrahit matrimonium.

Ex quib. ad argumentum Pauli Castrensis responsio patet, quod nitebatur authoritate d. auth. Sed si potest, & d. l. 3. §. si emancipatus. quibus est responsum.

CAPVT XLV.

Vtrum pater dotem dare teneatur filiæ, quæ nupsit absque eius consensu?

SEd & non leuis est controuersia, Vtrum pater filiæ nubenti absque eius consensu, dotem dare teneatur. Negant. n. Bart. in l. Obligamur. ff. de act. & obli. Bald. & Salic. in l. qui liberos. ff. de ritu nup. Alex. in cons. 33. lib. 4.

Argumenta sunt ista. Pater dotem dare tenetur suæ filiæ, vt possit nubere. Nam absque dote non facilè maritum inueniret. Sed talis filia iam nupsit, & maritum inuenit, ergo dotem ei dare non tenetur.

Secundò. Dos est loco alimentorum, vnde sicut ei debentur alimenta, qui non habet aliunde. l. si quis à liberis. ff. de lib. agnosc. ita & dos. Hic autem filia iam nupsit, vnde videtur habere, vnde se alat, nec dote indigere.

Tertiò, matrimonium valet absq. dote, nec potest vxorem is, qui eam duxit, expellere ob eam causam quòd dotem non habeat. Sic itaque in authen. de Nuptiis. Ergo sibi imputet & filia & maritus eius, si non procurauerūt dotem à patre habere.

Postremò, filia nubens absque consensu patris, facit illi maximam iniuriam, vt patet: Ergo pater non tenetur ei dotem dare.

Contrariam sententiam habuerūt Abbas in c. 1. de despons. impub. & in cōs. 11. lib. 1. Campegius de dote in 1. parte, quæst. 13. Iason in Auth. Res quæ. C. cōmun. de leg. & ibid. Bald. Angelus & Castren. Decius ad l. Nuptias, de reg. iur. Alios commemorat Ripa in l. 1. nu. 55. ff. sol. matr.

Fundamentum est, quia pater ad hæc duo est obligatus, vt nubat filiam, & vt ei dotem det. l. Qui liberos. ff. de ritu nuptiar. ibi: *Coguntur in matrimonium collocare & dotare.* Si ergo filia nupsit, ea obligatione solutus est, sed nō altera, dotem dandi.

Tertia est sententia sic distinguens: Aut filia nupsit digno, & pater tenetur eam dotare: aut indigno, & non tenetur, vbi tamen maritus est ita

est ita diues, vt possit eam alere. Ita Couuar. in Epitome de Sponsalib. in 2. parte, cap. 3. §. 8. n. 7. vbi alios citat.

Quarta est sententia patrē teneri, licet nubat indigno, ita Imolensis in c. Accedens. de Procur. Alex. ad l. 1. n. 31. ff. sol. matr.

Et ego in eam sententiam sum procliuior, quæ patrem indistinctè ad dotandum obligat. etsi enim olim exhæredari potuerit, eam ob causam, quòd indigno nupsisset, vt in l 3. §. Si emancipatus. ff. de bonor. possess. contra tab. tamen hæc inter alias veras & legitimas causas à Iustiniano non connumeratur in Nouella 115. Et meritò, præsertim verò iure canonico inspecto, ex quo matrimoniū valet, & plena debet libertate gaudere, adeò, vt filius, qui concessâ sibi à lege potestate vtitur, nulla pœna dignus esse videatur.

Et ideò sic argumentor: Pater filiam dotare tenetur, etiam si diues sit & bona propria habeat. l. vlt C. de dotis promiss. Nulla verò est lex, quæ dote debita illam priuet eam ob causam, de qua agitur, ergo non est priuanda: Argumento textus in §. Optimè. in Auth. de non elig. secundo nub. ibi: *Nec est lex tale quid dicens, &c.* Quam ob rem occurrit, quod iurisconsultus dicebat in l. Etsi quis. §. Diuus. ff. de Relig & sumpt. funer. *Non rectè facere,* inquit, *pœnam tamen in eum statutam non esse.*

Ad primum, secundum ac tertium argumētum contrariæ opinionis respondeo, locum habere, si filia nubens dotem nō promittat, & maritus eam acceperit absque dote, tūc enim dotem petere non potest, alias secus, quia licet maritum inuenerit, & ab eo alatur, non tamē dotem sibi debitam amisit, nec ab ea est excludenda, sed pater suo tenetur officio satis facere. l. Vlt. C. de do. promiss.

Ad vltimum argumentum respondeo, filiā non rectè facere, & peccare grauiter, sed non rectè colligi, eam dote priuandam esse, quam ex legibus parens ei dare tenetur.

CAPVT XLVI.

De confiscatione bonorum raptoris, vtrum mulieri rapta sint applicanda, si matrimonium cum eo contraxerit?

IVstinianus statuit eum, qui mulierem rapuit, bonis mulctandum, eaque mulieri raptæ applicanda. l. 1. C. de raptu virginum. Cæterùm si matrimonium cum raptore contraxerit, alia constitutione decreuit, bona non esse mulieri applicanda, vt in Auth. de rapta muliere, quæ raptori nupsit.

Iam controuersia oritur, quia iure canonico valet matrimonium inter raptorem & raptā, c. vlt. de raptorib. nisi eo tempore sit contractum, quo mulier rapta, est in potestate raptoris, vt in Concilio Tridentino, sess. 24. Oritur inquam controuersia: vtrum nihilominus bona raptoris mulieri sint applicanda?

Et applicanda esse censuerunt Glos. in cap. De puellis. 36. quęst. 2. Io. Lup. in c. Per vestras. 3. not. §. 20. nu 8 de Donatio. inter vir. & vxor. Abbas, Aretinus, Felyn. & Decius. n. 14 in cap. Ecclesia. de Cōstit. Federicus Senensis in cons. 36 Couuar. in Epitome de Sponsalib. in 2. parte. cap. 3. § 9. num 1. & 2.

Fundamentum est, quia Iustinianus Imperator ideo lucrum ademit mulieri nubēti bonorum ipsius raptoris, quia illi prohibuit, ne raptori nuberet, vt in Auth. de Rapta muliere. quæ raptori nubit, vers. Quia enim tale stare matrimonium, &c. Cùm ergo iuris canonici authoritate, quod quidem in hac materia iuri Cæsareo anteponendum est, nubere raptori possit, inde videtur inferri posse, tale lucrum bonorum raptoris iam ordinatum, illi auferendum non esse.

Sed contrariam sententiam habuerunt Antonius Butrius in cap. 1. de Sponsalib. Felynus ibid. num 15. Ioan. Anchar. & Dominicus in c. Cum secundum, de hæreticis li. 6. Ioannes de Anania in c. pen de Raptorib. Salicet, in l. Vnica n. 13. C. de raptu virginum.

Fundamentum est, quia bona raptoris à lege deferuntur mulieri raptæ ea conditione, si raptori non nupserit: Igitur si nupserit, lucrū delatum non obtinebit. Et licet canones matrimonium permittant, nihil tamen amplius, quod ad tale lucrum attinet, disponunt.

Hæc videtur mihi probabilior sententia. Aut enim ex iure ciuili sibi tale lucrum mulier vindicat, & non potest, quia non defertur, vbi matrimonium inter raptam & raptorem contrahitur: Aut ex iure canonico, & multò minus, quia canones non illud deferunt.

At, inquiunt, matrimonij libertatē impediri, si mulier tale lucrum nubendo amittat, quia sic non libenter nubet raptori, ne illud amittat. Non rectè: quia non defertur illud lucrum absolutè mulieri, sed ea lege, ne nubat. Poterit ergo nubere raptori, si voluerit, sed lucrum nō habebit. Hinc autem matrimonij libertas non impeditur magis, quàm si quis dixerit, quia mulieribus nubentibus præmium non est à lege constitutum, matrimonium impediri, seu libertatem matrimonij.

At, inquit Couuar. lucrum iam absq; conditione vlla constitutum fuerat a lege, quia illa absolutè bona raptoris mulieri raptæ applicauit, sine vlla conditione. Non rectè: quia Imperator ipse miratus est aliquos ita legē suam fuisse interpretatos. *Sed miratissumus,* inquit, *quòd conati sunt aliqui dicere, raptam mulierem siue volentem, siue nolentem, etsi raptoris sit amplexa matrimonium contra nostra constitutionis tenorem, debere tamen eā raptoris habere*

ſubſtantiam, vel quaſi legis præmium, &c. Et ſtatim ſubdit: *Qui enim talia dicere præſumpſerunt, ij prædictæ legis ſeriem intelligere non poterunt, quia enim tale ſtare matrimonium, etſi rapta voluerit, prohibuimus, &c. Quomodo raptas mulieres raptorum eligentes connubium præmiis honoraſſemus rapta datis mulieri?* Hactenus Imperator, qui apertè indicat, ſe nunquam illud præmium ſimpliciter & abſolutè detuliſſe mulieri, ſed ita demum, ſi raptori non nuberet.

CAPVT XLVII.

Vtrum fructus rerum mobilium dotis ſoluto matrimonio ſtatim ad mulierem pertineant, an vero intra annum ad hæredes mariti?

Soluto matrimonio ad reſtituendam dotē, ſi in rebus mobilibus conſiſtat, anni tēpus viri hæredibus eſt conceſſum, l. Vnica. §. Exactio. C. de rei vxor. act. Sed an fructus, qui ex rebus mobilibus percipiuntur, ſeu acceſſiones, lucrentur etiam ipſi hæredes, eius videlicet anni, controuerſia eſt nonnulla.

Antiquiores interpretes affirmant, nempe Bartolus, Caſtrēſis, Aretinus, Albericus & alij, Iaſone teſte, in l. Diuortio, n. 18. ff. ſol. matr.

Argumenta ſunt iſta. Hęres videtur eſſe eadē perſona cum defuncto, nec ex eius perſona cōditio obligationis immutatur, l. 2. §. Ex his. ff. de ver. oblig. ſed maritus viuens fructus lucratur anni à lege conſtituti ad reſtituendam dotem, l. Si conſtante. ff. ſol. matr. l. Si mulier. §. Rerum. ff. rer. amo. Ergo & hæredes illius.

Secundo, hæredes tenentur alere mulierem viduam intra annum, vt docet Glo. in l. Vnica. §. Exactio. C. de rei vxor. act. Ergo & commodum habere debent ipſorum fructuum, qui ex rebus mobilibus percipiuntur, intra illud tempus.

Tertiò, mulier vidua intra annum videtur eſſe in primo matrimonio. l. vltim. C. de bonis mater. Ergo ſicut maritus fructus rerum dotalium haberet, ſi viueret, ita & eius hæredes habebunt.

Sed contrariam ſententiam veriorem cenſeo vnà cum Zaſio lib. 2. ſingularum reſponſionū, cap. 3. ad quem videtur ſe remittere Couuar. de Sponſalib. part. d. ca. 3. §. 9. ante n. 9.

Probatur ſatis clarè ex d. l. Vnica. §. Exactio, in illis verbis. *Fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore diſſoluti matrimonij præſtandis. Similiq; modo penſionibus, vel vecturis nauium, ſiue iumentorum, vel operis ſeruorum, vel quaſtu ciuilium annonarum, & aliis, quæ ſunt eis ſimilia parti mulieris reſtituendis.*

His verbis Imperator idem ſtatuit de fructibus rerum immobilium, quod de fructibus mobilium, vt nimirum ex tēpore ſoluti matrimonij ad mulierem pertineant. Idem probatur in l. Diuortio. §. Non ſolum ff. ſol. matr.

Confirmatur hæc ſententia. Nam ad eum fructus ſpectant, qui rei eſt dominus. l. Et ex diuerſo. §. 1. ff. de rei vendic. Et qui ſciens alienam rem poſſidet, fructus reſtituere tenetur. l. Certum. C. de rei vend. l. 3. C. de cond. ex l. Sed mulier ſoluto matrimonio eſt domina rerum dotalium: vnde & eas vēdicat. l. In rebus. C. de iure do. Et id ſciunt hæredes viri, vel ſcire debent. l. Leges ſacratiſſimæ. C. de leg. Ergo fructus ei ſunt reſtituendi.

Ad primum argumentum, nego maritum fructus lucrari eius anni, qui ad dotis reſtitutionem indulgetur. Neque id leges in argumento allatæ dicunt.

Ad ſecundum reſpondeo, Gloſſam in d. §. Exactio, non ita dicere, ſed ita, ſi mulier aliunde non habeat, vnde ſe alat, alendam eſſe apud hæredes mariti, qui dotem habent, quod ſummam habet æquitatem.

Ex fructibus ergo alenda erit, vel ei dos reſtituenda, ſi quid præter alimenta ex fructibus ſupererit, id ad ipſam, non autem ad hæredes mariti pertinebit.

Ad tertiū nego conſequentiam: Dum enim vidua eſt mulier, videtur quo ad aliquid eſſe in eodem matrimonio, & tamen abſurdum eſſet affirmare toto viduitatis tempore eam eſſe priuandam fructibus rerum dotalium, & hæredem lucro cedere.

CAPVT XLVIII.

Vtrum maritus expellere vxorem poſſit, ſi non ſoluatur dos promiſſa?

Vxorem expelli poſſe à marito, ſi non ei dos promiſſa præſtetur, cenſuerunt Abbas in cap. Per veſtras. de donatio. inter vir. & vxor. & ibidem Ioannes Lupi in 3. notab. Paulus Caſtr. & Alexan. ad l. In inſulam. §. Vſuras. ff. ſol. matr. Salicet. in l. Quod in vxorem. C. de nego. geſt.

Fundamentum eſt in d. ca. Per veſtras, in illis verbis: *Non occaſione dotis detenta vxor à viro dimiſſa ſeu vir, qui dimiſit vxorem, adulterij reatum incurrat.* Et in l. vlt. C. ad Velleian. in illis verbis: *Neque enim ferendum eſt, quaſi fortuito caſu interueniente, mulierem fieri indotatam, & ſic à viro forſan repelli, & diſtrahi matrimonium, &c.*

Sed contrariam ſententiam habuit Couuar. quam & ipſe ſequor ac probo in Epitome de Sponſalib. in 2. part. cap. 7. nu. 2. *Si Chriſtus*, inquit, *ſummus humani generis redemptor, prohibet vxorem dimitti, excepta fornicationis cauſa, & tunc iudicio Eccleſiæ dimittenda vxor eſt, Cur doctores ita libere ob non ſolutam dotem*

dotem maritus dimittere propria authoritate vxores permittunt? quod lege diuina prohibitum est. Rursus lege quidem naturali, & diuina vir tenetur cohabitare cum vxore, cur ergo ab hac obligatione eximitur dote non soluta?

Ad textum in c. per vestras. respondentur Pontificem eo in loco id non permittere, vt vir expellat vxorem propter dotem non solutam, sed tantùm dicit, periculum esse, ne vir eam expellat, intellige de facto, & inde adulterij committendi oriatur occasio.

Et hæc responsio valet ad l. vlt. C. ad Velleian. potius enim ibi periculum Imperator indicat, ne matrimonium distrahatur, quàm distrahi permittat.

CAPVT XLIX.

Vtrum pater duodecim liberorum immunis existat ab oneribus patrimonialibus?

PAtrem duodecim liberorum ab oneribus patrimonialibus immunem esse docuerũt, Bartolus, Io. de Platea, & Lucas de Penna in l. si quis decurio. C. de decurio. lib. 10. Guido Papæ, q. 301. Aretin. In Instit. de excusa. tuto. in principio. n. 4. Io. de Anania in cons. vlt. col. 1. & 2. Viuius communium opinionum verbo Pater habens duodecim liberos. Rolandus à Valle in cons. 52. lib. 2.

Fundamentum est in d. l. si quis decurio. C. de decurionib. lib. 10. vbi textus ita dicit: *Si quis decurio pater sit duodecim liberorum, honestißima munerum quiete donetur.*

Sed contrariam sententiam amplexi fuêre Baldus & Rebuff. ad dictam l. si quis decurio. & alij. quos refert & sequitur Couuarr. in Epitome de sponsalib. in 2. part. c. 8. non procul à principio.

Et hæc sententia videtur mihi probabilior. Probatur enim primò ex l. 2. ff. de Vaca. muner. *Quæ patrimoniorum* (ait textus) *onera sunt, numero liberorum non excusantur.*

Secundò ex l. sunt munera. ff. eod. tit. *Sunt munera* (inquit textus) *quæ rei propriæ cohærent, de quibus neque liberi, neque ætas, neque merita militia, neque vllum aliud priuilegium iure tribuit excusationem.*

Tertiò ex l. rescripto. §. Quæ munera. ff. de Munerib. & hono. *Quæ munera* (inquit textus) *patrimonijs iniunguntur, &c. talia sunt, vt neque ætas ea excuset, nec numerus liberorum, nec alia prærogatiua.*

Quartò ex l. 5. C. de munerib. patrimo. li. 10. *Neque tempore ætatis*, inquit, *neque numero liberorum à muneribus, quæ patrimoniorum sunt, excusationem quis habere potest.*

Quintò ex l. 1. C. de his, qui numero liberorum. &c. lib. 10. *Numerus liberorum* (ait Imperator) *ab oneribus non excusat.*

Respondent contrariæ sententiæ authores, has leges accipiendas esse de numero quinque liberorum, non autem duodecim, ne pugnent cum d. l. si quis decurio. Non rectè, quia absolutè loquuntur de numero liberorum. Deinde quòd ineptum esset dicere: Numerum liberorum non excusare, si excusaret numerus duodecim liberorũ: Deberet enim excipi in ipsis legibus dictus numerus duodecim liberorum.

Tertiò, quia nulla est repugnantia inter dictas leges, & l. si quis decurio. Nam ad l. si quis decurio, respondetur primùm, eam loqui de decurionibus, deinde nõ loqui de muneribus patrimonialibus. Id patet. Nam in Codice Theodosiano sic legitur. *Qui pater sit duodecimum liberorum, non modò ad curiam nõ vocetur, verùm etiam si sit decurio, honoratissima quiete donetur.* Illa verba *honoratissima quiete*, conueniunt oneribus personalibus, & sensus est, vt decurio & pater duodecim liberorum quiescant ab oneribus, quæ personæ iniunguntur, vt liberorum educationi operam dare valeãt: vt non solùm non vocetur, sed etsi vocetur, non teneatur ire, si sit simul decurio & pater duodecim liberorum. Neque etiam rectè dicitur eum quiescere, qui à solutione iniuncta patrimonio est immunis.

Confirmatur hęc interpretatio ex loco simili Iurisconsulti in l. semper. §. Demõstratur. ff. de iure immu. vbi, loquens de patre sedecim liberorum, ait, talem numerum filiorum ad excusationem municipialium munerum prodesse, vt filiorum educationi vacare possit. Verba sunt ista: *Et non ab omnibus muneribus dimittit patrem natorum numerus, tamen quia sexdecim pueros habere te per libellum notificasti, non est irrationabile, vt concedamus filiorum educationi remitti tibi munera.* Ex quibus pater sexdecim liberorum numerum excusare à muneribus generaliter, non autem duodecim. Videas hac de re Ferdinand. Paez. in tracta. de Excusatione parentis à muneribus ob numerum liberorum, & Antonium Tessaurum nouissimè in decisio. Pedemont. 267.

CAPVT L.

De legitimatione filiorum per subsequens matrimonium controuersia, sitne necesse vt matrimonium inter virum & vxorem contrahi potuerit tempore conceptionis, an verò sufficiat, si natiuitatis tempore poterat contrahi?

TAnta est vis matrimonij, vt qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur. si autem vir viuente vxore sua aliam cognouerit, & ex ea prolem susceperit, licet post mortem vxoris eandem duxerit,

nihilominus spurius erit filius, &c. vt in c. Tanta. Qui filij sint legitimi.

Ex hoc loco conclusio desumitur. Per subsequens matrimonium filios antea natos legitimos fieri, vbi matrimonium inter virum & vxorem contrahi poterat, aliàs secus.

Controuersia est in eo, an sit necesse, vt conceptionis tempore matrimonium contrahi possit, an verò sufficiat, si tempore natiuitatis filiorum contrahi potuisset.

Et quidē istud præcisè requiri, vt matrimonium conceptionis tempore contrahi potuerit, responderunt Salicet. in l. Filium. C. de suis & legit. hæredit. & Antonius Rotellus de legitimatione, col. 8. & 9.

Argumenta sunt ista. Primum ex l. Paulus ff. de statu hom. vbi tempus conceptionis filiorum inspicitur, quo ad eorum statum, licet eis non sit vtile. Paulus enim respondit: *Eum qui viuente patre, & ignorante de conceptione filiæ, conceptus est, licet post mortem aui natus sit, iustum filium ei, ex quo conceptus est, esse non videri.*

Secundum est ex l. Etsi contra, & ibi Glos. C. de nupt. Nam cùm textus dicat matrimoniū, quod erat inualidum, nouo consensu confirmari. Ideoque liberos postea susceptos legitimos esse, quærit Glos. Quid si ante liberi essent suscepti. & respondet non esse legitimos, argumento d. l. Paulus, ff. de statu homin.

Tertium est ex l. Ex libera. C. de suis & legiti. hæred. vbi dicitur, natum ex seruo & libera esse spurium, quamuis posteà patri libertas superueniat & natalium restitutio, quod non alia ratione fieri potest, nisi quia primum tempus est inspiciendum.

Contrariā sententiam secuti sunt Hostien. Ioan. Andr. Anton. Butr. & Card. in d. c. Tanta, Couuar. in Epitome de sponsalib. in 2. parte cap. 8. §. 2. n. 3. quibus & ipse assentior.

Probatur hæc sententia, quia ita iure constitutum est, vt natiuitatis vel conceptionis tempus inspiciatur, quatenus filiorum legitimitati magis expedit. Quod patet primùm ex l. Qui in vtero. ff. de statu homin. *Qui in vtero est* (inquit textus) *perinde est, ac si in rebus humanis esset. Custoditur, quandiu de commodis eius agitur.* Si ergo de incommodis eius agatur, secus erit, & sic eo casu habendus erit pro non nato, & natiuitatis eius tempus inspicietur.

Secundū ex l. 5. ff. eod. tit. vbi textus ita dicit: *Ingenui sunt, qui ex matre libera nati sunt. Sufficiet autem liberam fuisse eo tempore, quo nascetur, licet ancilla conceperit. Et è contrario, si libera cōceperit, deinde ancilla pariat, placuit eum, qui nascitur, liberum nasci.* Idem habetur in §. Sufficit, in institutionibus de ingenuis.

Tertio id patet ex l. Nuper. C. de natu. lib. in illis verbis: *Et generaliter definimus, & quod super huiusmodi casibus variabatur, definitione certa concludimus, vt semper in huiusmodi quæstionibus, in quibus de statu liberorum est disputatio, non conceptionis, sed partus tēpus inspiciatur. Et hoc fauore facimus liberorum, vt editionis tempus statuamus esse inspectandum, exceptis tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbari infantium conditionis vtilitas expostulat.*

Ad primum argumentum respondeo, Non inspici tempus cōceptionis in specie d. l. Paulus, quia nec eo tempore inspecto, filij legitimi esse poterant. Nam matrimonium fuerat contractum à filiafamil. sine consensu patris, quo casu erat inualidum: Nec patre mortuo validum efficiebatur.

Ad secundum respondeo. Glos. in d. l. Etsi contra, nihil amplius probare, quàm l. Paulus. ff. de statu. hom. ad quam legem se refert, cui iam responsum est.

Ad tertium: Nil pertinere ad rem nostram textum in d. l. Ex libera, quia nostra disputatio est, an tempus conceptionis sit inspiciendum vel natiuitatis eo iam supposito, quod per matrimonium filij legitimentur, vt in d. c. Tanta. At in specie d. legis statuitur, filios iam natos non effici legitimos ex eo, quod pater libertatem & natalium restitutionem consequatur.

Sed post hæc scripta vidi Franciscū Sarmiētum lib. 1. select. interpret. ca. 5. aduersus hanc sententiam multa adferentem.

In primis textum in d. l. Paulus. Nec obstat, quòd dicitur ibi nullo tempore matrimoniū constitisse. Nam constitit post mortem patris filiæ nuptæ, licet enim contra legum præscripta sit contractum matrimonium, si tamen in eadem voluntate perseuerent coniuges, validum efficitur. l. Etsi contra. C. de nupt. l. Si quis in senatorio. ff. de ritu nupt.

Confirmatur, quia si matrimonium validū effici non potuisset, frustrà ibi quæreretur de filiis, an essent iusti & legitimi.

Et cùm delictum committatur in coitu, & conceptionis tempore, ridiculum esse videtur inspicere tempus natiuitatis. Leges verò, quæ dicunt tempus vel natiuitatis, vel conceptionis esse inspiciendum, prout filiis est magis commodum, loquuntur, quantum ad libertatem & seruitutem, non autem ad effectum legitimitatis.

Istis nil motantibus à priori sententia non recedo. Nā quod attinet ad d. l. Paulus, ita respondet Couuar. loco annotato. Non obstat l. Paulus: quia in eo casu nec tempore natiuitatis matrimoniū erat legitimū. Nam etsi potuit tunc contrahi; tamen contractum prius eo

tempore,

tempore, quo minimè licebat, non fuit nouo conſenſu legitimè confirmatum. Itaq; ad Sarmientum pertinet onus probandi matrimonium in ea ſpecie fuiſſe nouo conſenſu confirmatum, neque enim id conſtat.

Nec valet illa ratio, alioqui fruſtrà quæri, an filij eſſent iuſti & legitimi. Nam ratio dubitandi fuit, quia poſt mortem patris contrahi matrimonium potuit, ſeu contractum nouo conſenſu confirmari, qua ratione nō obſtante contrarium decidit ibi Iuriſconſultus, nimirum filium natum legitimum non eſſe, quia matrimonium validum non fuit. Quid autē iuris, ſi nouo conſenſu celebratum & confirmatum fuiſſet, non decidit eo loco Iuriſconſultus.

Et licet peccatum commiſſum ſit in coitu, tamen inſpiciendum eſſe natiuitatis tempus, quoad filiorum ſtatum probat l. Nuper. C. de Naturalib. lib. vbi Imperator id expreſsè ſtatuit, & loquitur nominatim quo ad effectum, de quo agitur, nempe legitimitatis filiorum. Idem docet Nouella 89. §. Reliquam eſt, verſ. Multóque magis. Vt meritò refellatur id, quod poſtremo loco Sarmientus dicit, leges ſe reſtringere ad ſtatū ſeruitutis & libertatis.

CAPVT LI.

Vtrum legitimentur filij per matrimonium ſubſequens etiam abſque dotalibus inſtrumentis?

IVre Canonico filios per ſubſequens matrimonium legitimari conſtat ex c. Tanta, qui filij ſint legiti. Sed quoniam iure ciuili ad hoc inſtrumenta dotalia requiruntur. l. cùm quis. C. de naturalib. lib. §. vltim. in Inſt. de Nuptiis, Controuerſia eſt: an tales filij pro legitimis habeantur etiam in foro Cæſareo, vbi dotalia inſtrumenta non interuenerunt, ad hoc, vt in hæreditate paterna ſuccedere poſſint.

Negant Angelus in cōſi. 29. Bald. in l. ſi qua illuſtris. C. ad Orficia. Lucas de Penna in l. 4 C. de his, qui ſpōte munera ſubeunt. lib 10. Socin. iun. in conſ. 52. lib. 1. Curtius in conſ. 136. colum. 2. & ante hos Prępoſitus in d. c. Tanta. col. 15.

Fundamentum eſt, quia nemo ſuccedere poteſt in locis Imperio ſubiectis, niſi Imperiali ſeu ciuili lege vocetur ad ſucceſſionē. l. lege obuenire. ff. de verb. ſig. toto tit. de hæred. ab inteſt. venien. Sed tales filij à lege non vocantur ad ſucceſſionem, intellige abſolutè tanquam legitimi, ergo nullo modo ſuccedunt.

Si dicatur, ſunt legitimi, ergo ſuccedūt, nego conſequentiam, quia fieri poteſt, vt filius ſit legitimus, & tamen non ſuccedat. Id patet in filio deportato, & exhæredato, & ſimilibus.

Contrariam ſententiam habuerunt Alexan. in l. ex facto. §. ſi quis rogatus n. 19. ff. ad Treb. Iaſon in l. generaliter. §. cùm autem col. pen. C. de inſtit. & ſubſtit. Ruin. in conſil. 211. col. 2. lib. 1. Pariſius in conſ. 13 n. 49. lib. 2. Couuar. in Epitom. de ſponſalib. in 2. parte cap. 8. § 2. n. 8. nouiſſimè alios citans Antonius Teſſaurus deciſ. Pedemont. 85.

Fundamentum eſt, quia ſecundùm Canones, quibus in hac materia parendū eſt etiā in foro Cæſaris, filij ſunt legitimi, nec requiruntur dotalia inſtrumenta, latè Decius in conſil. 55 Ergo abſolutè tanquam legitimi ſuccedere debent. Eſt enim matrimonium Sacramentum, & ideo res ſpiritualis, vnde quo ad ipſum & effectus eius ſacrorum Canonum eſt diſponere ac ſtatuere, quos non dedignabitur Imperator ſequi, atque eis ſe ſubiicere.

Et hæc ſententia videtur mihi probabilior. Nam filij ſic legitimati, à lege vocantur ad ſucceſſionem non directè, ſed per remotionē obſtaculi in hunc modum. Iure ciuili matrimonium non conſiſtit ſine dotalibus inſtrumentis hoc in caſu. Iure Canonico conſiſtit, quod præualet etiam in foro Cæſareo, quia agitur de re ſpirituali. Ergo filij ſunt legitimi etiam ſine dotalibus inſtrumentis. Si ſunt legitimi, ergo ad ſucceſſionem vocantur. Nihil enim aliud extrinſecus obſtat ſicut ingratis & deportatis liberis, & id genus: quare ſi filius; ergo hæres.

CAPVT LII.

Vtrum filij per ſubſequens matrimonium legitimentur, ſi eorum parens fuerit clericus in minoribus ordinibus conſtitutus Eccleſiaſtica beneficia habens?

AFfirmant Ioan. And. in Reg. Sine culpa, de reg. iur. lib. 6. Bald. in c. 1. §. naturalis, ſi de feudo fuerit controuerſia inter dom. & agna. Præpoſitus in d. c tanta, col. 9. Couuar. de ſponſalib. in 2. parte. c. 8 §. 2. n. 5.

Fundamentum eſt, quia talis clericus poteſt vxorem ducere. Neque enim voto caſtitatis eſt adſtrictus aut aliter impeditus, conſequenter videtur inter eum, & mulierem quam cognouit matrimonium contrahi potuiſſe, quo caſu filios legitimari conſtat ex c. Tanta, qui filij ſint legitimi.

Cæterùm negant Bart. in l. pen. ff. de Concubini. Ludouic. de Sardis de legitim. in 2. part. §. De legitimatione per ſubſequens matrimonium. q. 3. Antonius Roſellus lib. 1. de legit. col. 4. Io. Lup. in c. per veſtras, §. 21. n. 21. de donat. inter vir. & vxor. Franciſcus Sarmientus lib. 1. ſelect. interpret. c. 5. n. 7.

Fundamentum eſt, quoniam inſpecto præſenti ſtatu, inter clericum & mulierem matrimoniū eſſe nō poterat. Conſequenter filij nō

ſunt legitimi, vt in d. c. Tanta. Nec habetur ratio, quòd alio tẽpore eſſe potuerit, quia huius futuri euentus ratio haberetur, etiãſi quis vxorem haberet, & mulierem cognoſceret, ex eáque liberos ſuſciperet, illi eſſent legitimi per ſubſequens matrimonium, quia vxore mortua poterat eſſe matrimonium inter illũ & mulierem, quod tamen eſt contra textum in d. c. Tanta.

Sed priori ſententiæ vt accedam, magis animus inclinat, quia etiam inſpecto præſenti ſtatu, Clericus in prioribus ordinibus conſtitutus, infra videlicet ſubdiaconatũ, matrimonium poteſt contrahere, licet beneficio Eccleſiaſtico priuetur, vt in cap. 1. & in c. Quod à te, de clericis coniugatis.

CAPVT LIII.

Quid ſi matrimonium honeſtè contrahi non poterat inter virum & mulierem, quia videlicet erat illa minus digna & nobilis, vtrum filij per ſubſequens matrimonium legitimi efficiantur?

NEgãt Angelus in §. Sed & aliud. in Auth. quib. mod. natur. effi. leg. & ſui. Curtius Iunior in conſil. 136. num. 9. 10. Ruinus conſil. 211 n. 5. lib. 1. Paulus Picus in l. Titia cum teſtamento. §. Titia cùm nuberet. ff. 52. de leg. 2.

Fundamentum eſt in d. §. Sed & aliud. ibi: *Neque dignam eam exiſtimauit legitimo quodam nomine.*

Cæterùm affirmant Nicolaus de Vbaldis de ſucceſſ. ab inteſt. n. 61. Iaſon in conſ. 234. lib. 2. Couuar. alios citans de Sponſalib. 2. parte, cap. 8. §. 2. n. 9. Et huic adhæreo ſententiæ, quia matrimonium inter has perſonas valet, licet altera ſit vilis & indigna, c. Inter opera. de Sponſalib. toto tit. de coniugio ſeruorum. Si conſiſtit matrimonium, ſequitur filios legitimari ex eo, vt in c. Tãta, qui filij ſint legitimi.

Quod verò in contrarium adfertur, ex d. §. Sed & aliud, non magna indiget confutatione, quia canones hac in re ſunt præferendi legibus, quoniam ſpiritualis eſt, & ex matrimonio, quod eſt Sacramentum, pendet.

CAPVT LIV.

Vtrum requiratur conſenſus ipſorum filiorum, vt per matrimonium ſubſequens efficiantur legitimi?

NOn requiri conſenſum filiorum, vt per matrimonium ſequens legitimi efficiantur, authores ſunt Angelus in cõſ. 17. col. 2. Salicet. in diſputatione, incipiente Mediolanenſis quidam, in 2. Dub. art. 3. Præpoſitus in cap. Tanta. q. 12. qui filij ſint legitim. Io. Lupus in c. Per veſtras. tertio not. §. 21. num. 17. de donationibus inter vir. & vxor. Couuar. de Spõſalib. par. 2. c. 8. §. 2. num. 13. Franciſcus Sarmientus lib. 1. ſelect. interpret. cap. 8. poſt principium.

Argumenta ſunt duo præcipua. Primum. Nam publicè intereſt filios legitimari per ſubſequens matrimonium, c. Inter cætera. 22. q. 4. Ergo non poſſunt iuri ſuo renunciare, argumento c. Si diligenti. de foro competen.

Secundum eſt argumentum, quoniam non patris voluntas, ſed lex facit, vt per ſequens matrimonium filij legitimentur, vt in d. c. Tanta. qui filij ſunt legitim. Ergo filij nequeunt ſuo diſſenſu hanc legis voluntatem impedire. l. Nemo poteſt. de leg. 1.

Contrarium docent Albert. Bald. & Caſtrenſ. in l. Scire leges. ff. de legib. Boerius deciſ. 160. & alij, quos Antonius Gabrielius commemorat communium concl. tit. de legitimatione. concl. 1. nu. 16. verſ. Contrarium. Et his ego aſſentior.

Probatur hæc ſententia ex §. Generaliter. in Auth. quib. mod. nat. eff. ſui. Cuius hæc ſunt verba: *Generaliter autem in omnibus, qui per prædictum modum deducuntur ad legitimum ius, tunc id volumus obtinere: cùm & filij hoc ratum habuerint. Nam ſi ſoluere ius patriæ poteſtatis inuitis filijs non permiſſum eſt, Patribus multò magis ſub poteſtatem redigere inuitum filium & nolentem. ſiue per oblationem ad Curiam, ſiue per inſtrumentorum celebrationem, ſiue per aliam quamlibet machinationem, tanquam ſortem metuentem paternam, iuſtum non eſt, neque imperij & legiſlatoris ponimus proprium.*

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, illum textum locum habere ſecundum ius ciuile, quo inſtrumenta dotalia requirũtur, quę ex facto & conſenſu patris fiunt, non ex legis præſcripto. Sed nihil valet hæc reſponſio: Licèt enim inſtrumenta dotalia requirantur, & ea pendeant ex facto patris, legis tamen diſpoſitio & volũtas facit filios legitimos. Et matrimonium contrahere, ex voluntate & facto patris pendet, & tamen ſtatim intrat legis illa definitio, qua filij legitimi efficiuntur.

Et cùm iure ciuili textum ſatis clarum habeamus, nec contrariũ iure canonico ſit ſancitum, tacitè vel expreſsè, huic inhærendum puto, ſicut enim leges non dedignantur ſacros canones imitari, ita & ſacrorũ ſtatuta canonum principum conſtitutionibus adiuuantur, vt in c. 1. de oper. no. nunc.

Ad primum argumentum reſpondeo, negando publicè intereſſe, & quidem principaliter, vt filij per ſubſequens matrimonium legitimentur, neque id dicit tex. qui allegatus in d. c. Inter cætera 22. q. 4.

Ad ſecundum reſpondeo, ex legis quidem voluntate legitimationem filiorum oriri, ſed

nego consequentiam. Nam quod in mei commodum lex statuit, ego repudiare possum secundum antiquam iuris regulam, omnibus licere iis, quæ pro se introducta & constituta sunt renunciare, l. pen. C. de pactis.

CAPVT LV.

Vtrum filij per matrimonium sequens legitimentur, si nati sint ex eis, inter quos matrimonium contrahi non poterat, puta ex soluta & coniugato, altero tamen ignorante, & in bona fide existente?

AFfirmant Glos. in c. Tanta. qui filij sint legitim. in ver. Aliam. Præpositus in c. Quod nobis col. 3. eod. tit. Antonius Rosell. de legitimatione parte 1. cap. pen. Hostiensis in d. c. Tanta. Dominicus in cons. 66. Ludouicus de Sardis de legitimatione fol. 9. col. 2. Curtius iun. in cons. 27. nu. 8. Rota Romana apud Cassiodorum Decis. Vnica. tit. de Sponsalib.

Fundamentum est in c. Ex tenore, qui filij sint legitimi, vbi dicitur: filium natum ex coniugato & soluta, altero ignorante, & in bona fide existente, legitimum esse.

Contrariam sententiam habuerũt, Io. Andr. & Anton. Butr. in d. c. Tanta. & ibid. etiam Panormitan. Henric. Boic. in d. c. Ex tenore. Socin. iun. in cons. 31. n. 41. lib. 2. Couuar. de Sponsalib. in 2. parte. cap. 8. §. 2. nu. 17. & Franciscus Sarmientus alios citans Selectar. interpretationum lib. 1. cap. 6.

Quæ sententia videtur mihi probabilior Primùm ex d. c. Tanta, vbi summus Pontifex inter bonam & malam fidem non distinguit, sic enim ait: *Si autem vir viuente vxore sua aliam cognouerit, & ex ea prolem susceperit, licet post mortem vxoris eandem duxerit, nihilominus spurius erit filius, &c.*

Deinde hac ratione. Cùm quis operam dat rei illicitæ, non inspicitur eius opinio, sed rei veritas l. Eum qui nocentem. §. si iniuria. ff. de Iniur. l. Aut qui aliter. §. Si quis dum putat. ff. quod vi aut clàm. c. Inebriauerunt 15. q. 1. Sed mulier soluta dum patitur se cognosci, dat operam rei illicitæ, vt patet, ergo eius opinio & existimatio inspicienda non est, sed rei veritas, quod scilicet inter eam & illum, à quo fuit cognita, matrimonium esse non poterat.

Non obstat textus in c. Ex tenore, qui in cõtrarium adfertur, quoniam in ea specie matrimonium præcessit ex bona fide ex parte mulieris contractum, quamobrem illa putabat se vxorem esse, & consequenter se cognosci posse à viro. At in quæstione nostra mulier nouerat se peccare dum cognosceretur, & sic operam dabat rei illicitæ, licet putaret virum esse solutum, vnde latum est discrimen.

Facit pro confirmatione sententiæ nostra textus in c. Cùm inhibitio §. Si quis verò, de clandestina desponsatione, vbi dicitur filios natos ex clandestino matrimonio in gradu prohibito contracto, licet ignoranter, legitimos non esse. *De parentum ignorantia* (inquit textus) *nullum habitura subsidium* (Proles) *cùm illi taliter contrahendo non expertes scientiæ, vel saltè affectatores ignorantiæ esse videantur.* Hactenus textus, vbi vides, quia coniuges sunt in culpa, clam matrimonium contrahendo, quod est iure prohibitum, eorum ignorãtiam non inspici, sic & in casu nostro, quoniã mulier se cognosci permittat contra canones, eius ignorantiæ ratio habenda non est.

CAPVT LVI.

Vtrum filio mortuo ante matrimonium secutum, nepotes ex eo legitimentur per matrimonium postea contractum?

NEgat Albericus & Baldus in l. Benignius. ff. de legib. Castr. in l. Scire leges. ff. eod. & in l. 1. §. Cæterùm. ff. de acq. hæred. Alex. in l. Gallus. §. Si eius. ff. de lib. & posthum. Iason in l. Si is qui pro tempore. nu. 121. ff. de vsucap. Marsilius singulari 121.

Fundamentum est, quòd ex persona filiorũ legitimatio in nepotes descendat. Si ergo filius sit spurius, nõ possunt ex eius persona nepotes esse legitimi, quia videlicet medium est inhabile. l. 1. §. Cæterùm. ff. de acq. poss. ff.

Huc accedat textus in l. Si is qui. ff. de Adopt. vbi dicitur nõ posse quempiam adoptari ex filio iam mortuo, quia scilicet deficit habilitas extremi à quo, quo in casu fictio non procedit ex traditis in d. l. Si is qui pro empt.

Contrariam sententiam habuerunt Bartolomæus Socinus in l. Gallus. §. Si eius. ff. de li. & posthum. Alciatus in prima parte præsum. in fine & lib. 3. Paradoxor. cap. 16. Gulielmus de Benedictis, in c. Raynutius de testamentis. vers. & vxorem. num. 181. Baldus in c. Innotuit. col. pen. de elect. Couuar. de Sponsalib. parte 2. cap. 8 §. 2. n. 19.

Et hæc sententia mihi videtur probabilior. Primùm ex l. Si filium. ff. d. Gradib. vbi dicitur *Si filio meo mortuo Titium adoptauero, videri eum defuncti fratrem fuisse, & adoptatus filius censetur frater filij iam mortui.* Ergo & filij nati ex eo, qui iam est mortuus, legitimi esse videntur.

Probo consequentiam. Nam sicut in specie ista deficit habilitas extremi à quo, quia scilicet filius est mortuus ante matrimonium cõtractum, ita etiam deficit in d. l. Si filium. Et sicut ibi adoptatus pro fratre habetur, quia si tunc alter filius viueret, eius frater esset, ita etiam hi nepotes pro legitimis habendi sunt, quia si tunc viueret eorum parens, esset ipse legitimus, & consequenter ex eo nati.

Secundò probatur hæc sententia. Nam iccirco filius per subsequens matrimonium legitimatur, quia lex fingit matrimonium contractum fuisse antequam filij nascerentur, & sic matrimonium ipsum in fauorem filiorum retrotrahit, sed si initio matrimonium contractum esset, filius mortuus iam legitimus esset, & nati ex eo, ergo etsi postea contractum fuerit, erit idem iudicium.

Ad primum argumentum respondeo: dato, quòd nepotes suam ex filio consequantur legitimitatem, non tamen sequitur filio mortuo medium esse inhabile.

Primò: quia licet filius sit mortuus, non est tamen inhabilis iuxta l. si filium. ff. de Gradibus.

Secundò: quia sufficit habilitatem extare respectu matrimonij, quod est principale, ex quo descendit filiorum legitimatio & nepotum. Illud autem extremum est habile, quia matrimonium fingitur ab initio esse contractum, vt dixi.

Ad l. si is qui. ff. de adopt. respondeo, non dicere id, quod in argumento habetur, sed hoc dicit: non posse aliquem vt nepotem ex filio adoptari, nisi nominatim dicatur ex quo filio, puta ex Luc. Tit. vt patet in tex.

CAPVT LVII.

Filius ex coitu damnato & nefario natus, si rescripto Principis legitimetur, an absolutè ac per omnia legitimus efficiatur, & sic vtrum sit dispensatio, an autem vera legitimatio?

DIspensationem esse, non autem legitimationem responderũt Bald. in l. 1. C. de Natu. lib. Castr. in cons. 30. lib. 1. Curt. sen. in cons. 73 in 4. Dubio. Syluanus in cons. 45. n. 43. Barbatia in cons. 58 n. 5 li. 2 Decius in cons. 264. n. 3. & 610. Socin. iun. in cons. 120. n 19. lib. 6. Parisius in cons. 2. n. 22. Gozadinus in cons. 85. n. 6.

Fundamentum est, quia filius hoc in casu natus est ex iis personis, inter quas matrimonium esse non potest. Vnde ex legitimatione imago esse non potest matrimonij.

Huc accedat tales filios spurios esse & nulla Principis clementia dignos: vt in d. §. vlt. in auth. quibus modis natu. eff. sui, siue iuxta Holoandri translationem in Nouella 74. circa finem: *Eos enim*, inquit, *qui semel ex odibilibus nobis & propterea quoque prohibitis nuptijs procedunt, neque naturales vocari, neque participanda eis vlla clementia est.* Et secundum versionem Iuliani: *Primum quidem*, inquit, *omnis qui ex complexibus aut nefarijs, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est à parentibus, neque habebit quoddam ad præsentem legem participium.*

Adde quod appellatur dispensatio in c. per venerabilem. Qui filij sint legiti ni.

Contrariam sententiam habuerunt Albericus in rub. de Decretis ab ordine facien. n. 20. Socin. ad. l. Gallus. §. si eius. col. 3. ff. de lib. & posthu. Iason in cons. 11. col. pen. & cõs. 4. col. 2. lib. 3 Ruinus in cons. 87. n. 12. lib. 3. Alciatus ad rubr. de lib. & posthum. n. 21 Couuar. in Epito. de sponsalib. in 2. parte. c. 8 §. 8.

Fundamentum est, quia hæc sunt ex iure positiuo, vt vocant: Hæc enim differẽtia inter legitimum & spurium ex iure procedit. Natura enim omnes filij sunt legitimi. Princeps igitur ius illud potest auferre. §. sed naturali, in inst. de iure natu. gen. & Ciui.

Quod verò non possit esse matrimonium inter eos, ex quibus filius est procreatus, nil referre videtur, neq. enim legitimus efficitur, quasi fingatur ex legitimo natus matrimonio sed ex Principis clementia & gratia.

Et licet imperator dicat tales filios eius clementia dignos non esse, non tamen eos legitimari posse negat, ex speciali quadam ipsius Principis voluntate & beneficio.

Porrò quòd dispensatio appelletur in c. per venerabilem, nil mirum, cùm legitimatio sit quædam dispensatio, quatenus videlicet is, qui est alioqui spurius & illegitimus, efficitur legitimus & ad succedendum idoneus

Ego posteriorem hanc sententiam veriorem esse opinor: quia cùm spurius talis à principe sciẽter legitimatur, & natalibus restituitur, in consequentiam legibus derogatur, quæ eum indignum esse omni clementia dicunt. Ita enim Princeps vult & verè potest, ex quibus duobus mediis omnis actio nostra perfectionem suscipit. Principem velle patet ex rescripto. Posse verò patet ex eo, quòd hæc iuris ciuilis & positiui esse constat. Argumenta in contrarium iam sunt refutata.

CAPVT LVIII.

Vtrum Princeps legitimare possit alterius subditum, ita vt succedat etiam in ijs bonis, quæ sunt in alterius territorio, si legitimati pater consentiat, & alij, quorum interest?

AFfirmant Bald. in Proœmio Cod. col. pẽ. Nicolaus de Vbaldis de succes. ab intest. parte 1. n. 106. Decius in cons 55. n. 7. Rosel. de legitimatione lib. 2. cap. 2. Ang. in cons. 350. n. 9. Crotus ad l. Gallus. §. & quid si tantum. col. vlt. de lib. & posthum.

Fundamentum est, quia actus legitimationis pertinet ad volũtariam iurisdictionem. §. Generaliter, in auth. quibus mod. nat. eff. sui. Consequenter coram quocunque iudice, & omni in loco fieri potest. l. 2. ff. de off. procons. l. à. C. de emancipatis liberis. Præsertim, quia nemini fit præiudicium hoc in casu, cùm pater consen-

conſentiat, is enim bona tua vel in mare, vt dicitur, proiicere poſſet, & ſic multo magis conſentire, vt filius legitimetur, & ſucceſſionis eius capax efficiatur.

Confirmatur hæc ſententia. Nam vel à Pōtifice maximo quis legitimatur, vel ab Imperatore. Si a ſummo Pontifice, valere debet legitimatio, quia is haberē dicitur caſualiter iuriſdictionem in omnibus locis, vt habetur in c. per venerabilē, qui filij ſunt legitimi. Si verò ab Imperatore, idē: quia ſi non actu, at ſaltem habitu is dicitur eſſe dominus mundi. l. deprecatio. ff. ad l. Rhod. de iactu.

Negant autem magis communiter doctores Petrus Anchar. in conſ. 120. Abb. in d. c. per venerabilem nu. 23. & ibid. Butr. col. 4. Alex. in conſ. 67. l. . Couuar. de ſponſalib. 2. parte c. 8. §. 8. n. 14. Syluester Aldobrandinus inter conſ. Iacopini Riminal. conſ. 717. n. 12. lib. 4.

Et hæc ſententia videtur mihi probabilior, duobus potiſſimùm argumentis. Primum ex l. vlt. ff. de iuriſdict. omn. iud. *Extra territorium nulla eſt iuriſdictio.* Secundum eſt ex d. c. per venerabilem, qui filij ſunt legitim. vbi ſummus Pontifex ait, legitimare ſe filios Regis Franciæ, quoniam id facit abſque alterius iniuria, cùm Rex Franciæ nemini ſit ſubiectus. Ergo ſi legitimetur aliquis, qui ſit alicui Principi ſubiectus, abſque talis Principis cōſenſu, iniuria illi videtur fieri, & ſic de iure non licet.

Ad primum argumentum, concedo legitimationem voluntariæ iuriſdictionis eſſe. Neque. n. aliquis inuitus legitimari poteſt. Sed nego eam coram quocunq; iudice fieri poſſe. Ad probationem; dico illas leges loqui quando is, qui conſenſit, iuriſdictionem illam prorogare poteſt, vt quia is, cuius prorogatur iuriſdictio, eſt ſub eodem Principe, & de bonis agitur, quæ ſunt in territorio eius, cuius prorogatur iuriſdictio.

Ad alterum argumentum reſpondeo, licet nemini fiat præiudicium, non tamen infertur iuriſdictionem acquiri in eos, qui non ſunt ſubditi. Neque enim priuatorum conſenſus iudicem facit. l. priuatorum. C. de iuriſdict. om. iud.

Ad tertium reſpondeo, legitimatum à ſummo Pontifice ſuccedere poſſe in bonis poſitis in eius ditione temporali. Licet. n. iuriſdictionem vbique, etiam temporalem habere dicatur caſualiter, eam tamen ipſe profitetur, ſe nolle exercere cum alterius iniuria, vt habetur in d. c. per venerabilem.

Et quòd attinet ad Imperatorem, ille dicitur eſſe mundi dominus, quo ad protectionē, actu verò multi alij ſunt Principes, qui eum in ſuis ditionibus, vti ſuperiorem, non agnoſcunt, vt notum eſt.

CAPVT LIX.

Vtrum filius Clerici legitimari poſſit à Principe laico, vt in bonis patris ſuccedat?

Filium Clerici à laico Principe legitimari nō poſſe reſpondit Dominicus à S. Gemiano in c. vlt. de iudic. in ſexto, & Pariſius in conſ. 2. n. 23. lib. 2. atq; ita in Senatu Pariſienſi anno 1562. conſtitutum fuit, filium ſacerdotis Regiis Codicillis legitimum fieri non poſſe, teſte Gregorio Tholoſano lib. 10. Syntag. cap. 4. in fine.

Fundamentum eſt illud, quia ad legitimationem filij patris conſenſus requiritur, vt in auth. quib. modis naturales eff. ſui. & declarat optimè Decius in conſ. 338. n. 9. Clericus autē in laicum conſentire non poteſt. c. ſi diligenti. de foro competenti.

Præterea clericorum bona à laicorum iuriſdictione ſunt exempta. c. Eccleſia S. Mariæ, & ibidem Abbas col. pen. de conſtit. Ergo Princeps Laicus aliquem ita legitimare non poteſt, vt in eis ſuccedat.

Contrariam ſententiam habuerunt Socinus ſenior in conſ. 47. lib. 4. Calderin. in conſ. 5. tit. qui filij ſint legitimi. Cæſar Lambortinus de iure Patronatus lib. 1. in 2. parte. q. 2. art. 29. n. 17. & alij, vt per Couuar. de ſponſalib. in 2. parte, cap. 8. §. 8. n. 10. Iſti docent filium Sacerdotis poſſe legitimari à Principe laico ad effectū, vt ſuccedat in bonis patris ſui, ſcilicet temporalibus ſeu patrimonialibus, non autem Eccleſiaſticis.

Et mihi videtur ſanè probabilior ſententia. Primum ex §. illud in Auth. quib. modis natu. eff. ſui. in illis verbis: *Quid enim, ſi ad Sacerdotium alter eorum aſcendat, &c.* His enim verbis indicat Imperator, Sacerdotis filium à ſe poſſe legitimari.

Deinde hac ratione. Nam nullum ſubeſt hic impedimentum. Non ex parte perſonæ, quia laicus eſt qui legitimatur. Nō ex parte bonorum, quia ſunt temporalia, non Eccleſiaſtica, quæ proinde iuriſdictioni laicæ Poteſtatis ſunt ſubiecta. Vide Stephanum Aufrerium de Poteſtate Principis ſecularis circa bona Eccleſiaſtica & perſonas Eccleſiaſt. & quæ tradit Andreas Geyll. l. 1. obſeru. 37. n. 4.

Ad primum argumentum Reſpondeo, non hic vllam prorogari iuriſdictionē a Clerico. Nam cōſentit duntaxat, vt filius legitimetur, quod abſq; Principis præſentia facere poteſt, non ideo conſentit, vt Principis iuriſdictionē proroget, quam ipſe Princeps iam habet in filium eius laicum, & bona eius, ſed conſentit pro ſuo iure & præiudicio, ne ſcilicet inuitus hæredem & ſucceſſorem habeat.

Ad alterum argumentum Reſpondeo, bona quidem Eccleſiaſtica exempta eſſe à iuriſdi-

ctione laicorum, non autem temporalia, nisi quo ad hoc, vt tributis, seu collectis sint obnoxia. Neque.n. clericorum bona, laicorum collectis sunt obnoxia, vt bene declarat Robertus Bellarminus de Controuersiis fidei, in 5. Controuer. lib. 1. ca. 28. Propo. 4. In aliis nulla lex inuenitur, quæ illa eximat. Vide Geyll. & Austerium locis annotatis.

CAPVT LX.

De legitimatione filij nati ex adulterino coitu Controuersia vna.

Legitimationem filij ex adulterino coitu suscepti, quando vterque, vir & mulier vinculo matrimoniali tenetur, non valere, si Principi legitimanti simpliciter narretur, eum qui legitimandus est, ex adulterino concubitu susceptum esse, sed præterea illud exponendum, nempe duplex peccatum adulterij fuisse commissum, tam videlicet a patre, quam a matre, eò quòd ambo essent vinculo matrimonij obstricti, respondit Oldrad. in cons. 247. Alber. ad Rub. C. de natu. lib. Præpo. in c. per venerabilem. qui filij sunt legitim. Decius in cons. 55. n. 4. & 338 n. 7. Couuar. de sponsal. lib. 2. in 2. parte, c. 8. § 9. n. 3.

Fundamentum est: quia rescriptum gratiæ videtur subreptitium. & ideò non valet, cum ea non narrantur Principi, quæ cum ad gratiã concedendam reddere possunt difficiliorem. c. Dudum, de Elect. c. super literis. c. postulasti. de rescr. Sed videtur reddi difficilior, si intelligat adulterium tam ex patre, quàm ex parte mulieris admissum fuisse, longè inquam difficiliùs videtur concessurus gratiam, quàm si simpliciter intelligat, filiũ ex adulterio natum esse, quia existimare potest ex parte tantùm vnius ex parentibus admissum fuisse. Ergo talis legitimatio, vti subreptitia, non valet.

Contrarium respõdit Angelus in cons. 104. Cuius sententia videtur mihi probabilior. Nam certum est adulterium ex parte mulieris nuptæ, maius esse delictum, quam ex parte viri. Grauius est. n. crimen, *vbi scelerati coniugij iura violantur, & vxoris pudor soluitur*, inquit textus, in c. nemo. 32. quæstio. 4. Princeps igitur intelligere potest ex eo, quòd narratur filium ex adulterio natum esse, adulterium a muliere nupta commissum esse: Cõsequenter etsi nesciat virum, qui eam cognouit, similiter vxorem habuisse & sic iura coniugij sui quoque violasse, parum referre videtur. Neque.n. ex parte viri propriè adulterium dicitur, nec tanquam adulter punitur, vt notatur in l. 1. C. de adult. Guid. Pape. in cõsil. 151. & alij, vt per Rolandum à Valle in consil. 74. n. 2. lib. 1.

Vnde ad argumentum contrariæ sententiæ responsum patet, quia nõ est verisimile Principem difficiliùs consensurum, etsi intellexisset, virum fuisse coniugatum. Cùm iam id quod grauius erat, intellexerit, Nempe mulierem adulterium admisisse, & ex tali adulterino coitu filium procreatum.

CAPVT LXI.

Vtrum valeat filij spurij legitimatio, vbi ipsa species spurietatis nominatim Principi exposita non sit?

Filij Spurij legitimationem factam valere, licet Principi legitimanti ipsa species spurietatis nominatim exposita non fuerit, authores sunt Baldus in l. si qua illustris. C. ad Orfician. & in c. 1. §. naturales. Si de feudo fuerit controuer. inter dom. & agna. Præpositus in c. per venerabilẽ in 4. quæst. Qui filij sunt legitimi. Decius in cons. 55. Ioa. Andr. in c. vlt. de filiis presbyter.

Fundamentum est in regula vulgati, & plane broccardica, Cogitatum in genere sufficit. l. qui iure militari. ff. de testam. mili.

Sed contrariam sententiam amplexi sunt Antonius Butrius in d. c. per venerabilẽ. col. 15. Decius in cons. 579. Cagnolus in d. l. si qua Illustris. n. 26. C. ad Orfician. Couuar. de sponsalib. in 2. part. c. 8. § 9 n. 4.

Et hæc sententia videtur mihi probabilior, quia quãtò magis turpis & damnatus est coitus, ex quo filius est procreatus, tãtò maius est crimen, & filius magis odibilis, vt in §. vlt. in Authen. Quib. mod. natu. efficiantur sui. Ergo qualitas & species ipsius spurietatis exponenda est Principi.

Probatur hæc collectio, quia Principi exponenda sunt omnia, quæ ad gratiam concedendam ipsum retrahere aut reddere difficiliorem possũt, c. postulasti. de rescript. Illa verò qualitas spurietatis potest esse tam mala, vt Princeps à gratia concedenda retardetur. Igitur exponenda esse videtur ea qualitas spurietatis.

Nec ad rem facit, quòd dicitur in d. l. qui iure militari. ff de militari testam. Ibi enim, siue in genere, siue in specie, vt loquuntur nostri de filio posthumo fuerit à milite cogitatum, idem est effectus, vt scilicet testamentum non rumpatur.

CAPVT LXII.

Quis sit sensus Regulæ Cancellariæ 48. Legitimationem fieri debere sine præiudicio venientium ab intestato.

Duplex est Doctorũ sententia hac de re, Altera hunc esse sensum dictorũ verborum, vt legitimatus nõ ab intestato succedat, si liberi extent, vel collaterales, vel alij coniuncti vsque ad quartum gradum, imò etiam alij in infinitum. Ita Baldus inter Consilia ...

lia Angeli in cons.26. Aretinus ad l. Gallus.§. Et quid si tantum.n.26 ff. de lib. & posthum. Corneus in consil.3.lib.1.& 95.lib.2. Socinus in d.§. Et quid si tantum.n.8.& in consil.95.n 39 & 41. lib.4. Castr. in consil. 157. Coepolla in cons 66.nu.23 Curtius senior in consil. 74. n. 27. Vbaldus de Success.ab intest.n.117. Io. Di ... de Arte testādi lib.3. Cautela 18. Decius in consil.335.& 610. Ruinus in consil. 19. nu.4. lib. 3. Socinus iunior in consil.120. nu.16.lib. 2. Couuar. de Sponsalib. in 2. parte, cap. 8. §. 10. Vasquius lib.3. de Successio.progressu.§.2. n.92.

Fundamentum est in eo, quòd hæc sit dictorum verborum sententia: *Sine praiudicio venientium ab intestato*: vt nullum prorsus præiudicium venientibus ab intestato inferatur. Ab intestato autem veniunt non solùm filij, sed etiam fratres & cæteri cognati, vt patet ex toto tit. De hæred. ab intesta. venien.

Altera est sententia sensum esse, vt filiis dūtaxat non præiudicetur. Cæterùm si alij extēt proximiores, cum iis legitimatus succedat. Ita responderūt Angelus in cons. 264. Ancharan. in cons.113. Alexand. in consil.187. & 188 lib. 5. Socinus senior in consil. 41. nu.6. lib.3. Iason in cons.110.col.vlt.lib.4. Alciatus ad Rub. ff. de lib.& posthum.& alij quos refert & sequitur Franciscus Sarmientus lib. 1. selectarum interpret.c.8.n.7.

Fundamentum est, quia nisi hæc interpretatio valeret, nihil ipsa legitimatio prodesset quoad successionem: Nam semper aliqui extarent proximiores, & omnibus deficientibus, ad fiscum pertinet successio.

Vt autem nil prodesse debeat legitimatio, vix cōcedi posse videtur, quoniam legitimati nihil a legitimis differunt, & vnà cum aliis succedunt, vt in §. Sic igitur licentia. In Auth. quibus modis naturales efficiantur sui.

Ego verò priorem sententiam magis probabilem existimo tum ex verbis regulæ, tum ex ratione eius. Verba sic se habent: *Voluit quod in dispensationibus super defectu natalium, quòd possint succedere in bonis temporalibus ponatur clausula, quod non præiudicetur illis, ad quos successio bonorum ab intestato pertinere debeat.*

Hæc sanè verba non solùm de filiis accipiēda sunt ad quos successio bonorū ab intestato pertinet, verum etiam de aliis, qui sunt generalia, & omnes comprehendunt.

Ratio verò legis est, quia gratiæ & fauores Principum aliis præiudicium inferre non debent. l.2.§. Merito. ff Ne quid in loco pub.

Quòd verò dicitur hac interpretatione recepta, nullū emolumentū allaturam esse legitimationem, nihil mouet: Primum enim multum affert emolumenti, eam enim cautum, si lius erit successionis & aliorum bonorum capax ex testamento. Deinde, quia nullis proximioribus extantibus, non fiscus, sed ipse ad successionem vocabitur. Neque enim est credendum ea reseruatione Principis, habitam fuisse fisci rationem, Argumento l.1. C. de secund.nup.

CAPVT LXIIII.

Vtrum mater, quæ ad secunda vota transiuit, legitimæ supplementum petere possit in bonis filij ex primo matrimonio suscepti, qui minus legitima portione ei reliquit?

SI filius primi matrimonij matri suæ secundò nubenti testamento condito certam relinquat quantitatem, quæ pro legitima non sufficiat, eam supplementum petere nō posse responderunt Socinus iunior in cons.97.lib.4. & Augustinus Berous in cons.34.lib.2.

Mouētur authoritate textus in §. Hinc nos. in Auth. de Nuptiis. in illis verbis: *Si igitur legitimè filius testatus fuerit, & reliquit matri substantiam siue partem eius aliquam, hanc illa accipiat per scripturam, quia vbique custodire morientium volumus voluntates, & habeat, quod dimissum est, aut datum, secundùm proprietatem, & secundùm vsum, &c.* Quib. verbis Imperator significat matrem contentam esse debere eo, quod ei est relictum à filio. Nam si repletionem legitimæ petere posset, non vtique voluntas testātis filij custodiretur, vti voluit Imperator.

His adstipulatur eorum sententia, qui docent matri secundò nubenti legitimam non deberi ex bonis filiorum primi matrimonij. Ita docuit Bald. in Auth. ex testamento. C. de secund. nupt. Menoch. in cons. 237. lib.3. Authoritate tex. in eodē §. Hinc nos. in illis ver. *Si autem intestatus filius moriatur, iam ad secundas veniente matre nuptias, aut posteà veniente, vocetur quidem & ipsa cum filij aut filiis fratribus secundùm nostram constitutionem ab intestato ad eius successionem, sed quanta quidem, quæ ex paterna substantia ad filium peruenerūt eorum solummodo habeat vsum, ad secundas omnino siue antea siue postea, perueniens nuptias, &c.* Si enim vsumfructum habet tātū, ergo legitimam non habet, quia illa in solo vsufructu non consistit, sed est tertia pars bonorum, vt in Auth. de Triente & Semisse.

Quibus non obstantib. contrariam sententiam amplector, pro qua respondit Hyppolitus Riminal. in cons 205. lib.3. Moueor eo argumento, quòd certū sit regulariter matri legitimā deberi ex bonis filij integram, ideóq; supplementum ab ea peti posse, vt in §. Cæterùm, in Auth. Vt cū de appel. cognosc. Quare in

hac generali regula ſatis eſt intentio fundata matris binubæ, vt nil aliud ſit neceſſe, præterquam duo argumenta refutare, quæ ſuperiùs allata ſunt.

Ad primum ex §. Hinc nos, in Auth. de Nup. in verſ. Si igitur. Reſpondeo, non eam eſſe illius textus ſententiã, vt mater quocunque relicto cõtenta eſſe debeat, non poſſit legitimæ ſupplementum petere, ſed ſenſus eſt; Matrem ſecundò nubentem pleno iure, hoc eſt, tam quo ad proprietatem, quàm quo ad vſumfructum acquirere id, quod ſibi à nouo teſtamẽto eſt relictum, licet alioqui ab inteſtato nõ ſuccedat, niſi quo ad vſum, ſeu vſumfructum. Hanc expoſitionem verba textus ſuadent, alteram verò diſſuadent. Primùm illa verba textus, quib. in fine dicitur, *Aliis omnibus, quæ de ſucceſſionibus dicta ſunt, parentum in filiis, aut filiorum in parentib. intactis manentibus.* Deinde illa quæ in principio habentur, nempe: *Si igitur filius legitimè teſtatus fuerit, &c.* Videtur enim legitimè teſtari, cùm in legitima ſaltem, vti iure conſtitutum eſt matrem ſuam inſtituit.

Ad alterum argumentum. Reſpondeo, nec etiam id conſiſtere, quod in eo dicitur, matri ſecundò nubenti legitimam non deberi, vt meritò contrariam ſententiam amplexi fuerint Bald. in conſ. 314. lib. 4. & Hyppo. Rimin. dicto conſ. 305. nu. 21. lib. 3. quib. omnes alij adſtipulantur, qui docuerunt, matrem ſecundò nubentem relinquere debere omnia bona, quæ conſecuta eſt ex ſucceſſione filiorum primi matrimonij, ipſis filiis primi matrimonij, comprehenſa etiam ipſius matris legitima. Nam & ij videntur tacitè fateri, matri legitimam deberi. Ita verò docuerunt Baldus in conſ. 5. lib. 4. & 340. eodem lib. & alij à Gabrielio citati commu. concl. tit. de ſecundis Nupt. concl 3. n. 8.

Non obſtat textus in d. §. Hinc nos. in verſ. Si autem inteſtatus filius. Neque enim hoc vult, matrẽ in ſolo vſufructu ſuccedere, quaſi vſusfructus duntaxat matri deferatur. Imò verò ſuccedit pleno iure, ſed quia matrimonij bona relinquere filiis primi matrimonij, nec alienandi poteſtatẽ habet, ideò dicitur vſumfructum habere, quia ſcilic. in dies vitæ ſuæ bonis frui poteſt. Latũ verò eſt diſcrimen, vtrum abſolutè vſumfructum tantum conſequatur, an verò plenum ius, cum ea tamen cõditione relinquendi, filiis primi matrimonij. Nam ſi nulli extent filij ex primo matrimonio, ipſa mater domina erit bonorum abſolutè. niſi ex filiis præmortuis extent nepotes. l. In quibus. C. de ſecund. nupt. Ita docet tex. in d. l. Fœminæ, in fine. ibi: *Quod ſi nullum ex priore matrimonio habuerit ſucceſſorem, vel natus natiue deceſſerint, &c.* Si verò ſimpliciter vſufructuaria eſſet, ea mortua, ſemper extingueretur. §. Finitur. in Inſtit. de Vſufruct.

CAPVT LXIV.

Verum ſicut mater ſecundò nubens, quæ ex ſucceſſione filiorum primi matrimonij reſeruare tenetur filijs primi matrimonij, ita etiam & pater? ad interpretationem l. Fœminæ. C. de ſecund. nupt. & aliarum legum.

Controuerſiam ipſe habeo cum aliis doctoribus, quorum placita & ſententias, nunquam ſoleo contemnere, quòd plerunque ſunt iuri conſentanea. Nam exiſtimo id, quod in muliere ſecundò nubente conſtitutum eſt in l. Fœminæ. C. de ſecund. nup. eam relinquere debere filiis primi matrimonii, quæ ex filiorum ſucceſſione eiuſdem matrimonij cõſecuta eſt, ad virum ſecundò nubentem nequaquam pertinere.

Et moueor authoritate textus in §. Cùm igitur. in Auth. de non eligendo ſecundò nubentes, &c. in illis verbis. *Sicut enim patres, ſi ad ſecundas veniunt nuptias, non fraudamus filiorum ſuorum ſucceſſione, nec aliqua eſt lex tale aliud dicens, &c.* Et infra: *Colligentes igitur huius legis partes, ſancimus, quoniam matrem ſecundùm quod iam dudum diximus, aſſimilamus patri in antenuptiali donatione; & ipſam ſuſtinere quidem pœnas, ſicut ſuſtinet pater in dote. In hæreditatem autem filiorum ſine tergiuerſatione veniant, & pater & mater ſecundùm ſubiectas vtrique caſui quæſtiones.* Et quamuis quo ad matr. in ſecus ſit ſtatutum in §. Hinc nos. in Auth. de Nuptiis, tamen in patre nihil eſt innouatum à Iuſtiniano.

Nec ab hac ſententia me deterrent, quæ pro communi adferuntur, patrem & matrem hac in re æquiparantes, vt videre licet ex Gabrielio comm. concl. tit. de ſecund. nupt. concl 3. nu. 1. & Andr. Geyl. lib. 2. obſeru. 98.

Nam primò adfertur textus in §. Quia verò, in Auth. de non eligendo ſecundò nubentes, vbi dicitur pœnas contra binubos communes eſſe viri & mulieris Reſpondeo, textũ loqui quoad lucra nuptialia nempe dotis & donationis propter nuptias. Verba ſunt iſta: *Quia verò contra binubos pœna communes ſunt viri & mulieris. ille quidem in dote ad ſecũdas veniens nuptias periculum ſubſtinebit: Hæc autem in antenuptiali, ſeu propter nuptias donatione.* Hactenus Imperator.

Secundò adfertur textus in l. Generaliter. C. de ſecund. nuptiis. Reſpondeo, in eo loco nõ agi de iis bonis, quæ pater cõſecutus eſt ex ſucceſſione filiorum primi matrimonij, ſed ex ſucceſſione vxoris. Verba ſic habent. *Generaliter cenſemus quocunque caſu Conſtitutiones ante hanc legem mulierem liberis communibus morte*

morte mariti matrimonio dissoluto, quæ de bonis mariti ad eam deuoluta sunt, seruare sanxerunt, iisdem casibus maritum quoque, quæ de bonis mulieris ad eum deuoluta sunt morte mulieris matrimonio dissoluto communibus liberis reseruare, &c.

CAPVT LXV.

Vtrum, quod est constitutum in l. Fœminæ. C. de secundis nuptiis, locum habeat in muliere nubente cum consensu filiorum, vel cum consensu viri sui, vel ex permissu Principis, & in minore 25. annis?

QVod constitutum est in l. Fœminæ. C. de secundis nupt. haud quaquam sibi locũ vindicare, vbi mater consentientibus filiis prioris matrimonij nubit, communis est doctorum sententia, sed quoniam varia sunt responsa eorum, secundum varias ac diuersas factorum circumstantias, adhibenda est distinctio quædam, quam propositis aliquot conclusionibus explicabo, tum quid mihi videatur, subiungam.

Prima conclusio. Si filij prioris matrimonij expressim consentiant, vt ad secundas nuptias mater transeat, & simul remittant ius, quod habent: Inter omnes conuenit omnino cessare, quod cõstitutum est in d. l. Fœminæ. Quoniam vnusquisque renunciare potest iuri suo. l. penult. C. de Pactis. Ita respondit Angelus in cons. 366. & Decius in cons. 309 n. 7.

Secunda conclusio. Si filij, vt suprà, secundis nuptiis consentiant, licèt ius suum non remittant, cessat nihilominus l. Fœminæ. Nam volenti & consentienti non dicitur fieri iniuria, l. 1. §. Vsque adeò. ff. de Iniur. Incidit autẽ mater in eam constitutionem ob iniuriam, quam videtur inferre filiis primi matrimonij, vt in §. Prospeximus, in Auth. de non elig. secundò nub. Ita respondit Rom. in consil. 219. Deci. in cons. 206. 317. 396. 503. Boerius dec. 185. n. 20.

Tertia conclusio. Si minores 25 annis existãt filij, vt supra, cõsentientes secundis nuptiis matris suæ: Consentiant verò propter iustas causas, idem est statuendum quod in præcedenti conclusione: Ita Angelus in cons. 396. n. 4. Menoch. in cons. 37. n. 21. lib. 3.

Quarta conclusio. Si filij minores, vt suprà consensum præbeant, nulla iusta causa ad id eos impellente, secus est dicendum. Neque enim cessabit dicta constitutio. Ita Baldus in cons. 22. lib. 5. Baldus Nouell. de Dote, part. 6. Priuileg. 27.

Quinta conclusio: Si filij ætate maiores tacitè cõsentiant, vt quia nõ conquerantur, matrémque & vitricum diligant, éisque cohabitent, cessat constitutio dictæ legis. Ita Baldus in Auth. Ex testamento. C. de secund. nup. Decius in cons. 206. Boerius decis. 185. nu 29. Gratus in cons. 83. lib. 1. Hactenus distinctio.

Iam quid mihi videatur, dicam. Ego priorẽ conclusionem probo, & quartam quoque, cæteras non probo. Nam sic statuo: Filios prioris matrimonij secundis nuptiis matris suæ consentientes, nullũ sibi inferre præiudiciũ, ideóque excludendos non esse à beneficio d. l. Fœminæ, & aliarum legum, sicuti præclarè docet Sarmientus lib. 1. Selectarũ interpretationum, c. 4. Nam inprimis nulla est lex tale aliquid dicens. Deinde nulla ratio id suadet, quid enim filius peccat matri consentiendo, vt secũdas amplectatur nuptias, quas etsi vellet impedire, non debet, neque potest?

Ita verò iure constitutum est, vt qui contradicendo actum impedire nequit, nullum consentiendo sibi paret præiudiciũ. l. Caius. ff. de Pigno. act. l. Quæ dotis. ff. sol. matr. latè Tiraquellus de retractu conuentionali. §. 1. Glos. 9. nu. 46.

Neque enim iis assentior, qui existimãt ita constitutum esse aduersus secundò nubentes mulieres propter iniuriam duntaxat filiis primi matrimonij illatam. Nam mater quidem & defuncti memoriam, & filiorũ charitatem, cùm ad secundas transit nuptias, negligere videtur, vt Imperator dicit in §. Sin autem tutelam. in Auth. de Nuptiis, sed non ob eam causam tantum, atque adeo in pœnam & vindictam id constitutum fuit aduersus eam. *Res enim est* (inquit Imperator in Auth. Neque virum quod ex dote est, &c. ad finem) *& castitate plena, & bonis moribus congrua, & paterno maternoq́ affectu plena, vt quod eis parentes sponte non seruant, hoc post Deum, qui est communis omnibus pater, dicimus autem qui Imperium habet, per legem iis qui à parentibus læsi sunt, seruet.*

Quare vt maximè filij matris nuptiis consentientes iniuriam sibi factam remittere videantur, non tamen legibus renunciare censentur, quæ summa ratione & æquitate, in eos ita læsos beneficia conferunt & lucra. Eisdem rationibus inductus, nec probo eorum sentẽtiam qui docent mulierem secundò nubente cum cõsensu prioris viri, à dictis constitutionibus alienam fore, vti Baldus in d. l. Fœminæ. Rom. in consil. 219. Decius in cons. 620. Andr. Gyll. lib. 2. obseru. 98. Etenim quid peccat vir consentiens, vt mulier nubat, quæ liberã nubendi potestatem habet à Deo? Aut quo pacto parens iniuriam filiis, nõ nisi post ipsius mortem irrogandam, quæ quidem mors patriam soluit potestatem, remittere poterit? l. Sed si vnius. §. Filiofamil. ff. de Iniuriis. Quare meritò an vera sit sententia, de qua suprà dixi, dubitauit Corasius libro 3. Mis. ellenicor. cap. 3. & Ripa. in d. l. Fœminæ, & Decius ad Rubr.

eiusdem tit. C. de secundis nuptiis.

Porrò, minimè omnium probari mihi eorũ sententia potest, qui constitutionibus dictis locum esse negant, vbi mater ex Principis permissu nubit, vel si minor sit 25. annis, vt apud Boerium decis. 185. Quæ enim est lex, quæ ratio huius sententiæ? An l. vlt. ff. de Senatoribus. qua declaratur mulierem impetrare posse à Principe, vt licèt ad secundas nuptias transeat, dignitate tamen prioris viri perfruatur? Nil sanè ad rem facit. An l. 2. C. si aduersus delictũ, qua ita est constitutum, vt mater minor annis 25. ad secundas transiens nuptias, filiorum successione non priuetur, quibus de tutore non prospexit? Sed hæc lex planè aliena ac diuersa est à nostra specie, quare nec magna indiget confutatione.

CAPVT LXVI.

Ad interpretationem l. Hac edictali. C. de secundis nupt. Vtrum mulier secundo marito vltra modum in ea lege expressum donare possit, si non suo sed nomine filiorum stipulatus fuerit?

SI mulier secundo viro stipulanti pro filiis suis plus donauerit, quàm filiis primi matrimonij, vtrum reuocari possit iuxta constitutionem l. Hac edictali. C. de secundis nupt. non est eadem omnium sententia.

Baldus inter consilia Pauli Castren. lib. 1. respondit reuocari non posse, & idem respondit in consil 22. libr. 5. Curtius iunior in consil. 79. Castr. in Auth. Vnde etsi parens. C. de inoffic. testam. Decius in Auth. Prætereà. col. 4. C. vnde vir & vxor, & alij a Gabrielio citati, commun. conclus. tit. de secundis nupt. conclus. 4. num. 58.

Sed contrarium respondit Io. de Lignano in cons. 26. Vnum est supponendum, inter Pauli Castr. cons. lib. 1 nec non Richardus de Saliceto ibidem in consil 261. Præclarissimi, & ipsemet Baldus in cons. 16. Quædam nobilis Domina Agnesina, lib. 1. Corneus in cons. 82. lib. 3. Ruinus in consi. 112. lib. 1 & alij a Gabrielio citati loco annotato.

Cæterùm Crauetta in cons. 193. nu. 11. horum sententiis relatis distinctionem adhibet, in hunc modum. Vt si filij non nascantur, pro quibus pater stipulatus est, aut nati viuente matre non ratificent patris stipulationẽ, tunc sit locus constitutioni d. l. Hac edictali. Si verò ratificent, secus, qua quidem repudiata distinctione, posteriorem sententiam Ioann. de Lignano, & sequacium amplectitur Stracha in Additionibus ipsius Crauettæ in dict. consil. 193.

Fundamentum prioris sententiæ illud est, quoniam mulier secundò nubens plus donare potest filiis secundi matrimonij, quàm filiis primi matrimonij dummodo ipsis legitimam portionem relinquat, vt habetur in §. Illud quoque, in Auth. de Nuptiis, vbi Iustinianus hortatur quidem parentes, vt inter liberos primi & secundi matrimonij æqualitatẽ seruent, non tamen eos cogit, sed mandat vt legitimã eis portionem relinquant, vt patet ibi: *Hanc itaque partem de æquitate filiorum, &c.* Consequenter cessat constitutio d. l. Hac edictali, vbi mulier non vitrico, sed ipsis filiis secundi matrimonij plus relinquit, vel donat. Sed in specie, de qua agitur, mulier non vitrico, sed filiis donat. Est enim Vitricus hac in re nudus minister, dum stipulatur filiis: Ergo donatio, seu relictum valet, nec reuocari potest, argumento textus in l. Sulpitius. ff. de Donatio. inter virum & vxorem. vbi Iurisconsultus in simili specie perpendit ministerium patris, ibi: *Alioqui si solo eius ministerio vsa est, &c.*

Fundamentum verò contrariæ sententiæ in eo est positum, quòd in d. l. Hac edictali, non solùm directè mulier prohibetur plus donare vitrico, quam filiis primi matrimonij, verùm etiam indirectè, vt patet ex illis verbis: *Omni circumscriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocunque modo fuerit excogitata, cessante, &c.* Videtur autem in proposita specie quædam excogitata circumscriptio, vt videlicet vitrico donetur. Tum quia eius contemplatione donatũ filiis videtur, Tum quia dum pater stipulatur filio, videtur ei donare. l. 2. & 3 C. si quis alteri vel sibi, &c. Et si prius patri seu vitrico donatum, & ab eo profectum in filios.

Ego verò id respondendum prorsus censeo in hac specie, quod Iurisconsultus respondit in d. l. Sulpitius. ff de dona. inter vir. & vxor. cuius elegantissima verba placet etiam adscribere: *Sulpitius Marcello. Mulier, quæ ad communem filium volebat qui in potestate patris erat, post mortem patris fundum peruenire, eum patri tradidit, vti post mortem restituatur filio: an donatio tibi videatur, vt nihil agatur, an valeat quidem, sed mulieri potestas datur, si voluerit eam repetere. Respondit, si color, vel titulus, vt sic dixerim donat. ni quæsitus est, nihil valebit traditio, id est si hoc egit vxor vt aliquid ex ea re interim commodi sentiret maritus, alioquin si solo eius ministerio vsa est, & id egit, vt vel reuocare sibi liceret, vel vtres cum omni emolumento per patrem postea ad filium transiret, cur non idem perinde sit ratum, ac si cum extraneo alio negotium contraxisset, hoc est extraneo ad hanc causam se adhibuisset?*

Sic & ipse statuo in hac nostra specie, si color sit quæsitus donationi, & id actum tacitè, vel expressè, vt vitricus emolumenti aliquid senti-

ſentiret,id, veluti factum in fraudem legis,ratum non eſſe, circumſcriptionémque videri lege prohibitam. Si verò filiis duntaxat commodum quæratur,nihil eis nocere puto,quod patris miniſterio vſa mater fuerit, cùm & extranei vti potuiſſet.

Ex variis porro cauſarum figuris circumſtantiiſque, vtrum ſit quæſitus color, & circumſcriptio ſubſit, cognoſcendum ac diiudicandum erit. Neque enim certis id iam regulis conſtitutis demonſtrari poteſt.

CAPVT LXVII.

Si minus legitima portione liberis, aut vni liberorum prioris matrimonij fuerit relictum, vel collatum à matre ſecundò nubente, quo caſu ſupplementum petere poteſt, Vtrum vitrico tantùm relinqui poſſit, etiam habita ratione dicti ſupplementi: ad interpretationem d.l. Hac edictali.

CVm mulier ad ſecunda vota migrans, nihil amplius ſecundo viro relinquere poſſit ac donare, quàm vni ex filiis primi matrimonij,cui minus reliquit ac donauit,incidere poſſumus in hanc ſpeciem: Donauit mulier vni ex filiis decem, quæ tamen ad legitimam eius portionem non ſufficiunt, quam ob rem & ſupplementum rectè petet filius,vt in §.Ceterùm in Auth. Vt cum de appella.cognoſ. l. Omnimodo.C.de inoff.teſtam. Vtrum & ſecundo viro decem duntaxat relinquere,ac donare poſſit, an verò amplius, nempe tantum, quantum ipſe filius pro legitimæ ſuæ repletione conſequi poterit.

Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ. Altera eſt Salicetti in commentariis d.l.Hac edictali in 7.quæſt.Is negat vitrico donari poſſe amplius,quàm in filium eſt collatum, nulla ratione habita,quòd poſſit ſupplementum legitimæ petere & conſequi. Idem & Ruinus reſpondit in conſil 58. lib 5. & alij à Gabrielio citati commu.conclu.tit.de ſecundis nuptiis, concl.4.n.34.

Fundamentum eſt in d.l.Hac edictali,quæ decernit tantum poſſe relinqui ac donari vitrico,quantum relictum,vel donatum eſt vni ex filiis primi matrimonij, cui minus eſt relictum,quod enim ex ſupplemento filius habet, non dicitur ei relictum à parente,vt patet.

Altera verò eſt ſententia Baldi in commentariis dict.l.Hac edictali.rationem habendam talis ſupplementi atque adeò vitrico tantum poſſe relinqui ac donari, quantum ad filium effectum peruenerit.

Idem reſpondit Ioan.de Anania in conſ.67. & ibi Ludouicus Bologuin. in additionib. & alij à Crauetta citati in conſ.1??.nu.12.verſ. Et hic conſiderandum eſt, & alij à Gabrielio citati loco ſuperiùs annotato.

Fundamentum eſt in d.l.Hac edictali,in illis verbis: *Quod ſi plures liberi fuerint, ſingulis æquas partes habentibus,minimè plus, quàm ad vnumquenque eorum peruenerit, ad eorum liceat vitricum nouercamve transferri, &c.* Illud verbum, *Peruenerit*, maximè iuuat hanc ſententiam,quoniam ad filium, cui minus eſt relictum legitima portione,ſupplementum eius perueniet,cùm ei debeatur.

Rurſus in ſequentibus verbis: *Sin autem non æquis portionibus ad eoſdem liberos memoratæ tranſierint facultates, tunc quoque non liceat plus eorum nouercæ, &c. quàm filius, vel filia habet, &c.* Atqui filius habet hoc in caſu non id ſolum,quod relictum eſt, verùm etiã id, quod deeſt ad legitimam portionem, ergo & tantundem vitrico relinqui poterit.

Confirmatur argumentum hoc ex l. Quoniam.C.eod.tit.ibi: *His ampliora, quæ vni filio, vel filiæ ex anteriori matrimonio progenitis, danda, vel relinquenda ſunt.* Quibus verbis indicatur, habendam eſſe rationem eius, quod filio dandum & relinquendum eſt,& ſic legitimæ portionis.

Reſpondet Salicet.illa verba textus intelligenda eſſe ſecundum ſubiectam materiam, nempe de eo,quod relinquendum & dandum eſt liberis in comparatione vitrici, vt ſic tantum filius conſequatur,quantum vitricus.

Non rectè,quia non eſt portio menſuranda filiorum ex portione vitrici,ſed contrà. Neque enim prohibentur coniūges plus donare filiis primi matrimonij,quàm vitrico, vel nouercæ. Sed contrà plus vitrico & nouercæ donare, quàm filiis,lege prohibitum eſt.

At contrà Salicetus, & cum eo Ruinus. Si locum haberet poſterior hæc ſententia, nunquam vitricus haberet minus legitima filio debita,quod eſt falſum.

Petitio principij,vt vocant, hæc eſt. Nam cur falſum eſt? Id enim eſt in controuerſia. Dicimus enim,ſi plus relinquatur vitrico, vel nouercæ,quàm filiis, non poſſe eos conſequi plus,quàm filij conſecuti ſint, ratione habita etiam ſupplementi legitimæ, & hoc in caſu vitricus habebit vſque ad legitimam filij, ſed in aliis caſibus quin minus quandoque habiturus,nil prohibet, puta ſi minus relinquatur ei,quàm filiis.

Ego poſteriorem hanc ſententiam amplector,ac pro eius confirmatione perpendo alia verba d.l.Hac edictali. Nempe illa: *Ita tamen, vt quarta pars, quæ eiſdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, niſi ex iis cauſis, quæ de inofficioſo excludunt querelam.* Sententia legis eſt: Vitrico & nouercæ non amplius relinqui poſſe, quàm filiis primi matrimonij,

ita tamen, vt quarta ex legibus debita nō minuatur, hoc est, vt ipsa quarta integra relinquatur ipsis liberis. Ergo si non relinquatur filiis integra legitima portio, non prohibētur vitricus & nouerca plus consequi, quàm filiis sit relictum. Quia verò nec plus consequi possunt, quam ad filios peruenturum sit, & habiturus sit filius ille, cui minus est relictum, rectè concluditur, id consecuturum vitricum, nouercamque, quod filius ex supplemento debito consecuturus est.

CAPVT LXVIII.

Verum l. Hac edictali. C. de secund. nup. locum habeat, si minus sit relictum filiæ fœminæ exclusæ per statutum à successione parentum?

PLerisque in locis Italiæ statuto cauetur municipali, vt existentibus filiis masculis, fœminæ ab intestato non succedant, sed debeant dotari. Si igitur pater, vel mater ad secundas migrauerit nuptias, & parum vel nihil filiæ fœminæ forrasse nuptæ, reliquerit An secūdo viro plus relinquere possit, in controuersia est. Etenim non posse respondit Socinus senior in consil. 35. lib. 4. Decius in consi. 399. non procul à fine, & alij à Gabrielio citati comm. concl. tit. de secundis nuptiis, concl. 4. n. 40.

Fundamentum est, quia commoda hæc, quę filiis prioris matrimonii lex defert, ob transitū parentum ad secundas nuptias, separata sunt à successione, & illis acquiruntur, licet parentum hæredes non sint. l. Hæres. C. de secundis nupt.

Cæterùm contrariā sententiam habuit Angelus in §. Optimè, in Auth. de Nuptiis. Ripa in l. Fœminæ in 8. qu. C. de secund. nupt. & alij à Gabrielio citati loco superiùs annotato.

Fundamentum est, quia ita constitutum est in d. l. Hac edictali, ob iniuriam, quam parentes videntur facere filiis prioris matrimonij, dū plus vitrico, vel nouercæ donant ac relinquunt, quam ipsis. Sed cùm filia est à successione parentum exclusa vigore statuti, iam non facit illi parens iniuriam, etsi nil det vel relinquat, quia non tenetur ei quicquam dare, præter dotem.

Ego verò in priorē sententiam facilè descendo. Nam ratio l. Hac edictali, est hæc, quia ex secundis nuptiis filij prioris matrimonij magnoperè læduntur, & ne magis etiam lædetētur, prospiciendum fuit, erat enim metuēdum ne in vitricum & nouercā neglectis filiis omnia conferrentur a parētibus, legitimam portione excepta, quod sanè iniustum erat.

Quare lex generaliter prohibuit, ne plus conferrent in vitricum, vel nouercam, quam in ipsos filios.

Hæc igitur prohibitio locum habere debet etiam quo ad filiā statuto exclusam: etsi enim parentes illi relinquere non teneantur quicquam, præter dotem, non tamen prohibentur relinquere, si velint. Nec tenentur etiam vitrico & nouercæ quicquam relinquere.

Iustius ergo ęquiúsque est, vt filiæ sic exclusæ plus relinquant, quàm vitrico, vel nouercę, consequenter legis ratio etiam in eo casu locum habet.

Huc accedat. Nam etsi filiis primi matrimonij integra legitimæ portio relinquatur, tamē locum habet d. l. Hac edictali; Nec illa ratio valet, quòd parens plus filiis relinquere non teneatur, Ergo & in proposita specie valere non debet.

Ad argumentum respondetur, etsi parens tali filiæ non teneatur plus relinquere, nihil tamen refert, quia neque vitrico & nouercæ relinquere tenetur, quamobrē si plus reliquerit his, quàm filiis, iniustè facit, & iniuriam infert ipsis filiis meritò lege vindicandam. Prima enim causa successionis est liberorum, non mariti, vel vxoris, vt patet.

CAPVT LXIX.

Si plus donetur Vitrico, vel Nouercæ à parente, qui ad secundas transit nuptias, quàm filiis primi matrimonij; Sitne istud inter ipsos solos diuidendum, an verò etiam Vitrico & Nouercæ pars debeatur.

NOn esse diuidendum inter solos filios primi matrimonij, sed portionem virilē tribuendam esse Vitrico quoque & Nouercæ, sentit Glo. in d. l. Hac edictali, in verbo Diuidi. C. de secund. nupt. Salicet. ibi in 2. q. Bald. in consil. 263. lib. 4. Castren. in Auth. Prætereà. C. vnde vir & vxor. Decius in cons. 246. Io. de Anania in consil. 67. & alij à Gabrielio citati commu. concl. titu. de secundis nupt. concl. 4. num. 57.

Fundamētum est, quia lex permittit, vt Vitrico & Nouercæ tantum relinquatur, quantum ipsis filiis primi matrimonij, vt patet ex d. l. Hac edictali. & ex §. Optimè, in Auth. de Nuptiis. Vnde & consequens est, talem diuisionem non esse alienam a sententia & mente ipsius legis, sed potius illi conformem, vt saltem tantum habeat vitricus & nouerca, quantum filii.

Contrariam sententiam amplexus est Stephanus Bertrandus in commentariis d. l. Hac edictali, in verbo, Ita tamen. nu. 15. & in verbo, Si verò plus. n. 18. Crauetta cons. 193. n. 13. & alii a Gabrielio citati loco supra proximè annotato.

Fundamentum est in d. l. Hac edictali. in illis verbis: *Si verò plus, quàm statutum est; aliqui de nouerca vel vitrico relictum, vel donatum, aut datum*

datum fuerit tanquam non ſcriptum, neque derelictum, vel donatum, aut datum ſit, ad perſonas deferri liberorum, & inter eas diuidi iubemus. Idem habetur in dict. §. Optimè. in Auth. de Nuptiis.

Quibus verbis apertè indicatur, totū, quod plus eſt, diuidendum eſſe inter filios primi matrimonij. Cur ergo etiam Vitricum & Nouercam adiungamus, eiſq; partem adſcribamus, quos ipſa lex omittit?

Ad argumentum reſpondetur; Lex quidem hoc permittit, vt nihil plus relinquatur, nec abhorret, vt tantum habeant Vitricus & Nouerca, quantum ad filios peruenerit; Sed tamē ſi plus nouercæ, aut vitrico d tur, non minus disertè ſtatuit, id omne ad filios (nulla ipſius vitrici ac nouercæ mentione habita) transferri.

Et ita deciſum eſt à Rota nouiſſimè, totum, quod aufertur, applicandum eſſe filiis, deciſ. 756. in 3 parte.

CAPVT LXX.

Vtrum id quod filij primi matrimonij auocant à nouerca, vel vitrico, imputare debeant in legitimam debitam ex bonis parentis?

SI liberis prioris matrimonij minus legitima portione ſit relictum à parentibus, ſupplementum eos petere poſſe certum eſt. Sed controuerſia eſt, ſi parentes plus relinquant vitrico vel nouercæ (ſecundis quippe nuptiis contractis) quo in caſu illud plus auocare poſſunt iuxta l. Hac edictali, Vtrum id, quod ita auocant, in legitimam eis debitam ſit imputandū.

Et quidem imputandum eſſe reſponderunt Alexand. in conſ. 158. lib. 5. Ancharan. in conſil. 10. Alciatus ad l. In quartam, circa finem. ff. ad legem Falcid. & alij ex antiquioribus, quos commemorat Gabrielius comm. concl. tit. de ſecun. nupt. concl. 4. n 60.

Fundamentum eſt, quia in legitimam imputantur filio, quæcunque habet ex ſubſtātia patris. l. Quoniam nouella. l. Scimus §. Repletionem. C. de inoff. teſtam. Sed id, quod auocatur, ex cōſtitutione d. l. Hac edictali, ex ſubſtantia parentis deſcendit, ergo in legitimam imputari debet.

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt Gloſ. in §. Optimè. in verbo, Quippe. in Auth. de Nuptiis. Crauetta alios plures commemorans in conſ. 194. & alij à Gabrielio citati loco annotato.

Fundamentum eſt in d. l. Hac edictali, & in §. Optimè, in auth. de Nuptiis, quib. in locis indicatur, vtrumque filios primi matrimonij poſſe obtinere, nempe legitimā portionem, & præterea illud plus, quod nouercæ & vitrico eſt relictum, vel donatum, illis verbis textus, *Ita tamen, vt quarta pars, quæ eiſdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, niſi ex iis cauſis, quæ de inofficioſo excludunt querelam.* Et rurſus illis. *Sin verò plus, quàm ſtatutum eſt, aliquid nouercæ vel vitrico relictum, vel donatum, aut datum fuerit ad perſonas deferri liberorum, & inter eas diuidi iubemus.*

His poſtremis verbis continetur auocatio, cùm plus relictum eſt vitrico, vel nouercæ. Priorib. autem verbis neceſſitas illa deſignatur, legitimæ portionis relinquendæ, ex quo efficitur vtrunque poſſe filios obtinere, & portionem legitimam, (neque enim auferri eis abſque cauſa poteſt) & illud plus, quod relictum eſt vitrico vel nouercæ.

Confirmatur hac ratione. Nam diuerſo iure hæc debentur filiis prioris matrimonij, legitima quidem, cùm ſint filij, quòd autem auocatur a vitrico, vel nouerca, illud habent filij ex lege ita diſponente propter tranſitum parentis ad ſecundas nuptias.

Et hæc ſententia videtur mihi veriſſima: Etenim ea non imputantur in legitimam, quę licet ex ſubſtātia patris procedant, aduentitio tamen quodam iure acquiruntur, veluti ex iure accreſcendi, ex ſubſtitutione & ſimilibus, vt in l. Scimus. §. Repletionē. C. de inoffi. teſtam. Hoc autem lucrum aduenire filiīs videtur extrinſecus, nempe ex eo, quòd parens ad ſecundas nuptias tranſierit, vel vitrico, vel nouercæ plus reliquerit, neque enim directè illud ex parente habent, imò verò contra parentis voluntatem, vt patet.

Vnde non obſtat id, quod dicitur; In legitimam imputari, quæ ex patris ſubſtantia proueniunt, quia ita debet intelligi, ſi parens ea relinquat, det, vel donet, vt pater in dote, donatione propter nuptias, & ſimilibus, de quibus loquitur textus in l. Quoniā nouella, ſecus verò, ſi aliunde, quàm ex patris voluntate habeat filius; nempe ex lege ita diſponente aduerſus patris voluntatem, tunc enim habet illud filius a lege potius, quàm à parente, & ſic aduentitium magis eſt, quàm profectitium. Vnde non imputatur, vt in d §. Repletionem. ibi. *Non ſi quid ex aliis cauſis filius lucratus eſt, vel ex ſubſtitutione, vel ex iure accreſcendi, vt puta vſumfructum. Humanitatis enim gratia ſancimus, ea quidem omnia quaſi aduentitio iure eum lucrari, &c.*

CAPVT LXXI.

Dos à patre profecta; vtrum ad patrem reuerti debeat mortua in matrimonio filia liberis ſuperſtitibus?

CElebris & ſæpe agitata quæſtio eſt, non ſolum apud veteres & recētiores interpr...

ad l. Dos à patre profecta. C. sol. matr. verùm etiam apud Doctores passim consulentes.

Eorum catalogum hic adscribendum non putauimus, quoniã eo nos, atque alios labore leuauit, Antonius Tessaurus decis. Pedem. 190 Omisit tamen, nisi fallor, Antonium Fabrum lib. 1. Coniectur. iuris, c. 16.

Ego (quod à nemine factitatum hactenus scio) argumenta vtriusque sententiæ fideliter & accuratè referam, tum quid ipse sentiam, breuiter explanabo.

Qui igitur existimant dotem ad patrem redire filia in matrimonio defuncta superstitib. liberis, tribus potissimùm argumentis in hanc sententiam adducuntur.

Primum ex l. Iure succursum. ff. de iure dotium. *Iure succursum est patri* (ait textus) *vt filia amissa solatij loco cederet, si redderetur ei dos ab eo profecta, ne & filia amissa, & pecuniæ damnum sentiret.* Sunt & aliæ decem leges, quæ idem dicunt, & citatur à Glo. in d. l. Dos à patre, quæ quidem leges cùm simpliciter loquantur, nec distinguant, vtrum liberi adsint necne, simpliciter etiam intelligendæ sunt? Præsertim quia si nulli extent liberi, nulla est ratio dubitandi, quin ad patrem dos reuertatur. Certum enim est patrem in successione filiæ omnibus esse præferendum, præcipuè marito ipsius filiæ, quare vt aliqua sit ratio dubitandi, sic videntur generaliter accipiendæ, vt dictum est, scilicet etiam liberis extantibus.

Alterũ argumentum est ex eo, quod Vlpianus in fragmentis apud Cuiacium, titul. de Dotibus scribit, mortua in matrimonio filia, dotem reuerti ad patrem, seruatis tamen penes maritum in singulos liberos quintis. Hæc verò quintarum retentio propter liberos sublata est à Iustiniano in l. Vnica. §. Sileat. C. de rei vxor. act. Ex quo efficitur iam nouo iure liberè dotem ad patrem reuerti, etiam filiis existentibus.

Tertium, quia dotis actio cõmunis est patri & filiæ. l. 2. §. Quod si in patris. ff. sol. matr. ergo mortua filia consolidatur in patrem, vt notat Bart. & alij in d. §. Quod si in patris.

At eorum, quibus contra videtur, dotem apud maritum & liberos remanere debere, nec patri restituendam, argumenta hæc sunt.

Primum ex l. vlt §. 1. ff. vt legator. nomi. caueat. Verba textus sunt ista: *Idem quæsiit testatricem apud maritum suum ex quo filium relinquerat, res deposuisse non exacta cautione depositionis, an eas res patri hæredi restitui debeat? an verò quoniam emolumentum totius hæreditatis ad filium defunctæ reuerti deberet, apud maritum remaneret, apud quem dos remansisset. Respondit, quod mulieris mansisset, nec in dote fuisset, restituendum esse hæredi.* Illa verba textus; *Apud quem dos remansisset*, manifestè probant, dotem apud maritum remansuram liberis extantibus, & verba illa, *Nec in dote fuisset*, indicant dotem patri non esse restituendam.

Secundum est ex l. Illam. C. de Collatio. quatenus ibi nepotibus necessitas imponitur cõferendi dotem, tum succedunt auo, qui post filiam decessit. Nam si ad auum (patrem scil. matris eorum) dos reuerteretur, non esset in ea specie de collatione tractandum inter ipsos nepotes, quia dos apud eos non esset, sed apud auum.

Tertium est ex l. Post dotem. ff. Sol. matr. vbi Papinianus scribit, patrem qui sine voluntate filiæ (ita enim restituendum esse locum illum rectè sensit Cuiacius lib. 4. obseru. cap. 21) stipulatus est, diuortio facto dotem dari, si post impletam stipulatoris conditionem filia moriatur, posse quidem ex stipulatu agere, sed non aliter, quàm si filia sine liberis decesserit.

Quartum argumentum est ex l. Si filiusfam. ff. ad Maced. vbi dicitur mortua in matrimonio puella, patri repetitionẽ doris dari. Puellam. n. interpretari debemus illam, quæ nullos liberos suscepit ex l. vxorem. §. Testamento, de leg. 3.

Postremum est ab æquitate. Nam cùm dos sit proprium ipsius filiæ patrimonium, vt in l. 3. §. Sed vtrum. ff. de minorib. æquum esse videtur, vt in ea succedant liberi ipsius.

Rursus cum dos marito detur pro onerib. matrimonij, l. Pro onerib. C. de iure do. æquum est, vt liberis existentibus, in quib. educandis onus est maximum, dos apud virum remaneat.

Denique cùm ob matris mortem maximus sit dolor filiorum, vt etiam ad eosdem successionis emolumentum perueniat, æquitatis & rationis est. Idque erit ex voluntate filiæ, quæ liberos suos magis, quàm patrem dilexit, vt liberis potiùs quam patri dos restituatur.

Ego hac in re sic statuo: Si agatur de filia in potestate patris existente, priorem sententiã nõ solum esse probabiliorem, sed etiam certissimam, si verò agatur de filia emancipata, posteriorem esse verissimam.

Ratio mea est, quia in bonis profectitiis, sicut est dos à patre profecta, filius in potestate existens, non habet hæredem, nec quidem filium, quoniam illa patri pleno iure acquiruntur, cum nihil sit immutatum à Iustiniano in profectitiis. textus in §. 1. in Auth. de hæred. ab intestato. ibi: *Licet n. defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen eius filij cuiuslibet sexus sint, aut gradus; etiam ipsius parentibus præponi præcipimus, quorum sub potestate fuerit, qui defunctus*

functus est, in illis videlicet rebus, quæ secundum nostras alias leges patribus non acquiruntur. Nam in vsu harum rerum, quæ debent acquiri, aut seruari, nostras de his omnibus leges parentibus custodimus.

Si ergo in his bonis profectitiis, quia patri acquiruntur, hæredes non habet filiusfamilias, etiam filios suos, sequitur dicendum dotem profectitiam ad patrem pertinere filia defuncta, non autem ad liberos, vel maritum. Neque enim maritus hæres esse potest, vt nec filij ipsi, sed pater bona profecti occupat iure profectitij peculij.

Quòd si de filia emancipata sit quæstio, hęc omnia cessant, quia pro matrefamilias habetur, & de bonis quibuscunque testari potest, eaque ad suos hæredes transmittere, neque enim patri acquiruntur, sed ipsius filij sunt pleno iure, cessante patria potestate, & eius effectu omni, vt pater.

Ad primum argumentum respondeo: illam legem loqui de filia emancipata, vt ex eo patet, quòd testamentum fecit in illa specie. Constat enim filiumfam. testamentum facere non posse. l. Qui in potestate. ff. de testamentis.

Hæc responsio valet ad secundum etiam argumentum, quia textus in d. l. Illam. loquitur de filia emancipata.

Respondet Antonius Faber loco superiùs annotato, non esse discrimen constituendum inter filiam emancipatam, & in potestate existentem, quia licet filia sit emancipata, tamen dos à patre profecta, ad patrem reuertitur. l. 5. ff. de diuor. l. filiæ. ff. sol. matr.

Non rectè, quia filia emancipata pro matref. habetur, consequenter ad filios, quos habet, tanquam hæredes, dotem suam transmittit. Patri enim non acquiritur cessante patria potestate, & filij in successione patris defuncti præferri debent, quare tunc demum ad patrem dos reuertitur filiæ emancipatæ, cùm nullos illa liberos reliquerit.

Ad tertium respondeo, textum in d. l. Post dotem. loqui specialiter de filia, cui pater dotis actionem donauit, vt ex eo patet, quod dicit ex interuallo post contractas nuptias patrem stipulatum sibi dotem reddi, neq; enim ex interuallo pater filia non consentiente stipulari potest, quia deteriorem causam in dote filiæ ex interuallo facere non potest, vt habetur in l. Quoties. ff. sol. matr.

Et sic illud est argumento, dotem filiæ acquisitam, alioqui nulla est ratio, cur etiam ex interuallo deteriorem causam pater facere non possit, nisi quia actio dotis antea quæsita est filiæ.

Si ergo filia decesserit in matrimonio, liberis extantibus, ad illos, tanquam hæredes, dos perueniet, non ad patrem, quia in dote profectitia, cuius actionem pater filiæ donauit, hæredes potest habere filia, vt declarat Bartolus in dict. leg. Post dotem. numer. 27. & ibidem Ias. num. 58. 59. Si verò filios non relinquat, meritò pater ex stipulatu aget, quia tunc nullus est hæres filiæ in dote, qui patrem agentem ex stipulatu remouere possit exceptione illa, *Si non ex voluntate filia stipulatus sit.*

Ad quartum respondeo: Id tantùm ex allegato textu probari, filia mortua in matrimonio sine liberis, dotem ad patrem redire propter verbum, *Puella*, sed sunt aliæ leges, quæ de filiafamilias loquuntur, vt l. Dos à patre. C. sol. matr. l. Iure succursum. ff. de iure dotium. & aliæ concordantes.

Nec enim placet Fabri sententia existimantis illud verbum, *filiafamilias* ab imperito interprete adiectum, cum nullo hæc sententia solido fundamento nitatur.

Ad postremum respondeo, non vsque adeo durum videri, etsi liberi non succedant in dote. Nam post mortem aui, succedent vel soli tanquam nepotes ex filia, vel cum aliis filiis defuncti, vt in Authen. de hæred. ab intest. venien. §. 1. ibi. *Sic tamen, &c.*

Quare si statuto municipali stantibus filiis masculis, fœminę excludantur, & descendentes ab eis, ita tamen, vt filiæ debeantur dotari, vt in patria mea, durum profectò mihi videretur, & iniustum quoque, vt ad patrem dos rediret, non autem ad filios ac maritum pertineret. Sic enim sequeretur, nec filiam nec eius filios quicquam consecutos fuisse in bonis & hæreditate patris seu aui. Nam filia dotem effectu non habuisset, quia ad patrem esset reuersa. Filij verò eius ab aui successione excluderentur, & simul etiam à dote.

Quod verò dicitur, dotem esse proprium filiæ matrimonium, nihil obstat, quia intelligendum id est, saluo iure, quod pater habet in dote profectitia.

Non obstat id, quod dicitur, æquum esse, vt dos apud virum maneat, propter onera matrimonij; vt filios ex eis alere possit. Nam huius rei non esse rationem habendam Imperator docet in l. Vnica. §. Sileat, C. de rei vxo. act. *Sileat, inquit, propter liberos retentio, cùm ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur.*

Denique non obstat quod dicitur de dolore filiorum ex morte matris leniendo, quia maior est habenda ratio patris in hac re, ne & filiæ amissæ, & dotis detrimentum patiatur. l. Iure succursum. ff. de iure dot. filij enim parentum habent, eique succedent, & auo etiam, cùm morietur, vt iam dictum est.

CAPVT LXXII.

Donatio inter patrem & filium, & inter virum ac vxorem excedens quingentorum aureorum summam, si non fuerit insinuata: Vtrum morte donatoris confirmetur, saltem vsque ad summam quingentorum aureorum?

SAlicetus in commentariis l. Donationes quas parentes. C. de donatio. inter vir. & vxor. in ea est sententia, vt si donatio inter patrem & filium, & inter virum & vxorem excedens quingentorum aureorum summam insinuata non fuerit, morte donatoris minimè confirmetur, etiam vsque ad summam aureorum quingentorum.

Eum secutus est Socinus Senior in l. 1. n. 97. ff. sol. matr. & in cons. 15. lib. 4. Iason in l. 1. §. Sed si mihi. ff. de verb. oblig. & alij a Gabrielio relati commu. conclusionum tit. de Donationibus. concl. 7.

Fundamentum est in d. l. Donationes quas parentes, in illis verbis: *Ita firmas esse per silentium donatoris, vel donatricis sancimus si vsque ad quantitatem legitimam, vel eam excedentes, actu fuerint intimata. Nā amplioris quantitatis donationem minimè intimatam, nec per silētium eius qui donauit, confirmari concedimus.*

Sed contrariam sententiam amplexi fuêre Ioannes Andreas in additionib. ad Specul. tit. de Donatio. § 1. Aretinus in cons. 27. Ruinus in cons. 44. libr. 2. & alij a Gabrielio citati loco proximè relato, quibus adde Antonium Gomesium variar. resol. tom. 2. cap. 3. Tit. de Donatione, post n. 17. vers. Pulchrum tamen & subtile dubium.

Et hæc sententia videtur mihi probabilior. Primum ex iuris nostri regulis. Vtile per inutile non vitiatur. l. 1. §. Sed si mihi. ff. de verb. oblig. c. Vtile. de reg. iur. lib. 6. scilicet in rebus diuiduis, vt in specie proposita.

Secundò ex l. Sancimus. C. de donatio. *Si quid* inquit Imperator, *supra legitimam definitionem fuerit donatum, hoc quod superfluum est, tantummodo non valere, reliquam verò quantitatem quæ intra legis terminos constituta est, in suo robore perdurare, quasi nullo penitus alio adiecto, &c.*

Tertiò ex l. Si quis pro redemptione. C. eod. tit. vbi Imperator statuit donationes quæ non fuerint insinuatæ, sine aliqua distinctione vsque ad quingentos aureos valere.

Ad textum in d. l. Donationes quas parentes, in qua ponitur contrariæ sententiæ fundamentum, respondeo, id, quod in ea lege dicitur, donationes istas insinuationem requirere ad interpretationem legis insinuationem requirentis pertinere, vt scilicet intelligatur legem insinuationem requirentem ad donationes etiam porrigi, quæ fiunt inter patrem & filium, & inter virum & vxorem. Sic ergo est accipienda lex interpretans, quemadmodum lex interpretata, vt dicebat Bartol. in l. Nihil. ff. de coniungendis cum emancip. liberis. Sed ex insinuatione requirens sic accipitur, vt etsi donatio quingentos aureos excedens, non fuerit insinuata, tamen valeat vsque ad summam quingentorum aureorum. Igitur eodem modo accipienda est lex altera, quæ ad interpretationem eius pertinet, & nihil aliud docet, nisi donationi inter dictas personas excedenti aureos quingentos, insinuationem esse necessariam.

CAPVT LXXIII.

Donatio inter patrem & filium, & inter virum & vxorem, vtrum ita donatoris morte confirmetur, vt rei donatæ dominium & fructus ad donatarium pertineant ex eo die, quo donatio facta est?

ACcursius in l. Donationes quas parentes. C. de donat. inter virum & vxor. sic statuit in hac quæstione: Donationem ex die, quo celebrata est valere quantum ad hunc effectum, vt donatarius fructus rei donatæ consequatur, non autem dominium rei donatæ.

Idem respondit Castrensis in l. Talis scriptura, de leg. 1. vbi Alex. testatur hanc esse communem sententiam.

Idem docet Bart. ad l. Si is qui pro emptore, n. 3. ff. de vsucap. Couuar. in rub. de testam. in 2. part. n. 3. Clarus in §. Donatio. quæst. 9. Antonius Gomesius variar. resol. tom. 2. c. 3. tit. de Donationib. n. 23.

Huius sententiæ argumenta quatuor sunt potissimum. Primum quia retrotractio non habet locum, nisi extremum ad quod sit habile, vt declarat Bart. in d. l. Si is qui pro emptore, sed extremum ad quod habile non est in proposita quæstione, quia illud extremum est tempus factæ donationis: Est autem tale tempus inhabile, quia tunc filius est in potestate, & matrimonium constat. Ergo retrotrahi donatio nequit.

Secundum argumentum est ex l. 2. C. de inoff. donatio. vbi lex loquens de donatione patris inofficiosa in vnum ex filiis collata, dicit mortuo patre familiæ herciscundæ iudicium locum habere inter filios. Iudicium autem familiæ herciscundæ locum non habet, nisi super rebus hæreditariis. l. 1. & 2. ff. fam. hercisc. Ergo illa lex significat res a patre donatas filio remanere in bonis patris defuncti, & sic in hæreditate. Si sic est, igitur earum rerum dominium filius non est consecutus ex eo die, quo facta est donatio.

Tertium est ex l. In donationibus. C. ad l. Falcid. vbi textus dicit: In donationibus inter virum & vxorem legem Falcidiam locum habere, quia fideicommissi partibus funguntur. Ergo dominium rerum in donatarium non transfertur, nisi ex die mortis donantis, quasi videlicet ex fideicommisso. Neque enim lex Falcidia locum habet in bonis aliter quæsitis, quam per vltimam voluntatem. l. in ratione. 2. §. vlt. ff. ad l. Falcid.

Quartum argumentum est ex l. 1. §. Si pater. ff. Pro donato. Ait textus. *Si pater filio, quem in potestate habet, donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet vsu, quoniam nulla donatio fuit.* Ex hac lege sic argumentari licet. Si donatio patris eius morte cõfirmatur, & ad tempus, quo facta est, refertur, ita vt ex eo tempore filius dominium consequatur. Cur non vbi vsucapiendi facultatem ex eo die, quo donatio rei alienæ facta fuit, habebit?

Cæterum contrariam sententiã habuerunt Glos. in l. Sequens quæstio. de leg. 2. & in l. Si sub cõditione. ff. de solut. o. Aretin. in d. l. Talis scriptura, de leg. 1. Imola, Angelus, Iason & Crotus in d. l. Si is, qui pro emptore, & ibidem Ruinus & Sebastianus Maffa. Isti omnes docent rei donatæ dominium acquiri ex die, quo donatio facta est. & consequenter etiam fructus ex eo tempore ad donatariũ pertinere.

Et in hanc sententiam ipse quoq; descendo, authoritate d. l. Donationes quas parẽtes. in illis verbis: *Si verò vel non amplior sit donatio, vel cùm amplior esset, in actis insinuata sit, tunc & silentium donatoris, vel donatricis, & specialis confirmatio ad illud tempus referatur quo donatio conscripta sit, & sicut aliæ ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet in quibus contracta sunt.*

Illa verba possunt vrgeri dupliciter. Primùm: quia simpliciter & absolutè disponunt donationem referri ad illud tempus, quo conscripta est. Hic est autem effectus donationis, vt dominium rei donatæ transferatur in donatarium, quia donatio est doni datio. l. Senatus. §. Donatio. ff. de Donatio. Et qui dominiũ habet, fructus etiam consequitur. l. Et ex diuerso. §. Vbi autem. ff. de rei vend. l. 1. & 2. C. de Pignor. act.

Secundò vrgeri possunt, quia textus vtitur exemplo ratihabitionis. Constat autem ratihabitiones ita retrotrahi, vt & dominium retrò fingatur acquisitum. l. Si hac mente. 25. ff de Neg. gestis.

Ad primum argumentum respondeo, Extremum ad quod, non esse prorsus inhabile quia donatio valet a principio iure naturali inspecto, licèt secus iure Ciuili.

Ad secundum respondeo, textum in d. l. 2. C. de inofficiosa donatio. non absolutè hoc dicere, locum esse iudicio familiæ herciscũdæ mortuo patre, qui donauit, quasi res donatæ videantur in hæreditate patris remanere; Sed textus dicit: *Arbitri familiæ herciscundæ officio congruere, vt alteri filio debitam legitimæ portionem incolumem seruet*, quia donatio erat inofficiosa, & ideo eatenus etiam rescindenda.

Ad tertium, ex l. In donationibus. C. ad l. Falcid. ita respondeo. Lex Falcidia locum habet in donationibus inter virum & vxorem, quia vicem obtinent fideicommissi, quasi videlicet fidei committatur hæredis, vt rem donatam tradat donatario. Sed hoc nõ facit, quò minus donatio referri debeat ad tempus, quo conscripta est, neque enim talis fictio Falcidiam impedire potest.

Ad postremum respondeo, donationem patris donantis morte confirmari & retrotrahi, vbi pater rem propriam donat, secus si rem alienam; Tunc enim agitur de alterius, nempe domini rei præiudicio; ideo æquitas cessare dicitur, ac proinde fictio seu retrotractio cessat. l. Sciendum & sequen. ff. ex quibus caussis maio.

Cùm igitur in specie, de qua loquitur Iurisconsultus in d. l. 1. §. Si pater. ff. pro donato, agatur de re aliena donata vsucapienda in præiudicium domini, meritò cessat fictio, cessat enim æquitas, nec donatio quo ad vsucapiendi conditionem, retrotrahitur, seu refertur ad tempus, quo conscripta est, ne domino rei præiudicium inferatur.

CAPVT LXXIV.

Donatio remuneratoria inter patrem & filium vtrum valeat.

COmmunis est sententia donationem, quam vocant remuneratoriam, inter patrem & filium valere, Decius & Alexander in l. Si donatione. C. de Colla. Clarus §. Donatio. quæst. 8. Tiraquell. ad l. Si vnquam, in verbo, Donatione largitus. n. 20. C. de reuoc. donat. Andr. Geyll. lib. 2 Pract. obseru. cap. 38.

Fundamentũ est, quia cui donatio simplex regulariter non valeat, illa est causa, quod rei donatæ dominium ad patrem reuertitur. Omnia enim à patre profecta illi acquiruntur secundùm leges veteres, quæ correctæ non sunt in l. Cùm oportet. C. de bonis quæ lib.

Hæc ratio cessat, quãdo filius eam donationem propter beneficia in parentem collata est promeritus; Videtur enim eo casu, non tam ex substantia patris, quàm ex propria industria rem donatam adeptus.

Cæterùm aduersus hanc sententiã duo pugnare videntur argumenta. Alterum, quia nõ

videtur fieri posse, vt filius ita se gerat erga patrem, vt eum beneficio collato ad remunerãdum obliget. Scribit enim Aristoteles libr. 9. Ethicor. cap. 1. Diis atque parentibus parem gratiam rependi non posse.

Alterum argumentum sumi potest ex l. Tu... §. Quæ tutoribus. ff. de excusatione tuto. in illis verbis. *Cùm iudicium patris, vt filius non vt tutor, promeruerit.*

Primum argumentum effecit, vt Lancellotus Politus politissimæ vir literaturæ, Tiraquello teste loco iam citato, de communi sententia dubitauerit. & post eum D. Menochius de Præsump. lib. 3. cap. 2. num. 4. qui plura in eam sententiam testimonia adfert.

Alterum verò, vt ab ea recesserint Baldus in Auth. Ex testamento. C. de collatio. & Romanus in dicta l. Si donatione, C. eod. tit.

Verùm istis nil morantibus à communi sententia non puto recedendum. Illud enim certum est, legibus nostris non rarò fieri mentionem mer torum filii erga patrem, ob quæ singularem gratiam a parente obtinuerit. Vide textum in § 1 in Authen. De non elig. secund. nub. ibi. *Primumque a filio expertã fauorem existimauit oportere, ne relinqueret eum sine remuneratione &c.* l. De emancipatis. C. de legiti. hæred. ibi: *Hoc à genitoribus suis meruerunt, &c.* in l. Cùm pater. §. Rogo. de leg. 2. *Rogo filia, vt bona tua quandoque distribuas liberis vt quisquis de te meruerit.* in l 1. §. Toties. ff. de Collat. bono. ibi: *Si etiam iudicium patris meruit.* in l. Fœminæ, in principio, ibi, *Contemplatione meritorum*, C. de secund. nupt.

Et pro hac sententia multa disputari possunt ex his, quæ tradit Seneca de beneficiis lib. 3. vbi argumentis multis præclarissimè ostendit beneficia maxima in parentes à filiis conferri posse, ob quæ sint eis obligati.

Quod verò attinet ad textum in d. l. Quæ tutoribus, facilis est responsio, quia textus loquitur de patre hæredem instituente filium impuberem, cohæredémque & tutorem ei dante alium filium ætate maiorem, & ait filium tutorem designatum promeruisse patris iudicium ex eo, quòd filius esset, non ex eo, quod tutor. Quidni? Nam pater debet filios æqualiter instituere, ita enim hortatur, & monet vt in §. Illud quoque, in Auth. de Nuptiis. Itaque licèt tutor non esset, consequetur tamen relictam hæreditatem.

CAPVT LXXV.

Quid si pater dicat se filio donare tum ob eius benemerita, tum ob amorem paternum, an valeat donatio?

SEd hic est alia controuersia: Donauit pater filio benemerenti, & dixit se donare, tum ob eius benemerita, tum ob amorem, quo filium prosequitur, vtrum valeat donatio.

Respondit Castrensis in consi. 345. lib. 1. donationem non valere, sequitur Alexander ad l. Si donatione, col. 2 C. de collatio.

Fundamentum ponunt in duobus brocardicis (vt vocant) regulis. Prima. Cùm duæ causæ exprimuntur, quarum vna naturalis, altera accidentalis est, prævalere debet naturalis. l. Qui habet. ff. de Tutelis. l. Aurelius. §. Titius. ff. de lib. lega.

Altera. Vbi sunt duæ causæ, quarum altera nocet, altera prodest, præualet illa, quæ nocet, l. 3. §. vlt. ff. ad Syllan.

Sed valere iussis brocardicis his regulis, contrariam amplector sententiam, vna cum Decio in d. l. Si donatione. C. de collat. & D. Menoch. libro 3. de Præsumpt. cap. 29. num. 55 alia firmiori regula consisus. Semper in dubiis benigniora præferenda sunt. l. Semper. de reg. Iuris. Semper actus interpretari debet magis vt valeat, quàm pereat. l. Quoties. ff. de verb. obl. l. Quoties. ff. de reb. dub. Non debet vtile per inutile vitiari. c. Vtile. de reg. iur. lib. 6.

Ad Brocardicas respondeo; eas habere locum si concurrant circumstantiæ, quæ concurrunt in iis legibus, ex quibus eliciuntur. Porrò eas leges nihil ad rem nostram facere clarius est, quam vt probatione sit opus.

CAPVT LXXVI.

Si pater filio ob benemerita donauerit, quæ tamen probari non possint, vtrum consistat nihilominus donatio tanquam simplex, quæ scilicet, morte patris confirmetur.

COmmunis est & vera sententia donationem patris propter filij merita non valere, nisi probentur ipsa merita, neque enim patri donatori est credendum. Vide Tiraquell. ad l. Si vnquam, verbo, Largitus. nu. 89. C. de reuo. dona. Clarum §. Donatio. quæst. 8. Andr. Geyll. lib. 2. obseru. 38.

Sed controuersia est, si merita non probentur, an valeat nihilominus donatio tanquam simplex, & morte patris confirmetur. Respondent Bart. & Alexan. ad l. Si donatione. C. de collatio. valere, quia parens mentionem fecit benemeritorum filii, vt eo magis donatio consisteret, quare non debet eius assertio contrarium operari. argumento l. Si mancipia. ff. de fundo instructo.

Sed contrarium respondit Decius in d. l. Si donatione. quia videlicet talis donatio videtur esse simulata & ex falsa causa facta. Ideo non valet, argumento l. Cùm hic status. §. Si quis

quis sponsam. ff. de dona. inter vir. & vxor. vbi donatio vxori facta non valet, si vxor non sit, *quia non quasi ad extraneam, sed quasi ad vxorem fecit, vt ibi.*

Mihi prior sententia videtur esse probabilior, etsi enim mentionem faciat pater bene meritorum filij, tamen ea est ipsius voluntas, vt filius omnino habeat. Facit pro hac sententia textus in l. Tutor. §. Quæ tutoribus. ff. de Excu. tuto. in illis verbis: *Quia iudicium patris vt filius, non vt tutor promeruit.*

Ad textum in §. Si quis sponsam, respondeo, magnam ibi esse rationem diuersitatis, quia si vxor non sit, cessat donatoris voluntas, neq. enim extraneæ donasset personæ. At in specie nostra subest causa ipsa naturalis, quia filius.

CAPVT LXXVII.

An donatio patris iuramento firmata, valeat?

COmmunis est sententia donationem patris iuramento firmatā valere, tum quia iuramentum est res spiritualis, quæ animum obligat, & in spiritualibus patriæ potestatis (quæ sola donationi est impedimento) ratio habenda non est. c. vlt. de Iud. lib. 6. Tum quia inter patrem & filium oritur obligatio, saltem naturalis, quam proinde iuramentum confirmare, & efficacem reddere potest. Arg. l. Frater à fratre. ff. de cond. indeb. c. Quamuis. de pact. lib. 6. Vide Clarum in § Donatio. quæ. 8. Andr. Geyll. lib. 2. obseru. 38.

Cæterùm Castrensis in cons. 345. li. 1. & quidam alij à Gabrielio citati communium conclus. tit. de Donatio. concl. 4. diuersam sententiam habuerunt. *Hæc donatio* (ait Castrensis) *iuramento non confirmatur ex eo, quia cùm pater filio, vt filio, donauerit, videtur sibi ipsi donasse: propter quod redditur iuramentum frustratorium, & inutile, & quasi super impossibili, vnde non est obligatorium. Quis namque dubitet, quod si mihi ipsi dono, & iure, nullius momenti est tam donatio, quàm iuramentum? Prætereà licet iuramentum obstringat iurantem, non tamen facit capacem eum, cui iuratur, si aliàs erat incapax, Argum. l. Cùm fūdus. ff. de conditionibus & demonstratib. Nec hoc reperitur iure cautum, sed filius non est capax, ergo iuramentum non potuit fieri.*

Respondeo, vbi iuramentum accedit, cessat effectus patriæ potestatis, quia in his, in quib. animæ salus & periculum versatur, ratio patriæ potestatis non habetur, nec eorum, quæ iure ciuili sunt constituta. Omne enim iuramentum seruandum est, quod non vergit in alterius præiudicium, & absque salutis æternæ dispendio seruari potest.

Quare nō est filius incapax hoc in casu, nec pater sibi ipsi donare censetur, nec super impossibili adhibetur iuramentum. Cessante enim patriæ potestatis effectu, omnia isthæc cessant: & sic donatio valet quasi sublato patriæ potestatis impedimento.

CAPVT LXXVIII.

An valeat donatio si vnus ex filiis alteri filio donet patre consentiente bona ipsius patris?

LIcet patris donatio filio in potestate non consistat, si tamen alter ex filiis alteri donet patre consentiente, res paternas, eam donationem consistere Oldradus respondit in cons. 26. & ante eum Ioan. Andr. ad Specul. tit. de Instr. editione, § Porrò.

Sed hæc sententia lōgè infirmo nititur fundamento, illo videlicet, quòd cùm pater filio donanti consensum præstat, videatur illum emancipare, quo ad talem actum donationis, Argum. l. Si permittente. C. ad Maced.

Hoc, inquam, fundamentum infirmum est, quia si consisteret, multo magis haberet locū, vbi pater ipse filio in potestate donaret, vt scilicet eum emancipare videretur, quo ad illum actum, vt esset donationis capax, aut certè nulla est diuersitatis ratio inter hunc posteriorē & priorē casum. Quare meritissimo iure Oldradi sententiam repudiarunt Aretinus ad l. Placet. ff. de acquir. hæred. Iason in l. Frater à fratre. n. 44. ff. de cond. indeb. in 1. lect. quibus me socium libenter adscribo.

Porrò nihil mouet quod habetur in d. l. Si permittente, quia non hoc dicit ibi lex, filium emancipari posse, aut emancipatum videri in ea specie, quod ad vnum actum, sed agitur ibi de pecunia filiofamilias mutuata cum consensu patris, & respondetur cessare tunc Senatusconsulti Macedoniani potestatem. Rectè: quia videtur creditor secutus fidē patrisfamil. & propter paternum consensum mutuasse filio: quo in casu & rationem omnem Senatusconsulti planè cessare proculdubio est.

CAPVT LXXIX.

Si pater filio in potestate donet bona pro sua legitima, vtrum statim donatio valeat, an verò sit expectanda mors patris, vt ex ea donatio confirmetur. Et quid si studiorum gratia filio donauerit?

SI pater filio suo in potestate constituto pro legitima portione aliquid donauerit, valere statim donationem, Angelus docuit in l. Si non mortis. ff. de inoff. testam. cuius sententia confirmari potest ex d. l. Si non mortis,

& ex l. Si quando. §. Et generaliter. C. eod. tit. & præterea hoc argumento, quòd cùm pater filio legitimam relinquere teneatur, si aliquid in eam causam ipsi donauerit, videatur potiùs debitum ante diem soluere, quàm donare, & ideo donatio valeat. Nam etsi prohibita sit inter virum & vxorem donatio, non tamen alter alteri, quod in diem debet, statim soluere ac præstare prohibetur, quamuis commodum temporis retenta pecunia sentire potuerit, vt ait Iurisconsultus in l. Sed si vir. §. Quod vir vxori. ff. de donatio. inter vir. & vxor.

Sed contrarium respondit Aretinus in cons. 17. & in l. Placet. ff. de acq. hæredit. & alij a Petro Duenna citati, Regula 223. sequitur D. Menoch. de Præsum. lib. 3. præ. 23. n. 109.

Iason autem distinguit in l. Frater à fratre nu. 44. ff. de cond. ct. indeb. vt scilicet donatio quidem valeat, sed tamen reuocari possit,

Sed Aretini sententia mihi magis probatur. Primò moueor ex regula generali, quæ statuit donationem inter patrem & filium non valere.

Deinde authoritate l. Cùm de bonis. C. de Donatio. *Cùm de bonis tuis* (inquit textus) *partem quidem penes te retinuisse, partem verò in eum, quem in potestate habes, donationis titulo contulisse commemores, non est incerti iuris, in eum qui in sacris familia tua remanet, destinationem magis paterna voluntate factam, quàm perfectam donationem peruenisse.*

Hic Imperator loquitur de patre donante filio in potestate bonorum suorum partem, & respondit non valere donationem. Si donatio valeret pro legitima, debuisset id explicare, alioqui minus sufficienter respondisset.

Huc accedat quod Vlpianus scribit in l. Si filia. §. Si pater ff. famil. hercisc. Papinianum scilicet respondisse, cùm pater inter filios bona sua diuisit, non videri donationem illam, sed potius supremi iudicij diuisionem. Et tamen valere deberet saltem quo ad legitimam filijs debitam, quasi videretur eam ante tempus assignare.

Nec contrarium probant leges allegatæ in argumento contrariæ opinionis. Id enim tàntùm volunt filium agere de inofficioso testamento non posse, cui pater viuens debitam portionem donauerit. Rectè; quia portionem illam debitam iam habet ex bonis donatis. Sed vtrum statim illa donatio valeat ipso patre viuẽte, vt regulariter donatio valeat extra personas prohibitas, non habetur in dictis legibus.

Quòd verò dicebatur patrem videri ante tempus soluere, & ideo valere donationem, sicut cùm vxori soluitur ante diem, nihil obstat, quia non est certum legitimam filio deberi. Nam vt ipse ante patrem moriatur, accidere potest. Lex autem loquens de coniugibus ante diem soluentibus, de certo debito loquitur, non de incerto, vt hìc.

Quod verò attinet ad donationem studiorum causa factam, illam valere communis est sententia. Vide Iasonem ad l. 1. nu. 23. ff. solut. matr. Clarum in §. Donatio. quæst. 8.

Sed quoniam vix firmum habet aliquod fundamentum, ab ea multi dissentiunt, vt videre est ex allegatis.

Ego verò studiosorum causam maximè adiuuari puto ex l. 3. §. Sed si in Castra. ff. de Donatio. inter vir. & vxor. *Si mater filio, qui in patris potestate est donet;* inquit textus, *donatio nõ valet, quia patri quæritur, sed si in castra eunti filio dedit videtur valere quia filio quæritur, & est Castrensis peculij.* Ergo & id quod filio studiorum causa donatur, videtur esse quasi Castrense peculiũ, si armata militia togatæ comparetur. l. Aduocati. C. de aduoc. diuer. iudic. Consequenter patri non quæritur, & valet donatio.

CAPVT LXXX.

Vtrum donatio inter virum & vxorem remuneratoria vt vocant, iure consistat?

SI vir senex vxorem ducat ætate florentem, & remunerationis ergo, donet ei quidquã, eam donationem iure subsistere & efficacem esse statim, vt aliæ donationes valent inter viuos, communis est sententia. Vide Bartolum in l. 2. C. de dotis promiss. Baldum Nouellum de dote in 10. part. num. 8. & seq. Clarum in §. Donatio quæst. 9. Couuar. in tit. de Sponsalib. in 2 part. c. 3. §. 3. nu. 1.

Fundamentum verò positum est in l. Quod autem. §. Si vir. ff. de dona. inter vir. & vxor.

Sed contrarium responderunt Crauetta in consil. 51. & Pinellus ad l. 1. in 3. part. C. de bonis mater. quibus & ipse me lubens socium adiungo, eo argumẽto adductus, quòd multi iure nostro casus speciales exprimantur, quibus donatio inter virum & vxorem consistit, & tamen hic, de quo agitur, eorum numero non recensetur: vt verisimile sit eum nec iure enumerandum esse.

Nec sanè immeritò, sic enim fieret remunerationis huiusmodi prætextu, vt sæpe eluderentur leges tales donationes prohibentes, ne mutuo se coniuges amore spolient, ne matrimonia fiunt venalia, ne liberorum curam deserant, vt in l. 1 2. 3. ff. de donat. inter vir. & vxor.

Nec quicquã obstat text. in d. §. Si vir. quia loquitur de reciproca donatione, non autẽ de

remu-

remuneratoria iſta, de qua agimus. Ceſſat enim omnis prohibitionis ratio, vbi hinc inde tantum accipitur, quantum donatur.

Verba textus dicti §. hæc ſunt: *Si vir & uxor quina ſibi inuicem donauerint, & maritus ſeruauerit, vxor conſumpſerit, rectè placuit compenſationem fieri donationum: & hoc diuus Adrianus conſtituit.*

Porrò (vt obiter id etiam dicam) dictorum verborum ſenſus elicitur ex l. Cùm hic ſtatus. §. Quòd ait oratio. ff. eod. tit. vbi Vlpianus: *Quod ait Oratio conſumpſiſſe, ſic accipere debemus, ne is qui donationem accepit, locupletior factus ſit: Cæterùm ſi factus ſit, orationis beneficiũ locum habebit. Sed etſi non ſit factus locupletior, dederit tamen tantam quantitatem, eaque extet, dicendum eſt, ſi is deceſſerit, qui factus eſt locupletior, poſſe repetere id quod dedit. Nec compenſare id quod conſumpſit. Quamuis diuortio ſecuto hac compenſatio locum habeat.*

Verba obſcuriora eſſe videntur, ſed rectè declarat Crauetta in d. conſ. 51. Si vir vxori donet, & illa tantundem viro, amboque res donatas retineant, & non conſumant, donatio valet, quia vterque factus eſt locupletior. Hic eſt ſenſus illorum verborum: *Si factus ſit locupletior, orationis beneficiũ locum habebit.* Si verò alter donatas res conſumat, tunc ſi matrimonium diuortio fuerit ſolutum, retractari donatio nequit. Hoc vult textus illis verbis: *Quamuis diuortio facto, hac compenſatio locum habeat.* Si verò morte diſſoluatur matrimonium, tunc illa diſtinctio adhibetur, vt ſi præmoriatur is, qui conſumpſit, donatio valeat, tanquam eius morte confirmata, nec retractari ab hærede poſſit. Si verò præmoriatur is, qui locupletior effectus eſt, hoc eſt, qui non conſumpſit, ſed retinuit res donatas, tunc donatio non valeat, quia morte confirmata non eſt, morte inquam illius, qui conſumpſit, ideóque reuocari poteſt.

Hæc eſt ſententia illorum verborum: *Sed ſi non ſit factus locupletior, dederit tamen tantam quantitatem, eáque extet, dicendum eſt ſi deceſſerit, qui factus eſt locupletior, poſſe repetere id, quod dedit, nec compenſare id, quod conſumpſit, &c.*

CAPVT LXXXI.

Vtrum donatio inter coniuges iureiurando confirmetur?

Triplex eſt doctorum ſententia. Alij enim docent confirmari. ita Bartol. in l. Seius & Augerius ff. de verb. oblig. Socin. ſe. in conſ. 77. lib. 1. & alij quamplurimi apud Gabrielium communium concl. tit. de Donationib. concl. 3 Clarum §. Donatio. quæ. 9. Andr. Geyll. lib. 2. cap. 11.

Alij negant valere ſeu confirmari iureiurando, ita Bart. in l. 1. ff. de donatio. inter vir. & vxor. Socin. ſen. ad l. 1. ff. ſol. matr. & in conſ. 66. lib. 1. & alij à Gabrielio commemorati loco annotato.

Alij denique reſponderunt, donationem quidem iuramento firmari, ſed tamen efficacem non eſſe, niſi donator præcedat. Præmoriente verò donatario, nullam habere iuris firmitatem.

Celebre hoc eſt illud Decij reſponſum in conſ. 140. & 536. quod latè Crauetta impugnauit in conſil. 101. Roland. in conſil. 77. lib. 1. Sed latè defenditur à D. Menoch. in conſ. 83. lib. 1. Ego breuiter iſtarum opinionum fundamenta referam, tum quid mihi videatur, paucis declarabo.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt in iuris canonici regula, quæ habet: Contractus & cęteras pactiones iure ciuili infirmas & inefficaces, iuramento accedente, confirmari, & robur accipere, quia iuramentum eſt ſeruandum, ſi abſque ſalutis æternę diſpendio ſeruari poſſit, nec in alterius vergeat detrimentum, vt in c. Si verò, & in c. Cùm contingat, de iureiu. & in c. Quamuis. de Pactis. lib. 6.

Fundamentum autem negantis ſententiæ illud eſt: Quòd iure prohibita ſit ea donatio, vt in toto tit. ff. de Donatio. inter vir. & vxor. & in cap. Donatio. eod. tit. Idque iuſtiſſimas ob cauſas, ne ſcilicet coniuges mutuo ſe amore inuicem exhauriant, ne liberorum curam deſerant, & ne matrimonia ſint venalia. Quare contra bonos mores videtur eſſe talis donatio. Iuramentum verò contra bonos mores præſtitum non obligat. c. Non eſt obligatorium. de reg. iur. lib. 6.

Tertiæ opinionis fundamentum eſt. Quia iuramentum ſequitur naturam actus, cui adiicitur. l. vlt. C. de non num. pec. Hæc autem eſt donationis huius natura, vt morte donantis confirmetur. l. Cùm hic ſtatus. ff. eodem tit. l. A marito. C. eod. tit. Neque enim ea videtur mens donantis fuiſſe, vt hæredi ac ſucceſſori daret. Quare nec iuramentum quicquam valet contra ipſius mentem iurantis, vt declarat Iaſon ad l. Sciendum. n. 33. ff. de verb. oblig.

Poſtremæ deniq; ſententiæ fundamentum eſt illud præcipuum: Quod iuramentũ reddat ipſam donationem validam & efficacem ex cauſis iam allatis, ac proinde cùm donatio ſtatim efficax ſit, ad hæredem donatarij tranſmittatur cum cætera hæreditate. l. Hæreditas. ff. de verb. ſignificat.

Hæc poſtrema ſententia videtur mihi omnibus aliis probabilior. Mouet me iuramenti poteſtas ac religio, quæ hoc facit, vt cæteræ pactiones alioqui iure ciuili improbatæ, conualeſcant, ne ſcilicet continga t periurium

viam aperiri, vt innuit Summus Pontifex in d.c. Cùm contingat. de iureiur.

Nec rectè dicitur eam donationem esse cõtra bonos mores: quia moribus receptum est, ne valeat donatio, vt inquit Vlpianus in l.1 ff. de Donati. inter vir. & vxor. non autem dicit bonis moribus repugnare, vt & Socin. iun. adnotauit in conſ. 44. n. 34. lib 2.

Quòd verò dicitur iuramentum sequi solere naturam actus, cui interponitur, minimè locum habet in his, quæ pertinent ad actus efficaciam & confirmationem. Nam actum statim corroborat, & efficacem reddit, vt optimè deducit Iason in l. Si conuenerit. n.8. ff. de iurisd. om. iud. etiam patet ex locis suprà commemoratis.

Denique non obstat id, quod subiungitur, Iuramentum non operari contra iurantis intentionem. Nam hic non repugnat iurantis intentio Nam si eum, cui donauit, rem donatam habere voluit atque ita iurauit, videtur etiam in consequentiam voluisse, vt donatario defuncto res transitet ad eius hæredem, sicut alia transeunt. Alioqui si valeat hoc argumentum, nulla ad hæredem donatio transmitti poterit, quod absurdum est.

CAPVT LXXXII.

Vtrum donatio reciproca, vel remuneratoria vel ob causam, excedens summam quingentorum aureorum, insinuationem requirat.

COmmunis est sententia reciprocam donationem & remuneratoriã, vt vocant, Item donationem ob causam, insinuationem non requirere, licet quingentorum aureorum summam excedat. Vide Tiraquell. ad l. Si vnquam, in verbo, donatione largitus. n. 127. & n. 143. & Gabrielium communium conclusio. tit. de Donationibus, concluſ. 1

Eius verò fundamentum est in l. 1. & in l. Hoc iure vtimur. §. vlt. ff. de donatio. in l. Atilius. ff. eod. tit. & in l. Sed etsi lege. §. Consuluit. ff. de peritio hæred.

Cæterùm quòd ad reciprocam attinet, Homodeus dissentit in conſ 181. quãtum verò ad donationem remuneratoriã, Pinellus in Cõmentariis l. 1. C. de bonis maternis, in 3. parte.

Fundamentum eius est, quia donari dicitur, quod nullo iure cogente datur, l. Donari. ff. de reg. iuris, licet naturali quadam iustitia is, qui donat, teneatur ad antidora, vt notat Gloſ. in d. l. Donari. Imo verò plerunque donantur res amicis, qui aliquod beneficium contulerunt. Quare si remuneratoriæ donationes insinuationum legibus subiectæ non sint, vix vlla erit donatio, quæ opus habeat insinuatione.

Ad d. l. Attilius, respondet illam loqui de remuneratione Magistri, cui merces debebatur, vt patet ex illis verbis: *Dixi posse defendi, non meram donationem esse, verum officium Magistri, quadam mercede remuneratum Regulum.*

Ad d. l. Sed etsi lege. §. Consuluit, respondet contrarium potius probare, nempe donationem verè dici, quæ remunerationis gratia fit, ex illis verbis quibus dicitur: *Locupletiorem eum dici, cui remunerationis gratia donatũ est.*

Ego sic statuo; Donationem remuneratoriam, & alias superiùs expressas, propriè donationes non esse, & communis sententia docet: Sed tamen eas insinuationem exigere.

Priorem assertionem probo ex l. 1. ff. de Donation. vbi textus: *Donationes complures sunt. Dat aliquis ea mente, vt statim velit accipientis fieri, & propter nullam aliam causam facit, quàm vt liberalitatem & munificentiam exerceat: Hæc propriè donatio appellatur. Dat aliquis vt tùm demum accipientis fiat, cùm aliquid secutum fuerit, ea non propriè donatio appellabitur.*

Secundò ex l. Hoc iure §. vlt. ff. eod. tit. *Sed & hæ stipulationes* (inquit textus) *quæ ob causam fiunt, non habent donationem.*

Tertiò ex eadem l. in §. Labeo. *Labeo ait: Extra causam donationem esse talium officiorum mercedem, vt puta, si tibi affuero, si satis pro te dedero, si qualibet in re opera vel gratia mea vsus fueris.*

Postremò (quod ad reciprocam donationẽ attinet) illud est manifestũ, propriè donationem non esse, quia non fit exercẽdę liberalitatis gratia, vt in l. 1. ff. de donatio. Quare videtur potius esse genus quoddã permutationis. l. Sed etsi lege. §. Cõsuluit. ff. de Peritio. hæred.

Secundam verò assertionem probo authoritate l. Sancimus C. de donatio. *Sancimus,* inquit, *omnem donationem siue communem, siue ante nuptias factam, vsque ad trecentos solidos cumulatam, non indigere monumentis, sed communem formam habere, &c. Si quid autem supra legitimam definitionem fuerit donatum, & hoc quod superfluum est, tantummodò non valere, &c.*

Hic Imperator docet omnem nouationem supra summam definitam, insinuationem requirere (summa porrò ad quingentos aureos extenditur ex l. pen. C. eod. tit.) Qui dicit omne, nihil excludit. l. Iulian. de legat. 3. Ergo omnis donatio sub hac lege continetur. Sed reciproca donatio, & ob causam, & remuneratoriæ dicuntur esse donationes. l. Quòd autem §. Si vir. ff. de Donation. inter vir. & vxor. l. 1. Affectionis. ff. de Donatio. Igitur & hæ donationes indigent insinuatione.

Secundò assertionem probo ex ratione legis: Etenim ad euitandas fraudes, requiritur insinua-

insinuatio. l. Lata. C. de donatio. & declarat optimè Conanus lib. 5. Comment. iuris, cap. 9. Fraudes autem excogitari & adhiberi possunt etiam in iis donationibus, de quibus agitur, vt patet: Ergo requirunt & hæ donationes insinuationem.

Ex his patet responsio ad argumenta communis sententiæ, nihil enim aliud probant, quam donationes huiusmodi nō propriè donationes esse. Quod & ipse fateor, sed quia tamen impropriè donationes sunt, assero insinuatione eas indigere, quia omnis donatio excedens summam, &c. insinuationem exigit, vt dixi.

CAPVT LXXXIII.

Vtrum donatio summam excedens quingentorū aureorum, iuramento firmata, requirat insinuationem.

TRes sunt Doctorum sententiæ hac de re. Vna affirmans: Altera negans: Tertia distinguens. Aut iuramēto renunciatum est insinuationi, & valet donatio, aut renunciatum non est, & non valet. Vide Clarū in §. Donatio. q. 18. Anton. Gabriel. commu. concl. tit. de Donationib. concl. 1. Andr. Geyll. lib. 2. obseru. 39. Eugenium in consi. 7. Antonium Gomeziū variar. resol. tit. de Donationib. ca. 3. nu. 6. Seraphinum Senensem de Priuilegiis iuramenti. Priuileg. 73. Petrum Duennam reg. 224. n. 5.

Ego sic existimo, veriorē esse ac iuri nostro magis consentaneam eorum sententiam, qui donationem valere putarunt etiam absque vlla insinuatione, vbi iuramento confirmata est. Moueor hoc argumento, quòd iure Ciuili ita sit constitutum, vt talis donatio minime valeat absque insinuatione, iustas quidem ob causas, sed non tamen tanti faciendas, quanti religio Dei, iurisiurandi vinculum, peccatum periurij æstimari debent.

Quare alterum ex duobus dicendum est, vel seruandas esse leges ciuiles, & violandum iuramentum Deo præstitum, vel iuramentum obseruandum, & eas leges negligendas. At quis nō videt iustius esse leges negligi, quàm Deum periurio offendi.

Adstipulantur huic sententiæ Canones in similibus speciebus conscripti, vt c. Si verò. ca. Cum contingat, de iureiu. c. Quamuis. de pactis, lib. 6.

Contrariæ sententiæ argumēta sunt ista hæc. Primum fauore publico, ne quis profusa nimis liberalitate suum exhauriat patrimoniū, vt donationes insinuentur, lege constitutum est. Expedit enim Reipublicę, ne homines malè rebus suis vtātur, vt ait Imperator in §. sed & maior in Instit. de his qui sui vel alieni Iuris sunt. At nemo potest iuri publico, iuramento etiam adhibito, derogare, vt in c. Si diligenti de foro competen. Ergo nec iuramento adhibito valere potest absque insinuatione donatio.

Respondeo, textum in d. c. Si diligenti, loqui de Clerico consentiente in iurisdictionē laici iuramento etiam præstito. Ait textus nullius esse momenti consensum? Et rectè; quia ius publicum repugnat, quod in sacris Sacerdotibus & Magistratibus consistit. l. 1. §. 1. ff. de iust. & iure, & iustas ob causas statuit, vt Clerici a sæcularibus nō iudicentur. At hic agitur de iure priuato: licet enim ob publicam vtilitatem insinuatio requiratur, non tamen est vtilitas publica principaliter, sed secundariò. Quare iuramento accedente valet actus.

Id patet in alienatione rerum dotalium, in alienatione rerum minorum viginti quinque annis, & in aliis multis casibus, in quibus iuramentum actum ipsum confirmat, licet repugnet secundario publicæ vtilitati, vt in d. c. 5. Si verò, & in cap. Cum contingat, de iureiur. in l. 1. & in Auth. Sacramenta puberum. C. si aduer. vend.

Secundum argumentum. Insinuatio necessaria est, vt fraudes euitentur. l. Lata. C. de Donatio. Si ergo donatio confirmetur iuramento, etiam non adhibita insinuatione, via fraudibus aperitur, hoc autem est absurdum. l. Conuenire. ff. de Pactis dotalib.

Respondeo, viam fraudibus non aperiri, quia nemo præsumitur iurare falsum, ac delinquere, & vbi iuramentum intercedit, res præsumitur acta cum consilio & deliberatione, c. Ex rescripto. de iureiur. & tradit optimè Alexand. in consi. 52. nu. 2. & 17. lib. 1.

Tertium argumentum Lex præsumit fraudes intercessisse, si donatio careat insinuatione. Ergo iuramentum nihil operatur. c. Cùm contingat. de iureiur. ibi: *Neque vi, neque dolo præstita, &c.*

Respondeo, nego antecedens, neque enim leges dicunt fraudes præsumi, si donatio careat insinuatione, sed vt fraudes euitentur insinuationem requiri.

CAPVT LXXXIV.

An renuntiari possit constitutioni l. Si vnquam. C. de reuoc. donatio.

CElebris est controuersia, vtrum l. Si vnquam. C. de reuocan. donatio. possit renuntiari. Sunt enim qui affirmant, sunt qui negant. Vide Oldradum in consi. 173. Ripā in cōmentariis ipsius legis, quæst. 51. Tiraquellum latissimè in præfatione. n. 88. Nattam in consi. 25. & alios, quos citat Alphanus Collectaneo 264. & Mynsingerum Centuria 5. obseru. 63.

Affirmantis sententiæ fundamentum est, quia vnusquisque iuri suo renũciare potest. l. pen. C. de Pactis. Cùm igitur in ipsius donantis fauorem cõstitutum sit, vt si liberos susceperit, donationem reuocare possit, nihil proponi posse videtur, cur non possit suo iuri & fauori renunciare.

Fundamentum verò negantis sentẽtiæ illud est præcipuum, quòd ea constitutio edita fuerit non in fauorem tantum donantis, sed etiã eius liberorum. Quam ob rem illud ius liberis quæsitum ac delatum, non debet, nec potest eis pater auferre. l. Quod de bonis. §. vlt. ff. ad l. Falcid. l. pen. C. vt in possess. legato. l. Id quod nostrum. de reg. Iuris. l. Cùm non solum C. de bonis, quæ liberis.

Pendet igitur hæc disputatio ab hoc articulo, an videlicet fauore duntaxat donatoris, an verò etiam liberorum scripta sit illa Constitutio. Et cùm textus velit bona donata reuerti ad ipsum donatorem, nec vllam faciat liberorum mentionem, oritur coniectura, non fuisse habitam rationem iuris ipsorum liberorum, sed patris duntaxat.

Huc accedat, quòd si iam nati sint liberi, cùm pater donat, ipsis nullum competit ius reuocandæ donationis, nisi vsque ad debitum bonorum subsidiũ, querela scilicet inofficiosæ donationis proposita, vt in l. 1. in l. Si totas, & toto titulo. C. de inoff. donatio. Cur ergo possint postea nati reuocare ipsam donationem ope d. l. Si vnquam, vbi pater ei legi renunciauit ac proinde declarauit, se ratam habere velle donationem etiam liberis postea susceptis?

Denique vera ratio legis est ex coniectura pietatis, quoniam is, qui donauit liberos non habẽs, minimè donaturus fuisset, si de liberis cogitasset nascituris, ne scilicet propriæ soboli extraneos anteponeret. l. Cùm acutissimi. C. de fideicommissis. l. Cùm auus. ff. de cond. & demonstr. l. 6. §. Cùm autem. C. de institut. & substit. Cùm ergo constat euidenter eum donare voluisse, etiamsi liberos suscepturus esset, cessat illa pietatis coniectura. Constat autem, vbi is, qui donat, beneficio legis renunciat. Hæc enim est donantis sententia, vt non velit bona donata ad se reuerti, etiamsi liberos postea susceperit.

Itaque ex his concludo affirmantem sententiam iuri nostro magis consentaneam videri, cui sententiæ adstipulantem habeo nouissimè doctissimum virum Cuiacium lib. 20. obseru. cap. 5. & Rotæ Romanæ decisionem præclaram in 1. parte decisionum nouissimè editarum, decis. 124.

CAPVT LXXXV.

Vtrum d. l. Si vnquam, C. de reuocan. donatio. locum habeat extra illam speciem patroni donantis liberto?

Verba legis hæc sunt: *Si vnquam libertis patronus filios non habens bona omnia, vel partem aliquam facultatum, fuerit donatione largitus, & postea susceperit liberos: totum, quicquid largitus fuerat reuertatur, in eiusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.*

Hoc in loco controuertitur, an si alius præter patronum libertis donantem, bona sua extraneis donauerit, & postea liberos susceperit, idem sit respondendum. Controuersiam latissimè tractat Tiraquellus in commentariis d. l. in verbo, Libertis. & Ripa in quæst. 1. Isti authores citant tum affirmantis, tum negantis sententiæ, vt minimè opus sit à me referri.

Ego sanè eorum sententiam magis probo, qui legem extendunt ad alias personas, quam in ea lege sint expressæ, quam quidem sententiam probat etiam Cuiacius lib. 20. obseruatio. c. 5. eo scilicet argumento, quòd & in aliis personis & casibus ratio legis valet, quæ posita est in coniectura pietatis, quia scilicet verisimile est, eum extraneo donaturum non fuisse, si de liberis cogitasset. l. Cùm auus. ff. de cond. & demonst. l. Generaliter. §. Cùm autem. C. de instit. & substit.

Nec contrariæ sententiæ mouent argumenta: Inde enim petuntur, quòd verba legis de patrono loquantur, non de aliis, ac proinde in aliis obtinere debeant alias leges, quibus sancitum est, donationes reuocari nõ posse, cùm perfectæ sunt. Præsertim quia videtur in liberto aliqua specialis ratio suadere, vt bona donata non obtineat, si patrono donanti liberi nascantur, propter summum libertatis collatæ beneficium, quo patrono & eius liberis, libertus est obstrictus, & quia faciliùs reuocatur donatio liberto facta, vt in l. 1. C. eod. tit.

Respondeo, rationem legis inspiciendam, non verba. Neq; enim possunt omnes articuli legibus nostris comprehendi. l. Non possunt. ff. de legibus. Ratio autem legis locum habet in omnibus casibus & personis. Nec illa ratio beneficij collatæ libertatis liberto, quicquam valet, quia non ea nititur legis decisio, sed cõiectura paternæ pietatis, ne suam videatur sobolem alienę prætulisse, & quia verisimile non est eum, si de liberis cogitasset donaturum fuisse.

CAPVT LXXXVI.

Vtrum l. Si vnquam. C. de reuocan. dona. locum habeat vbi Ecclesiæ donatio facta est?

Disputat fusè Tiraquellus in commentariis d. l. Si vnquam, in verbo, Libertis, nu. 79. atque ibidem Ripa q. 49. an illa lex procedat etiã si donatio facta sit Ecclesiæ vt scilicet reuocetur

reuocetur natiuitate liberorum. Authores affirmantis & negantis sententiæ commemorant & argumenta.

Decidit hanc controuersiam textus in c. vlt. 17. quæst. 4. vbi canon ex D. Augustino (si locus eius est, neque enim inter Augustini opera reperitur) ita dicit. *Quam laudabile factum S. Aurelij Carthaginensis Episcopi. Quidam enim cùm filios non haberet, nec speraret, res suas omnes (retento sibi vsufructu) donauit Ecclesiæ: nati sunt ei filij, nec opinanti reddidit Episcopus ea, quæ donauerat; In potestate habebat Episcopus non reddere; sed iure fori, non iure poli.*

Sententia canonis est, si iuris rigorem spectes, non reuocatur donatio Ecclesiæ facta. Primò quia Constantini Imperat. lex non ligat Ecclesiam.

Secundò, quia Ecclesiæ qui donat, videtur pro salute animæ donare, Deo. n. donat, salus autem animæ filiis præferenda est. Sed quoniã Ecclesia cultrix est iustitiæ & æquitatis ratione quadam naturali ac diuina edocta, nõ debet cum aliena iactura locupletari: non tam ergo donationem factam ponderat, quàm donantis mentem, qui cum filios non haberet, nec speraret, donauit, nati verò postmodum ei sunt filij nec opinanti. Cur igitur ea bona filiis auferat, quæ forsan parens auferre noluisset, si eos habuisset, vel se habiturum sperasset? Valeat rigor omnis. Præualeat ratio, æquitas, commiseratio.

CAPVT LXXXVII.

An d. l. Si vnquam. C. de reuoc. dona. locum habeat, cùm donans tempore donationis liberos habebat, si deinde alios susceperit?

COntrouertitur quoque: An si quis liberos habuerit, puta vnicum filium, vel filiam, & bona sua, vel partem eorum extraneo donauerit, deinde alios susceperit filios, an reuocetur donatio. Et multi responderunt reuocari. Multi secus docuerũt. Aliqui distinctionem adhibendam censuerunt, vtrum filij iam nati odiosi essent, vel chari. Vide Tiraquellum in commentariis d. l. si vnquam, in verbo, Filios non habens. Ripam q. 6. Iacobum Cuiacium lib. 20. obserua. cap. 5.

Qui affirmant, ea vtuntur coniectura, quòd sit eadem ratio hoc in casu, quę est, vbi donãs nullos habuit filios donationis tempore. Nam donatio tunc eam ob causam reuocatur, quòd nõ speraret donans se liberos habiturum, nec verisimile foret, eum donaturum si se habiturum sperasset. Hæc ratio locum habet etiam quando vnicum habet filium, vel filiam. Nam extraneis non donaret, si se alios habiturum speraret.

Cæterum qui negãt, eo nituntur argumento, quòd verisimile sit donantem hoc casu de liberis cogitasse, & eis tamen voluisse extraneum præferre: Si enim plus, quàm natum filium, dilexit donatarium, verisimile etiam est eum præ nascituris dilexisse.

Sed & distinctiones suis nituntur rationib.

Verùm in re clara, & legibus nostris planè decisa, tot coniecturis minimè opus esse existimo. Audiamus legẽ de hac specie ipsã; Pater filios habet natos, donat ipsis filiis (eadem est ratio si extraneis donauerit) Postea nascuntur alij, quid iuris? An non tota reuocatur donatio, an verò vsque ad legitimã tantùm portionem? Diocletianus & Maximianus in l. 5. C. de inoff. donatio. *Si totas facultates tuas per donationes vacuas fecisti, quas in emancipatos filios contulisti; id, quod ad submouendam inofficiosi testamenti querelam non ingratis liberis relinqui necesse est; ex factis donationibus detractum, vt filij vel nepotes postea ex quocunque legitimo matrimonio nati, debitum bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium tuum reuertetur.*

Igitur cùm quis donat nullos habens liberos, si postea nascantur liberi, reuocatur donatio, ex coniectura pietatis, quia scilicet verisimile non est, eum donaturum fuisse, si de liberis cogitasset: Hæc est decisio l. si vnquam. Si verò liberos habens, donauerit, reuocatur donatio nõ in totum, sed pro legitima portione, non ex coniectura pietatis, sed ex eo, quòd inofficiosa sit donatio, & contra officium pietatis paternæ. Hæc est decisio d. l. 5. C. de inoff. donat. atque adeo propositæ huius controuersiæ.

CAPVT LXXXVIII.

Vtrum d. l. si vnquam. C. de reuoc. dona. locum sibi vindicet in re donata particulari, vel in parte bonorum modici momenti donata?

CVm lex dicat: *Omnia bona, vel partem aliquam*, oritur controuersia an de qualibet minima id parte accipiendum sit, & de re etiã aliqua singulari donata. Tractant hanc quæstionẽ Tiraquell. in comment. d. l. si vnquam, in verbo, Omnia, vel partem aliquam, & Ripa quæst. 7. & 8.

Qui accipiẽda esse illa verba negant de qualibet parte, & de re particulari, eo vtuntur argumento, quòd appellatione partis, dimidia intelligatur. l. Nomen filiarum. §. Portionis. ff. de verb. sign. & quòd si de qualibet parte, vel minima re Imper. loqui voluisset, non dixisset bona omnia vel partem aliquam, sed simpliciter ac vno verbo dixisset, aliquam rem.

Qui autem contrariæ sententiæ sunt authores, perpendunt illud verbum, *aliquam*, quod vel in minima parte verificari potest; ex sententia Gloss. in clemen. 1. ver. Et earum parte, c,

de foro competen. & præterea textum in l. generaliter. §. cum autem. C. de instit. & substit. ad finem.

Ego sanè eorum sententiam magis probo qui hanc quæstionē arbitrio iudicis definiendam putant, vt scilic. omnibus circumstantiis perpēsis, is existimet, an verisimile sit donaturum fuisse, rem, vel partem donatam, si de liberis cogitasset, cui sententiæ etiam adstipulatur D. Menochius de arbitr. iud. casu 133.

CAPVT LXXXIX.

Vtrum l. Si vnquam. C. de reuo. dona. locum habeat in donatione remuneratoria?

COmmunis est sententia doctorum, si remunerandi gratia donatum sit, vel ob aliam causam, quæ cōmodum respiciat donatoris, nō esse locum constitutioni l. si vnquam. C. de reuo. dona. Vide Tiraquell. in commēt. d. l. in verbo, Donatione largitus, in principio, & Ripam ibidem, quæst. 13. & 14.

Fundamentum verò est, quòd hæc non sit propriè donatio ex liberalitate procedens, iuxta l. 1. ff. de donat. Sed potius mercedis præstatio, iuxta l. Attilius. ff. eo. tit. & genus quoddam permutationis, iuxta l. sed etsi lege. §. cōsuluit. ff. de petitio. hæred. Ideo & irreuocabilis esse dicitur, l. si pater. §. 1. ff. eod. tit.

Cæterum Cuiac. lib. 20. obseruat. cap. 5. contrarium docet post Nicolaum Vallam de reb. dub. c. 2. aitque se ab hac non excipere donationem remunerandi gratia factam, quod & Nicol. Val. probare videtur.

Nullum argumētum vidi quo isti moueantur, sed tamen eorum sententiam verissimam esse puto, quia plerunque donationes in eos conferuntur, qui beneficia contulerunt, vt si hanc eximas ab ea cōstitutione donationem, quam certè Imper. non ademit, multum sanè illi detrahas.

Deinde quia donatio dicitur & illa, quæ remunerādi causa fit. Nam donari dicitur quod nullo iure cogente datur. l. Donari. ff. de reg. iur. & de donatio. Nullo verè iure cogēte datur ab eo, qui remunerandi gratia donat, licèt .n. ad antidora esset obligatus naturali quadā ratione, cogi tamen iure non poterat, ideo videtur aliquam exercere liberalitatem, sicuti optimè declarat Decius in d. l. donari. de reg. iur.

Tertiò, quoniam ratio legis locum habet, etiam in ea donatione, quæ remunerādi causa fit, etsi enim benefacientib. benefacere teneamur, & hominem ab homine beneficio affici, plurimum intersit, maximúmque sit ingratitudinis peccatum, tamen ea res modum habet, occasionem expectat, nec statim exigit, vt benemerēti omnia bona donentur, vel magna pars eorum, quare neque etiam verisimile est, donaturum fuisse, qui beneficium accepit, omnia bona, vel maiorem partem, si de liberis cogitasset, quoniam non hæc paterna pietas & amor suadent.

Quòd si modici momēti donata res proponatur, & omnino id, quod verisimiliter donaturum fuisset, etsi liberos donans habuisset, vel de eis cogitasset, tunc sententiam communē amplectendam putarem.

Alioqui eius me parum mouerēt argumenta: Quod. n. dicitur hanc non esse verè ac propriè donationem, nihil obstat. Nā satis est donationem esse aliquo modo, verba mentémque legis eidem conuenire.

Quod verò dicitur irreuocabilē esse ex l. si pare. § transeat. Est enim æquum, vt qui liberatus fuit ab hostibus, & ob eā causam aliquid donauit, illam donationem nō reuocet. Nam etsi liberos habuisset donasset, ac similiter etsi de libe. is cogitasset.

Alia est ratio eius, qui beneficio aliquo affectus, omnia sua bona, vel eorum partem liberos non habens, donauerit, quæ sanè verisimiliter non erat donaturus, si de liberis cogitasset.

Atque ita perpendo in proposita specie non ipsorum meritorum, ob quæ donatur, æstimationis, sed donantis mentem, & id quod verisimile est. Nam etsi quis maximum beneficium acceperit, quod nec omnia bona sua donando æquaret, non tamen cum puto sua omnia bona, vel maiorem partem donaturum si liberos habeat, vel de liberis cogitauerit, quia hæc à nobis non requirunt antidoralis obligationis & gratitudinis leges. Dura.n. nimis, ne dicam iniusta, præciperent.

CAPVT XC.

Vtrum l. Si vnquam. C. de reuocan. dona. locum habeat, si nati sint liberi, & ante parentem vita defuncti?

DOnationem factam reuocari susceptis postea liberis, ait lex. Sed quid si liberi postea suscepti viuo adhuc parente donatore moriantur, vtrum donatio conualescat?

Non est eadem omnium sententia. Vide Ripam in commentariis d. l. si vnquam, quæstio. 38. & Tiraquellum in verbo, susceperit. n. 161.

Affirmātium hoc in casu donationem conualescere, duo sunt potissimum argumētā. Vnum, quòd si moriantur filij, sit perinde, ac si nati non essent, argumento sumpto ex l. Posthumus præteritus. ff. de iniusto, rupt. & irr. testam. *Posthumus præteritus viuo testatore natus decessit, licet iuris scrupulositate, nimiáque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundùm tabulas accipere hæres scriptus potest.* Hactenus ibi Iuriscōsult.

.Alterum

Alterum eſt argumentum, quòd cùm nati filij moriuntur ante donatorē, ceſſate omnis ratio videatur, ob quam aliâs donatio reuocatur, illa nempe, quòd nequaquam ſit veriſimile donaturum fuiſſe, ſi de liberis cogitaſſet. Etenim ſi cogitaſſet liberos ſtatim ante ſe morituros, à donādo veriſimiliter nō abſtinuiſſet.

Negantis autem ſententiæ illud eſt primū argumentum, quòd illa donatio vt valeat, videtur habere quandam tacitam conditionem, ſi liberos donans non ſuſceperit, vt patet. Atqui hæc conditio natis liberis confeſtim deficit, licet filij poſtea moriātur. ¶. Filiusfamiliàs. §. Cùm quis. de legatis primo. l. Hæredibus. ff. ad Trebell.

Alterum eſt argumentum, quòd res ſemel extincta, ampliùs non reuiuiſcat. l. Qui res. §. Aream. ff. de ſolutio. ſed natis liberis extincta eſt donatio, quia dicit textus: *Si poſteà ſuſceperit liberos, totum, quicquid largitus fuerat, reuertatur, in ipſius donatoris arbitrio ac ditione manſurum.*

Cæterùm vt hanc poſteriorem ſententiam amplectar, inclinat animus. Nam ſi natis liberis donatio effectum non habet, & res donatæ ad ipſum donantē reuertuntur, iam ſunt ipſius donatoris propriæ effectæ; Ergo requiritur noua donatio, vt ad donatarium rurſus deueniant. Neque enim in ſuſpenſo eſſe poteſt rei donatæ dominium, atque adeò ipſa donatio, pendereque à vita, vel morte liberorum ſuſceptorum poteſt.

Lex dicit bona reuerti ad ipſum donatorem liberis ſuſceptis, iis ergo mortuis liberis, liberam rurſus donandi poteſtatem habet, nobis verò non eſt liberum, ſubtili quadam interpretatione, donationes nouas inducere.

Argumenta non obſtant, quia illud facit æquitas Prætoria contra iuris rationem, vt teſtamentum ſuſtineatur, l. 2. & 3. C. de Poſthumis hæredib. inſtitur. quæ quidem Prætoris æquitas hic non militat, neque enim illam nobis ſuppeditant aliquæ leges, aut rei ſimilitudo, affinitáſque.

Alterum autem argumentum valet ad perſuadendum, vt mortuis liberis iterum donaturum credamus parentem, non vt ei liberam ſuarum rerum poteſtatem auferamus: Is ſcilicet iam dominus effectus pœnitere poteſt, & vel aliis bona donare, vel in pauperes erogare, vel ab inteſtato venientibus relinquere.

CAPVT XCI.

Ad materiam & interpretationem l. vltim. C. de Nouatio. vtrum in caſibus in quibus olim fiebat ipſo iure nouatio, nunc ope exceptionis fiat.

ETſi disertè Iuſtinianus ſtatuit, Nouationem non fieri, niſi exprimatur, & id agatur, vt fiat nouatio. l. vlt. C. de Nouatio. tamē Gloſſ. in expoſitione illius legis, & in l. 2. ff. eo. tit. & alibi ope exceptionis induci exiſtimauit ita videlicet, vt non amplius ipſo iure ex mutatione perſonæ, & ex aliis cauſis, ſicut olim, inducatur, atque id ipſum Imperator conſtituerit in d. l. vlt. Veruntamen exceptionis ope fiat & inducatur.

Accurſium ſecuti ſunt multi, quos commemorāt Gabrielius com. concl. tit. de Nouationib. concl. 1. n. 53. Maſchardus de Probationib. vol. 2. col. 11. nu. 6. & D. Menoch. de Præſumpt. lib. 3. Præſumpt. 134. n. 46.

Fundamentum verò eſt in l. pen. ff. de Prætoriis ſtipul. Vlpianus: *Si Præſes, qui ante in triennium caueri iuſſerat, poſteà in longum tempus caueri præceperit, quia à ſtipulatione prorſus diſcedi voluerit, exceptionem prima ſtipulationis obligatis peperiſſe videtur.*

Verùm iſtis nil morantibus contraria ſententia verior eſt, quam amplexi fuēre alij quā plurimi à Gabrielio, Maſchardo & D. Menochio citati locis proximè citatis, quibus addo Andream Geyll. lib. 2. obſeru. 30.

Probatur euidēter ex verbis ipſius legis vltimæ. C. de Nouatio. Sic enim ait Iuſtinianus: *Nouationum nocentia corrigentes volumina, & veteris iuris ambiguitates reſecantes ſancimus, ſi quis vel aliam perſonam adhibuerit, vel mutauerit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam, vel minuendam eſſe crediderit, vel conditionem, ſeu tempus addiderit, vel detraxerit, vel cautionem minorem (Cuiacius legit iuniorem lib. 19. obſeruatio. cap. 36.) acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant nouationes, nihil penitus prioris cautelæ innouari, ſed anteriora ſtare & poſteriora incrementum illis accedere, niſi ipſi ſpecialiter remiſerint quidem priorem obligationem, & hoc expreſſerint quod ſecundum magis pro anterioribus elegerint, &c.*

Quis iam dicere audeat ope exceptionis nouationem induci? Si recipiatur illa expoſitio, quis affirmare audeat nocentia nouationum volumina eſſe correcta, & difficultates ſublatas? Effectu enim nouatio, vt olim, induceretur, aduerſus edictum Iuſtiniani, quia nihil intereſt ipſo iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. l. Nihil intereſt. de reg. iuris.

Illud autem argumentum ex l. penult. ff. de Prætoriis ſtipula. infirmius eſt quàm vt confutatione indigeat. Nam ex iure veteri deſumitur, quod iam ſublatū eſt. Et ſecunda ſtipulatio nō poterat in ea ſpecie conſiſtere ſimul cū prima, cùm maiorem dilationem concederet, quàm prima, vt declarāt ibidem Caſtren. nu

CAPVT XCII.

Vtrum ex coniecturis nouatio inducatur?

Controuertitur etiam inter doctores; veri. ex probabilibus argumentis & coniecturis nouatio inducatur, licet partes contrahentes non expreſſe. int, vt videre eſt ex Gabrielio commu. concl. tit de Nouationib. concl. 1. n 57. & 58 Maſchardo de Probationib. vol. 2. concl. ſiur. n. 19. & D. Menochio de Præſumpt. lib. 3. c. 134. n. 34.

Et negantium fundamentum eſt in illis verbis d. l. vlt. C. de Nouatio. *Nihil penitus prio ru cautela innouari, ſed anteriora ſtare, & poſteriora incrementum illis accedere, niſi ipſi ſpecialiter remiſerint quidem priorem obligationē, & hoc expreſſerint, quod ſecundam magis pro anterioribus elegerint, &c.* Et paulò pòſt, *Etſi non verbis exprimatur, vt ſine nouatione cauſa procedat.*

Quibus tamen nil morantibus, contrariam ſententiam communiorem & veriorem eſſe iudico, eam ſecuti ſunt quāplurimi à Gabrielio, Maſchardo & Menochio citati locis annotatis, & præterea Andr. Geyll. qui teſtatur in camera Imperiali ita ſeruari lib. 2. obſeru. 30. & Rota Romana nouiſſimè deciſ. 562. in prima nouiſſimarum deciſionum.

Fundamentum eſt ſolidum, quia licet hoc velit Iuſtinianus in d. l. vlt. vt nouatio nō inducatur, niſi expreſsè dixerint contrahentes ſe nouare, tamen ſubdit textus: *Et generaliter definimus, voluntate ſolum eſſe, & non lege nouandam*; Voluntas autem ex certis & probabilibus coniecturis elicitur, vt ſi dicam, loco decē aureorum, quos mihi debes, promittis viginti? Certè poſterius hoc pactū priori derogat, aliâs repugnantia induceretur, quis ergo dixerit nouationem hac in ſpecie non induci, licet aliud non fuerit expreſſum? Si centū mihi debeas ex cauſa depoſiti, & cōueniat, vt ex cauſa mutui promittas, quis non dixerit eſſe nouationem? Fierine poteſt vt ſimul debeas ex depoſito & mutuo? Planè ſi tales ſpecies proponantur, in quibus planè voluntatis cōiectura nouatio inducatur, non dubitauerim affirmare eam induci.

His reſponſum patet ad priora verba l. vlt. Quid enim refert verbis ipſa voluntas declaretur, an verò re ipſa & factis? l. De quib. ff. de legib. l. Paul. ff. Rem ratam haberi.

CAPVT XCIII.

Vtrum principalis ſtipulatio nouetur ex ſubſequente ſtipulatione pœnali?

Pertinet ad interpretationem eiuſdē l. vlt. C. de nouatio. illa controuerſia, an in caſibus, in quibus olim ex pœnali ſtipulatione nouatio fiebat vt in l. Obligationum. 45. in fine. ff. de act. & oblig. in l. Ita ſtipulatus. 15. ff. de verb. oblig. & alibi, etiam hodie fiat.

Et aſſerunt multi, multi negant. Vide Gabriel. commu. concl. tit. de Nouationib. cōcl. 1. n. 67.

Aſſerentes ita legem Iuſtiniani interpretātur, vt accipienda ſit de ſtipulatione rei principalis, nulla enim fit mentio pœnalis ſtipulationis. Itaq; ſententia legis erit principalem ipſam obligationem, niſi expreſsè id agatur, nequaquam nouari.

Sed repugnant, niſi fallor, verba illa generalia l. vlt. C. de Nouatio. *Vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant nouationes, &c.* Ex pœnali autem ſtipulatione in certis caſibus nouationes introducebant veteris iuris conditores, vt patet ex legibus citatis. Igitur & illas leges Imperator correxit, atque omnino ſtatuit, vt non inducatur nouatio, niſi expreſsè id agatur.

Quare negantium ſententiæ me libens ſocium adſcripſerim.

CAPVT XCIV.

Vtrum is, qui ceſſit creditori ſuo actiones aduerſus debitorem poſſit ipſum debitorem ceſſum liberare, ſi debitor ipſe ceſſionem factam nō ignoret, non tamen aliquod ex tribus interuenerit? de quibus in l. 3. C. de Nouatio.

Imperator Gordianus in l. 3. C. de Nouatio. ita ſcribit: *Si delegatio non eſt interpoſita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanſerunt, quamuis creditori tuo aduerſus eum, ſolutionis cauſa mandaueris actiones, tamen antequam lis conteſtetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciauerit, exigere à debitore tuo debitā quantitatē non vetaris, &c.*

Animaduerti controuerſiam inter conſiliū Neapolitanū apud Afflictum deciſ. 335. & Senatum Pedemontanum apud Oſaſcum deciſ. 44. Afflictus enim refert deciſionē, qua conclulum & definitum eſt; cedentem actiones contra debitorem ſuum poſſe cum ipſo debitore tranſigere, & eum etiam alij cedere, licet ipſe debitor ceſſus non ignoret ceſſionem factam, ſi vnum ex tribus non interuenerit, de quibus in lege ſuprà recitata.

Et fundamentum eſt in illis verbis legis. *Tamen antequam lis cōteſtetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciauerit, exigere à debitore tuo debitam quantitatem non vetaris.*

Sed contrarium decidit Senatus Pedemontanus, cuius fundamentum eſt in l. vltim. ff. de Tranſact. *Venditor hæreditatis*, (inquit Papinianus) *emptori mandatis actionibus, cum debitore hæreditario: qui ignorabat venditam eſſe hæredi-*

hereditatem, trāsegit. Si emptor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotij debitori propter ignorantiam suam accommodanda est, &c.

Hic ignorantia facit, vt exceptio detur, ergo scientia contrarium efficiet?

Et sanè hæc sententia longè æquior & probabilior est. Iuuatur enim regula illa iuris notissima, Eum, qui certus est, vlteriùs certiorari nō oportet. c. Eum qui certus, de reg. iur. lib. 6. l. 1. ff. de act. empt. Si ergo debitor cessus non ignoret cessionem factam, in mala fide versatur, si vel cum cedente transigat, vel ei soluat, aut alij cessionario.

Certum est, si fuisset ei denunciata cessio, non potuisse transigere, nec soluere, vt in textu. Est igitur perinde iudicandum, cùm ipse iam scit cessionem factam, quia certus non est certiorandus.

CAPVT XCV.

Vtrum iuramentum constituat debitorem in mora absque interpellatione?

IVramentum in mora cōstituere debitorem absque interpellatione, authores sunt Imola Io. Andr. Abbas & Butrius in c. Breui, de iureiur. Specula. tit. de Aduocatis. §. 1. vers. Sed nunquid is, qui iurauit, & alij a Gabriello citati commun. conclus. tit. de Iureiur. concl. 2. Adde Seraphinum Senensem de Priuileg. iuramenti, Priuileg. 37.

Fundamentum est in ipso iuramenti vinculo, quod sanè ita iurantem obligare videtur, vt illud seruet, & creditori suo omnino satisfaciat, cùm primum nouerit illum indigere sua pecunia.

Contrarium docuerunt Alexāder in l. quod te, col. 4. ff. si certum pet. & ibidem Bolognetus n. 61. Aretinus in l. si seruus communis. in fine. ff. de vulg. Socinus sen. in l. 2. §. vlt. nu. 21. ff. sol. matr. Bauerius in tractat. de Mora in 2. parte. vers. Duodecimò fallit. n. 21.

Fundamētum est, quia nullo iure ciuili vel canonico, id cautum reperitur, & iuramentū solet alioqui eam interpretationem suscipere, quam principalis actus, super quo interponitur l. vlt. C. de nō numerata pecun. Quamobrem cùm legibus ita sit constitutum, vt mora committatur, si debitor fuerit ad soluendum interpellatus. l. Mora. ff. de vsuris, sequitur idē esse statuendum, licet obligationi iuramentum accesserit.

Et hanc sententiam sequor. Ad argumētum respondeo; eum, qui iurauit, peccare, si non seruet iuramentum, arctiorique vinculo teneri, quàm si simpliciter promiserit; sed non infertur eum ita teneri; vt contra iuris regulas moram incurrere dicatur, licèt interpellatus non fuerit.

CAPVT XCVI.

Si ex lege Municipali instrumenta contra debitores executionem habeant, quid aduersus eū debitorem statuendum sit, qui factum promisit, nec illud præstat, vtrum pro eo, quod creditoris interest, executioni sit locus.

EXecutionem esse cōcedendam respondit Ludouicus Romanus ad l. Certi cōdictio. ff. si certum petatur. refert & sequitur Alciatus ibid. num. 11.

Fundamentum est, quia sicut executio datur pro eo, quod in instrumēto expressum est, ita etiam concedenda videtur pro eo, quod interest, quia iuris interpretatione videtur esse comprehensum in instrumento. Cùm enim factum non præstatur, oritur obligatio ad id, quod actoris interest.

Sed contraria sententia communior est & verior, quam amplexi fuere Antonius Butrius & Imolen. in c. Translato. de Constit. & Decius in d. l. certi condictio. n. 9. Ratio est: quia obligatio ad id, quod interest, in instrumento non continetur, lex verò municipalis executionem concedit iis, quę in instrumento continentur.

Nec obstat id, quod dicitur ex iuris interpretatione oriri ad id, quod interest, obligationem, quia concedi potest, sed non inde sequitur, ipsam obligationem ad id, quod interest, iuris interpretatione videri comprehensam in instrumento.

Igitur quod instrumento comprehensum est, executionem habebit ex lege municipali. Quod verò extra instrumentum est, oriens ex legum ipsarum præceptionibus, secundum legum tenorem & formam adimplebitur.

CAPVT XCVII.

Vtrum Emphyteuta donare possit ius suum Emphyteuticum consensu domini non requisito?

EMphyteutam consensu domini nō requisito donare posse ius Emphyteuticū quod habet, authores sunt multi ex antiquis doctoribus, quos Iason citat in l. 3. num. 54. C. de iure Emphyteut. Clarus in §. Emphyteusis. quæst. 15. Aurelius Corbulus de iure Emphyteutico cap. 14. limitatione 13.

Fundamētum est, quia cur domini consensus requiratur Emphyteuta alienare volente, illa est ratio, quòd dominus ipse ius Emphyteutæ potest emere eo precio, quod ab alio offertur. Hæc ratio cessat Emphyteuta donare volente ius Emphyteuticum, vt patet.

Contrarium responderunt Bartolus & alij multi, quos Iason, Clarus & Corbulus cōmemorant, quibus & ipse assentior, authoritate textus in l. 3. C. de iure Emphyt. in illis verbis,

Minimè licere Emphyteutæ sine consensu domini meliorationes suas alijs vendere, vel ius Emphyteuticum transferre.

Illud verbum, *transferre*, includit etiam donationem, quia per eam ius Emphyteuticum transfertur in donatarium.

Et licet in venditione ita sit constitutũ, vt attestatio domino trãsmittatur, & addicatur ei, quantum precium ab alio offeratur, etsi quidem dominus hoc dare maluerit, & tantã præstare quantitatem, quantam ipse re vera Emphyteuta ab alio recipere potest, ipse dominus emere possit, alioquin duorum mensiũ spatio elapso, si noluerit emere, liceat Emphyteutæ vendere, vt latè habetur in d. l. 3. Tamen non hinc inferri potest, consensum domini requirendum nõ esse, si Emphyteuta velit ius Emphyteuticum donando transferre. Si enim vendatur ius Emphyteuticum, lex concedit domino emere volenti prælationẽ: si verò aliter in alium transferatur, consensus domini requiritur, ob alias causas, vt scil. intelligat, quis nouus sit Emphyteuta; & antequam ei possessionem concedat, & eum inuestiat, de re Emphyteutica prouidere possit, vt non solùm laudemiũ, seu quinquagesima præstetur, sed etiã annuus ipse canon Emphyteuticus. Si hæc non fuerint seruata, nulla est lex, nulla ratio, quæ dominum compellat, ad nouũ Emphyteutam suscipien dum ac inuestiendũ. Sic enim ait textus in d. l. 3. *Necessitatem habere dominos, si alijs melioratio secundùm præfatũ modum vendita sit, accipere Emphyteutam?* Ergo si non secundùm præfatum modum Emphyteuta ius suum in alium transferat, dominus non tenetur suscipere nouum Emphyteutam. Modus verò est, vt domini consensus requiratur, vt in principio legis habetur.

CAPVT XCVIII.

Vtrum bona Emphyteutica veniant in generali bonorum obligatione?

Bona Emphyteutica in generali bonorum obligatione nequaquam comprehendi, authores sunt Alexander in cons. 41. lib. 1. Augustinus Berous in cons. 127. nu. 12. lib. 1. & alij à Gabrielio citati commun. concl. tit. de verb. sig. concl. 12. n. 20.

Quorum fundamentum præcipuum animaduerti positum esse in cap. 1. §. In generali. cit. Si de feudo defuncti fuerit contentio inter dominum & agnatos. Sed cùm textus ille nõ loquatur de obligatione, verùm de alienatione, sic enim ait: *In generali alienatione vasalli, non continetur feudum, nisi nominatim dictum sit, non video illud satis firmitatis habere.*

Quare in contrariam sententiam facilius descendo, quam secuti sunt Bartol. in l. Si constante. n. 73. ff. sol. matr. Ripa in l. 1. n. 10. ff. de Pignor. Neguzan. de Pignorib. in 2. membro 2. partis, n. 28. alios citat Gabrielius loco suprà annotato n. 17. Andr. Geyl. lib. 2. obser. 15. n. 6.

Et fundamentum est solidius, quia ius Emphyteuticum obligari potest, nemo id negat, nulla lex prohibet, neq; enim obligatione in aliũ transfertur, sed remanet penes ipsum Emphyteutã, imò lex permittit, argum. l. Tutor. §. vlt. ff. de Pig. act. l. Lex vectigali. ff. eod. Ergo in obligatione generali continetur, quia illa comprehendit omnia, iis exceptis, quæ quis verisimiliter nõ esset in specie obligaturus. l. Obligatione generali. ff. de Pignorib. vt puta supellex, vestis, item alia, de quibus ibi.

CAPVT XCIX.

Vtrum mulier in dote præferatur omnibus creditoribus expressam & anteriorem hypothecam habentibus?

Vulgaris controuersia est ab omnib. tractata interpretibus, qui cõmentaria scripserunt in l. 1. ff. sol. matr. Neguzan. de pign. 4. membro 2. partis, n. 100. Andr. Geyl. libr. 1. obseru. 25. n. 10. & Mynsinge. cent. 4. obser. 13. & alij multi quos consulto prætereo.

Omnis verò difficultas posita est in §. Assiduis. C. qui potiores in pignoribus habeãtur. Nam qui negant mulierem præferri creditoribus anterioribus expressã in hypothecã habentibus, illi nituntur verbis d. l. Assiduis. *Sancimus ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote restitue. d. credidimus, cuiq; etiã tacitam donauimus inesse hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti creditores, &c.* Videtur enim Iustinianus loqui de muliere ex stipulatu agente, & tacitã hypothecã habente legalem, scilicet ab ipso introductam. Talis hypotheca mulieris tacita præfertur anteriori hypothecæ tacitæ, similiter & legali.

Nec à ratione id alienum est: licet. n. prior tempore, iure potior esse debeat secundùm iuris regulas, tamen lex hypothecam introducens, tam pro muliere, quàm pro aliis quibusdam creditoribus, ita eam moderari potuit, vt priuilegium prælationis doti concederet, eas ob causas, quæ explicantur in tex.

Cæterùm non æquè iustum fuerit, expressam ex stipulatione creditorib. quæsitam hypothecam, non ipsius legis auxilio & tempore priorem, dotis hypothecæ posteriori postponere. Cætera, quæ adferuntur argumenta leniora sunt.

Veruntamẽ si contextum ipsius legis inspiciamus, si verba perpendamus clara, generalia, aperta, si rationem legis spectemus, facilè in

in contrariam sententiam descendemus. *Assiduis aditionibus mulierum inquietati sumus* (ait Imperator) *per quas suas dotes deperditas esse lugebant, & ab anterioribus creditoribus substantias maritorum detentas. Nos itaque ad antiquas leges respeximus, in personalibus actionibus rei vxoriæ actioni, quam in præsenti sustulimus) magnam prærogatiuam præstantes, vt contra omnes pene personales actiones habeant priuilegia & creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores. Et hoc cùm in personalibus statuerunt actionibus, si hypothecam respiciebant, illico iustitiæ rigorem relaxabant: & senioribus hypothecis nouas mulierum hypothecas, si habebant actiones expellebant: nec ad fragilitatem muliebrem respicientes, nec quod & corpore, & substantia, & omni vita sua maritus fungitur: Cum pene in mulieribus tota substantia in dote constituta sit. Oportebat enim disponi maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, non de dote mulieris, quam ad suos victus, suásque alimonias mulier possidet, vel à semetipsa datam, vel pro ea ab alio.*

His verbis claré deregitur Iustiniani sententia præferre volentis mulierem omnibus creditoribus hypothecam anteriorem habentibus, licet secus olim esset constitutum. De hypothecis generaliter mentionem facit, non de tacitis duntaxat.

Rationem adfert ex mulieris fragilitate petitam, & ex æquitate, vt scilicet dotem habeat, ex qua se alere possit. Hæc ratio locum habet tam in hypothecis tacitis, quàm etiam expressis.

Pergit Imperator: *Ad hæc omnia respicientes, & reminiscentes, quod & alias duas constitutiones fecimus pro dotibus: mulieribus subuenientes, & hæc omnia in vnum colligentes, sancimus ex stipulatu actionem, quam mulieribus tam pro dote restituenda dedimus, cuique etiam tacitam donauimus inesse hypothecam, potiora iura contra omnes habere, mariti creditores, licet anterioris sint temporis priuilegio vallati.*

His verbis non loquitur Imperator de tacita mulieris hypotheca, eam scilicet tacitis creditorum hypothecis præferendo, sed de actione ex stipulatu, quam statuit præferendam omnibus mariti creditoribus. Illa enim verba (*Cuique etiam tacitam donauimus inesse hypothecam*) apposita sunt ad commemorandum illud beneficium hypothecæ tacitæ, non verò ad ipsum prælationis beneficium, ita restringendum, vt locum habeat in actione duntaxat ex stipulatu, quæ tacitam habent hypothecam, quasi secus, si expressam habeat, quia tunc ex stipulatu actio cum expressa hypotheca, non esset præferenda creditoribus, quod est absurdum & alienum prorsus à Iustiniani sententia.

Sequitur in textu. *Cùm enim in personalibus actionibus secundùm quod diximus, tali priuilegio vtebatur res vxoria, quæ propter nos in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium, &c.* Rationem subdit. *Quis enim earum non misereatur? &c.*

Concludit tandem. *Et ideo quod antiquitas quidem dare incepit, ad effectum autem non pertulit, nos pleno legis articulo consummauimus. Et siue liberos habeat mulier, siue ab initio non habeat, siue progenitos amiserit, hoc ei beneficium indulgemus.*

Iam patet hypothecis mulieris hoc esse concessum beneficium, vt præferantur aliis anterioribus. Non loquitur Imperator de tacitis hypothecis tantùm ipsius mulieris, sed de hypothecis generaliter: Quod si de tacitis id statuit, cur non etiam de expressis idem sit iudicium? Hic brocardicæ regulæ decantantur. Nõ ex identitate rationis (ita enim loquimur) licet argumentari; cùm exinde leges corriguntur.

Sed quæ sunt leges quæ hic corrigantur? Non corrigit antiquas leges, sed supplet Iustinianus. *Quod antiquitas*, inquit, *dare incepit, ad effectum autem non pertulit, nos pleno legis articulo consummauimus.*

Præterea dum loquitur de hypothecis creditorum, generaliter loquitur, & sic tam de tacitis, quàm expressis.

Oportet igitur ita legem interpretari, vt velit mulierem tacitam hypothecam habentem, præferendam esse creditoribus habentibus tácitam anteriorem, vel etiã expressam, sed mulierem habentem expressam, non præferri habentibus tacitam anteriorem, quod si non bona est interpretatio, vt patet, nec vera etiam illorum sententia esse potest, qui tacitam hypothecam ab expressa distinguentes, nouã potius, & contrariam legem condere nituntur.

CAPVT C.

Vtrum creditoribus, quibus bona sunt obligata, liceat offerre dotem in pecunia vxori hypotheca nomine res possidenti, eo casu, quo matrimonium dissolutum non est, sed vir vergit ad inopiam?

Nobilis est controuersia, si res sibi pro dote obligatas mulier possidere velit, & detinere, marito iam ad inopiam vergente, creditores autem posteriores offerant ei dotem, an teneatur pecunia accepta bona ipsis creditoribus relinquere? Est inquam controuersia celebris, & pertractata à nostris doctoribus, & præsertim apud Osascum decis. Pedemont. 135. Andream Geyll. lib. 2. obseru. 92.

Omnis autem difficultas est in eo posita, quòd secundũ iuris regulas creditor posterior auocare potest à priore pignus, si ei pecuniam

debitam offerre paratus sit. l. Potior. §. vlt. ff. Qui potiores in pign. hab. l. 1. C. Si antiquior cred. pignus vendiderit. Et quod magis vrget ius offerendi competit creditoribus, etiam si de dote, soluto matrimonio, repetenda agatur velitq. ipsa vxor bona redimere sibi pro dote obligata, vt habetur in l. Cum tibi. C. Qui potiores in pign. habeantur.

His autem repugnare videtur textus in l. Vbi adhuc. C. de iure dotium. cuius hæc sunt verba: *Vbi adhuc matrimonio constituto mari tus ad inopiam sit deductus, & mulier sibi prospicere velit résque sibi suppositas pro dote & ante nuptias donatione, rebúsque extra dotem constitutis tenere: non tantùm mariti res ei tenenti, & super his ad iudicium vocata exceptionis præsidium ad expellendum ab hypotheca secundum creditorem præstamus sed etiam si ipsa contra detentores. &c. non obesse ei matrimonium adhuc constitutum sancimus. sed ita eam posse res easdem vindicare &c. vt potuisset. &c. Ita tamen vt eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi, viuente marito, & matrimonio inter eos constituto; Sed fructibus earum ad sustentationem tam sui, quàm mariti, filiorúmque, si quos habet, abutatur, creditoribus scilicet mariti contra eum, eiúsque res, si quas postea forte acquisierit, integra sua iura habentibus.*

Hunc textum ita perpendunt multi doctores, vt ex eo colligant interesse plurimum mulieris, vt bona viri retineat, quibus se & filios sustentare possit ac etiam virum, quare illa nō tenetur creditoribus relinquere, offerentibus dotem in quantitate. Neque verò marito ad inopiam vergente propriè locus est actioni de dote, sed in tuto potius collocatur, & ideo ius offerendi dotem creditoribus non competere, crebrior videtur esse sententia, præsertim cùm agatur de fauore dotis, cuius causa semper & vbique præcipua est, l. 1. ff. sol. matr.

Ego verò contrariam sententiam sequentibus me lubens socium adscripserim, quoniam magis mouet generalis regula, quæ posteriori creditori concedit pignoris auocationem.

Item quòd & in dote idem sit receptum, vbi soluto matrimonio dos repetitur. Et tamen idem prope fauor mulieris & filiorum eo etiam in casu considerari potest, qui perpenditur in præsenti.

Sed quod caput est, ipsa æquitas iustitiæque ratio me magis mouet. Nam cur liceat mulieri pro dote, exempli gratia, mille aureorum, omnia bona mariti detinere, æstimationis forte maioris? Hic agitur de præiudicio creditorum, qui iure suo fraudantur. Vxor retinet plus debito, omnia scilicet bona occupat prætextu suæ doris, quod sanè iniquum videtur.

Neque verò ab hac sententia me deterret, quod constitutum est in d. l. Vbi adhuc. C. de iure dotium. Etenim non ibi negat Imperator ius offerendi creditoribus cōpetere. Nullā eius rei facit protlus mentionē. At dicit licere mulieri bona retinere ad sui vsum & sustentationem. quidni? Nónne fieri potest & sæpe accidit, cùm ad inopiam quis vergit, & facultatibus incipit labi, vt non possideat bona tanta quæ sufficiant & mulieri, & creditoribus, sed vix vni mulieri? In ea specie nullus creditorum offerret, Et hanc speciem, vt iple opinor, proponere Iustinianus voluit.

Sed fac etiam omnem aliam speciem commemorare, in qua bona sint omnibus sufficta: Negátne locum esse iuri offerendi? Certè huius rei non meminit, ac proinde aliis legibus ac regulis id definiendum est, quæ offerendi iuri cùm faueant, mihi magis sequendæ videntur, quam opiniones & placita aliorum.

CAPVT. C I.

Possitne vidua vsuras dotis petere ab hæredibus viri sui defuncti, moram committentibus in restituenda dote?

EXistimo viduam rectè vsuras petere dotis ab hæredibus viri sui moram committentibus in reddenda dote. Primum, quia in bonæ fidei iudiciis vsuræ post moram veniunt. l. Mora. §. In bonæ fidei. ff. de vsuris. Actio autem de dote est bonæ fidei. l. Vn. §. Sed & si C. de rei vxo. actio.

Secundò ex d. l. Vn. §. Exactio. in illis verbis: *Sin autem superſederit res mobiles. &c. restituere, etiam vsuras æstimationis omnium rerum, &c. maritus præstet.*

Eadem enim ratio est in hærede mariti soluto matrimonio morte eius, sicut cum per diuortium dissolutum est, de quo loquitur ibi Iustinianus.

Tertio, quia dos datur vt deseruiat oneribus matrimonij. l. Pro oneribus. C. de iure dotium, quare obligationi dotis tacita hæc conditio inesse videtur, vt ea tantum percipiatur emolumenti, quo matrimonij onera sustinentur. Sicut ergo viro debentur vsuræ, si ei possint. Sicut ergo viro debentur vsuræ, si dos ei non soluatur, c. salubriter. de vsuris, ita & mulieri soluto matrimonio debētur, quod est argumentum grauissimi doctoris Nauarri in commentariis ad c. Si fœnerauetis 14. qu. 3. num. 67.

Quartò, quia sic constitutum est multis in locis statutis municipalibus, & consuetudine id receptum videtur, vt vsuræ dotis etiam viduis præstentur, quibus mora fit in dote ipsa reddenda.

Quintò, id maximè puto recipiēdum in locis

cis in quibus, ſi quis paratam pecuniam habeat; facilè inuenire poteſt cenſuum venditores, vel aliam honeſtam opportunitatẽ pecuniæ collocandæ. Videtur.n. tunc vſura ſolui ob lucrum ceſſans, & damnũ emergens, quod omni iure permiſſum eſſe inter omnes cõſtat.

Atq; ita docuerunt Cynus poſt Dynũ, quẽ citat in d. l. Vn. §. Exactio. Nauarrus loco proximè citato, Panormi. conſ. 59. lib. 2. Grammaticus deciſ. 103. n. 93. Iaſon conſ. 92. lib. 1. alios citat Lupus ad l. Curabit. Cõment. 1. §. 4. n. 84. licet ipſe contrariam ſententiam amplectatur. In eandem ſententiam inclinat Antonius Teſſaurus deciſ. Pedem. 42.

Contrarium docuerunt Bart. in l. Atqui natura §. Non tantum. ff. de nego. geſtis, in l. In inſulam. §. Vſuras. ff. ſolu. matr. Alexander ad l. Diuortio. n. 23. ff. eo. & conſ. 27. lib. 4. Afflictus deciſ. 284. Cagnolus ad l. Curabit. n. 15. C. de act. emp. Crauetta conſ. 89. n. 3 & 189. nu. 7. Couuar. lib. 2. Variar. reſol. ca. . verſ. *Sexto hinc infertur*. Lupus loco proximè citato. D. Menochius conſ. 703. n. 15. lib. 8.

Argumenta ſunt iſta. Primum quia vſuræ ſunt prohibitæ iure canonico, etiam pro redimendis captiuis, c. Super eo. de vſuris. Ergo etiam prohibitæ videntur in fauorem dotis.

Secundum, quia in vidua ceſſat ratio c. Salubriter. de vſuris, quia ſcilicet non ſuſtinet onera matrimonij.

Tertium, quia in poteſtate viduæ eſt dotẽ petere & exigere. Ergo vſurę non debentur, vt dicebat Papinianus in l. 1. §. 1. ff. de Vſuris. 161. *Cùm in poteſtate ſit actoris iudicatum exigere*. Et ratio eſt, quia ſi non exigat dotem, cùm poſſit, videtur pecuniam heredib. viri mutuare, & ex ea fructus percipere, quod vſuram cõtinet palliatam, vt vulgo loquimur.

Reſpondeo ad primum, fateor vſuras prohibitas eſſe iure canonico, ſcil. lucratiuas, quas debitor ſoluit ex mutui ſtipulatione interueniente, ſicut olim iure ciuili permiſſum erat. l. Lecta. ff. ſi certum p. ta. Sed vſuræ compenſatiuæ damni emergentis & lucri ceſſantis iure canonico prohibitæ non ſunt. Hæ ſunt cõpenſatiuæ, quia ſi vidua dotem ſuã habuiſſet, potuiſſet ex eius fructibus ſe alere: pecuniam collocando in emptionem cenſus, vel rerum frugiferarum.

Ad ſecundum reſpondeo, eandem rationem militare in vidua quæ in marito. Nam & illa debet ex dote ſua ſe ſuſtentare, quæ ob hanc cauſam ab initio data fuit marito. Immò ſicut maritus poteſt vſuras exigere dotis non ſolutæ, ita & hæredes eius eas pendere tenentur, ſi dotem ſoluto matrimonio nõ reſtituant, quia vt dicebat Nauarrus in propoſito, correlatiuorum eadem eſt diſciplina, vbi eadem ratio eſt in vtroque, l. 1. C. de Cupreſſis lib. 11.

Ad tertium reſpondeo, rationem illam Papiniani reprehenſam à Paulo fuiſſe: vt patet ex verbis ſequentibus, quib. aliam rationem ille adfert: ſic enim ait tex. *Paulus notat, Quid enim pertinet ad officium iudicis poſt condemnationem futuri temporis fructus?*

Quib. verbis alia ratio à Paulo adfertur, magis idonea. Hęc enim fuit ratio Papiniani, Actor habet actionem iudicati, ergo non eſt neceſſaria actio ex ſtipulatu quæ per cautionem oritur, de ſoluendis vſuris futuri tẽporis, ſi condemnatus tardiùs ſententiæ paruerit. Non eſt idonea ratio, quia & ſi vnam actionẽ habeam, poſſum tamen & altera mihi cauere. Vtile enim eſt fideiuſſoribus datis ei cauere, qui aliàs actionem habet.

Sed etſi hæc ita ſint, negari tamen non poteſt, quin is qui ſortem exigere poteſt, rectè ab vſuris petendis excludatur, ſicut in argumento dicebatur, quam ob rem alia opus eſt reſpõſione. Ea verò hæc eſt. Cùm quis ſortem exigere poteſt, quia ſcilicet debitor eam offert, vel certè nulla difficultas eſt in ea exigenda, tunc vſuras nõ deberi, quia videtur creditor pecuniam mutuare debitori ſub vſuris lucratiuis.

Sed quæſtio noſtra non verſatur in his terminis, qui loquimur de hæredibus, qui ſunt in mora ſoluendi, id eſt, reſtituendi dotem viduæ. Illa vellet accipere, interpellat, rogat: dies quoque debitorem monet vt reſtituat, ſed non fit reſtitutio. Certè hic nulla eſt voluntas viduæ fœnus exercendi. Nulla hic vſuræ ſpecies, nulla imago.

At dices. Cur non vrget dotis exactionem in iudicio? Reſpondeo, hanc eſſe viduæ benignitatem, Debitorem eſſe in culpa maiori qui non ſoluit. Non debere eum, qui in mora reſtituendi eſt, imputare culpam creditori cur non petierit. l. pen. ff. de vi & vi arm.

Si hæc ratio bona eſſet, nec maritus poſſet vſuras dotis non ſolutæ conſequi: quoniam & ei obiici poſſet, debuiſſe eum dotem exigere.

Imò nullus creditor ratione damni emergentis vel lucri ceſſantis vſuras petere poſſet ex mora debitoris; quia ſemper ei obſtaret hæc ratio, Debuiſſe eum petere debitam quãtitatem, eámque exigere. quæ cùm ſint abſurda, conſequens eſt, & illius rationis rationem nullam habendam eſſe.

CAPVT CII.

An poſſit vidua vſuras ſiue intereſſe donationis propter nuptias petere, ſi hæredes in mora ſint reſtituendi res donatas propter nuptias?

NOn deberi vſuras donationis propter nuptias vxori, ter deciſum fuiſſe in cõſilio Neapolitano teſtatur Afflictus dec. 391. Sed cõtrariũ deciſum fuiſſe ſuis temporib. Gram-

maticus teſtatur deciſ. 103. n. 96. cuius rei facit mentionem etiam Viſillus in addit. ad deciſ. Affl. dicta deciſ. 291. Et hanc ſententiam poſteriorem Senatus Pedemontanus, re maturè perpenſa, ſecutus eſt teſte Antonio Teſſauro deciſ. 45.

Fundamentum Afflicti eſt, quia donatio propter nuptias dicitur lucrum quod facit mulier ex dote. l. Aſſi iuris. ad finem. C. qui potio. in pig. habean. Cõſequenter mulier vſuras haberet ex lucro & ſic vſuras vſurarum, quod iure prohibitum eſt. l. Improbum. C. ex quib. ca. infam. irrog.

Sed hoc fundamentum non eſt ſolidum, quia non agitur hic de vſuris vſurarum percipiendis, ſed de vſuris percipiendis ex ſorte, hoc eſt, ex quantitate debita pro donatione propter nuptias: licet n. ea lucro cedat mulieris, non eſt tamen vſura, ſed ſors debita.

Fundamentum poſterioris ſententiæ eſt in Authen. de non eligen. ſecundò nub. §. Si autem, vbi Iuſtinianus diſertè permittit eiuſmodi vſuras donationes propter nuptias, ſic dicens: *Si autem omnis ſortè conſiſtat in pecunijs aut alijs mobilibus rebus antenuptialis donatio, tertiam vſurarum partem percipientem matrẽ cum cautione iam definita, non exigere à filijs aurum, &c.*

Idem probatur in l. Hac edictali. § His illud. C. de ſecund. nupt.

Hęc poſterior ſententia magis placet. Nam ſi ius canonicum opponatur, quo vſuræ ſunt prohibitæ, reſponderi poteſt, vſuras hic non peri lucratiuas, ſed compenſatiuas, ratione fructuum vel emolumentorum, quæ ex reb. donatis propter nuptias percipiebantur, aut ratione damni emergentis vel lucri ceſſantis: Satis enim conſtat, noſtris præſertim temporibus, eos qui pecunias habent paratas, plerumque occaſiones habere annuos cenſus emendi, aut bona immobilia comparandi: quib. caſibus iure canonico vltra ſortem permiſſum eſt aliquid accipere.

CAPVT CIII.

An vſura dotis longo tempore non exacta præſumantur remiſſa?

TRes ſunt doctorum ſententiæ hac de re. Prima remiſſas videri, ita Dionyſius Peruſinus inter conſilia Baldi conſ. 474. lib. 3. Alexander conſ. 74. n. 8. lib. 5. Corneus conſ. 206. lib. 2. Alciatus de Præſumpt. reg. 1. Præſumpt. 32. q. 4. Tiraquellus de Præſcriptionibus, §. 1. Gloſ. 4. verſ. *Octauo iſtis*. Menochius de Præſu. capt. 25.

Fundamentum eſt in l. Cum quidam. §. Diuus. ff. de vſuris. *Diuus Pius ita reſcripſit, parum iuſtè præteritas vſuras petis, quas omiſiſſe te longi temporis interuallum indicat, qui eas à debitore tuo, vt gratior apud eum videlicet eſſes, petendas non putaſti.*

Item in l. Vir vſuras. ff. de dona. inter virum & vxo. Papinianus. *Vir vſuras promiſſæ dotis in ſtipulatum deduxerat, eaſque non petierat: Cùm per omne tempus matrimonij ſumptibus ſuis vxorem & eius familiam vir exhiberet, dote prælegata; ſed & donationibus verbis fideicommiſſi confirmatis legato quidem, dotis vſuras non contineri videbatur, ſed titulo donationis remiſſas.*

Altera eſt ſententia remiſſas non videri, ita Romanus conſ. 517. n. 14. Iaſon in l. quæ dotis, n. 9. ff. ſol. matr. Alexander conſ. 56. n. 6. & 63. n. 16. lib. 4. & 208. nu. 10. lib. 7. Corneus conſ. vlt. lib. 2. & 164. lib. 3. & 53. n. 3. lib. 4. Decius conſ. 571. nu. 4. Balbus de præſcr. in 1. parte 3. partis princip. q. 10. n. 4. Grammaticus deciſ. 70.

Fundamentum eſt in l. libertis. 8. §. 1. ff. de alimen. & ciba. legatis. vbi alimenta præteriti temporis peti poſſunt, licet longo tempore petita non ſint.

Item quia actio non tollitur minori ſpatio quàm triginta annorum, l. Sicut. C. de preſcr. 30. vel 40. anno.

Tertia eſt ſententia Octauiani Caſchi, deciſ. 123. diſtinguentis an maritus mortuus ſit, vel adhuc viuat & vſuras petat temporis præteriti. Priore caſu cùm maritus mortuus eſt, & nunquam viuens vſuras petiit, præſumitur remiſiſſe, vt in d. l. Vir vſuras. ff. de dona. inter virum & vxo. Poſteriore autem nõ præſumitur remiſiſſe, quia apparet eum non habuiſſe animum donandi, cum iam vſuras petat.

Mihi nulla ex iis ſententiis placet. Neque. n. puto rectè definire poſſe maritũ vſuras dotis remiſiſſe, vel nõ remiſiſſe, ex lõgi temporis ſilentio, quia hoc ex facto pendet, & circumſtãtiis eius: Et ideo id committendum videtur iudicis prudentiæ & arbitrio.

Non obſtat l. Cùm quidam. §. Diuus. quia in illa facti ſpecie, ideo longum tempus indicat vſuras remiſſas fuiſſe, quoniam creditor eas petendas non putauit, vt eò gratior eſſet debitori.

Debitori igitur gratior eam ob cauſam fuerat: & eius gratiam promeritus eſt, aliaque forſan obtinuerat, quæ non obtinuiſſet: Meritò I C. ait, parum rectè vſuras præteritas eum petere.

Nõ obſtat l. Vir vſuras, quia & in illa facti ſpecie multa concurrebant. Alimenta præſtita fuere toto tempore, quo matrimoniũ durauit. Dos prælegata fuit. Donationes quoq; fideicommiſſi verbis confirmatæ. Ex his præſumitur, vir vſuras dotis omiſiſſe, quia ſi eas conſequendi animum habuiſſet, non talia feciſſet, quæ facere tenebatur.

FINIS PRIMÆ PARTIS CONTROVERS. &c.

CONTROVERSIARVM IVRIS
ANDREAE FACHINEI IVRISCONSVLTI, &c.

Tomus Secundus.

CONTINENS LIBRVM QVARTVM, QVINTVM, ET SEXTVM, QVIBVS EXPLICANTVR PRÆCIPVÆ Controuersiæ, quæ sunt circa Testamenta, Legata, Fideicommissa, Donationes causa mortis, Legitimam, Trebellianicam, Falcidiam, Successiones ab intestato, & id genus alia.



S 5

ſimùm argumento, quòd Chriſti Eccleſia, eiúſque ſupremi Antiſtites eas, paucis certè exceptis, receperint, fouerint, & tanto honore fuerint proſecuti, vt ſacrorum ſtatuta Canonum Principum legibus adiuuari non rarò profiteantur. Tametſi & Iuriſconſulti, & Imperatores ipſarum Legum authores maiori ex parte ipſius Chriſtiani nominis, Eccleſiaque & Summorum eius Pontificum acerrimi, & crudeliſsimi hoſtes extiterint. Videas (*inquit nobis annalium Eccleſiaſticorum ſcriptor*) ſanctæ Eccleſiæ admirabilem in cunctis rebus diſponendis cum pietate manſuetudinem, quæ licèt optimè ſciret ſe eiuſmodi Iuriſconſultos habuiſſe olim infenſiſſimos hoſtes: ea tamen quæ ab illis ſcripta eſſent rationi conſentientia, ac veritati, minimè ſpreuiſſe, ſed interdum in cauſis adiudicandis eis vſam fuiſſe: quippe quæ veritatis ſtudioſiſſima, penes quemcunque illam inuenerit, eandem vt amicam ſibi coniunxerit, atque vt propriam vindicarit. Et vt taceam de Chriſtiano Principe Iuſtiniano ex dictis omnibus, atque ex aliis Iuriſconſultis & gentilibus Imperatoribus, omne ius vetus enucleante, ordine diſponente, illúdque obſeruandum, cunctis ſibi ſubditis præſcribente: ipſe S. Gregorius Papa citat textum Papiniani, qui fuit vnus ex iis & magiſter eorum, qui in Chriſtianos parum æqui hoc ipſo tempore ſub Alexandro Romanam remp. adminiſtrabant: Qua etiam ratione & Diocletiani, & aliorum Principum, qui extiterunt Chriſtianorum acerbiſſimi hoſtes, aliquando reſcriptis vel edictis vtuntur: qui in eadem eccleſia ſunt fideles, vt planè appareat, ei in illis tantummodo diſplicuiſſe perfidiam & impietatem: contrà, veritatem, ac recti rationem in hoſtibus etiam amaſſe, atque ſecutam eſſe.

Illud fateor, iuriſprudentiam inter eas ſcientias, artéſve numerari non poſſe, quæ ſunt ex rebus, certa aliqua velut mathematica demonſtratione, penitus certis perſpectiſque. Verùm ſi, vt dicebat Cicero: Quæ longo negotiorum vſu, vt rerum publicarum adminiſtrationibus obſeruata ſunt, hæc ab hominibus peritis animaduerſa, ac notata, verbis deſignata, generibus illuſtrata, partibus fuerint diſtributa, non intelligo quamobrem non, ſi minùs illa ſubtili definitione, at hac vulgari opinione ars eſſe videatur, aut artis quædam ſimilitudo. *Illa porrò accuſatio non me deterret, quæ ex varijs ac diſſentientibus doctorum ſententijs oritur: hæc enim non artis, ſed hominum vitia ſunt. Mens humana multis eſt ſæpenumero tenebris & erroribus inuoluta, nec ſemper poteſt verum à falſo diſcernere. Qui plus ingenio & doctrina valent, rectiùs omnia diiudicant: qui vtroque, aut altero deſtituuntur, ſæpiſsimè offendunt. Muſicam non æquè imperiti, atque eruditi exaudiunt, & plurima in picturis nõ videmus, quæ vident eius artis periti. Neq; tamẽ alia eſt pictura indoctis, & alia doctis hominibus, ſed cùm ſit eadem, non tamen omnibus eadem vide-*

tur. Denique in his tractandis controuersiis hanc abstergere iurisprudentiæ, à nonnullis parum æquis rerum æstimatoribus, turpem maculam inustam conatus sum. Quantum profecerim, aliorum iudicium erit: Conatum certè meum doctissimis ætate hac nostra Iurisconsultis non improbari animaduerti, & gauisus sum. In primis Ser.tis V. consiliarijs insignibus ac præstantissimis viris, ac præcipuè Ioanni Geilkirchero aulæ Cancellario, cuius eximiā iuris cognitionē iamdiu suspicere ac plurimi facere cœpi. Deinde Guidoni Pancirolo, Angelo Spanochio, Philippo Massino, quorum alter in Patauino, alter in Bononiensi Gymnasio summo in loco; & summa cum laude iurisprudentiā profitetur. Tertius verò maximo est inter iuris professores Pisanæ Academiæ ob summam eius, ac planè singularem & eximiam eruditionem ornamēto. Sed & Ser.ti V. studium hoc meum non displicuisse ex eo coniecturam facio, quod libros hosce eius Ser.mo nomini dicatos ac inscriptos clementissimè excipere, & quidem solita benignitate, atque munificentia dignata est, quo nomine immortales Ser.ti V. gratias, ago, habeóque. Quare & secundam hanc partem iam Ser.mæ Cel. V. dicatam nunc offero, méque ad postremam partem exequendam alacriter accingo & paro. Deus Opt. Max. Ser.mam Cels. V. ecclesiæ catholicæ, reipub. vniuersæ, florentissimæ Academiæ suæ, diutissimè seruet incolumem, saluam atque felicem. Ingolstadij, die 20. Februarij, anno 1596.

APPROBATIO.

Pars hæc secunda Controuersiarum Iuris, auctore Clarissimo Iureconsulto D. Andrea Fachineo &c. & nobile fœlixque auctoris ingenium, & acre perspicáxque iudicium, & solidam accuratamque Iuris vtriusque cognitionem, & methodicam dilucidámque docendi rationem, & denique rationis catholicæ omnisque honestatis & æquitatis singulare studium liquidò commonstrat: Dignissima proinde, quæ vt pars prima nuper edita, lucem quoque ipsa aspiciat, ac in communem vtilitatem eorum præsertim, qui Ius vel in Scholis, vel in foro tractant, typis inuulgetur.

Sic sentio ego ALBERTVS HVNGERVS *S. Theolog. D. Professor & Procancellarius, facultatisque Theologicæ pro tempore Decanus in Academia Ingolstadiana.*

INDEX.

INDEX CAPITVM LIBRI quarti Controuersiarum Iuris.

hæres institutus filios habuit tempore conditi à patre testamenti.

60 Vtrum etiam naturales filij faciant deficere conditionem in ea specie, de qua loquitur l. Cùm auus. ff. de cond. & demonstr. & l. Cùm acutissimi. C. de fidei commiss.

61 Substitutus vulgariter in vnum casum, vt puta, si hæres esse noluerit, an succedat in alium casum, puta, si hæres esse non potuerit, vel contra.

62 Vtrum vulgaris substitutio impediat transmissionem iuris deliberandi in hæredem instituti.

63 Vtrum filio repudiante hęreditatem succedat pater, an verò vulgariter substitutus?

64 Vtrum fiscus excludat vulgarem substitutum.

65 Vtrum filius hæres à patre institutus legitimam accipere, & reliquam hæreditatem repudiare possit.

66 Vtrum testamentum vires assumere possit a substitutione vulgari tacita, quę in expressa pupillari continetur, pupillo post mortem testatoris decedente sine aditione.

67 Vtrum idem sit statuendum, quod in præcedenti capite conclusum est, si filius ante patrem testatorem decessit.

68 Vulgaris substitutio separatim facta personis imparibus, an contineat tacitam pupillarem.

69 Quid si duobus impuberibus separatim substitutio fiat, vni vulgaris, alteri pupillaris, an tunc vulgaris contineat pupillarem.

70 An vulgaris substitutio contineat pupillarem, si statuto municipali cautum sit, verba in testamentis accipienda esse ad literam, pro vt iacent, absque vlla interpretatione.

71 Vtrum vulgaris substitutio filio facta tollat suitatem.

72 Vtrum vulgaris substitutio pluribus facta copulatiuè vno adeunte expiret.

73 Vtrum minore adeunte hęreditatem, & aduersus aditionem in integrum restituto, vulgaris substitutus admittatur.

74 Pupillus, cui substitutus datus à patre non est, an dicatur intestatus decessisse in terminis statuti de intestati successione loquentis.

75 Si testator filio hæredi instituto absque liberis decedenti aliquem substituat, & alienationem prohibeat bonorum, antequam ad 25. annum perueniat, verum eidem videatur post 25. ætatis annum alienationem permittere in præiudicium substituti.

76 Vtrum, si ex Galli Aquilij consilio nepos hoc modo institutus sit: Si filius meus me viuo morietur, tunc, qui ex eo natus erit, hæres esto, censeatur filius ipse hæres institutus.

77 Vtrum institutio filiorum à testatore facta extendatur ad filios, quos se habere ignorabat, quia mortuos esse putabat.

78 Si Testator coniunctim instituat hæredes filium & nepotem, vtrum intelligantur ordine successorio instituti, hoc est, vt post mortem filij censeatur nepos institutus, an verò simul.

79 Vtrum reciproca substitutio pupillaris facta esse censeatur inter filios impuberes, quando eorum vltimo morienti datus est substitutus in tota hæreditate matre existente in medio.

80 De eadem reciproca substitutione non directa, sed fideicommissaria, an inter plures hæredes præsumatur, quoties eorum vltimo morienti substitutus datus est in hæreditate.

81 Alia controuersia de reciproca substitutione, an præsumatur facta, cùm pluribus hæredibus institutis post mortem omnium testator aliquem substituit.

82 Quid si in ea specie, de qua disseruimus in præcedenti capite, persona subsit magis dilecta, & quæ ex præsumpta mente testatoris substitutum excludat.

83 Si testator secúndum hanc formulam substituat, vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum, Sitne in electione substituti succedere ex quacunque velit substitutione.

84 Vtrum in fideicommissis filius ingrediatur in locum patris.

85 Vtrum in fideicommissis, in quibus à Testatore proximiores vocantur, intelligantur vocati proximiores ipsius Testatoris, an verò grauati.

86 Vtrum in pupillari substitutione frater vtrinque coniunctus præferatur fratri consanguineo.

87 Quid si retenta præcedenti facti specie agat de fideicommissaria substitutione.

88 In fideicommisso conditionali, vtrum nati post conditionis euentum admittantur, vt concurrant cum iis, qui euenientis conditionis tempore extabant, & admissi fuerunt.

89 Ventre instituto hærede, an is filius, qui ex ea natus est vxore, quæ erat tempore testamenti, institutus esse intelligatur: an verò, qui ex alia etiam vxore natus erit.

90 Quid si testator posthumum, siue ventrem vxoris instituerit, si prægnans esset.

91 Si testamentum fratris, in quo turpis persona est instituta, contineat clausulam codicillarem, & verum frater, qui tanquam



INDEX CAPITUM LIBRI quinti Controuersiarum Iuris.

fructus



INDEX CAPITUM LIBRI sexti Controuersiarum Iuris.



T



PARS SECVNDA,

CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER QVARTVS.

CAPVT PRIMVM.

De Testamento inter libero : Si confectum fuerit nullis testibus præsentibus, an sit seruandum?



OMMVNIS est sententia Iurisconsultorũ, ex Testamento imperfecto inter liberos seruandam ac custodiendã parentum volũtatem, etiam nullis testib. adhibitis, conscriptam seu comprehensam aliqua schedula: sicuti præclarè docet Iulius Clarus post alios, §. Testamentum, qu. 14. Adr. Geyll. lib. 2. obser. 112. nu. 8. in princip. Quorum fundamentum est in tribus legibus positum: nempe Constantini l. vlt. C. fam. hercis. Theodosij in l. hac consultissima. §. ex imperfecto. C. de Testamentis. & Iustiniani Nouella de Testam. imperfectis: ex qua sumitur Authentica quod sine. C. de Testamentis.

Cæterùm Iacobus Cuiacius consultatione omnium prima contrarium respondit: Nec Testamentum scilicet dici posse eam voluntatem, cui testes desint. Nec Theodosij lege, Constantini, Iustiniani se offendi scribit: quãdoquidem Theodosius illud Testamentum imperfectum vocat, quod subscriptum a testibus & subsignatum non est, cui rei consentaneum est Iurisconsulti responsum in l. 6. ff. ad l. Corneliam de Falsis.

Quod verò attinet ad Constantinum, quanquam is in Testamento inter liberos qualiacunque verba, vel indicia sufficere dixerit, nõ tamen eo sermone testes excludi debent: veluti cùm dicimus, Fideicommissum nutu relinqui posse, non tamen dicimus absque testibus relinqui posse. l. Et in Epistola. C. de Fideicommissis.

Denique Iustiniani lege non existimat Cuiacius omne vitium in Testamento inter liberos negligendum esse: Nec igitur illud, quod summum est, si videlicet nulli adhibeantur testes, à quibus nominis Testamenti substantia deducitur.

Ego viri doctissimi sententiam minimè probo: Moueor inprimis authoritate dictæ legis Constantini, in illis verbis: *Etiamsi solennitate legum huiusmodi dispositio fuerit destituta*: Quæ quidem verba omnem complectuntur solennitatem, & consequenter etiam testium adhibendorum.

Deinde moueor authoritate d. Nouellæ Iustiniani de Testamentis imperfectis, perpendóque illa verba: *Volumus, vt si quis literas sciens inter suos filios voluerit facere dispositionem, primum quidem eius subscriptione tempus declaret: deinde quoque filiorum nomina propria manu, ad hoc vncias in quibus scripsit eos heredes, &c.* Et paulò pòst: *Si tamen aut vxori, aut extraneis personis aliquibus voluerit relinquere legata, aut fideicommissa, &c. Et hæc propria scripta manu dictáque à testatoribus coram testibus, quoniam omnia consequenter in dispositione posita ipsi & scripserunt, & volunt valere, sint firma &c.*

Ex his verbis animaduerto. Istud Imperatorem velle, vt Testamentum inter liberos conscriptum absque testibus, seruandum sit, si modo pater formam obseruauerit præscriptam: nisi aliquid vxori, vel extraneis legauerit: tunc enim testes adhibendi sunt.

Igitur hæc Nouella magnum argumentum nobis suppeditat: Imò verò testimonium firmissimum pro communis sententiæ cõfirmatione, eo saltem in casu, quo inter liberos duntaxat

taxat paterfamiliâs teſtatur, etiam abſq; teſtibus ſeruandam eius voluntatem.

Porrò quod attinet ad Theodoſij legẽ; etſi imperfectum Teſtamentum illud eſſe Theodoſio, exiſtimari poteſt, quod teſtium ſubſcriptione & ſubſignatione caret, ex his argumentis, quæ à Cuiacio afferuntur; attamen generaliter puto imperfectũ cenſeri Teſtamentũ etiam ipſi Theodoſio, quod aliis ſolennitatibus eſt deſtitutum.

Huius rei coniecturam habeo ex dicta Nouella Iuſtiniani de Teſtamentis imperfectis, in illis verbis: *Inſuper & Theodoſius decreuit nõ in partibus ſolum hoc diſponens, ſed etiam in matribus & aſcendentibus vtriuſque naturæ. Hanc apprehendentes licentiam homines, in tantam ingreßi ſunt obſcuritatem, vt diuinantibus magis, quàm interpretantibus hac egerent.* Et paulò antè Imperator dixit Conſtantinũ legem ſcripſiſſe, de qua dictum eſt, atq; idem ſubdit decreuiſſe Theodoſiũ: Ergo Theodoſio Teſtamentum erit imperfectum eo modo, quo & Cõſtantino. Cõſtantinus autem etiam omni ſolennitate deſtitutum Teſtamentum vires habere voluit: igitur & idem Theodoſius voluiſſe videtur.

Quòd ſi teſtes adhibendi eſſent, nec omni ſolennitate deſtitutum eſſe diceretur Teſtamentum, & tali obſcuritati locus non fuiſſet, ex lege Conſtantini, & Theodoſij, qualem Iuſtinianus deſcribit, dicens: *Homines ex his legib. in tantam ingreſſos fuiſſe obſcuritatem, vt diuinantib. potius, quàm interpretantib. egerent.*

Rectè ergo Hotomannus in conſ. 57. n. 9. fatetur, teſtes adhibendos eſſe in omni Teſtamento, ſed tamen in Teſtamento inter liberos, quo bonorum diuiſio continetur, nullo teſte opus eſſe reſpondit num. 15. Quare ſolidam eſſe communem traditionem exiſtimo bona Cuiacij venia.

CAPVT II.

Ad interpretationem d. Nouellæ de Teſtamentis imperfectis: Et d. l. Hac conſultiſſima. §. Ex imperfecto. C. de Teſtamentis, an locum habeant in Teſtamento nuncupatiuo; & an locum habeant, quando pater non æquis portionibus liberos hæredes inſtituit.

MArtinus gloſſator antiquus exiſtimauit Theodoſij & Iuſtiniani legem, de qua agitur, Teſtamentum in ſcriptis duntaxat celebratum pertinere: de eo enim duntaxat, non autem de Nuncupatiuo loquitur.

Secuti ſunt eandem ſententiã Fulgoſius & Salycetus.

Petrus Philippus Corneus ita diſtinguit; vt ſi quidẽ teſtator literas nouerit, tunc imperfectum Teſtamentũ inter liberos ab eo conditum ita demum obtineat, ſi formam Nouellæ obſeruauerit: ſi verò literas ignorauerit, ſimpliciter valere exiſtimat: quia de eo, qui literas ignorat, non loquitur Iuſtiniani Nouella.

Sed, vt ego exiſtimo, illa diſtinctio longè planior, & legibus cõuenientior eſſe videtur: vt ſi quidem de Teſtamento ſcripto quęratur, reſpondendum ſit non aliter ſeruandũ, quam ſi Nouellæ conſtitutionis forma fuerit obſeruata. De teſtamento enim ſcripto & Nouella loquitur & lex Theodoſij.

Cæterùm, ſi de nuncupatiuo teſtamẽto agatur, quod ſine ſcriptis appellatur, ita ſtatuẽdum ſit, vt nec forma Nouellæ conſtitutionis habeat, & quoquo modo confectum, cuſtodiri debeat, dummodo ex iudiciis, coniecturis & aliis quibuſcunque modis conſtare poſſit de patris inter liberos voluntate, licet vltima hæc voluntas omni legum ſolennitate deſtituta ſit. Quæ ſententia Conſtantini lege vltima. C. Familiæ herciſcundæ, manifeſtè probatur, vt meritò, & à Doctorib. noſtris recepta ſit, & ab vſu forenſi. Vide Corneum cõſ. 218. lib. 3. & Iulium Clarum §. Teſtamentum: quæſt. 11.

Sed nõn vulgaris eſt controuerſia: an hæc obtineãt, ſi liberi inæqualiter fuerint hæredes inſtituti: Etenim tres ſunt Doctorum ſententiæ. Prima: affirmans. Secunda: negans. Tertia. Diſtinguendum eſſe; Nam ſi magna fuerit inæqualitas, nullo modo obtinere, ſin autẽ modica; obtinere. Vide Caſtrenſem, Alexandrum & alios ad l. Hac conſultiſſima. §. Ex imperfecto. C. de teſtamentis. Nattam in conſil. 622. Couuarruuiam ad c. Rainutius. §. 1. n. 3. de teſtamentis. Manticam de Coniecturis vltimatum voluntatum lib. 6. tit. 2. num. 16. Andream Geyll lib. 2. obſer 112. n. 23.

Affirmantis ſententiæ argumenta hæc ſũt. Primum ex d. §. Ex imperfecto. Nam Theodoſius dicit: Ex imperfecto teſtamento volũtatem inter liberos valere, nec diſtinguit: vtrum æqualiter, vel inæqualiter fuerint hæredes inſtituti Ergo neque nobis diſtinguere licet. l. De precio. ff. de Publiciana.

Secundũ argumentum eſt ex eo, quod ratio legis locũ habeat, ſiue æqualiter, ſiue inæqualiter hæredes inſtituantur liberi: ergo & lex in vtraque ſpecie locum habere debet: Illa. n. eſt legis ratio, quam cõmemorat Iuſtinianus in d. Nouella, de teſtamentis imperfectis, videlicet in tantum erga parentes lex verecunda ſit, vt in eis inter liberos voluntatem ſuam declarantibus, tot ſolennia non requirat. Hæc ratio locum habet, ſiue æqualiter, ſiue inæqualiter filij hæredes inſtituantur.

Tertium eſt ex l. vlt. C. Familię herciſcundę, vbi dicitur; *Seruato Senatuſconſulti auxilio*

deſuncti voluntatem cuſtodiendam eſſe inter liberos. Si locus eſſe debet auxilio Senatuſcõſulti, ſcilicet Trebelliani: ergo fieri poteſt, vt alter filiorum onere fideicommiſſi prægraue-tur, vt proinde quartam ex Trebelliano deducere poſſit, ex quo maximam oriri inæqualitatem poſſe perſpicuum eſt.

Quartum argumentum ſumitur ex Nouella de Teſtamentis imperfectis, quatenus ibi Iuſtinianus ſtatuit, vt pater in Teſtamẽto, quòd inter ſuos filios facit, inter cætera: *Vncias, in quibus ſcripſit eos hæredes, declaret, &c.* Nam ſi æquis portionibus hæredes inſtituendi eſſent filij, vt Teſtamentum imperfectum valeret, non eſſet neceſſe vncias declarare, in quibus filiorum quilibet hæres inſtitutus eſſet: deberent enim omnes æqualiter inſtitui, nõ autem certæ quædam vnciæ pro arbitrio patrisfamilias filiis attribui.

Argumenta verò negantis ſententiæ hæc ſunt. Primum ex l. vlt. C. Familiæ hereiſc. in illis verbis *Pares eſſe videntur.* Hæc enim verba nonnulli ſic interpretantur; vt æqualem inter filios hæreditatis diuiſionem ſignificent.

Secundũ argumentum eſt: quia ratio legis ceſſare videtur, quando inæqualiter liberi sũt hæredes inſtituti: Illa enim eſt ratio, cur Teſtamentum imperfectum ſeruandũ ſit inter liberos; quia cùm filij ab inteſtato ſucceſſuri ſint, nulla eſt fraudis ſuſpicio, ideóque cautionib. & ſolennib. tot ac tantis ad euitandas fraudes inuentis opus non eſt. Hæc ratio ceſſat, ſi liceat parenti liberos inæqualiter inſtituere. Alter enim fraudem & dolum excogitare poteſt, atque etiam adhibere, vt maiorem conſequatur hæreditatis portionem.

Fundamentum denique ſententiæ diſtinguentis illud eſt vnum, quòd vbi maxima eſt inæqualitas, minimè æquũ eſſe videatur, patris voluntatem ex imperfecto Teſtamento valere, ne lites, ſimultates & diſcordiæ oriantur inter fratres, quæ ex inuidia propter inæqualitatem oriri ſolent. Cæterùm ſi modica ſit inæqualitas, æquum ſit, patris voluntatẽ, quæ nullum ferè malum paritura eſt, ſeruari.

Ego ſanè in priorem ſententiam longè ſim procliuior eo potiſſimùm argumento, quòd ſi in hac ſpecie ſeruanda erat à parentib. æqualitas inter liberos teſtantibus, æquum ſanè erat legis auctorem id exprimere, cùm maximi ſit momẽti: Deinde illud me maximè mouet, quòd alioqui hæc inueſtigatio: An parentis Teſtamentũ imperfectum inter liberos ſeruãdum ſit, nullam afferret vtilitatẽ. Nam ſi liberi æqualiter ſunt inſtituendi, nil referre videtur, vtrũ ſeruandum ſit necne Teſtamentũ: ſi en. ſeruandum ſit, æqualiter ſuccedent defuncto parenti: ſi verò non ſit ſeruandum, ſimiliter ab inteſtato æquis portionibus vocantur.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, illa verba: *Pares eſſe videntur,* non eum ſenſum habere, de quo in argumento dicitur, ſed hoc ſignificare inter omnes hæredes ſuos, hoc eſt, liberos, qui ex quolibet venientes gradu tamẽ pares eſſe videntur, &c. id eſt, pares in ſuccedendo, veluti filius & nepos ex filio præmortuo: Iſti enim pares ſunt in ſuccedendo, licet non ſint in eodem gradu. Inter omnes igitur hos, qui pariter ſuccedunt ab inteſtato, patris vltima voluntas cuſtodiẽda erit, licet ſolenni Teſtamento non contineatur. Hic eſt ſenſus legis Conſtantini.

Ad ſecundum reſpondeo, paternam inter liberos diſpoſitionem non tam eſſe fraudibus expoſitam, vt ſunt aliàs cæteræ vltimæ voluntates & Teſtamenta, ſuſpicionem allatam in argumento leuem eſſe, & quæ minimè filiorũ erga patrem charitati præferenda ſit, aut tanti facienda, vt idcirco ſcrupuloſa omnis Teſtamentorum ſolennitas a perſonis huiuſmodi exigenda ſit. Nec puto rationẽ eſſe habendam eius argumenti, quo nititur diſtinguens ſententia, cùm parentib. licere ſit perſpicuũ plus vni filiorum, quàm alteri relinquere, ſi modò legitimam cuique portionem relinquant. l. Parentibus, C. de Inofficioſo Teſtamento.

CAPVT III.

Vtrum, quod dictum eſt hactenus de Teſtamento imperfecto parentum inter liberos, habeat locum vbi liberi ſunt naturales tãtùm: Et quid ſi reſcripto Principis ſint legitimati: Et an locum habeat in Teſtamento ad pias cauſas?

Etiam inter filios duntaxat naturales ex imperfecto Teſtamento paternam diſpoſitionem vires obtinere docuit Speculator titulo de Inſtrumentorum editione. §. Compendioſè. Quam ſecutus eſt Paulus Caſtrenſ. in comment. l. Hac conſultiſſima. §. Ex imperfecto. C. de Teſtamentis. Et fundamentum eſt in l. Naturalibus. C. de confirmando Tutore, in illis verbis: *Naturalibus liberis prouidentes damus licentiam patribus eorum in ijs rebus, quas quocunque modo eis dederint, vel reliquerint & Tutorem eis relinquere, &c.* His enim verbis patet, patrem poſſe quocunque modo filiis naturalibus relinquere, & conſequenter etiam ex Teſtamento minus perfecto & ſolenni.

Sed contrariam ſententiam longè & communiorem & veriorẽ eſſe iudico, leges nimirum, quæ de Teſtamentis inter liberos imperfectis loquuntur, ad liberos duntaxat legitimos & naturales pertinere: nõ autem ad liberos naturales tãtum. Quæ ſentẽtia fuit Angelĩ & aliorum, vt per Decium in conſ. 610. nu. 2.

Et

Et per Clarum §. Teſtamentum. qu. 12. & eam aliis citatis ſecutum eſſe ſenatum teſtatur Antonius Theſſaur. deciſ. 94.

Fundamentum ſolidiſſimum eſt ex eo, quod leges de Teſtamento inter liberos, ſeu inter filios loquentes, de his accipiendę ſint, qui verè & propriè ſunt filij. Filium autem definimus eum, qui ex legitimo Matrimonio natus eſt. l. Filium. ff. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt. Quòd ſi quandoque ad filios naturales extendantur leges de filiis loquentes, illud exprimi ſolet legibus ipſis, nec expreſſum eſſe in hac, qua de agitur, ſpecie animaduerto.

Quòd verò attinet ad l. Naturalibus, exiſtimo, verba illa, *Quocunque modo, &c.* quæ pro contraria ſententia perpenduntur, non eũ habere ſenſum, vt parenti liceat quoquo modo, etiam legis forma neglecta filiis naturalibus teſtamento relinquere: ſed ſenſus eſt. *Quocunque modo*: id eſt, ſiue inter viuos, ſiue in vltima voluntate parentes dederint vel reliquerint, quemadmodum etiam ibi gloſſa rectè exponit.

Cæterùm ſi filij naturales ſint legitimati, rurſus controuertitur: an idem ſtatuẽdum ſit circa Teſtamentum imperfectum quod inter liberos ex iuſto Matrimonio procreatos conſtitutum eſt, vt videre licet ex Decio in d. cõſ. 610. ex Iaſone in Commentariis d. §. Ex imperfecto. & ex Andr. Geyl. lib. 2. obſeru. 212.

Fundamentum negantis ſententiæ poſitum eſt in l. vlt. C de his qui veniam ætatis impetrauerunt: *Si quis aliquid dari, vel fieri voluerit,* ait textus, *& legitimæ ætatis fecerit mentionem, illam tantummodo ætatem intellectam volumus, quæ viginti quinque annorum curriculis completur: non quæ ab Imperiali beneficio ſuppletur.*

Sic in ſpecie noſtra, quæ dicuntur de Teſtamento inter liberos, ad eos pertinere videtur qui verè ſunt liberi, & ex legitimo Matrimonio geniti: non autem ad eos, qui Imperiali beneficio legitimi effecti ſunt.

Sed contraria ſententia videtur mihi longè probabilior, eo argumento, quòd liberi naturales, qui Imperiali reſcripto legitimi efficiuntur, iiſdem iuribus & commodis frui debeant, quibus fruũtur cæteri ex legitimo Matrimonio procreati: ſic enim diſertè & prolixè ſtatuit Imperator, in §. Et quoniã variè. & in §. Sit igitur licentia, in Authenticis. Quibus modis naturales efficiantur ſui. Conſequens eſt igitur, vt & hoc commodo ſiue iure frui debeant, de quo noſtra eſt diſputatio: Neque enim exceptum illis ac ſubtractum aliqua lege videtur.

Nec mouet textus in d. l. vlt. Hæc enim diſſimilia ſunt, quia minorem annis viginti quinque Princeps facere maiorẽ nequit, ſed eum, qui legitimus non eſt, legitimum efficere poteſt: Vide Alexandrum conſ. 2. n. 52. lib. 1.

Quòd attinet ad tertium, quod titulus huius capitis pollicetur: In Teſtamento ad pias cauſas locum habere, quæ noſtris legibus ſancita ſunt de Teſtamento imperfecto inter liberos, reſpondit Alexander in conſ. 3. lib. 7. & poſt eum alios citans Iacobus Menochius in conſ. 224. lib. 3. Sed contrarium reſponderunt Aretinus in conſ. 64. & Socin. Iunior in conſ. 189. nu. 76. lib. 2.

Fundamentum prioris ſententiæ illud eſt: quòd non magis fauendum ſit liberis, quam pis & religioſis locis: ſiue rem ipſam intueamur, quæ cùm ad religionem ſpectet & pietatem, maximo fauore digna eſt, ſiue ipſius teſtantis voluntatem, qui animæ ſuæ ſalutem & commodum cordi magis habere cenſetur, quam filiorum vtilitatem. Poſterioris verò illud eſt argumentũ: quòd leges noſtræ de Teſtamentis imperfectis inter liberos loquantur: non autem de Teſtamentis ad pias cauſas.

Ego ſanè benigniorem ſententiam illã eſſe prima fronte iudicabam, quæ religioni fauet, & menti eorum, qui leges conſcripſerunt, magis conſentaneam. Coniectura illa motus: quòd Teſtamẽtum ad pias cauſas coram duobus vel tribus teſtibus conditum valere conſtat, ex c. Relatum. de Teſtamentis. Cur igitur non valeat, etiamſi reliquis ſolennibus deſtitutum ſit, cùm certum ſit teſtium numerum primas ſibi inter cætera ſolennia partes vindicare? ſi numerus teſtium minor quàm legibus requiratur, Teſtamentum ad pias cauſas vitiare non ſolet, ego ſic ſtatuebam, nec illud vitiare Teſtamentum, quod cæteris iuris ciuilis ſolennibus caruerit, adeóque ſufficere, ſi ea adhibeantur quæ in Teſtamẽtis inter liberos imperfectis leges requirunt. Sed hanc ſententiam amplecti non poſſum, eo in caſu quo ſchedula manu teſtatoris reperiatur, quæ coram teſtibus publicata non ſit, etſi enim pugnantes ſint doctorum ſententiæ, nec deſint qui faueant piæ cauſæ, vt patet ex Couuar. in c. Relatum in primo, nu. 12. de Teſtam. tamen contrariam ſententiam amplector, quam ſecuti ſunt Clarus alios citans §. Teſtamentum. q. 7. & poſt alios Iacobus Thomingius quæſtionum ac deciſionum c. 4. Moueor: quia nec iure canonico locus vllus extat qui pias cauſas iuuet in propoſita ſpecie, & magnoperè aduerſatur Iuſtinianus in Nouella de Teſtam. imperf. quatenus vult exceptis liberis ita demum legata deberi & fideicommiſſa, ſi coram teſtibus nuncupentur. Verba hæc ſunt: *Si tamen aut vxori aut extraneis perſonis aliquibus voluerit relinquere legata, aut fideicommiſſa, aut libertates, & hæc propria ſcripta manu dictaque à teſtatoribus, coram teſtibus, quoniam*

omnia consequenter in dispositione posita ipsi & scripserunt & volunt valere, sint firma.

CAPVT IV.

Vtrum Testamentum inter liberos imperfectum seruari debeat, vbi non solùm solennia desunt sed voluntas quoque imperfecta est. Et an liberi succedant ab intestato: an verò ex Testamento tali imperfecto.

NOn potest prima, quam proposui, cõtrouersia definiri, nisi distinctione adhibita, quæ tres complectitur propositiones siue cõclusiones. Prima propositio: si Testamentum facere quis inceperit, & cùm hæredibus primis institutis, secundos hæredes conscribere vellet, morte impeditus non potuerit, videtur potius incepisse Testamentũ facere, quàm fecisse: itaque nec primi hæredes obtinebunt hæreditatem. Ita Iabolenus in l. Si quis 25. ff. de Testamentis, quam ob rem id, quod Constantinus scribit in l. vlt. C. Familiæ herciscundæ: *Siue inceptum neque impletum sit Testamentum, &c.* custodiendam esse patris defuncti voluntatem inter liberos, rectè exponitur accipiendum esse de eo Testamẽto, quod impletum non est quantum ad iuris solennia: si enim Testator morte præuentus illud perficere non potuisset, aliter ex sententia Iaboleni respondendum esset.

Secunda propositio: Si Testatoris voluntas imperfecta sit, quia conditiones, quas adscribere volebat, non adscripserit: veluti, Ille hæres esto secundùm conditiones infra scriptas, tunc si nulla sit adiecta conditio, valet nihilominus institutio, & pro pura habetur. l. Si testamentum C. de Institutionibus & Substitutionib. vbi Imperator eo vtitur argumento, quòd Papinianus respondit, vicos Reip. relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommisso minus deberi, quòd Testator fines eorum, & certaminis formam, quod celebrari singulis annis voluit, alia scriptura se declaraturum promisit, ac postea morte præuentus non fecit, vt in l. Cum pater. §. vlt. de Legatis. 2.

Sed huic decisioni obstare videtur, quod Marcellus respondit in l. Quoties. 9. §. Tantundem ff. de Hæredibus instituẽdis: sic enim ait textus: *Tantundem Marcellus tractat, & in eo qui conditionem destinans inserere non addidit: Nam & hunc pro non instituto putat:* Difficilis sanè antinomia, quæ hactenus doctissima exercuit ingenia. Duarenus ad tit. de condit. instit. cap. 3. ad finem, existimat Marcelli sententiam Vlpiano non probari eo argumento quod & in l. 2. ff. de hæred. instit. eandem improbare videatur. Et reuera non simpliciter eam Marcelli Vlpianus probat: Subdit enim in d. §. tantundem: *Sed si conditionem addidit, dum nollet haredem futurum detracta ea, nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est, quam sententiam & ipse & nos probamus.* Ex quibus verbis apparet eo tantũ in casu Marcelli, sententiam probari, quo voluntas testatoris est, vt detracta cõditione hæres non sit, quo in casu non est accipienda Imperatoris lex, quare antinomia facilè conciliatur. Et istud est, quod idem Vlpian. dixit in d. l. 2. ff. de hæredib. institut. *Si voluntas defuncti non refragatur, &c.*

Tertia propositio: Cùm Testator scripsit manu sua testamentum inter liberos, deinde iussit vt Notarius vocaretur, & simul etiam testes, quibus præsentibus suam vltimam volũtatem declarare se velle dixit: antequam verò Testes & Notarius accederent, mortuus est, non valet ea dispositio. Ita respondit Oldradus in cons. 119. quem multi secuti sunt relati à Couuar. in c. Relatum. 1. extra de Testamentis.

Fundamentum huius sententiæ est primò in l. Fideicommissa, versiculo, Quoties. ff. de Legatis. 3 *Quoties,* ait textus, *quis exemplum Testamenti praparat, & antequam testetur, moritur, non valet: antequam testetur,* id est, antequam Testibus adhibitis & vocatis suam declarat voluntatem. Secundò in l. Ex ea scriptura, ff. de Testamentis: *Ex ea scriptura,* ait lex, *qua ad Testamentum faciendum parabatur, si nullo iure Testamentum perfectum esset, nec ea, qua fideicommissorum verba habent peti possunt.* Tertio in l. Contractus. C. de Fide Instrumentorum. & in l. 2. C. de sententiis ex breuiculo recitandis.

Cæterùm contrariam sententiam probabiliorem esse iudico, quam secutus est Alexander ad l. Hæc consultissima. §. Ex imperfecto. C. de Testamentis. Et post eum alij, quos refert & sequitur præceptor meus honorandus, Ioannes Cephalus in cõs. 99. Moueor ex l. vlt. C. Familiæ herciscundæ, vbi Constantinus patris voluntates inter liberos custodiri mandat: *Quocunque modo scriptura, quibuscunque verbis vel indiciis inueniantur relicta.* At in specie ista scriptura extat paternæ voluntatis, quam sola mors ei publicari prohibuit: voluntas manifesta & perspicua, claroque & perspicuo comprehensa documento: adeo est seruanda. Huc accedat Nouella Iustiniani de Testamẽtis imperfectis, ex qua talem scripturam robur accipere nulli non constat, si cæteris destituta non erit, quæ à Iustiniano exiguntur.

Argumenta verò Oldradi & sequacium ad hanc speciem nostram non pertinent, in qua de Testamento inter liberos agitur, sed locũ habere possunt in aliis Testamentis ac dispositionibus, quæ absque solennibus confici non possunt: nec tot ornantur priuilegiis, quot, pater-

paternam dispositionem inter liberos prosequutæ sunt leges.

Quod attinet ad alterã controuersiam, etsi Castrensis, Alexander, Iason & quidam alij interpretes in l. Hac consultissima. §. Ex imperfecto. C. de Testamentis. in proposita specie docuerint: Liberos ex Testamento licet imperfecto succedere, quasi testamentum valeat, licet solennibus iuris destitutum, quia lex ea solennia non requirat in Testamento inter liberos, tamen contraria sententia mihi magis probatur, quam secutus est Accursius in d. §. Ex imperfecto. Liberos nimirum ab intestato succedere. Huic enim sententiæ magnoperè mihi adstipulari videtur Constantinus in d. l. vlt. C. Familiæ herciscundæ, in illis verbis: *Iudicio familiæ herciscundæ licet ab intestato ad successionem liberi vocentur, seruato senatusconsulti auxilio defuncti dispositio custodiatur*. Atque illud maximè perpendo, Theodosium in d. §. Ex imperfecto, & Iustinianum in d. Nouella de Testamentis imperfectis, vnum hoc inculcare, vt paterna voluntas custodiatur; nunquam proferre vllum verbum, quo testamentum valere significetur.

Respondent contrariæ sententiæ authores Constantinum accipiendum esse, cùm testator nullos instituit hæredes in Testamento. Non rectè: quia vaticinãtur. Item: quia si nullus esset hæres institutus, nec locus esset senatusconsulto Trebelliano, cuius ibi fit mentio.

Secundò respondent: Filios quidem succedere posse ab intestato, sed tamen non prohiberi etiam ex Testamento succedere, si velint. Non rectè: quia si Testamentum valeret, non diceret Constantinus eos ab intestato succedere: Quid enim opus esset intestati successione, aut quid pertineret ad Testamentũ validũ potestas ab intestato succedendi? Quamdiu potest ex testamento adiri hæreditas, ab intestato non defertur. l. Quamdiu. ff. de acq. poss.

Tertiò respondent saltem ex Nouella Iustiniani colligi posse Testamentum valere; de quo agitur non rectè: quia nullum in ea constitutione legitur verbum hac de re.

CAPVT V.

Vtrum Testantis voluntas ex Testamento imperfecto & non solenni obseruanda sit ab hæredibus in foro conscientia & animæ, vt loquuntur?

Controuersia hæc celebris est, & tractatur latè ab interpretibus in l. 1. ff. de cõdictione Indebiti, & post eos diligenter à Couarruuia in c. Cùm esses. de Testamentis; nec non à præceptore meo Deciano in cõs. 46. n. 93. lib. 2. Francisco Mantica de Coniecturis. vltimarum voluntatum. lib. 2. tit. 14. & à Iacobo Menoch. de Præsumptionib. lib. 1. q. 80. Ab istis Canonistæ, Theologi & cæteri omnes referuntur.

Ego eorũ sententiam magis probo, qui hæredem teneri asseruerunt ad præstanda legata cæteráq; exequenda & implenda, quæ Testamento minus solenni cõtinentur, si hæres nõ ignoret, eam reuera fuisse Testatoris volũtatem. Hanc sententiam vbi confirmauero, tum facilè contrariæ sententię argumenta diluam.

Probatur igitur hoc argumento. Si hæres iure naturali obligetur ad implendam Testatoris voluntatẽ, quæ in testamento minus solenni continetur, sine dubio etiam in foro, vt loquuntur, conscientiæ obligabitur: sed verũ est prius, verùm igitur & posterius. Maior propositio probatur ex communi omnium sententia in c. Nouit. de Iudiciis: omnes enim hãc conclusionẽ admittũt, ac veram esse fatentur; eum qui naturaliter obligatur, etiam in foro conscientiæ obligari. Minor autem probatur: quia si hæres non esset naturaliter obligatus ad implendam Testatoris voluntatem, ex minus solenni Testamento, liceret ei ob[illegible] causam solutum repetere. l. Quod indebitum. & l. Naturaliter. & l. seq. ff. de condictione indebiti. l. Quod pupillus. ff. eodem titulo cum aliis similibus. Sed repetere non ei licet. l. 1. C. de Fideicommissis. l. Non dubium. C. de Testamentis: ergo naturaliter obligatur: Quamobrem Iurisconsultus in l. in Testamento. ff. de fideicommissariis Libertatibus. respondit *Pios filios debuisse manumittere eam*, cui pater in Testamento, quod perfectum non erat, libertatem & fideicommissa dedit.

Confirmatur hoc argumentum Nam si v. g. Testamentum cõditum sit coram duobus vel tribus Testibus, non est quidem solenne, sed tamen iure naturali valet; quia in ore duorum vel trium stat omne verbum. c. Relatum. c. Cùm esses. de Testamentis: igitur hoc in casu hæres erit obligatus. Eadem ratio est de aliis similibus.

Respõdet Couuar. in d. c. Cùm esses; ex minus solenni Testamento non oriri naturalem obligationem, sed quandam obligationẽ quæ insurgit ex honestate & debito morali, non autẽ ex legis vinculo. Sed obstat huic responsioni, quòd cum talis obligatio impediat soluti repetitionem, videtur oriri ex aliquo legis vinculo, alioqui non impediret. Deinde illud maximè obstat, quod Doctores à Couarruuia citati ad probandum ex Testamento minus solenni obligationem naturalem non oriri, nullo satis firmo nituntur fundamẽto: Etenim nituntur l. Si creditoris. C. de Fideicõmissis, cuius hæc sunt verba: *Si creditoris voluntas iure subnixa liberari de debito volentis docere potest, & antequã solenniter tibi liberatio à successore præstetur, exceptionẽ tibi ex volũtate defuncti descendentẽ competere manifestũ est.*

Argumentũ sumunt à contrario sensu: ergo

nulla competit exceptio debitori liberato ex voluntate creditoris, ſi ea voluntas iure ſubnixa non eſt, id eſt, ſolennis & perfecta. Sed vt maximè hoc argumentum valeret, non tamen nobis conſtat, an in ea ſpecie voluntas defuncti fuerit hæredi cognita & perſpecta, vt ex conſcientia relicti Fideicommiſſi ſatisfacere voluntati defuncti teneretur. Etenim fieri poteſt, vt teſtantis voluntas nullo modo obliget hæredem, cùm videlicet non ſolùm eſt minus ſolennis: verùm etiam ignorata ab ipſo hærede, ita vt aliqua ratione dubitare poſſit: an ea fuerit defuncti voluntas: Nã ſi exciperet debitor, ſibi relictam eſſe liberationem a defuncto in ſpecie dictæ l gis aduerſus hæredem creditorem dubium petentem, hæres ipſe replicaret; defuncti voluntatem iure ſubnixam non fuiſſe, nec debitori liceret duplicare: Atqui ſi eet iure ſubnixa non ſit, ex conſcientia tamen ſatisfacere teneris voluntati defuncti, non inquam ... liceret replicare apud Diocletianum & Maximianum: quia certò non conſtat, nec vlla fit mentio in ea lege: verum loquantur etiam in hac hypotheſi, in qua conſcientia hæredem vrget.

Præterea nituntur iidem Authores authoritate l. Si veritas. C. de Fideicommiſſis, leui ſanè vt mihi videtur coni. ctura: *Si veritas*, inquit textus, *vel ſolennitas iuris deeſt nec amplexus parentis voluntatem relicta dediſti, vel Tranſactionis cauſa ſtipulantibus promiſiſti, negotiúmque integrum eſt, ad ſolutionem vrgeri non potes.*

Leuis, inquã, imò nulla coniectura eſt, quia nullus eſt, qui dicat quempiam vrgeri poſſe ad ſoluendum quod relictum eſt in Teſtamento minus ſolenni: vrgeri, inquam, in foro: vt vocant, externo, iudicialiter propoſita actione. Verùm noſtra diſputatio eſt de foro interno conſcientiæ, atque animæ iudicio.

Primum argumentum contrariæ ſententiæ. Iuſtæ ſunt leges, quæ ſolennia teſtamentorũ induxerunt, & iuſtam ob cauſam conſtitutæ: ergo obligant & locum habent etiam in foro conſcientiæ. Reſpondeo: Nego illationẽ illam quæ poſtea deducitur in hac ſpecie? ergo hæres non obligabitur in foro conſcientiæ: Nã etſi leges iuſtæ ſint, aliter tamen de illis iudicatur ſecundum forum externum, aliter ſecundum forum conſcientiæ. Ecce non poteſt Venditio reſcindi ob quamcunque Venditoris læſionem in precio. l. Si voluntate. C. de reſcindenda venditione. hæc eſt lex iuſta, & iuſtas ob cauſas ordinata, & tamen in foro conſcientiæ Emptor, qui læſit, obligatur, ad ſupplendum iuſtum pretium Venditori; Sicuti latè probat Couuarruuias lib. 2. variarum Reſolut. cap. 4. Sotus de Iuſtitia & Iure lib. 6. q. 3. artic. 1. Arius Pinellus ad l. 2. C. de reſcindenda Venditione in 2. parte, nu. 35. Vis aliud exemplum? En tibi actiones, Redhibitoria, Quanti minoris, de Dolo, certo tempore circumſcriptæ ſunt, quo elapſo exerceri non poſſunt, & tamen reus in conſcientiæ foro liberatus non eſt, ſed obſtrictus, vt rectè declarat idem Couuarruuias ad Regulam, Poſſeſſor malæ fidei. §. 11. n. 5. de Regulis Iuris, lib. 6.

Secundum argumentum. Iudex iuſtè pronunciat Teſtamentum nullum, quod ſolennibus caret, & iuſtè adiudicat legitimis hæredibus hæreditatem. l. Si poſt diuiſionem. C. de Iuris & Facti ignorantia. l. Ex imperfecto. C. de teſtamentis; igitur talis ſentẽtia obtinet etiã in foro conſcientiæ. c. 2. de Maioritate & Obedientia. c. Omnis anima. de Cenſibus. Reſpondeo: Nego conſequentiã: ſæpe enim aliquid ſecundum forũ externũ iuſtũ reputatur, quod in foro conſcientiæ locum non habet, c. vlt. 17. q. 4 ibi: *Iure fori, ſed non iure poli.* Iudex iuſtè pronunciabit contractũ Venditionis reſcindendum non eſſe, nec iuſtum pretiũ ſupplendũ, nec poſt tempus conſtitutum a lege de dolo agi non poſſe, & tamen is ſecundum quem pronunciabit, quo ad animæ iudicium & conſcientiam tutus non erit, ſi ſciens aduerſariũ deceperit, vti paulò antè diximus.

Tertium argumentum. Ad omnem actum perficiendum duo requiruntur: Voluntas & poteſtas; ſed hic voluntas quidẽ teſtatoris adeſt, verùm deeſt poteſtas: quia Nemo Teſtamentum facere poteſt validum abſque ſolennibus: Ergo hæres nullo modo obligatur ex tali Teſtamento. Reſpondeo: Hæredem quidẽ non obligari ciuiliter, vt proinde cogi poſſit actionibus propoſitis in iudicio ad implendam defuncti voluntatem; veruntamen obligatur naturaliter: Neque enim lex ciuilis naturalem obligationem impedit in hac ſpecie: aut verè impedire poteſt, propterea quòd ſolennia non adhibeantur in Teſtamento.

Quartum argumentum. Iure canonico Teſtamentum non valet, ſi fiat coram vno teſte tantùm vel duobus teſtibus: fieri enim debet præſentibus duobus teſtibus & parocho. c. Cùm eſſes. de Teſtamentis. Aut ergo tunc in foro conſcientiæ obligabit; aut nõ obligabit. Si non obligabit, ſequitur Teſtamentum minus ſolenne in foro conſcientiæ hæredem nõ obligare. Si verò obligabit, ſequitur abſurdum, nempe ius Canonicum inducere peccatum: quia ſcilicet Teſtamentum illud non approbat, quod obligat in foro conſcientiæ hæredem, quod abſurdũ, vt euitetur, dicendũ eſſe videtur Teſtamentum nullum in foro externo, nullas habere vires ad obligandum etiam in foro conſcientiæ. Reſpondeo: Teſtamentũ ſolennibus deſtitutum, de quibus in argumento, iure Canonico nullum eſſe, ſed tamen

hæredem

hæredem ex conscientia teneri, nec propterea peccatum aliquod induci, aut permitti iure Canonico: quia ius Canonicum solennitates requirit quo ad forum externum; Neque hæredi vllam concedit potestatem Testamentũ illud infringendi, quod ipse hæres nouit a defuncti voluntate processisse, quantum ad forum internum conscientiæ.

Quintum argumentum. Testamentum imperfectum pro nullo habetur. §. Ex eo. in Institutionib. Quibus modis Testamenta infirmẽtur. igitur est perinde, ac si conditum nõ fuisset secundum regulam l. Quoties. ff. qui satisdare coguntur. Ergo tale Testamentum nullo modo obligat in foro conscientiæ. Respondeo: Paria hæc esse: Testamentum nõ extare; vel minus solenne extare, quo ad ciuilem obligationem; secus quo ad naturalem. Quod probatur, quia si non extaret, solutum ab hærede ob eam caussam repeti posset. l. Eleganter. ff. de condictione Indebiti. Si verò extet, licet imperfectum sit, solutum tamen ab hærede eam ob caussam repeti non potest. l. 2. C. de Fideicommissis.

Sextum argumẽtum. Si Testamentum imperfectum in foro animæ implẽdum esset ab hærede, sequeretur, eas leges peccatum continere, aut certè absque peccato seruari nõ posse, quæ tale Testamentum pro infecto habẽt; sed consequens est absurdum: quia sic leges debuissent corrigi: ergo & illud vnde sequitur. Respondeo: Multa esse legibus nostris iuste & saluberrimè constituta, quantum ad forum externum, quæ tamen cessant in foro conscientiæ: Nec tamen absurdum est, eas correctas non fuisse ac sublatas: quia nullum per se continent peccatum; imò verò absque peccato seruari possunt, licet per accidens, vt loquuntur, peccet is, qui facit contra conscientiam propriam authoritate legum nixus; sicuti v. g. in ea specie, de qua loquitur summus Pontifex in c. Inquisitioni. de sententia Excom. nemo negauerit, iustam esse sententiam Excommunicationis, ab Ecclesia latã, apud quam nõ erat probatum impedimentum Matrimonij: & tamen summus Pontifex dicit: *Si alter coniugum pro certo sciat impedimentum coniugij propter quod sine mortali peccato non valet carnale commercium exercere, quamuis illud apud Ecclesiam probare non possit, debere potius Excommunicationis sententiam humiliter sustinere, quam per carnale commercium*, (propter conscientiam) *peccatum operari mortale.*

Ex his responsio patet ad cætera, si quæ sunt, argumenta: ad hæc enim omnia reducentur: Atque ita sentio, saluo Theologorum iudicio.

CAPVT VI.

Quomodo accipiendum sit, quod leges dicunt: Posteriore Testamento imperfecto primum Testamentum perfectum tolli, quando in secundo instituti sunt venientes ab intestato, controuersia dua.

Theodosius legem edidit in hæc verba: *Si quis autem Testamento iure perfecto, postea ad aliud venerit Testamentum, non alias, quod antè factum est, infirmari decernimus, quàm si id, quod secundò facere Testator instituit, iure fuerit consummatum; Nisi fortè in priore Testamento scripti sint, qui ab Intestato ad Testatoris hæreditatem, vel successionem venire non poterant. in secunda voluntate Testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad eius hæreditatem vocantur: eo enim casu, licet imperfecta sit scriptura posterior, infirmato priore Testamento secundam eius voluntatem, non quasi Testamentum, sed quasi voluntatem vltimam intestati valere sancimus, in qua voluntate quinque testium iuratorum depositiones sufficiunt: quo non facto, valebit primum Testamentum, licet in eo scripti videantur extranei.* Hactenus ille. in l. hac consultissima. C. de Testam.

Iam ad interpretationem huius legis primum pertinet illa quæstio: An idem statuendum sit, si in secundo Testamento fuerint quidem instituti venientes ab intestato, sed non omnes. Item illa; An & idem respondendum sit, & si in primo Testamento iidem vel alij ab intestato venientes instituti fuerint.

Quod attinet ad primam: duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ. Prima, vt mihi videtur, communior; Non idem esse statuendum, vbi non omnes ab intestato venientes instituti fuerint hæredes in posteriori Testamento: Neque enim sufficere, vt vnus vel alter instituatur ex legitimis hæredibus, sed instituendos esse omnes, vt locus sit Theodosianæ legi. Ita docuit Cumanus, Alexander, Iason, qui & alios commemorant in Commentariis eius loci: Quorum illud est fundamentum: Quod Theodosius indefinitè loquatur: si videlicet instituti fuerint in posteriore Testamento: *Qui ab intestato ad hæreditatem vocantur*; Oratio autem indefinita æquipollet vniuersali, l. Si pluribus. ff. de Legatis 2. Deinde, quia textus dicit: *Secundam voluntatem* (Testatoris) *non quasi Testamentum sed quasi voluntatem vltimam intestati valere*: si ergo valet tanquam ab intestato, sequitur omnes legitimos hæredes instituendos esse, sicuti omnes ab intestato vocantur.

Altera est sententia Francisci Aretini ad l. Si filius qui in potestate. ff. de Liberis & Posthumis. sufficere videlicet, si aliqui duntaxat ex legitimis hæredibus fuerint instituti. Fundamẽ-

tum ponit in l.2.ff.de iniusto, rupto & irrito Testamento, & in l.Posthumus.ff.eo.tit. quibus in locis idem ferè habetur, & Vlpianus innuere videtur sufficere, si vnus sit hæres institutus, in illis verbis; *Nisi fortè posterius, vel iure militari sit factum; vel in eo scriptus sit, qui ab intestato venire potest: tunc enim & posteriore non perfecto superius rumpitur.*

Si dicatur Vlpianum accipiendum esse eo in casu, quo vnus duntaxat reperiatur ab intestato vocatus, respondet Aretinus, id nobis non constare, & merum esse vaticinium.

Ego communiorem sententiam amplectendam censeo, non eo tantùm argumento adductus; quod ex verbis legis Theodosianæ sumitur: illud enim non est satis firmum, sed ex ratione ipsius legis. Hæc enim est ratio legis: quia fauorabiliores sunt ab intestato venientes, quippe qui & a lege vocantur, & à Testatore, & quidem in postrema ipsius voluntate; quam ob rē æquius esse videtur, eos hæreditatem obtinere, quam extraneos: licet extranei Testamentum proferant magis solemne & perfectum: Neque enim tanti solennia facienda sunt, quanti æstimari debet ipsa æquitatis ratio & iustitiæ, & simul voluntas defuncti. Hæc cùm sit legis ratio vera, palàm est, eam tunc obtinere, cum omnes legitimi hæredes in posteriori Testamento vocantur: quia a defuncto, & à lege inuitantur ad successionem.

Cæterùm si alicui duntaxat ex legitimis hæredibus instituti sint, tāto fauore nequaquam sunt digni; quippe qui à lege non ita vocantur, sicuti à Testatore. Lex enim omnes in pari gradu existentes ad successionem vocat, non autem vnum vel alterum duntaxat, quemadmodum defunctus vocauit; Quare tunc veluti cessante legis ratione & fauore, cessare debet lex Theodosiana, & aliæ leges obtinere, quibus sancitum est; posteriore Testamento ita demum prius infirmari, quod perfectum est, si & secundum fuerit consummatum & perfectum.

Nec magnam difficultatem facit responsum Vlpiani in d.l.2.ff. de iniusto, rupto & irrito Testamento: necesse est enim illud ita intelligere, cùm vnus tantùm extat legitimus hæres: Non est hoc vaticinium, sed iusta & congrua interpretatio, vt patet ex dictis.

Quod attinet ad secundam quæstionem Paulus Castr. in cons.327.lib.1.de hac facti specie respondit: Proponebantur duo Testamenta ad pias caussas; quorum alterum perfectū, alterum imperfectum erat; Et quærebatur, an posteriore Testamento sublatum esset primum, licet perfectum. Et respondit sublatum videri, & ad legem Theodosij, quæ videbatur obstare, quatenus requirit, vt in primo instituti sint extranei; in secundo autem venientes ab intestato, respondit idem esse statuendum, etiamsi in primo Testamento instituti sint venientes ab intestato. & in tex.d.legis Theodosij subaudiendum esse verbum (Maximè) vt videlicet posteriore Testamento, quo venientes ab intestato sunt vocati, primum testamentū, quod iure perfectum est, tollitur, maximè, si in primo hæredes instituti sint extranei.

Fundamentum Castrensis est, quia postrema defuncti voluntas potissimùm seruāda est. l.Si mihi & tibi.§. In legatis.ff. de Legatis.1. Ergo præferenda est priori voluntati, licet solennibus iuris magis sit munita. Sententiam Castrensis secutus est Alexan. in cons.146.lib.2. & iis adstipulari videtur Vlpianus in d. l.2. ff.de iniusto, rupto & irrito Testamento, quatenus simpliciter respondit, posteriore Testamento minus solenni, primum, quod solenniter confectum est, tolli, si in eo scriptus sit hæres, qui ab intestato venire potest: Neq; enim illud etiam Vlpianus requirit, vt in priore Testamento institutus sit extraneus.

Sed non mihi placet hæc interpretatio & doctrina, quemadmodum nec Alexandro, nec Iasoni, nec Aretino ad d.l.Hac consultissima. §.Si quis autem.C. de Testam. Etenim verba legis manifestè repugnant, nec non etiam ratio ipsius legis, quæ proximè allata est. Verba enim legis hæc duo simul exigunt: Vt videlicet in primo Testamēto, quod solenniter cōscriptum est, extranei sint hæredes instituti: in secundo autem minus perfecto & solenni, instituti sint venientes ab intestato. Id patet ibi: *Nisi fortè in priore Testamento scriptis iis, qui ab intestato ad Testatoris hæreditatem vel successionem venire non poterant: in secunda voluntate Testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad eius hæreditatem vocātur. Eo enim casu, &c.* Ratio autem legis repugnat: quoniā cùm in primo Testamento instituti sunt veniētes ab intestato, ipsi eodem fauore digni sunt, & pro se habent defuncti Testatoris voluntatem & legem, quemadmodum & alij, qui posteriore Testamento sunt vocati: quam ob rem cùm cetera sint paria, præualere debet Testamentum perfectum; quia secundùm iuris regulas non rumpitur posteriori imperfecto.

Quòd autē Castrēsis dicebat, spectandā esse vltimā volūtatē, his regulis repugnat, quibus cauetur, vt iā dictū est, ita demū posteriorem voluntatē spectandā ad priorem perfectā infringendā, cùm & posterior iure perfecta est, nec aliter loquuntur leges ab eo citatæ.

Quod verò Vlpianus in d.l.2. ff. de iniusto, rupto & irrito testamento, nō adhibeat illam distinctionem, quam adhibuit Theodosius, parum prodesse suæ caussæ potest: nostrç verò sententiæ nihil obest; siquidē alias leges aliis legibus declarari, distingui, elucidari non est nouum.

nouum. l. Non est nouum. ff. de Legibus. Igitur Vlpiani responsum ex Theodosij lege declarabitur.

CAPVT VII.

Alia dua controuersia de eadem re.

Pater Testamentum fecit solenniter, filiúmq; suum impuberem instituit hæredem, eidémque pupillatiter substituit extraneum; postea codicillum fecit, & quinque testib. præsentibus substitutionem factam reuocauit, substituitque eidem filió suo cognatos proximiores ab intestato venientes, quæritur: an posterior substitutio in codicillis facta priorem tollat in Testamento solenni comprehensam.

Triplex est Doctorum sententia. Prima est Bartoli, quem secuti sunt Castr. Fulg. & Alex. in comment. l. Hac consultissima §. Si quis autem Testamento. C. de Testam. posteriori substitutione sublatam priorem videri. Fundamentum est in d. §. Si quis autẽ Testamento. Sicut. n. prius testamentum perfectum, in quo instituti sunt extranei, posteriore tollitur imperfecto coram quinque testibus facto, in quo venientes ab intestato sunt vocati; ita & substitutio, de qua agitur, sublata esse videtur. Huc accedat, quòd substitutio pupillaris in codicillo facta, videtur esse in Testamento facta, scilicet pupillari Testamento. §. Igitur, in Institut. de pupillari substitutione. Quod quidem pupillare Testamentum fieri potest etiã seorsim à testamento patris l. si quis eum. 16. §. 1. ff. de vulgari & pupillari substit.

Altera est sententia Baldi, Angeli, Salyc. & aliorum, quos commemorant Alex. & Iason in comment. dicti loci: In hac specie, de qua agitur, posteriorem substitutionem in codicillis factam non valere, & ideo priorem non videri sublatam. Fundamentum est, quia in codicillis hereditas neque dari, neque adimi directè potest. l. 2. C. de Codicillis. §. Codicillis. in Institutionib. eodem titulo: in hac autem specie nostra hæreditas directè aufertur priorib. substitutis in Testamento, & datur aliis substitutis in codicillis: igitur nõ valet, & cõsequenter priorem substitutionẽ nõ infirmat.

Postrema est sententia, quæ mihi cæteris probabilior videtur, Alexan. in d. §. Si quis autem. post alios, quos commemorat: posteriore substitutione in codicillis facta, sublatã videri priorem nõ quidem iure directo, sed per fideicommissum, ita videlicet, vt substituti in Testamento, rogati esse videantur hæreditatem restituere substitutis in codicillis. Fundamentum habet hæc sententia satis firmũ in l. Scæuola. ff. ad Trebell. *Si pater*, ait textus, *filium suum ex asse hæredem scripserit, eiq; codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit, licet substitutio inutilis sit, quia codicillis hæreditas neque dari, neque adimi potest, tamen benigna interpretatione placet, vt frater, qui ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur.* Hactenus Iurisconsult.

Quod quidem responsum ad quæstionem nostram rectè accommodari potest, in hunc sanè modũ, vt licet inutilis sit substitutio directa in codicillis facta, benigna tamen interpretatione ij, qui in Testamento substituti fuêre, atque adeò ipsi pupillo succedere potuerunt, fideicommisso obligentur iis, qui in codicillis substituti sunt.

Ad argumentum prioris sententiæ respondeo, textum in d. §. Si quis autem. directè non comprehendere hanc speciem, & licet eadem sit ratio in codicillis, quæ in Testamento, præsertim cùm & posterius Testamentum non valeat, vt Testamentum, sed vt volũtas ab intestato defuncti, illud tamen est impedimẽto in quæstione nostra, quòd in codicillis hæreditas directè dari non potest, consequenter ij, qui in codicillis substituti sunt, directè succedere nõ possunt, sed per fideicommissum, qua ratione rectè perpensa responsio patet ad argumentum alterius sententiæ: nihil. n. a[...]d probat, nisi substitutionẽ in codicillis fact[...] iure directo non valere. quod nos etiam concedimus atque defendimus: sed valere tamen iure fideicommissi ex benigna quadam interpretatione, fatemur atque contendimus.

Altera est controuersia. Pater Testamentum fecit, & liberis hæredib. institutis in legitima portione, vel illis iustas ob caussas exhæredatis, extraneos instituit hæredes adhibitis solẽnibus testamentorum, postea aliud Testamẽtum fecit, in quo hæredes filios suos instituit, non adhibitis quinque testibus, sed seruata tamen forma Nouellæ Iustiniani de Testamentis imperfectis, quæritur an posteriore Testamento sic imperfecto sublatum esse videatur prius perfectum & solemne. Et quidem sublatum non videri Oldradus, subobscurè tamen, respondit in cons. 19 Idem docuerũt Iason & Sicardus in comment. d. §. Si quis autẽ. Fundamentum est in eo textu, quatenus Imperator disertè requirit quinque testes in posteriori Testamento, in quo venientes ab intestato instituti sunt, inter quos procul dubio sunt & liberi: Quare cùm in proposita specie quinque testes adhibiti non fuerint, primum Testamentum sublatum non videtur.

Nec obstat, si dicatur Testamentum inter liberos valere etiam sine testibus, seruata tamẽ forma Nouellæ de Testamentis imperfectis: quia hic nõ tantùm opus est vt valeat, verùm etiã vt tollat præcedens Testamentum, quod videtur difficilius. Et ratio est, quia vbi nullũ præcessit Testamentum, tunc causa intestati

iduet cauſam teſtati, vt loquuntur Doctores noſtri, hoc eſt quia liberi ab inteſtato ſucceſſuri ſunt, idcirco facile conceditur teſtamentum valere inter ipſos liberos confectum à parentibus: ſed vbi aliud præceſſit Teſtamẽtum in quo alij hæredes inſtituti ſunt, hæc ratio ceſſat: quia defuncto ſuccedũt hæredes inſtituti, non autem liberi.

Sed cõtrariam ſententiam habuit Caſtrẽſis in Auth. Hoc inter liberos. C. de Teſtam. Et Alexander poſt Baldum quem citat in l. Hac conſultiſſima. §. Ex imperfecto. C. eod. tit.

Huius ſententię fundamentum eſt: quia tale teſtamentum imperfectum inter liberos ſine dubio valet. Si valet: ergo prius teſtamentũ rumpitur: quia nemo poteſt decedere cum duob. teſtamentis validis. l. Poſthumus. §. Si paganus. ff. de iniuſto, rupto & irrito teſtamẽto. Argumentum à ſimili affertur de Teſtamento militis. Primum. n. militis teſtamentum iure communi celebratum rumpitur poſteriore, quod iure militari conditum eſt. l. Eius militis. §. Militia miſſus. ff. de militari Teſtamento.

Mihi prior ſententia magis probatur, atque pro eiuſdem ſententiæ cõfirmatione perpendo totam ſeriem ac diſpoſitionem l. Hac cõſultiſſima. C. de Teſtamentis. vbi Theodoſius primum recenſet ſolennia Teſtamẽtorum in ſcriptis. Secũdo ſtatuit teſtamentum illis ſolennitatib. carens, imperfectum eſſe. Tertiò ex imperfecto teſtamento defuncti voluntatẽ tantum inter liberos tenere. Quartò commemorat ſolennia teſtamenti nuncupatiui, vt in §. Per nuncupationem. Poſtremò in §. Si quis autem vi. ſtatuit primum teſtamentum perfectum poſteriore imperfecto nõ rumpi, niſi in primo extranei, in ſecundo autem venientes ab inteſtato inſtituti ſint, & in ſecundo fuerint quinque teſtes adhibiti.

Hoc poſtremum legis caput ad omne teſtamentum imperfectum referri debet, & ſic etiam ad teſtamentum imperfectum quod inter liberos factum eſt, de quo prius Imperator verba fecit: & ſic Theodoſius hoc vult, vt licet teſtamentum imperfectum aliquando ſeruãdum ſit, puta inter liberos, non tamen locum habere poſſit, vbi de priori teſtamento ſolenni rumpendo agitur, niſi hæc duo præterea concurrant. Nempe, vt in primo extranei ſint inſtituti: in ſecundo autem inſtituti ſint ipſi liberi, vel alij ab inteſtato venientes coram quinque teſtibus.

Quib. ritè perpenſis, patet contrariæ ſententiæ argumentum non obſtare: Neq. enim bona eſt collectio. Teſtamẽtum inter liberos ita cõditum valet: ergo tollit præcedens teſtamentum ſolenne: valet enim, ſi nullum præcedat teſtamentum, ſed non poteſt aliud præcedens teſtamentum infirmare.

Nec ſimile obſtat, quod affertur à nõnullis ex l. Eius militis. §. Militia miſſus. quia nouiſſima voluntas militis teſtamentum eſt, vt ibi dicitur. Itaque in milite ea diſtinctio non adhibetur, quæ in cæterorum teſtamentis adhiberi ſolet: Vtrum nempe prius teſtamentum perfectum ſit & ſolẽne: noſtra autem quæſtio non eſt de milite.

CAPVT VIII.

Vtrum Theodoſii conſtitutio, de qua in d. l. Hac conſultiſſima §. Si quis autem teſtamento. C. de Teſtamentis. locum habeat, ſi quis teſtamento facto extraneos hæredes inſtituerit; deinde quinque teſtib. adhibitis ſe inteſtatum decedere velle, & Teſtamentum ſuum reuocare declarauerit. Et an primum teſtamentum reuocetur per ſecundum, ſi teſtator iurauerit ſe illud non reuocaturum?

QVidam teſtamentum fecit ſolennib. adhibitis, atque in eo hæredes extraneos inſtituit, deinde teſtibus quinque adhibitis declarauit, ſe illud reuocare velle, quoniam inteſtatus decedere in animo habet. Quæritur an prius teſtamentum perinde infirmetur ac ſi ſecundum ſcripſiſſet teſtamentum, atque hæredes ab inteſtato venientes inſtituiſſet.

Communis eſt ſententia, reuocatum videri prius teſtamentum, ita Alexander in l. Sancimus. C. de Teſtamentis. Couuarruuias ad Rubricam de Teſtamentis in 2. parte. Verſiculo, Sexta concluſio. Alios citat Franciſcus Mantica de cõiecturis vltimarum Voluntatum, lib. 2. tit. 15. n. 18. Et fundamentum eſt, quia is, qui vult inteſtatus decedere, cenſetur hæreditatẽ venientibus ab inteſtato relinquere. l. Conficiuntur. ff. de iure Codicillorum: ſicut ergo primum teſtamentum eſſet reuocatum: ſi ſecundum condidiſſet, in quo veniẽtes ab inteſtato inſtituiſſet hæredes, vt in l. Hac conſultiſſima. §. Si quis autem. C. de Teſtamentis: ita etiam reſpondendum videtur in hac ſpecie, in qua tacitè venientib. ab inteſtato hæreditatem relinquit.

Sed contrariam ſententiam habuerunt Paulus Caſtrenſis & Fulgoſius in d. l. Sancimus. C. de Teſtamentis, pendétque hæc iuris controuerſia ab ea quæſtione: An teſtamentum reuocetur ex eo, quod teſtator declarauerit, ſe velle illud reuocare, ac inteſtatum decedere. Qua in re aliqua ſunt iuris loca, ex quibus deciſio colligi poſſit: in primis textus in l. Militis. §. Veteranus. ff de militari Teſtamento: *Veteranus miles*, inquit Papinianus: *teſtamentum iure communi, tempore militiæ factum, irritum eſſe voluit, & inteſtatus eſſe maluit. Hæredum inſtitutiones ac ſubſtitutiones in eodem ſtatu manſiſſe*

ſiſſe placuit. Legata verò petentes exceptione doli mali ſecundùm ius commune ſubmoueri, cuius exceptionis vires ex perſona petentis æſtimantur, & alioqui potior eſt in re pari cauſa poſſeſſoris.

Sententia legis hæc eſt! Teſtamentum minimè reuocari quantū ad inſtitutiones & ſubſtitutiones ex eo quod teſtator dixerit, velle ſe illud irritum eſſe, & inteſtatum decedere, ſed quantum ad legata, reuocatū cenſeri: & ideo legatariis petentibus legata ex tali teſtamento, doli mali exceptione obiici poſſe: Si tamen res legatas poſſideant, eorum cauſam meliorem eſſe qua ſcilicet, non poterunt hæredes ab eis res legatas petere.

Secundus locus eſt in l. 1. §. Si hæres. ff. ſi tabulæ Teſtamenti nullę extabunt. Vlpianus: *Si hæres inſtitutus non habeat voluntatem* (defunct.) *vel quia inciſa ſunt tabulæ, vel quia cancellatæ, vel qua alia ratione teſtator voluntatē mutauit, voluitque inteſtatò decedere; dicendū eſt ab inteſtato eam habituros eos qui bonorum poſſeſſionem acceperunt.*

Hic locus videtur contrarius præcedenti: Hoc enim Vlpianus vult; Hæreditatem pertinere ad veniētes ab inteſtato, propterea, quòd teſtator mutata voluntate declarauerit, ſe velle inteſtatum decedere.

Tertius locus eſt in §. Ex eo. in Inſtitutionibus. Quibus modis Teſtamenta infirmentur: *Ex eo autem ſolo*, inquit Imperator, *non poteſt infirmari teſtamentum, quòd poſtea teſtator id noluerit valere &c.*

Hic locus videtur eſſe ſimilis primo, quem citauimus.

Quartus locus eſt in l. Sancimus. C. de teſtamentis. vbi Iuſtinianus ita dicit: *Siquidem perfectiſſima eſt ſecundi teſtamenti confectio, ipſo iure tollitur primum teſtamentum: Si autem teſtator tantummodo dixerit, non voluiſſe prius ſtare teſtamentum, vel aliis verbis vtendo, contrariam apparuerit habuiſſe voluntatem, & hoc vel per teſtes idoneos, non minus três, vel inter acta manifeſtauerit, & decennium fuerit emenſum, tunc irritum eſſe teſtamentum tam ex contraria voluntate, quam ex curſu temporalis, &c.*

Sunt igitur tria iuris loca, ex quib. probatur: Teſtamentum non reuocari ex eo ſolo, quod teſtator dixerit, ſe nolle illud valere, ſed potius inteſtato decedere; ex quib. planè efficitur, vt in quæſtione propoſita Euſgoſij & Caſtrenſis ſententiam iuri magis conſentaneam eſſe non dubitem: Si enim Teſtamentum illo modo reuocari non poteſt, niſi & decennale tempus concurrat, ſequitur dicendum in propoſita quæſtione, reuocatum non videri.

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores: Leges proximè allatas loqui, quoties teſtator tres tātùm adhibuerit teſtes in reuocando teſtamento authoritate d. l. Sancimus. ibi: *Et hoc vel per teſtes idoneos non minùs tres, &c.* Non rectè. Quia idem vult text. in d. l. Sancimus. Etiam ſi eſſent plures teſtes, quàm tres: Illa enim verba, *Non minùs tres*, ſignificant, nō pauciores eſſe oportere, quam tres, ſed tamē idem eſſe reſpondendum, licet ſint plures, quam tres.

Non obſtat textus in d. l. 1. §. Si hæres. ff. ſi tabulæ teſtamenti nullæ extabunt: quia Iuriſconſultus ibi non docet ex profeſſo, Teſtamentum irritum fieri ex eo, quod teſtator illud reuocet & velit inteſtatus decedere: ſed præcipua eius mens ac intentio eſt, explicare: Vtrū ab inteſtato venientes, qui bonorū poſſeſſionem acceperunt, excludere aliquando poſſint hæredem ſcriptum, & reſpondit, poſſe, ſi hæres ſcriptus nō habeat defuncti voluntatē, vt puta, ſi tabulæ teſtamenti ſint inciſæ, vel cancellatæ a teſtatore, vel ſi qua alia ratione voluntatem teſtator mutauerit, voluerítq; inteſtatus decedere Quæ autem ſit illa ratio Iuriſcōſultus nō declarat, neq; verò illa ratio eſſe poterit: Si videlicet teſtator dixerit, ſe velle inteſtatum decedere: quia hæc ſola non ſufficit ad infirmandum teſtamentū prius confectū, vt iam dictum eſt, ſed hoc intelligere oportet, ſi teſtator aliquid aliud fecerit ſimul inciſioni & cancellationi tabellarum, ex quo manifeſtum ſit, ipſum mutaſſe voluntatē, vt puta, ſi teſtium ſigilla, vel ſubſcriptiones, vel partem ſcripturæ teſtamenti lacerauerit, dixerítque ſe velle inteſtatum decedere: tunc. n. irritum efficitur teſtamentum. l. pen. C. de Teſtamentis.

Non obſtat textus in d. l. Hac cōſultiſſima. §. Si quis autem. Loquitur enim de eo, qui poſt primum teſtamentum aliud fecit. Et licet eadem ratio eſſe videatur etiam in hac ſpecie, tamen illud eſt impedimento, quod ſecundū iuris regulas primum teſtamentum ex eo ſolo non rumpitur, quod poſtea teſtator dixerit, ſe nolle illud valere.

Quod attinet ad alteram quæſtionem, ſunt qui exiſtiment, primum teſtamentum iuramento nō obſtante reuocari, ſunt qui negent, ſunt qui reuocari quidem putent, ſed teſtatorem in periurium incidere. Vide Couarruuiam ad Rubricām de Teſtamentis in 2. parte. nu. 9. Et Iulium Clarum. §. Teſtamentum quæſtio. 94.

Qui reuocari putāt, eo mouentur argumēto, quod iuramentum ſequitur naturam actus ſuper quo interponitur. l. vltima. C. de nō numerata pecunia. hæc autem eſt natura teſtamenti, vt reuocari poſſit: qui verò negant, iuramento nituntur, & iis, quæ pro eius efficacia, & virtute ſacris canonibus conſtituta ſunt,

c. Cùm contingat. de Iureiurando, cum aliis ſimilibus.

Sed mihi magis probatur reuocari poſſe, quanquam temerè iurátem, hoc modo a peccato excuſare non poſſim ex notatis in c. vlt. de Procuratorib. lib. 6. Etſi enim iuriſiurandi magna ſit virtus & efficacia in cõtractibus, & cæteris conuentionibus, non tamen eandem eſſe in actibus, qui ex ſola voluntate facientis pendent iudico, quantum ad hoc, vt reuocari non poſſint. Illud non probo, quod nonnulli aſſerunt, tale iuramentum eſſe contra bonos mores: quia liberam teſtandi facultatem impedit ex l. Stipulatio hoc modo concepta. ff. de verborum Obligationibus. Neque .n. illa lex ad hûnc caſum rectè accõmodari poteſt, & ſi quæ aliæ ſunt ſimiles leges: quia de ſtipulante & paciſcente loquuntur, qui liberam teſtandi facultatem aliis præripere conatus eſt.

CAPVT IX.

Vtrum Teſtamentum ex cauſa exhæredationis filiorum ſit nullum?

VAriæ ac diuerſæ ſunt Doctorum ſententię, ſi paterfamilias Teſtamẽto facto ſuos exhæredauerit liberos, an valeat teſtamẽtum. Et quidem nequaquã valere, ſi exhęredationis cauſæ non adſcribantur; vel adſcriptæ non probentur, docuit olim Martinus gloſſator, & Iacobus Beluiſius, quorum ſententiam de iure veriorem eſſe ſcribit Aretinus in commentariis Auth. Non licet. C. de Liberis præteritis. Cæterum cõmunior ſententia eſt, diſtinctionem adhibendam eſſe in hunc modum. Vt ſiquidem nulla exhæredationis cauſa teſtamẽto fuerit inſerta, vel talis cauſa inſerta fuerit, quæ legitima non ſit ac ſufficiens, tunc teſtamentum ſit nullum: ſi verò cauſa legitima inſerta ſit, ſed probari ab hærede nõ poſſit, tunc teſtamentum conſiſtat, ſed tamen reſcindi per quærelam de inofficioſo poſſit. Ita docuerunt Bartolus, Alexander, Iaſon n. 18. Cagnolus nu. 75. in Auth. Ex cauſa C. de Liberis præteritis. Iulius Clarus. §. Teſtamentum. q. 40.

Tertia denique eſt ſententia, in omnib. his caſibus teſtamentum quidem valere; cæterùm querela propoſita reſcindi tãquam inofficioſum poſſe. Ita docuere Fulgoſius in commentariis d. Auth. Ex cauſa. Ioannes Immolenſis ad l. 1. ff. de Teſtamentis. Viglius ad Inſtitutiones titulo de inofficioſo teſtamento, in principio. Vaſquius de Succeſſionum creatione, parte 1. lib. 2. §. 20. n. 162. Et in eandem ſententiam inclinare videtur Couuarruuias ad c. Raynutius in principio, n. 6. de Teſtamẽtis. Adde Duarenum in commentariis ad Tit. C. qui teſta. facere poſſ. c. 3. & ad Titulum de in off. teſtamento.

Atque hanc ſententiam poſtremo loco relatam, ego veriſſimam eſſe iudico, quam breuiter confirmabo, deinde argumentis contrariis reſpondebo.

Probatur igitur hæc ſententia primò, quia certum eſt ante Nouellam Iuſtiniani, de qua in §. Aliud quoque capitulum in. Authenticis. Vt cũ de appellatione cognoſcitur: Eiuſmodi teſtamentum inofficioſum appellari poſſe, ac proinde reſcindi per querelam, non autem nullum eſſe & inualidum id patet ex toto ferè titulo, ff. & C. de inofficioſo Teſtamento, ergo nullo alio argumento nullum eſſe demonſtrari poteſt, quam ex dicta Nouella Iuſtiniani. Sed in d. Nouella ius antiquum non corrigitur a Iuſtiniano circa querelam inofficioſi teſtamenti, quod ſanè ius antiquum ſi tollere voluiſſet Imperator, vel aliqua ex parte mutare, æquum fuiſſet, id exprimere, ſicuti expreſſit, dum cauſas iuſtas exhæredationis, & præteritionis conſtituit. Et ſanè cuilibet vel mediocriter verſato in lectione Nouellarum notum eſſe poteſt, eum eſſe morem Iuſtiniani vt nunquam ius antiquum emẽdet ac mutet, niſi præmiſſa præfatione, & cauſis, quibus ſe inductum fuiſſe commemoret. Quam ob rem cùm in tota illa Nouella nullum ſit verbum, ex quo talis correctio & mutatio deprehendatur, non eſt a nobis temerè inducenda.

Secundo probatur ex verbis d. Nouellæ Iuſtiniani in § Sin autem hæc obſeruata nõ fuerint. ibi: *Sed quantum ad hoc non reſciſſum teſtamentum, &c.* Et ruſus ibi. *Et reſciſſo teſtamento, &c.* his enim verbis indicatur Teſtamentum reſcindi poſſe, & conſequenter nullum dici non poſſe, quia id quod nullum eſt, reſcindi non poteſt. l. Nam etſi ſub conditione. ff. de iniuſto, rupto & irrito teſtamento.

Nec valet reſponſio illa: Reſcindi poſſe teſtamentum impropriè, quatenus de facto proceſſit, ſicuti & alibi id, quod nullũ eſt, reſcindi dicitur. l. 1. ff. de Feriis l. 1. ff. Quæ ſententiæ ſine appellatione reſcindantur. Nam nulla ſuppetit ratio in d. Nouella, ita accipiendi verbum *reſcindi*, quòd cùm propriè referatur ad actum validum, qui tamen infirmari poteſt, noſtrum non eſt a proprietate verbi recedere, præſertim cùm ex hoc inducatur correctio legum antiquarum, ſed potius ſequi nos proprietatem oportet, vt eam euitemus correctionem. Nec bona eſt conſequentia. Verbum aliquod alibi in eo ſenſu accipiendum eſt: igitur & hoc in loco: aliis enim locis conuenire poteſt, & congruere illa interpretatio, non autem huic loco.

Primum argumentum contrariæ ſententiæ ſumitur ex §. Aliud quoque Capitulum. Nouellæ ſuprà dictæ in illis verbis: *Sancimus igitur non licere penitus patri vel matri, auo vel auia, &c.*

auia, &c. filium suum, vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in suo facere testamento, nisi forsitan probabuntur ingrati & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento, &c. Ergo nisi hæc obseruata fuerint, testamentum est nullum, veluti factum contra legem, argumento l. Non dubium. C. de legibus. & l. Cum lex. ff. de Fideiussoribus.

Respondeo: Testamentum nõ esse nullum, sed rescindi posse per querelam. Nam & olim sine iusta causa non licuit parentibus filios exhæredare, & tamen testamentum valebat, sed rescindi poterat. hoc enim sufficit in eum, qui legis præcepta non obseruat, constituere, vt scilicet actus effectu non consistat, & infirmari possit.

Secundum argumentum est ex eadem Nouella in §. Siue igitur. vbi imperator statuit: Testamentum suam habere firmitatem, si parentes vnam, vel plures ex causis ibi enumeratis expresserint in exhæredatione liberorum & scripti hæredes eam probauerint: Ergo a contrario sensu nullum est testamentum, si hæc seruata non fuerint.

Respondeo. Non hoc sequi, sed testamentũ suam firmitatem non habiturum, quia vi delicet rescindi poterit: causis autem expressis & probatis nequaquã, & sic argumentum à contrario sensu rectè sumetur.

Tertium argumentum est ex eadem Nouella, vbi Iustinianus post §. Siue igitur. ita dicit: *Si autem hæc obseruata non fuerint, nullum liberis exhæredatis præiudicium generari*: si enim nullum generari potest præiudicium: ergo testamentum non valet: Nam si valeret, aliquod præiudicium generaretur, si vel tempore constituto querela inofficiosi testamenti nõ proponeretur, vel filius exhæredatus antequam esset præparata moreretur.

Respondeo, Nullum fieri præiudicium liberis exhæredatis, scilicet si querelam proposuerint tempore constituto, non autem si testamentum approbauerint. Nam etsi nullum esset testamentum, & ipsi illud approbarent, præiudicium orietur. Fateor vtilius esse liberis si testamentum sit nullum, quam si sit inofficiosum: sed non propterea inferri potest, nullum esse, & querela opus non esse: quia satis est, si proposita querela, quam proponendi liberam habent potestatem, vt testamentum rescindatur, liberi possint impetrare, & ea ratione suæ indemnitati prospicere.

Quartũ argumentum est ex eadem Nouella post §. Siue igitur. in illis verbis: *Si quantum ad institutionem hæredum testamento euacuato ad parentum hæreditatem liberos tanquam ab intestato peruenire.*

Respondeo, *euacuato testamento*, scilicet per querelam. Nam per eam rescinditur & exinanitur testamentum, & res ad causam intestati reducitur.

Postremum argumentum est ex eodem §. Siue igitur. in illis verbis. *Si tales igitur causas, vel vnam ex ijs liberi testamentis inscripserint, & scripti ab ijsdem hæredes eam probauerint, testamentum in sua firmitate manere præcipimus: si autem hæc omnia non fuerint obseruata, nullam vim huiusmodi testamentum, quantum ad institutionem hæredum, habere sancimus.*

Respondeo: *Nullam vim habere*, quia rescindi poterit. id patet ex verbis sequentibus: statim enim subdit textus: *Sed rescisso testamento, eis, qui ab intestato, ad hæreditatem defuncti vocantur, res eius dari disponimus.*

CAPVT X.

Quomodo accipiendum quod dicitur in Authen. Præterea. C. de lib. præteritis, si testamentum irritum sit ex causa præteritionis & exhæredationis, cætera tamen firma manere.

Controuertitur autem quomodo sit accipiendum, quod dicitur in d. Auth. Præterea. cætera in testamento contenta præter institutionem firma manere, verum scilicet in ea parte ita testamentũ cõsistat, vt ex eo nascatur actio legatariis & fideicommissariis. Duplex est Doctorum sententia. Vna crebrior, vt mihi videtur, agendum esse ex testamento. ita Bartol. Castr. Alex. Iason, Corneus in commentariis d. Auth. Præterea. C. de li. præteri. Andreas Geyll. lib. 2. Obseru. 113 ad finem.

Fundamentum est in §. Siue igitur. in Auth. Vt cùm de Appell. cog. ibi. *Tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum.*

Secunda est sententia Dyni, Cyni & Petri actionem ex testamento non oriri, sed agendum condictione ex lege. Fundamentum est: quia nemo potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus, secundum vulgarem iuris regulam. Igitur cùm testamentum, quantum ad institutionem, sit irritum, valere non potest quoad cætera in eo disposita, licet cætera firma maneant ac præstari debeant. Non enim ex testamento peti poterunt, sed condictione ex lege tanquam ab intestato. Præsertim verò quod ex lege firmantur, & cùm aliquid confirmatur agendum sit ex confirmante, non ex confirmato, argum. l. Asse toto. ff. de hæred. instituen. l. Si quis priore. ff. ad Trebellianum. l. Posthum. §. vlt. ff. de iniusto, rupto & irrito testamento. Huc accedat quod textus in d. §. Siue igitur. non absolutè dicit, testamentum in ea parte valere, sed inquit, *Et tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum.* Illa dictio. *Tanquam*, est impropriétatis nota secundum Albericum in dictiona-

rio, in verbo, Tãquam. Denique nemo potest decedere cum duobus testamentis validis, sed si posterius valet, tollitur prius §. Posteriore. Instit. Quib. mod. testa. infir. Si quis ergo vnũ faciat testamentum, deinde aliud, in quo filiũ exhæredet, hoc secundum testamentum, cùm sit irritum, non poterit præcedens tollere, ergò præcedens manebit firmum, & simul quoque posterius, quantum ad cætera in eo dispolita præter institutionem.

Verùm istis nil morantibus, communem sententiam veriorem esse iudico, & ad primũ contrariæ sententię argumentum respondeo: ab initio quidem neminem posse decedere pro parte testatum, & pro parte intestatũ, secus ex post facto. l. Circa. ff. de inoff. testam. Ergo pro parte rumpi testamentum poterit defuncto testatore, & pro parte obtinere: Et cùm hac de re clara sit Constitutio Iustiniani, nullatenus ambigendum videtur. Nam & statuto obtineri posse, vt testamentum pro parte valeat, & pro parte non valeat, optimè probat Decius ad l. ius nostrum. ff. de reg. iur. Quod verò dicebatur ex confirmante agendum non ex confirmato, nõ semper verum est, id patet: quia cùm pactum à lege confirmatur, ex pacto agitur. l. legitima. ff. de Pact. Et ratio est: quia, si testamentum, quod rescindi poterat, ita cõfirmatur a lege, vt valeat, nec rescindi possit, sine dubio illud, tanquam validum, actionem producit, sicut cætera testamenta. Et dictio *Tanquam* aliquando est veritatis nota, vt docet Albericus loco annotato. Ad vltimum argumentum respondeo: si talis proponeretur facti species: primum testamentum vires habiturum, non secundum, quippe quod in omnibus non constat, nec aliter posteriore testamento prius infirmetur, quàm si posterius valuerit. Vide Angelum inter consilia Petri Ancharani consil. 203.

CAPVT XI.

Cùm testamentum est nullum, ex causa præteritionis filij: vel inofficiosum, ex causa exhæredationis: vtrum filius, qui ab intestato vindicat hæreditatem, eam restituere teneatur hæredibus in testamento scriptis virtute clausulæ codicillaris in testamento adiectæ?

Communis est sententia: filium, qui ab intestato vindicat hæreditatem; eam ob causam, quod sit exhæredatus, vel præteritus in testamento, vigore clausulæ codicillaris fideicommisso teneri ad restituendam scriptis hæredibus hæreditatem, detracta scilicet legitima. Vide Bartolum in Auth. Ex causa. C. de lib. præteri. in l. 1. n. 9. ff. de iure Codicill. Castr. A ex. Iason, & alij, de quibus per Gabrielium commun. conclu. tit. de clausulis. Concl. 7. & Iulium Clarum in §. Testamentum, quæstio. 46.

Et fundamentum est primò in l. Ex ea. §. 1. ff. de testam. Paulus: *Ex his verbis quæ scripturæ paterfamilias addidit: Hoc testamentum ratum esse volo, quacunque ratione poterit, videri eum voluisse, omnimodo valere ea, quæ reliquit, etiam si intestatus decessisset.* Secundò, quia codicillaris clausula idem operatur, ac si testator venientes ab intestato rogasset, vt hæreditatẽ scriptis hæredibus restituerent. l. vlt. C. de Codicill. ibi: *Illud quoque pari ratione seruandum est, &c.* Sed si ita rogasset expressè venientes ab intestato, vt scriptis hæredibus restituerẽt hæreditatem, nullum videretur esse dubium, quin fideicommissum præstandum esset. l. Si quis cùm testamentum. de iure codicillo. Ergo idem respondendum, vbi clausula codicillaris testamento adiecta est.

Verùm huic communi sententiæ vt assentiri non possim facit textus in l. Titia. ff. de inoff. testam. Scæuola: *Titia filiũ hæredem instituit, filio legatum dedit, eodem testamento ita cauit: Ea omnia quæ suprà dari fieri iussi, ea dari fieri volo ab omni hærede bonorũmve possessore, qui mihi erit etiam iure intestato. Item quæ dari iussero, ea, vti dentur fiántque, fidei eius committo. quæsitum est, si soror centumuirali iudicio obtinuerit, an fideicommissa ex capite suprà scripto debeantur. Respondi, si hoc quæratur, an iure eorum, quos quis sibi ab intestato hæredes, bonorúmve possessores successores credat, fidei committere posse. Respondi posse. Paulus notat, probat autem nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi à demente.*

Vides hic, quod Paulus docuit in l. Ex ea. §. 1. ff. de testam. non probari eidẽ Paulo in hac, de qua agitur, specie: quia fideicommissum à demente factum videtur. Et sanè leges, quæ testamentum has ob caussas rescindunt, & filiis præteritis siue exhæredatis ab intestato successionem deferunt, quodammodo eluderentur hac, de qua agimus, cautela clausulæ codicillaris, omnísque minueretur ferè honor liberis debitus ex honorabili institutionis titulo, si rescisso testamento hæreditatem nihilominus reddere scriptis hæredibus cogerentur.

Idem docet Scæuola in l. Patronus. §. vlt. ff. de leg. 3. *Apud Scæuolam* (inquit textus) lib. 38. *Digestorum, Claudius notat, nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo cuius de inofficioso testamẽto constitisset: quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse. ideóque nec aliud quid pertinens ad suprema eius iudicia valet.*

Dicebam olim, sublatam esse hanc rationẽ, qua

qua nititur l. Titia. ex Iustiniani Nouella. statuentis cætera in testamento contenta, præter institutionem, firma manere. Sic enim præsumi ac censeri non possunt, veluti à demente ordinata, alioqui firma non manerent. Correcta autem ac sublata ratione legis videri sublatam & correctam legem, vt docet Glos. in l. 1. ff. de legit. tutor. Iason ad. l. Posthum. nu. 18. C. de bonor. possess. contra tab. Sed iam non placet hæc responsio: quia procedere potest quod ad alia in testamento ordinata præter institutionem: hic verò est quæstio de ipsa institutione, an vigore clausulæ codicillaris conuertatur in fideicommissum: Et de hac re nihil Iustinianus statuit, sed de aliis duntaxat legatis & fideicomissis, quæ in testamento continetur. Et ratio est, quia testator nihil peccauit circa reliqua legata & fideicommissa, sed duntaxat circa ipsam institutionem, meritò illa irrita efficitur, non cætera legata: Si irrita efficitur & corruit, non facilè intelligo, quo modo possit ad fideicommissum trahi: Non lex, nō ratio id suadere potest. Quare à communi sententia recedendum puto vna cum Accursio in Authen. Ex caussa. C. de lib. præterit. & cum multis aliis à Gabrielio citatis loco annotato. Adde Bursat. in cons. 15. 8. lib. 1.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo: concedo eam esse regulariter vim clausulæ codicillaris, sed nego eā in proposita specie obtinere, quia præsumitur in ea re fuisse testator furiosus, ac non sanæ mentis.

Ad secundum respondeo, si paterfam. rogasset filios suos, qui ab intestato succedūt, vt hæreditatem illis restituerent, tunc omnia salua fore, & filios retenta legitima portione, quæ de restitutione excipienda est, iuxta §. Quamobrem in Auth. de Restit. & ea quæ parit, &c. Restituturos hæreditatem, quia nihil continet absurdi illa dispositio ac voluntas testatoris. Filij enim sunt hæredes, sicut lex præcipit, & fideicommisso grauati, quod lex non vetat. At vbi filiis præteritis vel exhæredatis, alius hæres instituitur, manifestus est dementiæ testatoris prætextus, ac cui per codicillarem clausulam prouideri non potest.

CAPVT XII.

Vtrum clausula codicillaris testamento adiecta operetur, vt posthumus ignoranter præteritus qui testamentum rumpit, teneatur scriptis hæredibus restituere hæreditatem ex fideicommisso?

SVbnectam his vulgarem, sed arduam & celebrem controuersiam de posthumo ignoranter præterito, an, etsi rumpat testamentum, teneatur tamen scriptis hæredibus restituere hæreditatem vigore clausulæ codicillaris testamentó adiectæ legitima scilicet: vel etiam, secundum aliorum sententiam Trebellianica detracta. Bartolus respondit, non teneri in l. 1. n. 10. ff. de iure codicillor. quem multi secuti sunt, & multi reprobarunt, vt videre licet ex Alex. in cons. 50. lib. 6. Crauett. in cons. 34 Tiraquel. ad l. Si vnquam. in verbo *Donatione largitus*. num. 269. de reuo. dona. Antonio Gabriel. commu. conclus. tit. de Clausulis. concl. 8. n. 8. Rolando à Valle in cons. 7. lib. 4 Cagno. in Auth. Ex caussa. C. de lib. præter. Iulio Claro. §. Testamentum, quæst. 46. Bursato in cons. 15. Andrea Geyll. lib. 2. obseru. 114. Omnium latissimè Antonio Thessauro, decis. Pedemon. 141. Menochio cons. 499 lib. 5. & de Præsump. lib. 4. Præsumpt. 32.

Argumenta Bartoli & sequacium hæc sunt. Donatio inter viuos reuocatur filiorum natiuitate. l. Si vnquam. C. de reuoc. donat. Ergo multò magis fideicommissum, quod in clausula codicillari continetur. Nam donatio ex consensu duorum perficitur: nempe donantis & donatarij: Fideicommissum autem ex consensu vnius tantùm, nempe defuncti, & consequenter difficilius reuocari debet, quam fideicommissum, argumento eorum quæ notantur in l. 1. C. de Pactis. Duplex enim funiculus magis ligat, &c.

Secundò, in testamento militis, quod iure communi confectū est, tacitè inest illa clausula, vt, si non possit iure communi valere, iure militari valeat. l. 3. ff. de mil. testam. & tamen posthumi ignoranter præteriti natiuitate rūpitur. Argu. l. Qui iure militari. ff eod. tit. & l. Si cum vel in vtero. C. eod.

Tertiò, legata non debentur à posthumo ignoranter præterito, vbi alius hæres institutus est, & ipse cohæres efficitur, quia videlicet de eo testator non cogitauit. l. Qui graui. l. pen. ff. de iure codicillor. Ergo multò minus fideicommissum ipsius hæreditatis debebitur: neque enim verisimile est, defunctum testatorē voluisse posthumo, de quo non cogitauit, tale fideicommissum iniungere, vt hæreditatem restituat hæredi scripto.

Quartò, hæc confirmatur ex eo, quod non præsumitur testator voluisse alienam sobolem suæ anteponere, atq. adeò bona sua peruenire ad hæredes scriptos exclusis filiis propriis. argumento l. Cum acutissimi. C. de Fideicommiss. l. Generaliter. C. de instit. & substit. l. ex testamento. ff. de vulg. & l. Si is qui ducenta. §. Item si pater. in fine. ff. de reb. dub. Videretur autem istud voluisse, si clausula codicillaris in hac specie id efficeret, vt filius posthumus videretur esse grauatus fideicommisso bona restituere scriptis hæredibus.

Fundamentum autem contrariæ sententiæ est in eo positum, quod per clausulam codicillarem testator videtur velle, (præsertim cùm

verbis ad futurum tempus respicientibus cõcepta est) vt in testamento disposita iure fidei commissi effectum habeant, si testamentum quomodocunque infirmetur. l. vlt. C. de codicill. Cùm igitur ob posthumi præteritionem testamentum rumpatur, videtur ipse posthumus tanquam proximior & hæres ab intestato, quasi ex Codicillis rogatus fideicommisso hæreditatem restituere scriptis hæredibus.

Confirmari potest hoc argumentum ex eo, quod licèt Posthumus natus testamentum rũpat, non tamen rumpit Codicillos, & fideicõmissa præstare tenetur, vt in l. Si quis cùm nullos. §. Sed & si post codicillos. l. Conficiuntur. §. Si post factum, l. Quinquam & l. pen. ff de iure codicillor. Denique iuuare hanc sententiã videtur textus in l. Generaliter. §. Ex testamẽto. ff. de Fideicommiss. libertat. vbi rupto testamento posthumi natiuitate libertates deberi, probatur, cùm a legitimis quoque hæredibus relictæ sunt.

Ego iuri & æquitati magis consentaneam existimo priorem sententiam, quam Bartolus amplexus fuit, & multi alij secuti sunt. Et moueor tum argumentis allatis, tum hac potissimùm ratione, quòd, cùm nulla lex propositã hanc facti speciem decidat, ex iuris & æquitatis ratione decidenda necessariò est. Illa verò maximè pugnat pro sententia Bartoli: siue enim testatoris defuncti expressam voluntatem contemplemur, siue id, quod verisimile est ipsum facturum fuisse, si de Posthumo nascituro cogitasset, siue rei ipsius æquitatem & iustitiam intueamur, procul dubio existimabimus, Posthumum testatoris filium fideicommisso, de quo agitur, grauatum non videri. In expressa enim testantis voluntate, quæ testamento cõtinetur, nullum est verbum de fideicommisso Posthumo nascituro iniungendo: imò verbum nullum, nulla prorsus de Posthumo cogitatio. Quod si de nascituro filio cogitasset testator qui defunctus est, quis est interpres tam durus voluntatis paternæ, qui eam in alios magis, quàm in proprium sanguinem propensuram existimare velit? Si iustitiam ipsam & æquitatem respiciamus, hæreditatem rupto testamento secundùm leges filio attribuemus: Cæteris quidem legatis saluis prout magis videbitur eiusdem defuncti voluntati conuenire. Cæterùm institutione prorsus irrita effecta, non autem ex fideicommisso vires habitura. Quæ enim est hæc subtilitas, quæ legum iustitiæque ordinem peruertit?

Non me deterret ab hac sententia virtus ordinaria clausulæ Codicillaris, quasi argumento sit testatorem saltem in genere cogitasse de casu isto, quo Posthumi natiuitate testamentum rumpi solet. Quomodo enim de hoc cogitare potuit testator, qui de Posthumo nihil cogitabat, quem ignorabat se habiturum? quem si habiturum sperasset, proculdubio hæredem fecisset? Aut quanti momenti est imaginaria isthæc cogitatio generalis, vt honestati, rationi, æquitati præferatur, filiis hæreditatis emolumentum auferat, alienis largiatur?

Non offendunt hanc sententiam leges, quæ docent Posthumum codicillos non rumpere. Cur enim rumperet codicillos in quib. nec alitis directè data est hæreditas, nec ipsi adempta: neq. enim dari aut adimi directò potest. §. Codicillis. in Instit. de Codicillis. At in hac specie de testamẽto agitur, in quo alij, posthumo ipso præterito, instituti sunt hæredes. Hoc verò, si rumpit posthumus, vt certum est, qui fieri potest, vt illud per obliquum exequi cogatur; Fac parentem de posthumo cogitasse, tum codicillos fecisse, quibus posthumi fidei committat, vt aliis hęreditatem restituat: tunc concedam natum posthumum codicillos non rumpere, exequi parentis codicillos oportere. Si non cogitauerit de posthumo defunctus, tunc non equidem natus ille rumpet codicillos, sed non eos exequetur, præsertim verò in hac, qua de agitur specie, qua hæreditatem aliis restituere cogeretur.

Denique nihil mouet hoc, quod dicitur, posthumum legitimã suam detracturum, quę detracta cessat in specie, de qua loquitur l. Si vnquam C. de reuoc. dona. Etenim non ea ratione nititur l. Si vnquam, quod inofficiosa sit donatio, sed quia verisimile non est donaturũ fuisse parentem, si de liberis nascituris cogitasset: quæ ratio in hac specie euidenter militat. Enimuerò quod de legitimæ detractione affertur, nihil moratur: quæ enim est ratio, assignare liberis exiguam portionem trientis, alienisque bessem hæreditatis per fideicommissum restitui oportere?

Ad textum in l. Generaliter. § Ex testamento. ff. de fideicommiss. libert. responsio ex dictis patet: neque enim agitur ibi de hæreditate præstanda hæredibus scriptis, vt in specie nostra, sed de libertate danda, quæ legato vel fideicommisso relicta est à legitimis hæredibus. Ex quo non rectè inferri potest ad hæreditatem relictam, posthumo scilicet auferendam, & aliis restituendam.

CAPVT. XIII.

An sit idem respondendum circa posthumum ignoranter præteritum, cùm testator superuixit, & testamentum non mutauit?

SEd rursus cõtrouertitur, quid si post natum filium, quem in vtero vxoris existentem ignorans testator præterit, ipse aliquo tempore superuixerit, nec testamentum mutauerit, an id oporteat: clausula codicillaris testamento

mento o

mento adiecta, vt filius teneatur fideicōmiſſo reſtituere ſcriptis hæredibus hæreditatem? Affirmant multi ex his, quos annotauimus in præcedenti capite, multi etiam negant. Affirmantium illud eſt fundamentum, quod cum teſtator diu ſuperuiuit, & teſtamentum non mutat, videtur in eadem voluntate decedere, & conſequenter velle ſuam hæreditatem ad legitimos hæredes peruenire, cùm ſciat ruptum eſſe teſtamentum filij præteriti natiuitate. Argumento ſumpto ex l. Athletæ. §. Dat remiſſionem ff. de Excuſat. tuto. ex l. Tractabatur. ff. de milit. teſtam. ex l. 3. C. de inoſ. teſtam. ex l. 3. & l. Eum qui. ff. de Probatio.

Negantis autem ſententiæ fundamentum eſt potiſſimum primò in l. Filio. §. Seia. ff. de adim. leg. vbi legatum ob ſuperuenientem inimicitiam reuocatum non debetur, tametſi poſteà teſtator in codicillis illud non reuocauerit. Deinde in eo, quod habetur in Auth. Vt factæ nouæ Conſtitutiones, &c. Quatenus nihil imputari poſſe Iuſtinianus dicit teſtatori, quod teſtamentum non mutauerit: *Non enim* inquit Iuſtinianus, *omnia ſunt in nobis, nec ſemper quibúſque tempus eſt teſtandi, & repente plerunque incidunt hominibus mortes teſtandi in poteſtatem auferentes.*

Mihi negantium ſententia magis placet, ſed alio argumento, illo nempe: quod directa hæredis inſtitutio in teſtamento facta ad fideicommiſſum trahi non poſſit, etiamſi adiecta ſit clauſula codicillaris, rupto teſtamento filij præteritione, quia fideicommiſſa videntur ab inteſtato data, quaſi à demente, hoc in caſu ex l. Titia. ff. de inoff. teſtam. vt concluſum eſt ſuprà cap. XI. Videtur enim quaſi dementis, hoc velle, vt filius cogatur extraneis vel aliis remotioribus hæreditatem reſtituere. Quare id nequaquam præſumendum eſt voluiſſe eum, qui poſt conditum teſtamentum ſuperuixit. Hic pugnant inuicē præſumptiones. Illa: quia ſuperuixit, videri in eadem voluntate deceſſiſſe: iſta, non videri, ne dementiæ arguatur, præferendo filiis alios remotiores & alienos. Quis verò ambigat hanc eſſe vehementiorem, veriſimilem magis, æquiorem, iuri magis conſentaneam? Vincat igitur aduerſantem, eámque proſternat. Nec vllum impedimentū afferunt leges in argumento allatæ, quibus voluntatis conſtantia elici videtur ex eo, quòd teſtator ſuperuixit, nec mutauit teſtamentum: neque enim eo in caſu loquuntur, quo contraria militat præſumptio, vt in ſpecie iſta.

Dices etiam in ſpecie, de qua loquitur l. 3. C. de inoff. teſta. filium præteritum fuiſſe, qui poſtea natus fuerat, & dici neglectum à matre eam ob cauſſam, quod teſtamentum, cùm poſſet, non mutauerit. Reſpondeo, etiam in ſpecie noſtra eouſque fatemur parentem in eadem voluntate manſiſſe, vt videlicet poſtea natum filium neglexiſſe videatur, ac proinde teſtamentum ruptum eſſe dicatur nato poſtea filio, ſed non dicimus, neque præſumimus, eum voluiſſe teſtamentum ita in codicillos conuerti, vt filius inteſtato ſuccedens, aliis cogatur hæreditatem reſtituere, ne talem parentem dementiæ arguamus, charitate paterna exuamus, nobis præſertim cùm exiſtimare liceat, eum de ſuo nihil diſpoſuiſſe teſtamento, eo quòd ſciret filio ſuſcepto reuocatum fuiſſe: nec putaret generalem illam clauſulam Codicillarem eas vires habituram, vt hunc etiam caſum contra mentem eius, & iuris rationem comprehenderet, filiúmque legitimū hæredem fideicommiſſo inducto luctuoſa ſpoliaret hæreditate.

CAPVT XIV.

Vtrum legata conſeruentur teſtamento ex poſthumi præteritione ignoranter facta reſciſſo?

SEd etſi de legatis teſtamento relictis agatur, quod præteritione poſthumi ignoranter facta reſciſſum eſt, inter doctores cōtrouertitur, vtrum ea conſeruentur ac præſtari debeant. Et quidem negant conſeruari Bartolus, Caſtrenſ. Iaſon, & alij multi in commentariis Auth. Ex cauſa. C. de liber. præteri. & per Clarum in §. Teſtamentum. q. 52. verſ. Sed quid ſi poſthumus. Quorum illud eſt fundamentum, quod licet ex Nouella Iuſtiniani, vt cùm de Appell. cog. §. Aliud. & ſeq. perſpicuum ſit legata conſeruari ac firma remanere teſtamento præteritione vel exheredatione filiorum ſcienter facta reſciſſo: quia filij appellatione intelligitur, tam is, qui natus eſt viuēte teſtatore, quam qui poſtea. l. Etiam. l. Nomen filiorum. ff. de verb. ſig. l. Si quis filiabus. ff. de teſtam. tutela. tamē vbi ignoranter eſt præteritus, alia eſt ratio. Non enim præſumitur is, qui teſtamentum fecit, ea legata donaturus fuiſſe, ſi ſe liberos ſuſcepturum cogitaſſet. Argumento l. Si vnquam. C. de reuoc. donat.

Confirmatur hæc ſententia ex l. Qui graui. ff. de iure codicillor. Papinian. *Qui graui utero uxorem eſſe ignorabat, codicillis ad filium ſcriptis libertates dedit, nata poſt mortem patris filia, cùm de ea nihil patrem ſenſiſſe conſtitiſſet, placuit libertates à ſolo filio præſtari poſſe.* Idem reſpondit Marcellus in l. pen. ff. eod. titu.

Sed contrariam ſententiam habuerunt Alexander & Corneus in d. Auth. Ex cauſa. pro qua etiam teſte ibidem Cagnolo, nu. 23. Collegium Mediolanenſe reſpondit, quorū duo ſunt potiſſimū argumenta. Primum, quia cùm parens ignoranter præterit filium ſuū minus peccat, quàm cùm ſcienter. Cùm itaq; legata

firma manere inter omnes constet, vbi filius scienter est præteritus, multò magis idem est dicendum, vbi ignoranter præteritus est. Secundum argumentum est ex l. Cum mater. ff. de inoff. testam. vbi Iurisconsultus: *Cùm mater*, inquit, *militem filium falsò audiuisset decessisse, & testamento hæredes alios instituisset, diuus Adrianus decreuit hæreditatem ad filium pertinere, ita vt libertates & legata præstentur.*

Sed planè fortiora sunt prioris sententiæ ac communioris argumenta, quamobrem adstipulatorem me illi adscribo non inuitus. Et quod ad primum contrariæ sententiæ argumentum attinet; illud equidem valeret, nisi repugnaret coniectura voluntatis defuncti. Itaque non idcirco legata irrita sunt in hac proposita specie, quod testamentum irritum sit. Licet enim olim ita esset constitutum, tamen à Iustiniano emendatum est, ita statuente, vt testamento hanc ob causam irrito effecto firma tamen legata maneant, sed legata non debentur à filio ignoranter præterito, quia non ab ea relicta sunt. Et dubium est, an, si sciuisset testator alium nasciturum, relicturus fuisset.

Quod verò attinet ad l. Cùm mater. ff. de inoff. testam. cùm illam Baldus obiecisset Bartolo, is respondit ex verbis sequentibus solutionem haberi. Subdit enim textus: *Hic illud adnotatum est, quod de libertatibus & legatis adijcitur. Nam cùm testamentum inofficiosum arguitur, nihil ex eo testamento valet.*

His enim postremis verbis videtur responsũ prius corrigi, quasi textus velit, non deberi legata. Et solutio hæc communiter recepta est, Cagnolo teste n. 30. vers. Tenenda ergo.

Sed non est bona solutio, neque sensus legis est, quod superius dictum est, legata & libertates præstãdas, id correctũ esse. Ait enim textus: *Hic illud adnotatum est, &c.* Non autem emendatum est: non ea est verbi significatio, nec Iurisconsulti Pauli est emendare, quod diuus Adrianus decreuit. Hic verò est sensus: Hic illud adnotatum est, quia cùm Testamẽtum inofficiosum arguitur, nihil ex eo Testamento valet, & consequenter etiã in ea specie idem respondendum videbatur. Sed tamen aliter est constitutum & decretum, & ratio est, quia cùm filius est præteritus, quem mater nõ extare putabat, & ideo alios hęredes instituit, filius si extet, videtur tacitè institutus, & vocatus ad hæreditatem ex coniectura voluntatis maternæ, quę procul dubio filium instituisset, si putasset viuere, vt habetur in l. 3. De inoffic. Testa. & in l. vlt. ff. de hæred. instit. Cum itaq; filius in ea specie, hæreditatem consequatur, tanquam tacitè vocatus ex Testamento, & ex voluntatis coniectura: meritò legata & libertates præstare debet, sicut ea præstaret, si expressè institutus fuisset. Et hoc est, quod Iurisconsultus dicit: *Hic illud adnotatum est, &c.* Licet enim, cùm Testamentum inofficiosum pronunciatur, omnia legata corruant, tamen in ea specie filius non succedit, quasi ab intestato, quasi inofficiosum testamentum sit. Sed succedit tanquam tacitè vocatus in ipso testamento à matre: & ideo legata præstare cogitur. Ita hanc legem, sed non ita clarè & prolixè Iacobus Cuiacius explicat lib. 10. ca. 22. obseruationum.

Cæterùm, ne quis impingat, scire oportet, nos hic non omnia legata infirmare, sed tantùm ea, quæ posthumus præteritus rupto testamento, pro sua parte præstare deberet, veluti ab intestato rogatus, ex clausula Codicillari. Nam si alij extent filij in testamento instituti qui pariter succederent, legata ab eis præstanda sunt: nisi tamen in eam facti speciem incidamus, de qua textus loquitur in l. 3. C. de inoff. testam. & in d. l. Cum mater. ff. eod. tit. tunc enim legata præstanda essent etiam à filio præterito.

CAPVT XV.

Quomodo accipiendum sit, quod dicitur in l. Quoties. C. de hæred. instit. hæredem institutum in re certa loco legatarij habendum, & quid si nullus alius institutus fuerit hæres, sed ipse in re certa institutus, prohibeatur plus habere.

HÆredem institutum in re certa loco legatarij esse docet textus in l. Quoties. 13. C. de hæred. instit. sed controuersia est quomodo id accipiendum sit. Prima est interpretatio Accursij ad l. Si quis prior. ff. ad Trebel. institutum in re certa in omnibus haberi pro legatario, præterquam respectu querelæ inofficiosi testamenti. Nam ne illam intentare queat, filius in re certa constitutus loco hæredis videtur.

Sed non probatur hæc interpretatio, quoniã certum est etiam alias ob causas institutum in re certa pro hærede habendum etiam extra causam impugnationis testamenti: vt in l. 1. §. Si hæres ex fundo. ff. de hæred. instit.

Secunda est opinio antiquorum interpretum, quos Bartolus recenset in d. l. Quoties. C. de hæred. instit. institutum in re certa in omnibus esse loco hæredis, præterquàm quoad actiones hæreditarias, vt in d. l. Quoties.

Sed nec ista sententia placere potest, quia manifestum est, institutum in re certa loco esse legatarij nõ solùm eo nomine, quòd actiones hæreditarias non habeat, neque iis obstrictus sit, verùm etiam aliam ob causam. Nam cũ constat detractioni ex lege falcidiæ instar

legatarij obnoxium esse, vt in l. Quoties. C. fam. hercisc.

Tertia est sententia, institutum in re certa loco hæredis censeri, si sit filius, argumẽto eorum quæ habentur in §. Aliud quoque Capitulum. in Auth. Vt cum de appell. cognosc. secus si filius non sit, & ita accipienda l. Quoties. C. de hæred. instit.

Non placet, quia etiamsi extraneus sit hæres institutus in re certa, aliquando tamen loco hæredis habetur, si nullus scilicet alius hæres institutus sit, vt in d. l. 1. §. si hæres ex fundo. ff. de hæred. instit.

Postrema est sententia vera & communis, quam secuti sunt Bartol. Castrens. Alex. Iason, Sichardus, & alij in d. l. Quoties. Institutum in re certa non esse propriè legatarium, nec propriè hæredem, sed tertiam quandam speciem constituere, quæ in aliquibus legatarij naturam, in aliquibus autem hæredis imitetur. Nã quatenus is non vtitur actionibus hæreditariis, nec illis conueniri potest, naturam legatarij participat, & quatenus etiam ex lege Falcidia detractionem patitur. In summa quoad rem, in qua institutus est, legatarius censetur. l. Ex facto proponebatur. l. Si alterius. ff. de hæred. instit. Cæterum respectu tituli institutionis videtur quodammodo hæredis loco, & ideo nec testamentum impugnat, & totam hæreditatem, si nullus alius sit hæres institutus, consequitur, vt in dict. l. 1. §. Si hæres ex fundo.

Sed oritur hic controuersia: si institutus in re certa plus accipere prohibeatur, vtrum nullo alio hærede existente totam nihilominus consequatur hæreditatem detracta rei mentione.

Respondet Bartolus in l. Quoties. § Si duo. ff. de hæred. instit. quem secutus est Castrensis ibidem, nec non Corneus in d. l. Quoties. C. eodem tit. Si quidem nullus alius in eo testamento hæres instituatur, hæreditatem tali instituto in re certa non accrescere: secus verò si alius hæres instituatur qui vel nolit, vel non possit hæreditatem accipere.

Fundamentum est quia cùm institutus hæres alius repudiat hæreditatem, vel eam capere non potest, tunc cessat ratio, quæ testatorem mouit ad prohibendum, ne institutus in re certa plus acciperet: Ita enim prohibuisse censetur, vt alius hæres hæreditatem obtineret. Quare eo veluti obice iam sublato, videtur cessare ipsa prohibitio. Argumento l. Pero, ff. de leg. 2. l. 2. §. Sed si sint. ff. ad Tertull. Illud autem argumẽtum cessat, vbi nullus est alius hæres institutus: tũc enim, quia testatoris voluntas refragatur, non licet in re certa instituto hæreditatem obtinere. Argumento dict. l. Quoties. §. Si duo. ff. de hæred. instit. Vlpianus: *Si duo sint hæredes instituti, vnus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse eiusdem fundi: Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, vt detracta fundi mentione, quasi sine partibus hæredes scripti hæreditate potirentur: si modò voluntas patrisfamilias manifestissimè non refragatur.*

Alij verò dixerunt in proposita quæstione non accrescere reliquam hæreditatem instituto in re certa, siue nullus alius fuerit hæres institutus, siue fuerit quidem, sed is hæreditatem habere noluerit vel non potuerit, ita Decius in l. 1. n. 2. C. de testam. milit. Purpuratus in consil. 558. libr. 2. quanquam hic in ea facti specie loquitur, in qua nullus alius hæres institutus est, & Iacobus Menochius in cons. 483. lib. 5.

Fundamentum est in voluntate testatoris: Is enim voluit institutum in re certa illã rem duntaxat habere, non alia bona. Voluntas autem testatoris est seruanda. §. Disponat. in Auth. de Nuptiis.

Confirmatur hæc sententia argumento d. l. Quoties. §. Si duo. ff. de hæred. instit. ibi: *Si modò voluntas patrisfamilias manifestissimè non refragatur.* Si dicatur non posse quemquã ex paganis decedere pro parte testatum & pro parte intestatum, respondent isti, hoc in casu testamentum corruere, quia nullus sit hæres institutus. l. vlt. ff. de iure codicillor. & consequenter rem ad causam intestati peruenire, ac hæreditatem in totum pertinere ad legitimos hæredes.

Tertia denique sententia est hæreditatem hoc in casu accrescere instituto in re certa, siue nullus alius cohæres institutus sit, siue institutus quidem, sed hæres esse noluerit, vel non potuerit. Ita Imolensis in c. Rainutius. n. 64. de test. & Alex. ad d. l. Quoties. nu. 11. C. de hæred. instit.

Fundamentum est, quia nemo potest facere, quin leges in suo testamento locum habeant. l. Nemo potest. ff. de leg. 1. leges autẽ statuunt neminem paganum decedere posse pro parte testatũ, & pro parte intestatum. l. Ius nostrũ. de reg. iur. Et ideo si hæres in re certa instituatur, cum totam hæreditatem consequi detracta rei mentione. l. 1. §. Si hæres ex fundo. ff. de hæred. instit. Et in milite specialiter est constitutum, vt possit vnũ hæredem ex parte bonorum, puta ex fundo instituere, & in reliquis bonis intestatus decedere. l. Si miles. 6 ff. de mil. testam.

Et ideo Iurisconsultus in l Si quis ita hæres institutus. 74. ff. de hæred. instit. *Si quis, inquit, ita hæres institutus fuerit excepto fundo excepto vsufructu hæres esto, perinde erit iure ciuili atque si sine ea re hæres institutus esset, idque auctoritate Caij Aquilij factum est.*

In hanc postremam sententiam ego sanè procliuior sum. Etenim cùm testator in solo fundo hæredem quempiā instituit, satis apertè declarat, se velle vt solum habeat fundum. similiter cùm hæredem quis instituit, excepto fundo, manifestum est eum nolle vt fundum habeat. Et tamen in his casibus hæres totam hæreditatem cōsequitur, ac inutilis illa adiectio vel detractio vtilem vitiet institutionem. Quare & in proposita quæstione eadē est ratio, ideóque non voluntas ipsa testatoris sequēda, sed legis constitutio est: Quam ob rem & Iustinianus in §. Disponat. in Auth. de Nuptiis: *Disponat* inquit, *testator vnusquisque vt dignum est: & sit lex eius voluntas. Vt dignum est*, inquit Gloss. id est, secundum leges & bonos mores.

Vnus est textus, ex quo pro contraria sententia argumentum sumitur non contemnendū, in l. Quoties. §. Si duo. ff. de hæred. instit. in illis verbis: *si modo voluntas patrisfamilias manifestissimè non refragatur.* Cæterùm respondeo duplicem illa verba sensum habere posse: Vnum, nisi patrisfamilias voluntas refragetur hæredes scriptos, hæreditate non potiri, sed fundum dūtaxat habituros. Alterum, hæreditate non potiri quasi sine partibus detracta fundi mentione instituti essent. Prior sensus non est admodum probabilis: quia non dixit Iurisconsultus in verbis præcedentibus hoc tantùm, videlicet hæredes ita scriptos hæreditatem consecuturos: tunc enim rectè subiiceretur exceptio: nisi voluntas testatoris refragaretur, sed Iuriscōsultus dixit, *detracta fundi mentione quasi sine partibus*, hæredes scriptos hæreditate potituros. Quam ob rem illa exceptio, *nisi voluntas patrisfamilias manifestissime refragetur*, huc referri debet nempe potituros hæreditate scriptos hæredes quasi sine partibus, & sic æquis partibus, *nisi voluntas manifestissimè refragetur.* Quia si volūtas manifestissimè refragetur, potirentur quidem hæreditate: sed non æquis partibus, perinde ac si sine partibus hæredes scripti essent, sed ex partibus inæqualib. prout voluntas patrisfamilias manifestissima designauerit. Posterior ego sensus magis est probabilis. Huc accedat, quod si priorem sensum admittamus, fateri cogimur, testatorem posse hoc efficere, vt in solo fundo hæredes habeat ex testamēto, quod repugnat l. 1. §. Si hæres ex fundo, ff. de hæred. instit. Si verò posteriorem sensum amplectamur, nullū sequitur absurdum, & sententiam verbis ac rationi consentaneam colligimus. Porrò ex cōiecturis ab hac sententia recedendum nec necesse sit, verbi gratia, si testator alium magis dilexerit, quàm institutum in re certa, vt verisimile sit eum maluisse ad eum reliqua bona peruenire, quàm ad institutum in re certa. Vide Crauettam de antiqui. tempor. in 4. parte principali. n. 132. & in cons. 856. n. 17 lib. 5.

CAPVT XVI.

Cùm quis vxorem suam in vsufructu hæredem instituit, alio post eius mortem hærede instituto, quæ sit interpretatio adhibenda.

Controuertitur etiam illud, quo modo accipienda sit vxoris vel alterius institutio in vsufructu facta, alio post eius mortem instituto. Et duplex adhibetur interpretatio: Vna prout verba sonant, nempe, vt vxor vsumfructum habeat donec vixerit: alius verò, qui post mortem eius institutus est, videatur sub conditione institutus. at si quidem vxori fructuariæ superuixerit, tunc hæreditatem consequatur, si verò præmoriatur, hæreditas accrescat vxori institutæ in vsufructu. Ita Corneus in l. Extraneum. C. de hæred. instit. Aretin. in l. Filius à patre ff. de lib. & posthum. Couuar. lib. 2. Variar. resol cap. 2. nu. 5. Ruinus in cons. 54. lib. 2. Mantica de coniecturis vltimar. volunt. lib. 4. tit. 5. art. 7.

Altera est interpretatio: vxorem detracta vsusfructus mentione in totum hæredem esse, sed rogatam videri per fideicommissum restituere hæreditatem ei, qui post mortem institutus est. Hanc secuti sunt Alex. in cons. 162. li. 2. Crauet. in cons. 820. lib. 5. Menoch. in consil. 273. lib. 3. & de præsumpt. lib. 4. c. 141. nu. 26.

Priori sententiæ magnoperè adstipulantur volūtas testatoris, & verba ipsius, quæ hāc interpretationem planè recipiunt: Aut igitur is qui post vxoris mortē institutus est, vxori superuiuet: & hæreditatem adibit, aut nō superuiuet, vel hæreditatem non adibit. Priore casu à morte testatoris hæres fuisse videbitur: quia conditio retrotrahitur. l. Quod dicitur. ff. de Testam. mili. l. Hæres quādocunque. §. 4 ff. de acq. hæred. Posteriore autem in casu hæreditas vxori accreuisse intelligitur, iuxta l. 1. §. si hæres ex fundo. ff. de hæred. instit. Et tale ius accrescendi ad hæredes vxoris transmittetur. l. si ex pluribus. ff. de suis & legit. hæred. l. Qui patri. ff. de acq. hæred.

Posteriorem autem sententiam iuuant aliquæ iuris nostri regulæ generales. Illa inprimis: Hæres institutus in re certa, nullo dato cohærede vniuersali, in totum hæres est, detracta rei mentione l. 1 §. Si hæres ex fundo. ff. de hæred. instit. Ergo vxor in hac facti specie erit in totum hæres, quia nullus ei datus est cohæres. Secunda regula: Is qui semel est hæres, non potest desinere hæres esse. l. Ei qui soluendo. ff. de hæred. inst. l. Et sine. §. Sed quod Papinianus. ff. de Minorib. Ergo vxor, quæ semel est hæres, vt dictum est, nō potest desinere hæres esse: & consequenter quia post mortem eius alius est hæres institutus, videbitur fidei-

fideicommiſſo rogata ei reſtituere hæreditatem. Tertia regula: Subſtitutio directa fieri nō poteſt alicui pagano poſt pubertatē. l. Verbis ciuilib. ff. de vulg. Ergo talis ſubſtitutio valebit in vim fideicommiſſi argumento l. Scæuola. ff. ad Trebell.

Ego priorem ſententiā magis probo. Nam certum eſt, hæredem ſub conditione inſtitui poſſe. §. Hæres. in Inſtit. de hæred. inſtit. poſt mortem alterius. l. Filius à patre. ff. de lib. & poſthumis. Is ergo, qui poſt mortē vxoris inſtitutus eſt hæres, videbitur inſtitutus ſub cōditione, ſi videlicet vxori ſuperuixerit. l. Hæres meus. l. Quib. dieb. §. Quidam Titio. ff. de cond. & demōſt. Ergo nihil prohibet, quominus hanc interpretationem accipiamus, quæ in omnibus eſt conſentanea iuri & menti teſtatoris. Huc accedat, quod poſterior interpretatio magnoperè videtur incommoda. Inprimis repugnat menti teſtatoris, qui voluit vxorem eſſe fructuariam: illa verò interpretatio facit eam hæredem. Deinde directa ſubſtitutio transfertur in fideicommiſſariam abſq; vlla neceſſitate, & detractioni Trebellianicæ fit locus. Deniq; non eſt difficile ad argumētum contrariæ ſententiæ reſpondere. Nam cū dicitur in argumento, nullum fuiſſe datum vxori cohæredem, id negari poteſt: fuit enim illi datus cohęres, licet ſub conditione, & poſt mortem vxoris, quod iure permiſſum eſt.

CAPVT XVII.

Quid ſtatuendum cùm in ſolo vſufructu hæres eſt inſtituta Vxor, & nullus alius etiam poſt eius mortem hæres inſtitutus eſt.

SEd & controuerſia eſt, quid reſpondendū, ſi vxor inſtituta fuerit in vſufructu donec vixerit, & nemo alius poſt eius mortem inſtitutus fuerit hæres, vtrum ea ſuccedat in tota hæreditatē ſimpliciter detracta vſusfructus mentione, an verò ſuccedat quidem, ſed cum onere reſtituendi hæreditatem venientib. ab inteſtato cùm ipſa morietur. Etenim rogatam quaſi per fideicommiſſum tacitè videri hæreditatem legitimis hæredib. reſtituere, reſpondit Paulus Caſtrenſis in conſ. 241. lib. 2. Idem reſponderunt multi alij, quos refert & ſequitur Menochius lib. 4. de Præſumpt. c. 141. n. 5. Cæterùm non videri reſponderunt Corneus in conſ. 6.. n. 6. lib. 1 & alij quos refert & ſequitur Franciſcus Mantica de Coniecturis vltim. volunt. lib. 4. tit. 5. in principio. n. 13.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia cùm teſtator auferat legitimis hæredibus hæreditatē donec vxor vixerit, ea mortua videtur velle ad eos peruenire. Argumēto l. vlt. C. de legatis l. Titia cum teſtamento. §. vlt. ff. de leg. 2. & l. Peto. poſt principium verſ. Idem dicemus. eod. tit.

Sed poſterior ſententia magis mihi probatur. Nam certū eſt hæreditatem ex die, & ad diem dari non poſſe, ſed detracta temporis mentione purè relictam videri. l. Hæreditas ex die. ff. de hæred. inſtitut. Certum eſt etiam, ſi ex certa re quis hæres inſtituatur, detracta rei mentione, in totum hæredem intelligi. l. 1. §. Si hæres ex fundō. ff. e. tit. Cùm ergo vxor in ſolo vſufructu inſtituta fuerit, donec vixerit, detracta temporis & rei mentione, cùm nullus alius cohæres datus fuerit, hæres purè, & in totū eſſe iudicabitur. Quod verò tacitè rogata eſſe videatur, hæredibus legitimis hæreditatem reſtituere nulla ratione, nulla lege demonſtrari poteſt.

Nec enim mouent, quæ ſuperius allatæ ſunt leges. Nam quod attinet ad l. vltimā. C. de legatis. Iuſtinianus hoc tantum voluit: legata temporalia, ſiue ad tempus relicta, poſt completum tempus ad hæredem redire. Nihil id commune habet cum quæſtione noſtra. Nam in ea ſpecie, de qua Iuſtinianus loquitur, hæres erat inſtitutus in teſtamēto, qui proinde lapſo tempore legatis præſtandis, cōſtituto non tenebatur de cætero pręſtare. Hic verò nullus alius eſt hæres præter vxorem inſtitutus.

Quod verò attinet ad l. Titia §. vlt. *Reſponſum eſt, licet ea verba non præponerentur, quib. teſtatricis filia fideicommiſſum petere poſſet propter voluntatem, tamen poſt patris mortem petere poſſe.* Rectè. Nam cùm teſtatrix viro ſuo multa reliquiſſet, donec is vixiſſet, ſimul voluiſſe videtur, eo defuncto, res relictas ad hæredem filiam pertinere. Quamobrem & Barr. in Summario inquit: *Qui voluit res ad aliquem pertinere ad tempus, poſt illud videtur velle ad ſuum hæredem redire.* Ibi ergo maritus erat legatarius, & hæres inſtituta filia. Hic vxor eſt hæres & nemo alius hæres inſtitutus.

Denique quod Papinianus ſcribit in d. l. Peto. nihil iuuat priorem ſententiam, loquitur enim Papinianus, cùm teſtator & rationē habuit legitimi hæredis, & illius mentionem fecit. Verba hæc ſunt: *Idem dicemus ſi, cùm ex aſſe ſcripſiſſet hæredem eius gratia, qui legitimus hæres futurus eſſet, ita loquatur. Peto pro hæreditate, quam tibi reliqui, quæ ad fratrem meum iure legitimo rediret, contentus ſis centum aureis.*

CAPVT XVIII.

Quid ſi vxori legatus fuerit omnium bonorum vſusfructus, alio poſt eius mortem hærede inſtituto, an valeat eiuſmodi legatum?

SEd priuſquam ad alias controuerſias transeamus, non eſt illa diſputatio negligenda: an legatum vſusfructus omnium bonorum valeat vxori relictum in teſtamento alio hærede poſt eius mortem inſtituto. Quæſtio celebris, & antiquis doctoribus agitata, noſtris verò temporibus plurimum illuſtrata ſcriptis duorum præſtantiſſimorum Iuriſconſultorũ Franciſci Manticæ de Cõiect. vltimar. volunt. lib. 4. tit. 5. artic. 10. & Iacobi Menochij de Pręſump. lib. 4. cap. 141. n. 33 Non mihi faciendum putaui, vt tanquam ſectarius omnia deſcriberem, atq; huc adferrem, quæ ipſi dixerunt: ſed operæ pretium duxi meam potius ſententiam breuiter adſcribere. Exiſtimo, ſaluis iuris noſtri regulis legatum conſiſtere non poſſe; ſed tamen teſtatoris voluntatem hoc efficere, vt locum habeat, quaſi aliter dictum, aliter ſcriptum videatur. Primum quod aſſerui, haud quaquam probatu difficile eſt. Nam vſusfructus legatum ex die aditæ hæreditatis cedit. l. 2. ff Quando dies leg. cedat. l. vnica. §. In nouiſſimo. verſ. libertatibus, C. de cad. tollend. Hic verò hæreditas adiri nõ poteſt, niſi mortua vxore, quo tempore vſusfructus extinguitur §. Finitur. in Inſtit. de Vſufr. & conſequenter præſtari non poteſt.

Quod verò ſecundo loco dixi, non vſq; adeo exploratum eſt, ſed tamen veriſimile puto propter voluntatem patrisfamiliàs. Nam eius voluntas tam enixa deprehenditur legati cõſeruandi, vt non aliam ob cauſam hæredem alium inſtituerit poſt vxoris mortem, & non ante, quam vt illa vſumfructum haberet, quaſi dubitaret, ne alio hærede ſimpliciter inſtituto, illa vſufructu careret.

Nec improbabiliter quis dixerit, hæredem in hac facti ſpecie purè inſtitutum videri, detracta temporis mentione. Argumento l. Hæreditas ex die. ff. de hæred. inſtitut. Neque. n. vxor hoc iñ caſu inſtituta eſt in vſufructu vt vigore tituli inſtitutionis dubitari poſſit, an cæteram ex iure accreſcendi conſequi valeat hæreditatem, vt in præcedentibus eſt diſputatum.

Quæ cùm ita ſint, non poſſum ſatis mirari, cur apud clariſſimos authores, quos citaui, tãta ſit difficultas ac diſputatio circa remediũ: quo mulier hoc in caſu cõſequi vſumfructum poſſit. Nã interpretatione hac receptæ & admiſſa voluntatis teſtatoris, hæres purè intelligitur inſtitutus, & conſequenter & legatum præſtandum ordinariis actionibus conueniri poteſt. Vide de eadem hac quæſtione Andream Geyll. lib. 2. obſeru. 143.

CAPVT XIX.

Vſufructuarius omnium bonorum ex teſtamento relictus an teneatur æs alienum teſtatoris defuncti ſoluere.

SEd quando incidimus in vſufructuarium omnium bonorum, antequam eum relinquamus, operæ precium erit, celebrem illam controuerſiam expendere an teneatur ad ſoluendum æs alienum defuncti. Quatuor ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Prima, vſufructuarium teneri. Secunda, non teneri. Tertia, non teneri quidem vſufructuarium, & hoc onus hæredi incumbere, ſed eidem hæredi permittendũ, vt ex bonis hæreditariis æs alienũ inprimis detrahat, deinde id, quod detracto eo ſupereſt, fructuario reſtituat. Quarta eſt ſententia, fructuarium non teneri, nec hæredem poſſe ex bonis æs alienum detrahere, ſed omnia bona abſque diminutione tradere oportere fructuario, vt eis vtatur, fruatur: Vid. Bartolum ad l. vlt. ff. de Vſufr leg. Baldum in conſil. 23. lib. 1. & 477. lib. 3. & in conſ. 237. lib. 1. Gozadin. in conſ. 94. col. 5. Guid. Papæ deciſ. 54. Angelum Aret. in §. Conſtituitur. n. 3. in Inſt. de Vſufr. Pract. Papien. in forma libelli, quo agitur in dorem, in verbo, Dedit. col. 2. Decium in conſ 536 & 590. & in conſ 620. in fine. Alexand. ad l. Vſufructu. ff. ad l. Falcid. Couuar. lib. 2. Variar. reſol. cap. 2. n. 4. Borguinum Caualcan. de vſufr. mulieri relicto. n. 211. Andream Geyll. lib. 2. obſeru. 146. Menochium de Præſumpt. 143. poſt n. 9.

Ego eorum ſententiam probo qui dixerunt fructuarium ad ſoluendum æs alienum non teneri, ſed hęredem, cui id incumbit onus, deducere inprimis æs alienum ex bonis poſſe, & quod ęre alieno deducto ſupererit, fructuario tradere oportere: Nam hæc ſententia textibus ſatis luculenter probatur. In primis ſpectare ad hæredem æris alieni diſſolutionem probat textus in l. 1 C. Si cert. pet. & in l. 2. C. de hær. actio. Hæredem autem deducere æs alienum poſſe, probatur ex l. vlt. ff. de Vſu fr. legato. Venuleius *Nam ſi bonorum vſusfructus legabitur, etiam æs alienum ex bonis deducetur.* Item ex l. Vſufructu. ff. ad leg. Falcid. Pomponius *Vſufructu bonorum legato æs alienum ex omnibus rebus deducendum eſt.*

Nec difficile eſt ad argumenta reſpondere, quib. aliæ ſententiæ nituntur. Nam illorum argumentum, qui putarunt fructuarium ad ſoluendum æs alienum teneri, ſumitur ex l. Vxori meę. ff. de Vſufr. legat. Labeo: *Vxori meæ vſumfructum lego bonorum meorum. Quæſitum eſt an prædiorum, tam ruſticorum, quàm vrbanorum & mancipiorum, & ſupellectilis, itémque Calendarij vſusfructus ad vxorem pertineat. Reſpondit ſecundum ea, quæ proponerentur pertinere.*

Si Calendarij vſusfructus pertinet, ergo debita & credita videntur pertinere: Calendarium enim continet debita & credita. l. Qui filium. ff. de leg. 3.

Reſpondeo,

Respondeo, Calendarium debita non continere, sed nomina debitorum, & sic credita & pecuniam iam exactam & fœnori destinatam, vt declarat tex in d.l. Qui filiū. de leg 3. Cùm enim veteribus menstruas vsuras facere moris esset, quæ singulis Calendis soluebantur, inde Calēdarium est dictum, id est, negotiatiō ipsa nominum faciendorum, vt diligenter explicat Conanus lib. 7. Commentar. iur. ca. 1 nu. 12 Et verò (bona pace doctorum virorum dictū sit) ineptum videtur existimare Iurisc ōsultum in d.l. Vxori meæ. ff. de vsufr. legat. illud quærere, an vsufructu a testatore legato, debita ipsius legantis contineantur sub Calendarij nomine: nisi hoc voluerint, etiam debita contineri in consequentiam creditorum, vt qui vsumfructum habet creditorum, onus etiam subire debeat debitorum: sed tunc nec textus d.l. Vxori meæ. ad rem faciet, nec bona erit illa consequentia; cùm ad hæredem onus soluendi æs alienum pertineat, ad quem spectat emolumentum & commodum hæreditatis.

Argumentum verò postremæ sententiæ superius à nobis relatæ illud mihi videtur, quoniam ita onus æris alieni soluendi ad hæredē spectat, vt debeat fructuarius veluti legatarius eo nomine indemnis seruari. Quod nō fieret, si ea detractio permitteretur. Sed ista ratio locum habere posset in legato vsusfructus rerū aliquot particularium, nō autem in vsufructu omnium bonorum legato? Si quidem perspicuum est bona appellari, quæ deducto ære alieno supersunt. l. Subsignatum. §. Bona. ff. de verb. sign. Et cùm clarissimi sint textus, quib. hæc deductio manifestè probatur, non puto cuiusquam rationes tanti æstimandas, vt veritati ac legi anteponantur.

CAPVT XX.

Institutum in re certa an comprehendatur in concessione Emphyteusis facta pro hæredibus?

ANtequam ad alia transeamus, cùm multas de instituto in re certa controuersias tractauerimus, nō putauimus illam omittendam: an filius in re certa institutus cōprehendatur in Emphyteusi cōcessa pro aliis hæredibus. Et hac de re tres extare Doctorum sententias animaduertimus. Vna est Bartoli in l. Vt iurisiurandi. §. Si liberi. ff. de oper libert. qui respondit, institutum in re certa obtinere debere partem rei in Emphyteusim cōcessæ, exemplo filiorum patroni, qui a liberto exigere possunt operas debitas, quamuis patroni defuncti hæredes sint ex partib. inæqualibus, vt in d. §. Si liberi. talibus enim liberis, vt hæredibus operæ debentur. l. Cùm patronus. §. 1. ff. eo. tit.

Altera est sententia Pauli Castrensis ad l. Quoties. C. de hær. inst. si de re Ecclesiastica in Emphyteusim concessa agatur, quoniā illa ad filios tantum, non etiam ad extraneos trāsit, tunc veram esse Bartoli sententiam, quia maior est habenda ratio eius, quòd sit filius, quam quòd sit hæres. Cæterùm, si de re in Emphyteusim data a priuatis, sit quæstio, quoniā illa etiam ad extraneos hæredes peruenire potest, tunc veram non esse Bartoli sententiam, sed istud etiam requiri, vt filius sit hæres, & ideo institutum in re certa non esse admittendum, quia videtur esse legatarius, vt in d.l. Quoties. C. de hæred. instit.

Tertia est sententia vera & communis, Emphyteusim hoc in casu nō pertinere ad filium in re certa institutum, sed ad filios hæredes: quia duo hæc coniunctim requiruntur, vt filij sint, & simul etiam hæredes. Hæredis autem appellatione continetur vniuersalis successor. l. Quædam. §. Nihil interest. ff. de edend. Hæredes. n. iuris successores sunt. l. Quoties. §. Hæredes. ff. de hæred. instit. Ita docent Alex. Iason & Iacopinus in d. §. Nihil interest. Couuar. lib. 2. variar. resol. cap. 2. post nu. 5. Iulius Clarus §. Emphyteusis. q. 38. Bellonus supputationum iuris lib. 4. cap. 18.

Ad argumentum Bartoli, responderi potest, aliam esse rationem eius, qui institutus sit pro parte inæquali hæres, de qua specie loquitur textus in d. §. Si liberi. de quo in argumento. Talis. n. ita institutus hæres, nihilominus hæres est verè & propriè, cùm in partem hæreditatis succedat: vnde meritò etiam in partē rei Emphyteuticæ succedere debet. At nos de filio loquimur in re certa instituto, qui alio hærede instituto, nō est hæres, sed instar legatarij. l. Quoties. C. de hær. instit. neque. n. in ius vniuersale, aut in totum, aut pro parte succedit, sed in re particulari duntaxat & certa.

CAPVT XXI.

De hærede in re certa instituto an sit in possessionem mittendus? ex l. Vlt. C. de Edicto diui Adriani tollendo.

INstitutum in re certa in Testamento non abolito, non cancellato, neq; ex aliqua parte vitiato mittendum esse in possessionem ex l. vltima. C. de Edicto diui Adriani tollend. cēsuerunt Curtius iun. in Commentariis d.l. vlt. n. 38. & alij, quos refert & sequi videtur Tiraquellus in tractat. le mort saisit. parte secunda. Declarat. quarta. nu 13. Quorum illud est argumentum, quod secundum illam legem hæres etiam ex parte mittendus sit in possessionē bonorum defuncti. Institutus autem in re certa videtur esse aliquo modo hæres, aut hæredi similis, cùm possit authoritate propria possessionem accipere bonorum, in quibus institutus est ad instar hæredis, vt docet Bar-

tolus in l. ex facto, n. 2. ff. de hæred. instit. Alexander & Iason ad l. Quoties. C. eod. titul. Ex quo sequitur, eum multo magis eam possessionem authoritate iudicis obtinere posse. Denique non videtur vlla ratio diuersitatis inter hæredem & institutum in re certa. Vterque. n. à testatore institutus est, cuius voluntatem executioni mandari publicè interest. l. Vel necare. ff. Quemad. testam. aper.

Sed contrariam sententiam magis probabilem existimo, quoniam institutus in re certa re vera non est hæres, sed instar potius legatarii, d. l. Quoties C. de hæred. instit. lex autem illa de hærede loquitur. Nec obstat, quod possit authoritate propria possessionem bonorũ accipere; quia, vt maximè id verum sit, de quo iam non disputo, nõ tamen efficitur eum hæredem esse. Et dum dicitur: Si potest authoritate propria. Ergo multò magis ex l. vlt. Negatur: quia consequentia non est bona. Illa est bona collectio; Ergo multò magis iudicis authoritate ex remedio iuris sibi competente possessionem accipere poterit.

Non obstat quod dicitur, nõ esse rationem diuersitatis inter institutum in re certa & hæredem, quia imò est diuersitatis ratio, illa nempe, quòd hæres ad onera hæreditaria tenetur, & vicem sustinet defuncti, quamobrem eum statim in possessionẽ mittendũ, summa ratione & æquitate constitutum fuit, vt se. exequeretur ea, quæ testator iniũxit, actionesq; exciperet, & exerceret, ac personam defuncti repræsentaret. Nõ talis est institutus in re certa, nec tanto fauore dignus, ac proinde non est in eo eadem ratio, quæ in hærede.

CAPVT XXII.

Vtrum filia hæres ex testamento vel ab intestato mittenda sit in possessionem bonorum feudalium contradicentib. agnatis, tanquam vocatis ex inuestituris feudalibus?

SI proponatur patremfamilias decessisse hærede relicta filia ex testamento, vel ab intestato, & adsint feudalia bona, an in possessionem eorum sit mittenda, an verò potius agnati, qui contendunt, feuda ad se pertinere, controuersi iuris est. Et hic totius difficultatis vertitur cardo; quia dicit textus in c. 1. §. Inter filiam. Si de feudo defuncti controuersia fuerit inter dominos & agnatos vasal i: *Inter filiam defuncti & agnatos defuncti, de quodam prædio mota est quæstio agnatis feudum, filia vero allodium esse asserentibus, super possessione apud quem manere debeat quærebatur. Responsum est, apud filiam possessionem interim esse collocandam.*

Huius ergo textus argumento filiam esse in possessionem mittendam. Etiam quando cõstat bona esse feudalia, primus omnium Ioan. Andreas docuit, quẽ & alij omnes authorem laudant in Add. ad Specul. tit. de Testament. §. pen. vers. Personam. vbi ait, post missionem demum esse cognoscendum ad quem feudum pertineat. Sequitur Alex. ad l. vlt. col. vlt. & ibid. Iason n. 26. C. de Edicto diui Adriani tollend. & alii a Menochio citati de Adipiscend. possess. remedio 4. n. 375. & post eum ab Hartmanno Pistorio quæst. iuris, lib. 2. parte posteriore, cap. 39. n. 32. Quibus (quatenus de filia ex testamento hærede loquuntur) adstipulari videtur ipsa l. vlt. C. de Edict. diui Adr. toll. vbi generaliter est constitutũ; hæredem esse mittendum in possessionem omnium bonorum defuncti. Non obstat, si dicatur, in feudis regulariter fœminas non succedere, quoniam in multis casibus succedunt, vt in cap. 1. de natura success. feud. c. 1. de feudo fœmin. & alibi.

Cæterum in his terminis, in quib. loquimur, videlicet, quando constat bona esse feudalia non esse filiæ, sed agnatis tradendam possessionem, responderunt Iason in cons. 152. lib. 4. Gozadinus in consi. 32. nu. 8. Albertus Brunus in consil. 18. num. 8. Alba. in cons. 78. num. 16. Plotus ad l. Si quando. num 111. C. vnde vi. Iacopin. in d. l. vltim. C. de Edict. diui Adr. toll. n. 49.

Horum argumentum illud est, quia fœminæ regulariter feudorum sunt incapaces, & illa pertinent ad hæredes masculos cap. 1. §. Filia. de success. feudi. c. 1. §. Hoc autem notandum. qui feudum dare possunt. cap. 1. §. Ad filios. de success. fratris. Quamobrem agnati & hæredes masculi, ad quos feudum spectat, videntur potius in possessionem mittendi, quam filia ad quam non spectat.

Tertia est sententia Iacobi Menochij in d. remedio 4. nu. 381. de Adipiscend. possess. vt siquidem constet bona esse feudalia, & præterea etiá agnati probationes in promptu habeant, eius esse qualitatis, vt fœminæ nõ succedant, tunc agnatis danda sit possessio, aliàs secus; & ita videtur opiniones Doctorum conciliare ac interpretari.

Mihi verò ea sententia videtur probabilior, quæ masculis hæredibus siue agnatis feudorum possessionem adiudicat, & multò magis, vbi ex inuestituris constat fœminam succedere non posse, sed solos masculos agnatos, explosa prorsus prima illa opinione, quæ nullum habet fundamentum solidum. Nam cùm fœminæ regulariter in feudis non succedant, sed agnati & hæredes masculi, ipsi iam fundatam habent intentionem, vt loquuntur nostri, tum ad fœminam excludendam, tum ad obtinendam pro se ipsis bonorum possessionem. Illis. n. procul dubio dari debet, quibus à lege delata est, non aliis, qui non vocantur.

Et

Et licet in aliquibus casibus fœminæ in feudis succedant, dum tamen de hac re disputatur & cognoscitur, quia regula iuris ipsis fœminis aduersatur, fauetque agnatis, iustius est & æquius, vt interea possessio tradatur masculis hæredibus quam fœminis. Sic & textus in d. §. Inter filiam, dum cognoscitur an res sit feudalis vel allodialis, mandat fœminæ possessionẽ tradi, quia filia rem allodialem esse asserens regulam pro se habet, qua dicimus quamlibet rem præsumi liberam, & nulli obnoxiam seruituti. l. Altius. C. de seruit. & aquæ. Et licet feudalis esse possit, interea tamen visum est iuri magis consentaneum, fœminam in possessione esse, cui iuris regula fauet, quam agnatos, quibus aduersatur.

Ex quibus manifestum euadit, fundamentũ prioris sententiæ nixum d. §. Inter filiam. & perquàm infirmum esse, & potius nostræ sententiæ suffragari, si ratio textus rectè perpendatur.

Quod verò attinet ad l. vlt. C. de Edicto diui Adriani tollend. illa prorsus nullum præstat argumentum, siquidem, cur hęres in testamẽto institutus in possessionem bonorum defuncti mittendus sit, illa est ratio, quia hæres succedit in vniuersum ius defuncti. l. Nihil aliud. ff. de reg. iur. sed fœmina in feudo non succedit, meritò in possessionem mitti non debet, nisi prius cognitum fuerit tale esse feudum, in quo etiam fœminæ succedant.

CAPVT XXIII.

Ex quibus rebus legitima filiorum detrahenda sit.

CVm filiis legitima in bonis parentum debeatur, eáque sit triens, si filij sint quatuor, vel semis, si plures existant; vt notum est ex Nouella Iustiniani de Triente & Semisse. Cõtrouersia est nonnulla, in quibus bonis debeatur, seu ex quibus detrahenda sit: Quam rem ego quatuor propositis conclusionibus commodè explicari posse iudico. Prima conclusio. Ex bonis iuri primogenituræ subiectis, vt cũ nostris loquar, veluti sunt Regna, Ducatus, Marchionatus, & similia, hæc enim primogenito ex cõsuetudine deferuntur, legitima detrahenda non est. Huius conclusionis assertores sunt Guido Papæ decis. 476. Gloss. in c. licet. de Voto. Panormitan. in consil. 12. in 3. dubio lib. 2. & alij, quos refert & sequitur Tiraquellus de iure primogenitorum, qu. 5. Ergo si princeps plures habeat liberos, in principatu succedet primogenitus, nec ex eo legitima debetur aliis filiis, licet aliquid aliud in pecunia, vel in alia re sit dandum, ex quo alimenta & alia necessaria consequi possint.

Et huius cõclusionis ratio est: quia eiusmodi dignitates diuidi non debent, vt in cap. 1. §. Præterea ducatus. de prohibita alienat. feudi per Fridericum. Nam vt Aristoteles inquit li. 12. Metaphysicor. multos imperitare malum est, Rex vnicus esto.

Secunda conclusio: legitima debetur iustéque deducitur & assignatur ex bonis feudalibus & Emphyteuticis, si sint hæreditaria, id est, concessa pro hæredibus quibuscunque. Ita docent Bartolus ad l. 1. §. Nec Castrense. n. 6. ff. de Collat. bono. Ripa ad l. In quartam, nu. 177. ff. ad leg. Falcid. Clarus in §. Feudum. qu. 46. Menochius in cons. 251. n. 61. lib. 3.

Probatur hæc cõclusio, quia talia bona sunt sicut cætera hæreditaria & patrimonialia, quę allodialia vocantur. Quare sicut ex aliis bonis legitima debetur, ita & ex istis.

Tertia conclusio: Legitima non debetur, neque assignari potest ex bonis feudalibus ac emphyteuticis, quæ hæreditaria non sunt sed concessa pro filiis & descendentibus, doctores appellant ex pacto & prouidentia si non acquisita sint a patre, sed ab auo vel aliis ascendentibus, vti declarant Alex. in consil. 29. num. 4. lib. 5. Ripa in l. In quartam. nu. 179. ff. ad leg. Falcid. Ratio est, quia legitima est pars bonorum patris, de cuius successione agitur. Hæc autem bona non sunt à patre profecta, seu acquisita, sed ab auo: Et consequenter quasi aduentitia ipsis filiis, & non patris, sed aui beneficio parta, argumento l. Quæsitum. ff. de legatis 1.

Quarta conclusio: Legitima non debetur ex eiusmodi bonis feudalibus & emphyteuticis à patre acquisitis, si non hæreditariæ sint concessiones ac inuestituræ, sed ex pacto & prouidentia. Ita docent Angelus in §. Optimè. in Auth. de Nuptiis. Castrens. ad l. Si patroni. ff. ad Trebel. Alexander in cons. 89. numer. 5. lib. 4.

Fundamentum est, quia hæc bona filius nõ videtur habere patris beneficio, siue à patre ipso, sed potius a domino, qui concessit ac inuestiuit patrem & filios: legitima verò debetur ex substantia patris. l. Scimus. §. Repletione. C. de inoff. testam.

Contrariam sententiam habuerunt multi, quos refert & sequitur Alex. in cons. 29. nu. 4. lib. 5. & in l. Si patroni. ff. ad Trebell. Ripa ad l. In quartam, nu. 78. ff. ad leg. Falcid. Clarus §. Feudum. quæst. 46.

Fundamentum est, quoniam filius hęc bona videtur a patre habere. Primò, quia pater illa acquisiuit. Secundò, quia poterat illa alienare. Tertiò, quia poterat ipsa feuda refutare in manus domini, vt loquuntur feudistę. Postremò, quia cum stipulatur pro se & filiis, primò sibi stipulari & acquirere intelligitur, deinde

filij: Et sic videtur mortis caussa hæc bona filijs donare, argumento l. 2. ff. de donat. caus. mort. Donatio autem caussa mortis in legitimam filio imputatur. l. Etiam. §. si patrono. ff. de bonis libertor.

Respondeo, si pater emerit eiusmodi bona & precium numerauerit, argumenta supra dicta locum sibi vindicare. Et aliud præterea argumentum, quod sumi potest ex l. Omnimodò §. Imputari. C. de inoff. Testa. vbi in militia, quam pater emit ita constitutum est vt in legitimam imputetur. Cæterùm, si de feudo agatur, quod ex mera gratia & beneficio domini processerit, argumenta illa cessare videntur: quia non immediatè ex patris substantia proueniunt eiusmodi bona. Nec obstat, quod pater potuisset non acquirere, vel refutare, vel alienare: quia secundum Philosophos, caussa remouens prohibens, non dicitur esse caussa per se, sed per accidens.

Non obstat, quod dicitur, patrem dum stipulatur primò sibi, deinde filijs videri mortis caussa donare, quia id iure non probatur. Et cùm ipse non det filijs, sed tantùm recipiat, non potest vlla donatio fingi, quæ proueniat ex patre, sed ex domino qui feudum dedit.

Si tamen proponatur feudalia bona fuisse concessa filijs, contemplatione ipsius patris & non filiorum, tunc putarem ea profectitia esse, argumento l. Cùm in plures. §. In arrogato. ff. de vulg. & l. Profectitia. vers. *Et quid si quis patri donaturus.* ff. de iure dotium. Et consequenter in legitimæ ratione computanda, sicut cętera bona, quæ ex patris substantia proficiscuntur.

CAPVT XXIV.

Vtrum patris testamentum inter liberos valeat, si vni ex filijs legitimam absque titulo institutionis relinquat?

TEstamentum patris inter liberos valere, quo vni ex filijs legitima absque titulo institutionis relicta sit, Author est accursius in Auth. Nouissima. C. de inoff. testam. in ver. titulo, & alij, quos refert & sequitur Iason ibi n. 16. Argumenta verò sunt ista. Primum, quia testamentum etiam imperfectum inter liberos est seruandum, vt in l. Hac consultissima. §. Ex imperfecto, C. de testament. Ex quo sumitur argumentum non esse necessariò adhibenda iuris solennia: Ergo multò minus illud erit necesse, vt institutionis titulo legitima relinquatur. Id enim ad solennia pertinere dubium non est.

Secundum argumentum est ex c. Rainutius, de testam. quatenus ibi summus Pontifex mentionem facit cuiusdam testamenti, in quo simpliciter titulo legati relictum aliquid fuit vni ex filijs: & illud testamentum valere præsupponit, nec infringit.

Tertium est ex traditis per Bartolum in l. 1. n. 61. C. de sacrosanct. Eccles. docet ibi Bartol. testamentum ad pias caussas, in quo legitima filio relicta titulo institutionis non est, valere: quia in eo testamento non requiruntur iuris ciuilis solennitates. Sic ergo dicendum videtur etiam in testamento inter liberos: quia nec in eo tam subtiliter exigi oportet iuris ciuilis solennitates, relinqui posse legitimam absque titulo institutionis.

Quartum argumentum est: quia receptum est, testamentum valere, quo legitima titulo legati filiis relinquitur, si cótineat clausulam, omni meliori modo, vt docet Baldus in l. Quoties. C. de hæred. instit. Matthæus singul. 36. Sed hæc clausula, omni meliori modo, tacitè intelligitur in testamento inter liberos, vt tradit Glo. in l. Cohæredi. § Cum filiæ, in verbo, *non valebit*, ff. de vulg. Ergo testamentum inter liberos valebit absque titulo institutionis.

Sed contraria sententia est communior, & vt mihi videtur, etiam verior. Vide Couuar. in cap. Rainutius. § 1. n. 2. de Testament. Clarum §. Testamentum. quæst. 8. vers. sed pone testator. Fundamentum illud est solidum, quod generaliter sancitũ est a Iustiniano in §. Aliud quoque capitulum. in Auth. Vt cum de Appel. cognosc. filios esse instituendos, vel ex iustis causis exhæredandos, & sic à parentibus honorabili institutionis titulo vocandos ad hæreditatem. Cùm ergo Imperator de testamento loquatur condito à parentibus, perspicuum est, ipsum loqui etiam de testamento inter liberos confecto & scripto. Quare omnis dubitatio est inanis & superuacanea.

Ad primum argumentum respondeo: & si voluntas patris inter liberos seruanda sit, etiã ex testamento imperfecto, quod scilicet vel subscriptione testium destitutum sit, vel signaculis, vel id genus alijs solennitatibus, non tamen obtinere potest, si & ipsa institutione filiorum, siue honorabili institutionis titulo destitutum sit. Imò verò tale testamentum rescindi poterit, vt in dicta Nouella constitutione Iustiniani habetur.

Ad secundum respondeo, nullum posse fundamentum poni in c. Rainutius. quia narrat tantum Summus Pontifex testamenti tenorẽ, in quo filio aliquid relictum fuit: sed quo titulo relictum fuerit, & quo modo, non explicat. Quam ob rem intelligi debet, relictum fuisse eo modo, quo relinqui oportuit, vt declarat optimè Couuar. ibi n. 7.

Ad tertium ex authoritate Bartoli responderi potest, eius sententiam iure non probari nec defendi posse.

Ad

Ad quartum negatur in testamento inter liberos tacitè illam clausulam, omni meliori modo, intelligendam esse, & illam Glo. multi reprobarunt, vt per Couuar. loco annotato. num.5.

CAPVT XXV.

Quid si parens in testamento dicat, se filio centum pro sua legitima relinquere?

SEd rursus controuertitur: quid si pater dicat in suo testamento; Titio filio meo centum pro sua legitima relinquo, vtrum valeat, ac sufficiat, licet non dixerit instituo? Respondit Bartolus sufficere; quia intelligitur relicta eo modo, quo relinqui debet, hoc est, titulo institutionis, ita inquā respondit in cons.151. Idem respōdit Franciscus Tigrini eius coætaneus in consilio immediatè sequenti inter cōsilia eiusdem Bartoli. Sed contrarium quidam alius eadem tempestate iurisconsultus respondit, cuius responsum est ibidem impressum post consilium Francisci Tigrini. Bartoli sententiam probarunt Castren. & Decius in l. humanitatis. C. de impub. & aliis substit. Clarus alios citans. §. Testamentum. quæst.38. versic. Sed quid si dicat. Diuersæ autem sententię adstipulati sunt Salyc. ad l. Quoties. C. de hæred. instit. Alexand. ad l. Nam quod. §. Non omnis. col.3. ff. ad Treb. & in consil.70. lib. 2. Iason in Auth. Nouissima. nu.28. C. de inoff. testament. Couuar. alios citans in c. Raynucius. §.1. n.6. de Testam.

Fundamentum Bartoli est hoc, quod cùm parens ita relinquit, videatur tacitè relinquere eo modo, quo oportet; & sic titulo institutionis. Argumento l. vlt. C. de Necess. ser. hæred. instit. l. sciendum. ff. de verbor. oblig. cum aliis similibus testimoniis, quibus dici solet, intrinsecam solennitatem pręsumi adhibitam fuisse.

Fundamentum verò contrariæ sententię est illud; quod in proposita facti specie titulus institutionis non fuerit adiectus, qui tamen necessariò requiritur, vt in d. Nouella Iustiniani. Vt cum de Appell. cog. §. Aliud quoque capitulum. Neque enim verbum, relinquo, certæ rei adiectū, institutionem importat, vt declarat Bartolus in l. Centurio. n.13. ff. de vulg.

Hæc sententia cōtra Bartolum videtur mihi sanè probabilior; quia si titulus institutionis esset præsumendus, non esset opus illum adiicere, nec vnquā testamentum eam ob causam rescinderetur, quod legitima non esset relicta institutionis titulo; semper enim dici posset, illum titulum institutionis tacitè subaudiendum ac intelligendum. Quam ob rem vana esset Iustiniani constitutio in d. Nouella.

Nec me mouent argumenta Bartoli. Nam quod attinet ad primum, longè diuersam habet rationem; quia cùm seruum quis hęredem instituit, necesse est vt libertatem ei reliquerit, vt in lege allegata: quia alioqui nec hæres esse posset; sed filius potest consequi ea, quæ relicta sunt, etiam si titulo institutionis non fuerint relicta.

Quod verò dicitur in l. Sciendū. ff. de verb. oblig. *Si quis scripserit se fideiussisse, videri omnia solenniter acta*, nihil obstat; quia loquitur in dubio, cùm scilicet non apparet an solennia fuerint adhibita; neque enim rectè scriptum esset *fideiussisse*. Sed hîc versamur in claris, cùm in testamento prætermissus fuit titulus institutionis, & pater dixit, se relinquere pro legitima: non est hîc dubium an adiecerit institutionis titulum testator nec ne: apparet enim non adiecisse. Quare longè dissimilis est casus, & longè dispar ratio.

CAPVT XXVI.

Vtrum legitima filiorum augeatur auctis patrisfamilias facultatibus post eius mortem.

BOna defuncti patrisfamilias augeri possunt vel extrinsecè vel intrinsecè (placet enim vti vocabulis vsitatis apud pragmaticos doctores:) Extrinsecè dicuntur augeri, cùm aliquid eis accedit vel alluuione, vel alias ob causas. Intrinsecè verò, cùm eorum æstimatio crescit: sępe enim accidit, vt rerum precia pro diuersitate temporum varia sint ac diuersa. Et quidem si de extrinseco agatur augmento, communis est sententia, cui & ipse assentior, legitimam non augeri. Ita docent Paulus Castrens. & Alexander in l. in ratione 30. ff. ad legē Falcid. Romanus sing. 128. Volo tibi vnum dicere. & alij, quos refert & sequitur Curtius senior in consilio suo omnium vltimo.

Et probatur hæc sententia ex l. Cum quæritur. C. de inoff. testam. ibi: *Si quartam partem mortis tempore testator reliquit.* Et ex l. Si patronum. 44. §. si ex bonis. ff. de bonis liber. Solet autem in contrarium adferri l. Serui qui. 42. ff. ad leg. Falci. Sed vera & communis est solutio, illum textum loqui de Falcidia, non autem de legitima. Ratio diuersitatis est: quia vt Falcidiæ locus non sit, latior fieri debet interpretatio: sic enim legata non minuuntur, & voluntas defuncti executioni mandatur. Alia ratio est in legitima. Nam si ea filio sola sit relicta, iam apparet noluisse defunctum plus filium habere: si verò non reliquit, testamentum non valet, sed rescinditur.

Cæterùm si de intrinseco augmento agatur, controuersia est inter doctores: an inspicien-

dum ſit tempus mortis teſtatoris, vel tempus, quo legitima ipſa petitur. Sit hæc facti ſpecies; Deceſſit paterfamiliàs relictis bonis æſtimationis trium millium aureorum. hæc bona poſt decem ânnos æſtimantur ſex millibus. Quæritur, an filiùs qui legitimam ſuam portionem non niſi poſt decem annos à parentis morte petiit, debeat illam obtinere ſecundum æſtimationem eius temporis, quo pater vita functus eſt, quod ſi fiat, mille conſequetur: an verò ſecundum æſtimationem eius temporis, quo illam petit: quod ſi cõcedatur, longè plus obtinebit, vt patet.

Et quidem inſpiciendum eſſe mortis tempus, & eius temporis præſtandã eſſe æſtimationem, cenſuerunt Baldus in conſil. 22. lib. 4. Curtius ſenior in conſilio ſuo omnium vltimo, Curtius iunior in cõſ. 21. n. 14 Hyppolitus Riminaldus alios citans in conſ. 148. lib. 2.

Argumenta ſunt iſta: Primum, legitima eſt portio bonorum, quæ erant tempore mortis patris. l. Cum quæritur. C. de inoff. teſt im. Ergo debet aſſignari filio ſecundum æſtimationem eiuſdem temporis mortis patris; quia ſi æſtimatio non obſeruetur, filius aliquando plus, aliquando minus habebit, quam tempore mortis patris eſſet habiturus.

Secundò, legitima non augetur, licet bona patris poſt eius mortem augeãtur extrinſecè, quoad quantitatem, vt inter omnes conuenit, ergo idem reſpondendum eſt. ſi bona patris augeantur quoad æſtimationem & precium.

Tertiò, niſi tempus mortis patrisfamiliàs per omnia ſpectetur, etiam quantum ad æſtimationem, ſemper erit incertum, quanta ſit legitima filij, quia ſemper bona augeri vel minui poſſunt, quoad æſtimationem. Hoc autem eſt abſurdum. Ergo, &c.

Contrariam ſententiam habuerunt Corneus in conſ. 263. lib. 2. Gratus reſp. 79. lib. 2. Bertrandus. 141. li. 2. Berengarius ad l. In quartam. n. 122. ff. ad leg. Falcid.

Et hæc ſententia mihi veriſſima videtur. Namque augmentum ac diminutio æſtimationis bonorum ad eum pertinere debet, ad quem bona pertinẽt. l. in ratione. 30. ff. ad leg. Falcid. l. pignus. C. de pig. act.

Sed legitima ad filium pertinet ſtatim à morte patris. l. Scimus. §. Cum autem. C. de inoffi. teſtam. ibi: *Quia noſtra conſtitutio omnem dilationem omnemque moram cenſuit eſſe ſubtrahendam, vt quarta pars pura, & mox filio reſtituatur, &c.*

Ergo omne augmentum ac diminutio legitimæ portionis ad filium ipſum ſpectare debet.

Omitto cætera argumenta, quia non videntur mihi tam fortia ac vrgentia.

Ad primum argumentum cõtrariæ opinionis reſpondeo, legitimam eſſe portionem tertiam vel ſemiſſem bonorum, quæ tempore mortis erant. Et ideo rectè infertur eius augmentum ad filium pertinere; quia ſi tempore mortis patris illam habuiſſet, procul dubio etiam eiuſmodi commodũ habuiſſet augmenti: Nec abſurdum eſt, filium plus conſequi ratione auctæ huiuſmodi æſtimationis, quàm tempore mortis habuiſſet; Id enim fit ex accidenti, hoc eſt, ex mutatione precij rerum & varietate, quam varia ac diuerſa tempora inducere ſolent.

Ad ſecundum argumentum iam reſponſio patet; quia alia eſt ratio augmenti extrinſeci, alia intrinſeci quoad æſtimationem, vt dictum eſt.

Ad tertium reſpondeo negando incertitudinem reſpectu corporum, hoc eſt, bonorum ipſorum defuncti: legitima enim erit ſemper tertia pars, vel ſemis pro numero liberorum. Reſpectu verò æſtimationis nil refert an ſit certitudo nec ne; eo enim pacto omnibus incertum eſt quid & quantum poſſideant, quoniam æſtimatio bonorum indies mutatur, vt notum eſt.

CAPVT XXVII.

Si filio legitima à patre viuente fuerit aſſignata verum auctis facultatibus patris, mortis eius tempore poßit filius eam petere ſecundum bonorum quantitatem, quæ tempore mortis reperietur.

PAter filio legitimam ſuã dedit, poſtea factus eſt ditior & mortuus eſt, filius petit legitimæ quantitatẽ iuxta tempus mortis, habita ſcilicet bonorũ ratione poſtea quæſitorum. Quæritur an rectè petat. Nõ rectè petere, ſed contentum eſſe debere quantitate bonorum ſibi data à patre viuente pro legitima, docuerunt Iacobus Butrigarius in l. Pactũ. C. de Collat. Rom. in l. ſtipulatio hoc modo cõcepta. ff. de verb. obli. & alij, quos refert & ſequitur Guilhelmus Benedict. ad c. Rainutius, in ver. Duas habens vxores. n. 241. de Teſtam. Menochius de arbitr. iudic. caſu 149. n. 18.

Fundamentum eſt, quia filius habuit legitimam iuxta facultates patris tunc viuentis, & ſic cùm voluerit eam ante tempus habere, ſibi imputare debet; nec enim ſe læſũ fuiſſe allegare poterit ex eo, quòd pater alia bona quæſierit; quia potuiſſet amittere, & in sũma paupertate mori; quo caſu nemo diceret filiũ aliquid reſtituere oportere, quaſi plus debito accepiſſet, habita ratione bonorũ quæ tempore mortis erant: Itaq. cùm ita ſe res habet, vt lucrum & cõmodum patere poſſit, idq; pendeat ex incerto ac futuro euentu, læſio allegari ac deceptio nõ poteſt. l. de fideicommiſſo. C. de tranſact. l. 1. C. de pact. l. ſi ea lege. C. de vſuris.

Huc accedat, quod ad læſionẽ cognoſcendam

dam inspiciendum sit tempus rei gestæ. l. Voluntate. ad finem. C. de rescind. vend. l. Habitationum. ff. de periculo & commodo rei vẽd. sed si tempus, quod legitimo assignatur, inspiciatur, nulla apparet læsio ipsius filij: quia tũc pater non habebat plura bona, ergo nulla læsio allegari potest.

Contrariam sententiam habuerunt Paulus Castr. & Alexand. in l. In ratione 30. ff. ad leg. Falcid. Iason in Auth. Nouissima num. 9. C. de inoff. testam. & alij, quos refert & sequitur Couuar. in c. Quamuis. in 3. part. §. 1. n. 2. de Pactis lib 6. quibus adde Vasquium de successio. Creatione lib. 2 §. 20. 4. part. n. 221. & D. meum Cephalum in cons. 165. n. 15. lib. 2.

Et hæc sententia mihi probabilior videtur, & satis luculenter probari ex l. Si quando. §. 1. C. de inoff. testam. *Si quis* (inquit) *à patre certas res, vel pecunias accepisset & pactus fuisset, quatenus de inofficioso aduersus testamentum paternum querela ab eo minimè mouerεtur.* Et paucis verbis interiectis, *huiusmodi pacto filiũ minimè prægrauari secundùm Papiniani responsum, in quo definiuit meritis magis filios ad paterna obsequia prouocandos, quàm pactionib. adstringendos.*

Si non prohibetur filius impugnare testamentum, & consequenter plus petere & consequi pro legitima portione, licet pactus fuerit, de non petendo, & de testamento non impugnando: cùm certas res a patre pro legitima, vt ego interpretor, accepit: ergo multò minus prohiberi debet cum simpliciter accepit certas res pro legitima, & nihil pactus est in contrarium. Huc accedat ratio: nã legitima portio moderanda est ex bonorum quantitate, quæ tempore mortis patris reperiuntur. l. Cùm quæritur. C. de Inoff. testa. n. Cùm igitur mortis tempore facultates auctæ reperiantur, manifestum est ex illis ita auctis legitimæ portionem esse constituendam.

Ad argumẽtum contrariæ sententię respondeo, non eam ob causam filio licere suam petere legitimam secundum quãtitatem bonorum, quæ tempore mortis patris est, quia videlicet ex pactione sit læsus, qua legitimam illi pater viuens assignauit, sed alia de causa, nempe, quia aut filius res certas pro legitima accipiens pollicitus est se nil amplius petiturum, & talis promissio nihil valet, aut nec tacitè, nec expressè promisit, & tunc nihil proponitur, cur petere non possit legitimam sibi assignari pro quantitate bonorũ, quæ pater mortis tempore reliquit. At voluit inquies ante tempus habere legitimam, ergo sibi imputare debet: nec. n. si bona patris diminuta essent, aliquid restitueret. Respondeo filium quidem ita voluisse, sed eiusmodi pactiones iure non probari, sed potius reiici: ac proinde siue auctis, siue diminutis paternis facultatib. totam hanc legitimam portionem ad suum tempus referendam esse, & ex bonis relictis à defuncto prorsus moderandam fore.

CAPVT XXVIII.

De legitima parentum & fratrum an sit triens vel quadrans?

Filiorum legitimam non vt antiquo iure quadrantem hereditatis, sed trientem esse inter omnes constat ex Nouella Iustiniani de Triente & Semisse. Sed & parentum legitimã esse trientem vera & communis est sententia, vt notat Iason in Auth. Nouissima. n. 36. C. de Inoff. testa. Castr. in Auth. Ex causa. n. 2. C. de lib. præter. & Rolandus à Valle in cons. 39. lib. 3. Et satis clarè probatur ex dict. Nouella de Triente & Semisse. in illis verbis: *Hoc obseruando in omnibus personis, in quibus ab initio antiqua quarta ratio de inofficioso lege decreta est.*

Cæterùm, an idem constitutum sit in ea legitima, quæ fratribus debetur, quoties turpis persona est instituta, nonnulla est inter doctores controuersia. Etenim auctam non esse fratrum legitimam, sed quadrantem intelligi, vt olim: authores sunt Alex. in l. Si patroni. §. vlt. ff. ad Trebell. Cagnol. ad l. 1. nu. 22. ff. de Inoff. testam. Natta in consi. 478. Afflictus decis. 204. quorum illud est fundamentum, quod Iustinianus in Nouella de Triente & Semisse. legitimam duntaxat filiorum & parentum auxerit, quib. ordinario quodam iure querela competit inofficiosi testamenti: non autem fratrũ, quib. ita demum querela datur, cùm turpis persona est instituta. Id patet: quia Imperator in præfatione dicit se disponere velle, secundum id, quod, consequens est naturæ: sed fratri non debetur legitima iure naturæ. Et cùm fratrib. ab initio querela non competat inofficiosi testamenti, sed ex post facto, cùm scilicet turpis persona est instituta, colligitur Imperatorem non de legitima fratris esse locutum in vers. *Hoc obseruando in omnibus personis, in quibus ab initio, &c.*

Verùm istis nil morantib. contrariam sententiam amplector, & authorib. vtor, Hieronymo Gabrielio, qui & alios citat in cons. 126. & Iacobo Cuiacio in expositione Nouellæ 18. nõ procul à principio. Et argumento sumpto ex d. Nouella in vers. *Hoc obseruando, &c.* Si enim idem obseruandum est in omnib. aliis, quib. antiquo iure querela cõpetebat inofficiosi testamenti, vt videlicet eorum legitima sit aucta, & triens esse intelligatur, sequitur dicendum idem etiam obseruandũ in fratribus,

quibus conſtat querelam competiuiſſe turpi perſona inſtituta.

Nec verum eſt Iuſtinianum auxiſſe tantùm earum perſonarum legitimam, quibus ordinario quodam iure querela competebat. Non hoc dicitur in Nouella.

Non etiam obſtat, quod dicitur ex poſt facto competere, non ab initio. Nam primùm illa verba, *ab initio*, in textu Nouellæ nil aliud ſignificant, niſi ſecundũ iura vetera: deinde ſi hæc ratio valeret, etiam parentibus non eſſet aucta: quoniam nec illi querelam inſtituere poſſunt, niſi ſint exhæredati, & ſic ex poſt facto. Illud tantùm eſt in fratrib. conſtitutum, vt non habeant querelam niſi ſint exhæredati, & ſimul inſtitutæ turpes perſonæ, ſed huius rei non eſt habenda ratio, quia ſatis eſt illos habuiſſe querelam antiquo iure, quod ſufficit, vt Conſtitutio locum habeat. Deniq; illa verba præfationis Nouellæ nõ obſtant, quia Imperatoris intentio præcipua fuit prouidere filiis, ſed tamen etiam ad alios extendit ſuam cõſtitutionem, omnes videlicet, quib. querela competebat. Quare ſub hac lege fratres quoque contineri iudico, quia & ipſis olim querela competebat turpi perſona inſtituta.

CAPVT XXIX.

Quanta ſit legitima matris, ſi filius teſtamento condito hæredes inſtituat duos fratres vtrinque coniunctos, & matrem in legitima inſtituat?

CVm ſicut deſcendentium, ita & aſcendẽtiũ legitima ſit tertia pars hæreditatis, vt dictum eſt in præcedenti capite, iam alia oritur controuerſia. Filius condito Teſtamento matrem in legitima inſtituit hæredem, duos fratres vtrinque coniunctos hęredes inſtituit. Quæritur, quanta ſit matris legitima. Eſt antiqua & celebris controuerſia inter Iacobum Butrigarium & Bartolum. Cenſuit Butrigarius legitimam eſſe tertiam partem totius hæreditatis. Bartolus contrà, eſſe tertiam partem tertiæ partis hæreditatis. Bartoli ſententiam ſecuti ſunt Iaſon in conſ. 61. lib. 3. Alex. in conſ. 14. lib. 1. Corneus in conſil. 150. lib. 1. & Iacopinus in l. Pater filium. nu. 40. ff. de inoff. teſtam. Butrigarij verò ſententiam amplexi ſunt Bald. in Auth. Nouiſſima. C. de Inoff. teſtam. Oldradus in conſ. 123. Socin. ſen. in conſ. 75. n. 7. lib. 3.

Fundamentũ Butrigarij eſt in §. 1. in Auth. de Triente & Semiſſe, vbi Imperator ſtatuit legitimam filiorum augendam eſſe ita, vt integram habeant tertiam partem hæreditatis ac idem obſeruãdum eſſe mandauit in omnibus, quib. querela inofficioſi teſtamenti competebat, & ſic idem obſeruandum eſſe colligitur ac inſertur etiam in legitima parentum, vt dictum eſt. Conſequenter legitima parentum erit integra tertia pars hæreditatis.

Fundamentum verò Bartoli eſt, quia legitima eſt iam tertia, ſed olim quarta pars eius partis, quàm quis ab inteſtato habiturus eſſet. l. Papinianus. §. Si qui mortis cauſa. ff. de Inoff. teſtam. Sed hoc in caſu mater ab inteſtato ſuccedens habuiſſet tertiam partem hæreditatis, quia duo fratres extabant, inter quos & matrem hæreditas diuidenda erat in capita, vt notum eſt ex Authentica, Defuncto. C. ad Tertyllianum. Ergo legitima matris erit tertia pars huius tertiæ partis. Et hæc ſententia mihi ſanè probabilior videtur. Quod enim ex Nouella de Triente & Semiſſe infertur legitimam matris portionem eſſe integram tertiã partem ſubſtantiæ ſeu hæreditatis filij, rectè infertur, ac ſibi locum id vindicare poteſt, vbi mater eſt ſola, cui debetur inteſtati ſucceſſio, non autem vbi ſunt alij legitimi hæredes. Nã ſi verbi gratia, quatuor eſſent fratres defuncti hæredes ab eo inſtituti, & mater in ſola legitima inſtituta, plus haberet mater, quàm alij hæredes ſinguli, quòd videtur eſſe abſurdum, præſertim ſi inſtituta mater fuerit in minima portione, quo in caſu legitimę ſupplementum petere poteſt, iuxta l. Omnimodò. C. de inoff. teſt. petendo ſupplementum plus conſequeretur, quàm quilibet ex hæredib. eſſet habiturus, & quàm ipſamet eſſet habitura, ſi vna cum fratribus eſſet inſtituta.

CAPVT XXX.

Vtrum legitima ſit aſcendentibus titulo inſtitutionis relinquenda, vt valeat teſtamentum?

LEgitimam aſcendentibus quocunque titulo relinqui poſſe atque adeò inſtitutionis titulum non eſſe neceſſarium, Bartolus exiſtimauit in Authent. Nouiſſima. C. de inoff. teſtam. eo argumento adductus, quod idem ſit receptum in legitima patroni, iuxta notata in l. 1. §. 1. ff. Si quis a parente fuerit manum. & quia, cùm olim quocunque titulo rectè relinqueretur, vt probatur ex d. Authent. Nouiſſima, nullus extet locus, quo probetur in aſcendentibus ius antiquum immutatum eſſe, & legitimam inſtitutionis titulo illis relinquendam.

Sed contrarium docet vera & communis Doctorum ſententia, vt per Iaſonem in d. Authent. Nouiſſima. nu. 3 quæ probatur ex §. Aliud quoque capitulum. iuncto §. Et hæc quidem de parentum ordinauimus teſtamentis. in Authent. Vt cũ de appell. cog. Dicitur in §. Aliud quoque capitulum: filios a parentibus hæredes inſtituendos eſſe, aut ex iuſta cauſa exhæ-

exhæredandos, etiamſi eis legitimam portionem legati titulo vel alio modo reliquerint. Poſtea ſubdit Imperator: *Et hæc quidem de parentum teſtamentis ordinamus. Iuſtum autem proſpeximus & è contrario de liberorum teſtamentis hæc eadem cum aliqua diſtinctione diſponere.* Et infrà: Diſponit idem, vt non liceat filijs parentes exhæredare ſine iuſta cauſa, ſed hæredes inſtituendos eſſe. Quamobrem illa verba hoc etiam in loco repetita videri debent, nempe: *Etiamſi eis legitimam portionem legati titulo vel alio modo reliquerint.* Sed hæc res mihi videtur eſſe clarior, quam vt longiori egeat diſputatione.

CAPVT XXXI.

Vtrum filij, qui parentibus non ſuccedunt, in numero cenſendi ſint filiorum ad augendam, vel minuendam portionem legitimæ eorum, qui ſuccedunt?

GRauis eſt, ardua & ſubtilis diſputatio: vtrum filij, qui a parentum ſuorum ſucceſſione excluduntur, in numero filiorum exiſtimandi ſint ad aliorum, qui ſuccedunt, legitimæ portionem, vel augendam, vel minuendā. Ego aliquot concluſionibus propoſitis rei obſcuræ aliquam lucem adferre, & diſſidentium Iuriſconſultorum ſententias explicare conabor. Igitur filius filiáve a ſucceſſione patris excludi poteſt: Primò, exhæredatione ex cauſa legitima facta. Secundò, renuntiatione iurata, iuxta c. Quamuis. de Pactis. lib. 3. Tertiò, municipali conſtitutione: vt puta, ſi exiſtentibus filijs maſculis fœminæ excludantur, dotatæ, vel dotandæ. Quartò, ſi filius incapax reddatur delicto perpetrato, vel religionis ingreſſu ordinis Minorum ſancti Franciſci. Poſtremò, ſi non velit ſuccedere, & ſic hæreditatem repudiauerit.

Rurſus, talis filius à ſucceſſione excluſus in numero filiorum haberi poteſt ad minuēdam legitimæ portionem aliorū filiorum, qui ſuccedunt, vel ad eam augendam. Ad minuendā, exēpli cauſa. Pater quatuor habet filios, quorum vnus aliqua ex præmiſſis cauſis à ſucceſſione repellitur, alij verò tres ſuccedere poſſunt. Quæritur, quanta ſit legitima horum trium filiorum: videlicet, quoniam eſt triens, an non triens diuidēdus ſit in quatuor partes? an verò in tres? ſi filius à ſucceſſione excluſus in numero ſit habēdus ad minuendam aliorū legitimam, triens erit in quatuor partes diuidendus, & ſic filiorum quilibet vnciam tantùm habebit: ſi verò filius excluſus non ſit in numero filiorū, totus triēs in tres tantum partes diſtribuetur, ita vt quilibet filiorū ſucceſſionis capacium tertiam partem trientis, non autem quartam, vt in alio caſu, conſequatur.

Ad augendam verò legitimæ portionem aliorum, qui ſuccedunt, ſi iis a ſucceſſione excluſus haberi in numero filiorum poteſt, hoc modo: Pater habet quinque filios, vnus eorum non poteſt ſuccedere, is ſi in filiorum numero ſit habendus, ad aliorum portionem augendam, tunc legitima erit ſemis, quaſi quinque ſint filij: ſin minus legitima erit triens, perinde ac ſi eſſent tantùm quatuor nulla ratione habita eius filij, qui non ſuccedit.

Tractant hanc quæſtionem Alexander & Iaſon in l. Planè. §. Si duobus. ff. de leg. 1 Caſtrenſ. l. Huiuſmodi. §. Si Titio. ff eod. tit. & in conſ. 287. lib. 1. Guido Papæ deciſ. 24. & 599. Curtius ſenior conſ. 5. Alciatus in c6ſ. 775. Socinus iunior in conſ. 25. lib. 1. Fabianus de Giochis, & Marcus Antonius Cucchius in Auth. Nouiſſima. C. de inoff. teſtam. Bellonus in conſ. 83. dominus meus Cephalus in conſ. 245. lib. 2. Iacobus Menochius in conſil. 107. lib. 3. Andreas Geyll. lib. 2. obſeru. 22.

Hæc igitur ſit prima concluſio: Filius exhæredatus a parente ex iuſta & legitima cauſa, in filiorum numerò cenſendus non eſt ad minuendam aliorum filiorum legitimam portionem: Itaque ſi pater reliquerit tres filios, & iuſtam ob cauſam vnum ex eis exhæredauerit, aliorum duorum legitima erit triens integer.

Probatur hæc concluſio ea ratione, quia cùm filius exhæredatus nihil ex hæreditate patris habiturus ſit, ceteri filij, qui excluſi non ſunt, in tota hæreditate ſuccedunt: Ergo legitima eorum erit tertia pars hæreditatis: quoniam legitima eſt tertia pars eius partis, quæ ab inteſtato defertur. l. Parentibus. C. de inoff. teſta. l. Papinianus. §. Si quis mortis cauſa. & §. Quoniam. ff. eod. tit.

Confirmatur hæc ſententia ex l. Si poſt mortem. §. Liberi. ff de bonor. poſſeſſ. contra tab. *Liberi*, inquit textus, *qui contra tabulas habere non poſſunt, nec partem faciunt. Quod enim bonum eſt eis fauere, vt partem faciant nihil habituri.*

Huc accedat tex. in § Si verò filios. in auth. de Nupt. vbi Imperator ſtatuit lucra nuptialia reſeruanda eſſe filiis: *Sed ſi quis (inquit) ex eis ingratus videtur, præmium hoc aliis damnum nihil male agentibus, vt & alios corripiamus parentes honorare, & ad fratrum exemplum reſpicere.*

Poſſem huc adferre regulam l. Planè. §. Si duobus. ff. de leg. 1. vbi dicitur: eum qui ad partem non admittitur, partem non facere: ſed quia alibi contrarium dicitur, qua de re erudite Zaſius diſputat lib. 1. ſing. reſp. c. 19. Ideo hoc argumento non vtor.

Cæterum ſententiæ ſuprà dictæ aduerſātur Bartolus & Paulus Caſtrēſis in l. Pater filium.

nu.14.ff.de inoff.teſtam.iſte in d.l.Planè.§. Si duobus,& in conſ.286.lib.1.in eo tantùm caſu, quo pater tres filios habens vnum exhæredauit,& alios hæredes inſtituit in re certa, ac in omnibus aliis bonis extraneum hæredem inſtituit, hoc in caſu exiſtimant exhæredati filij portionem nequaquam lucro cedere aliorum filiorum, ſed hæredis inſtituti. Hanc rationem afferunt, quòd filij non exhæredati melioris conditionis eſſe non debeant propter alterius exhæredationem, ne culpa vnius aliis proſit. Sed hæc ratio nihil valet, quia contrarium docet Iuſtinianus in dict. §. Si verò.in Auth. de Nupt. nempe, partem exhæredati & ingrati aliorum qui digni ſunt, & bene merentes, lucro cedere.

Secundum argumentum adferunt, quia, cùm filij non exhæredati non ſint vniuerſales hæredes, ſed particulares in re certa, non poteſt eis accreſcere pars exhæredati, argum.l. Proculo.de leg.2.

Reſpondeo, filios non exhæredatos nō hoc commodum habere ex iure accreſcendi, quaſi videlicet eis accreſcat pars exhæredati, ſed per remotionem obſtaculi, vt ita dixerim. Nā cùm legitima ſit triens, illis ſolis debetur, qui ad ſucceſſionem vocantur:& filius exhæredatus obſtare aliis poterat, quò minus integrum haberent trientem: iam verò non obſtat: quoniam ille non ſuccedit: & cùm à ſucceſſione ſit excluſus, videtur in conſequentiam à legitima quoque excluſus, quæ ſucceſſionis eſt pars.

Tertiò vtuntur hoc argumento: quòd teſtator exhæredati portionem maluiſſe credatur ad vniuerſalem hæredem peruenire, quàm ad filios in re certa inſtitutos. Sed quis talem patrisfamilias mentem cognoſcere poterit? aut qua æquitate propriam quis ſoboles extraneis poſthabere credatur?

Secunda concluſio, ſicut exhæredatus filius in numero filiorum non habetur ad aliorum portionem in legitima minuendam, ita nec ad augendam. Itaque, ſi paterfamilias quinque liberos habens, vnum ex illis exhæredauerit,& alios in legitima inſtituerit, illa erit in hoc caſu triens, quaſi quatuor ſint filij, non autem ſemis, perinde, ac ſi quinque forent.

Probatur hæc communis & vera concluſio duabus rationibus: Altera, quia legitima eſt pars hæreditatis, vt iam dictum eſt. Cùm ergo quatuor duntaxat filij ad hæreditatem vocentur, ſequitur legitimam eſſe trientem, nulla ratione habita eius filij, qui exhæredatus eſt: quia videlicet ab hæreditate excluditur. Altera eſt ratio, quoniam Imperator ideo decreuit legitimam eſſe ſemiſſem, quando ſunt plures filij, quàm quatuor, ne nimis pauperes eſſent, ſi tantùm trientem haberent, vt in dict. Nouella de Triente & Semiſſe. Sic enim ait textus: *Frequenter igitur & alia vice mirati ſumus, quomodo legitimis & beneuolis filijs, quibus agunt gratias parentes, quibuſque quod relinquitur iam etiam debitum vocant, ſolum trientem deſinerant ex neceſſitate relinqui, reliquum vero interim volůntate parentum, & capiunt quidem cognati omnia, & extranei, filij vero, licet multi conſiſtant, confunduntur: & trientem diuidunt ſolum, vel ſi decem ſunt, aut amplius fuerint, pauperes erunt filij, donec vixerint parentes idonei.*

Vbi ergo quatuor tantùm exiſtunt, inter quos legitima diuidatur, ceſſare videtur ratio paupertatis. Eſt autem ita in propoſita facti ſpecie: quia filius exhæredatus non habet partem, & ſic ſoli tres trientem participabunt.

Sed iterum hìc repugnantem Bartolum habemus in d.l.Pater filium.nu.15.ff.de inoff.teſtam. vbi docet, eo in caſu, quo exhæredati portio cæteris fratribus accreſcit, legitimam portionem filiorum non exhæredatorum ex perſona exhæredati augeri. Mouetur hoc argumento, quod videlicet filij exhæredati portio cæteris filijs accreſcat, ex l.qui repudiantis.& l.Si ponas. §. vlt.de inoff.teſtam. Quibus in locis habetur: vno ex filijs exhæredatis renunciante querelæ, reliquis eius portionem accreſcere, ita vt reſciſſo per querelam teſtamento, totam obtineant hæreditatem.

Sed hæc videntur mihi diſſimilia, quoniam ibi filio exhæredato competit querela & portio hæreditatis reſciſſo teſtamento, quamobrem ſi non velit querelam intentare animo repudiantis, vt inquit textus, meritò illius portio cæteris accreſcit, iuxta l.Vnam.C.quando non petentium partes parentib.accreſcāt. Cæterùm in ea facti ſpecie, qua de agitur, cùm filius ex legitima cauſa exhæredatus proponatur, ille non habet partem vllam, ideóque nec aliis accreſcere poteſt: Tunc enim ius accreſcendi locum habet, cùm portio vni eſt delata, qui non vult, vel non poteſt eam habere, vt in d.l.Vnā.C.quando non petent.partes.& in l.Vnā.§.Vbi autem.C.de Caducis tollend.& in ſpecie noſtra declarat Alex.in dict.l. Planè.§.Si duobus.n.5 de leg.1.

Tertia concluſio: Filius ex delicto, vel aliam ob cauſam incapax hæreditatis & ſucceſſionis effectus, inter filios recenſendus non eſt, quoad aliorum filiorum, qui capaces exiſtunt, portionem vel minuendam, vel augendam.

Hæc concluſio confirmari poteſt iiſdem argumentis, quibus in præcedentibus vſi ſumus, neque enim ratio diſcriminis apparet inter hunc & præcedentes caſus.

Quarta concluſio. Filia excluſa renunciatione ab hæreditate paterna iuxta formā c. Quāuis.de pactis.lib.6. non eſt referenda in filio-

rum numerum ad augendam aliorum filiorũ, qui non renunciarunt, portionem, ſed ad eam minuendam inter filios reputanda eſt.

Probatur vtraq; pars concluſionis hoc modo: Vbi filia renunciat hæreditati paternæ, illa renunciatio cedit in fauorem, & commodum patris: quia pater dote ei data nó tenetur amplius eam instituere: Ergo ſi, v.g. pater habeat tres filios & filiam, eáque renunciauerit, iam pater eius portionem conſecutus eſt; & conſequenter in numero filiorum eſt habenda, ad hoc, vt triẽs diuidatur in quatuor partes, quarum vna cedat patri vigore renunciationis, aliæ tres cedant aliis tribus filiis. Non habetur autem in numero filiorum ad augendam aliorum legitimam: quia ſic pater damnũ ſentiret ex renunciatione. Et quia ſi, verbi gratia, ſint quinque filij: & inter eos filia renuncians, ſoli quatuor inter ſe diuident trientem.

Quinta concluſio: Filia à ſucceſſione excluſa vigore ſtatuti mandantis eam dotari, & filios maſculos ad ſucceſſionem vocantis, non eſt in numero filiorum ad minuendam portionem legitimæ maſculorum.

Probatur, quoniam excluſa à ſucceſſione dicitur eſſe excluſa etiam a legitima; cum illa ſit pars hæreditatis & ſucceſſionis. Et cum ita non admittatur ad partem, nec partem facere debet ad aliorum detrimentum. l. Plane. §. Si duobus ff. de leg. 1.

Huc accedat, quod tale ſtatutum conditũ eſſe videtur in fauorem maſculorum & agnationis: ſed ſi filia faceret partem ad diminuẽdam maſculorum portionem, videretur in odium quodammodo retorqueri. l. Quod fauore. C. de legib.

Contra iſtam concluſionem adferri ſolet textus in l. Huiuſmodi. §. Si Titio. de leg. 1. *Si Titio & Mæuio (inquit textus) legatus fuerit Stichus, qui Titij erat, debebitur pars Stichi Mæuio. Nam Titius quamuis ad legatum non admittatur, partem facit.*

Reſpondeo. Titius ibi non admittitur ad partem legati: quia dominus erat ſerui, & res propria non poteſt alicui legari. l. Proprias. C. de legatis. Facit autem partem: quia ius retentionis habet iure vetuſtioris dominij, vt ibi explicat Bartolus, & poſt eum Zaſius lib. 1. ſingul. reſponſ. cap. 19. & Socin. iun. in d. conſ. 15. num. 12. lib. 1.

Sexta concluſio: Filia ſtatuto excluſa à ſucceſſione, vt ſuprà, inter filios annumeranda eſt ad legitimæ portionem maſculorum augendam, vt ſi verbi gratia, ſint quinque, & inter eos filia excluſa: legitima ſit ſemis, non autem triens.

Probatur, quia hic ſunt quinque filij, ergò legitima eſt ſemis, vt in Nouella de triente & Semiſſe. Non obſtat, ſi dicatur filiam quidẽ extare, ſed non ſuccedere, quia nihilominus in numero eſt habenda ad commodum filiorum. Ratio eſt, quia dotem habuit, vel habitura eſt, & ſic dos videtur eſſe loco legitimæ: quamobrem erit perinde, ac ſi ipſa quoque legitimæ portionem habuiſſet: conſequenter alij pinguiorem partem habere debent, quia incommodum ex dote data, vel danda habituri ſunt. Et ſanè ſi trientem tantùm haberent cum onere dotis dandæ, nimis exigua eſſet portio eorum.

Sed contrarium reſpondit Paulus Caſtrenſ. in conſ. 287. lib. 1. atq; vtitur hoc argumento: Is qui loco extranei cenſeri debet, non poteſt in numero filiorum haberi, quia hæc longè differunt, haberi pro extraneo, & haberi pro filio: Sed filia excluſa, pro extranea habetur, quantum ad ſuccedendum patri: Ergo non debet pro filia haberi, quantum ad eum effectum. Aſſumptio probatur, quia nec talis filia querelam habet inofficioſi teſtamenti, nec ei legitima debetur, cùm enim à ſucceſſione excluſa ſit, videtur etiam excluſa a legitima quæ pars eſt ſucceſſionis.

Reſpondeo, filiam ſic excluſam non haberi prorſus pro extranea perſona, quia dotari debet, & dos eſt loco legitimæ, quæ res cùm in detrimentũ cedat filiorum maſculorum, meritò & ipſi ex eius perſona pinguiorem & vberiorem facient legitimæ portionem.

Quædam alia adferuntur argumenta cõtra ſuperiorem ſententiam, ſed illa, & leuia ſunt, & diligenter à domino meo Cephalo refutantur in d. conſil. 245 lib. 2. vt non ſit operæ precium actum agere.

Poſtrema concluſio: Si filius ſit excluſus à ſucceſſione, quia nolit ſuccedere, ac repudiauerit hæreditatem, illius portio hæreditatis conſequenter etiam legitimæ cæteris accreſcit. l. Vna. C. Quando non petent. partes, petentibus accreſcant.

CAPVT XXXII.

Vtrum legitima filiorum ſtatuto tolli poſſit?

Controuerſia etiam eſt circa legitimam filiorum, an ea tolli ex ſtatuto poſſit. Sunt enim qui exiſtimant tolli poſſe, ſunt qui negant, & non deſunt, qui minui poſſe affirmẽt, tolli autem poſſe negent. Vide Couuar. in 4. lib. Decretal. part. 2. cap 8. § 6. nu. 5. Andream Geyll. lib. 2. obſeru. 122.

Qui tolli poſſe exiſtimant, hoc argumento vtuntur: Id quod iure ciuili conſtitutum eſt, alio iure ciuili, nempe, ex ſtatuto mutari & tolli poteſt. vt in §. Sed naturalia. in Inſtit. de iure natu. gent. & ciuili. Sed legitima eſt à iure ciuili conſtituta: ergo alio iure ciuili puta ſtatuto tolli poterit.

Aſſumptio probatur ex l. Lege duodecim tabularum C. de legiti. hæred. vbi Imperat. ait,

leg. 12. tabularum constitutum esse, vt ad successionem tam masculi filij, quàm fœminæ vocentur. Legitima verò est pars successionis. Et ex §. 1. in Authent. de Triente & Semisse. vbi Imperator dicit: Legem parentibus necessitatem imponere, vt filiis legitimam relinquant.

Confirmatur hæc sententia, nam remedia, quibus ipsa hæreditas, ac legitima obtineri potest, iure ciuili prodita sunt; veluti querela inofficiosi, petitio supplementi & similia: Ergo iure ciuili videtur esse legitima constituta.

Negantis autem sententiæ firmamentum est in contrario syllogismo. Quod iure naturali debetur, mutari ac tolli iure ciuili non potest. §. Sed naturalia. in Institut. de iure natur. gen. & ciuil. sed legitima iure naturali debetur, & filiis constituta est; Igitur statuto tolli non poterit.

Assumptio probatur primùm ex l. Cum ratio. ff. de bonis damnator. *Cùm ratio naturalis (inquit textus) quasi lex quadam tacita liberis parentum hæreditatem adijciat: velut ad debitam successionem eos vocando &c.*

Secundò, ex l. Scripto. ff. Vnde liber. Papinianus: *Liberos ad bona parentum natura simul & communc parentum votum admittit.*

Tertiò, ex §. Primum itaque. in Authent. de hæred. & Falcid. *Primum itaque (inquit textus) illud est cogitandum, quia testantibus alijs quidem necessitatē imponit lex distribuere quandam partem personis quibusdam, tanquam hoc secundùm ipsam naturam eis debeatur, quale est filijs & nepotibus & patribus atque matribus, interdum verò etiam fratribus, &c.*

Quartò ratione probatur: nam legitima debetur filiis, vt ex ea se alere & sustentare possint, teste Imperatore in Authent. de Triente & Semisse. Cùm ergo alimenta iure naturæ filiis debeantur. l. 1. §. Ius naturale. ff. de iust. & iure: sequitur & legitimam eodem iure deberi.

Tertiæ autem opinionis fundamentum est in eo positū, quod iure naturali legitima debeatur; & idcirco tolli in totum non possit. sed quia eius quantitas iure ciuili præscripta & definita est, idcirco ex lege municipali aliqua ex parte minui posse, iusta scilicet causa suadente.

Hanc postremam sententiam æquiorem ac probabiliorem esse iudico, & omnino sequendam: tum, quia supremum Cameræ Imperialis tribunal eā sequi solet. teste Andrea Gayll. loco proximè citato; tum quia illam amplectitur etiam Rota Romana, vt notatur decis. 28. in nouis. Fuit dubitatum. & decis. 476. Nota consuetudo in antiquis.

Ita tamen hanc sententiam arbitror locum sibi vindicare posse; si modò non ita minuatur, vt ad filiorum sustentationem non sufficiat: cuius declarationis authore vtor Couarruuia loco proximè citato; & eo argumento, quòd alioqui statutum esset iniquum, & irrationabile, & consequenter non valeret. c. Erit autem lex. 4. distinct.

Ex his argumenta in contrarium non obstare manifestum. Est enim legitima partim iure ciuili, partim iure naturali constituta; iure ciuili, quoad quantitatem, iure naturali, quoad rem ipsam & substantiam, ideo quatenus ex iure ciuili definitionem accepit, mutari potest, quatenus verò ex iure naturali debetur, mutari non poterit, vti nec ipsum ius naturale.

CAPVT XXXIII.

Vtrum pater assignare filio legitimam possit in pecunia numerata?

SI pater filium in legitima instituerit, eámque in pecunia assignauerit, vtrū filius cogatur acquiescere paternæ voluntati, non eadem est omnium sententia. Etenim si in hæreditate, relicta pecunia repertatur, affirmant cogendum filium acquiescere, & eam acceptare, post alios, quos citant Ripa ad l. In quartam. num. 126. ff. ad legem Falcid. & Iacobus Menoch. de arbitr. iudic. casu 163. Fundamentum est; quia legitima relinqui debet ex substantia patris. Talis autem est pecunia in hæreditate inuenta: ergo nihil prohibet, quò minus in eiusmodi pecunia assignari possit ac relinqui. Nam & omnia bona patri alienare permissum est, si velit, eáq; in pecuniam redigere, nec filio iniuriam facere videtur.

Cæterum negantem sententiam amplexi sunt Bartol. in l. Suus quoque. ff de hæred. instit. ad finem. Alexand. in consi. 79. lib. 1. Iason ad l. Non amplius. §. Cum honorem. numer. 7. de leg. 1. Et fundamentum est, quia legitima est tertia pars vel semis, pro numero liberorum, paternæ substantiæ, vt patet ex § 1. in Authen. de Triente & Semisse. Ergo in ipsis bonis ac substantia est assignanda, non autem in pecunia: Interest enim filij potius res habere, quam pecuniam propter iustam affectionem, eam ob causam, quod fuerit maiorum suorum, argumento l. Si in emptionem. ff. de Minorib.

Hæc sententia videtur mihi tutior: & confirmari potest ex eo, quod parentibus non licet, nec modum, nec dilationem, nec conditionē, nec quodcunque aliud grauamen legitimæ adijcere, l. Quoniam in prioribus. C. de inoff. testa. Videtur autem aliquis modus, imò grauamen adijci, cùm in pecunia numerata legitima assignatur filio. Nam debet ei liberum ius-

ius patere eam consequendi, prout institum videtur, non quidem vnam rem eligendo meliorem, vel ex rebus singulis cum aliorũ præiudicio partem deducendo: sed ita res est moderanda iudicis arbitrio & prudentia, vt ex vna vel pluribus rebus legitima deducatur, filioque assignetur, prout magis commodum & minus aliis damnosum videbitur. argum. l. nõ amplius. §. Cum bonorũ. & l. Sequentis. de leg. 1. & l. 2. C. quãdo & quibus quarta pars debeatur lib. 10. Vide Menoch. dicto casu 163. n. 16.

CAPVT XXXIV.

Vtrum legitimum filius amittat propter inuentarium non confectum?

NOn est omittenda celebris hæc controuersia, Vtrum filius legitimam amittat propter inuentarium non confectum. Et quidem filium legitimam amittere propter inuẽtarium non confectum, atque adeò ad omnia legata & fideicommissa persoluenda teneri, etiam si eis solutis nihil pro legitima ei supersit, authores sunt multi. Oldrad. in cons. 114. Paulus Castrens. in cõsil. 186. lib. 2. & alij; quos distinctione quadam adhibita refert & sequitur Couuar. in cap. Si hæredes. num. 10. de Testament. sed latissimè omnium Franciscus Sarmientus lib. 2. Selectar. interpret. capit. 7. addi potest his & Cuiacius in expositione dict. Nouellæ de hæred. & Falcid. & Phanucius de inuentario hæredis, part. 7. n. 13.

Argumenta verò tria sunt potissimùm. Primum est, quia hæres, qui inuentarium nõ cõfecit, tenetur etiam vltra vires hæreditarias, nec distinguitur an sit suus hæres vel alienus. l. vlt. C. de iure delib. §. Sin autem dubius & in §. Si verò postquam. Et disertè habetur in §. Sancimus. in vers. Si verò non fecerit. in Auth. de hæred & falcid. *Si verò non fecerit inuentarium &c.* inquit Iustinianus, *compellebit legatarios & fideicomissarios, quamuis pura substantia morientis excedat mensuram legatorum datio.*

Secundum argumentum est. Hæres non conficiens inuentarium, si sit creditor defuncti, actionem & creditum amittit. l. Debitori. C. de Pactis. Hoc est enim vnum ex beneficiis, quę consequitur ex inuentarij confectione, vt actiones hæredi sint saluæ, quas contra defunctum habuit. vt in d. l. vlt. §. In computatione. C. de iure delib. Ergo etiam filius hæres non conficiens inuentarium actionem ad legitimam, & illud, quasi creditum, amittet.

Tertium argumentum est, quia ita constitutum est in Falcidia, vt eius commodo & beneficio hæres non fruatur, qui inuentarium non cõfecerit, vt in d. l. vlt. C. de iure delib. & in Auth. de hæred. & Falcidia. præsumitur enim subtraxisse bona, quæ Falcidiæ sufficiebant, vt ibi dicitur. Ergo idem est in legitima.

Et confirmari potest hoc argumentum: quia in Falcidia eadem ratio videtur, quæ in legitima. Nam ante ius nouissimum etiam falcidia a testatore prohiberi non poterat. l. Si vt allegas. l. Quanquam. C. ad leg. Falcid. sicut nec legitima. Ergo idem iuris videtur esse in vtraque.

Sed contrariam sententiam amplexi fuere Gloss. & Alex. in l. vlt. §. pen. C. de iure delib. Idem Alex. in cons. 67. lib. 4 & 134. lib. 1. Imol. in c. 1. n. 10. de Testament. Alciatus in cons. 43. li. 9. secundum Impressionem Lugdunensem Cagnol. in l. Papinianus. § Meminisse. n. 5 ff. de Inof. testam. Osascus decis. Pedemont. 148. num. 6. Rolandus à Valle de Confectione inuentarij. §. 5. ¶. Dubitatio oritur. Andr. Geyl. lib. 2. pract. obseru. cap. 1, 8. n. 14. qui & alios citant.

Et hanc sententiam ego probabiliorem esse iudico. Primum enim satis firmum pro eius confirmatione illud est argumentum, quod nulla lege cautum hoc sit, quemadmodum in Falcidia, quæ locum habet cùm vltra dodrantem legata relinquuntur. Deinde illud est firmissimum argumentum, quoniam hæc disputatio oriri non potest, nisi cùm filius hæres institutus, & legatis vel fideicommissis vniuersalibus aut particularibus grauatus est. Quantum enim attinet ad æs alienum defuncti, inter omnes constat illud legitimæ præferendũ esse, ex l. Papinianus. §. Quarta. ff. de Inoff. testam. Sed illud certum est, legitimam nec directè tolli posse, nec indirectè, nec vllum grauamen præiudiciumve filio inferri in legitima, vt in l. Quoniam in prioribus. C. de inoff. testam. Scimus. § Cum autẽ C eod. & habetur in Nouella de Restitutionib. & ea quæ parit in 11. mense. vbi cauetur, legitimam esse excipiendam ab onere restitutionis iniunctæ. Ergo legata & fideicommissa, quibus legitima vel tollitur, vel diminuitur, irrita sunt & pro non scriptis habenda. Ergo filius etiã inuentarium non conficiens, propter eiusmodi legata fideicommissa damnum in legitima sentire non potest, nec debet: neque enim inuentarij confectio ei a lege iniungitur, vt legitimam integram & nulli oneri subiectã obtinere valeat. Quod sanè si necessarium fuisset, æquum erat exprimere, vt filius sciuisset leges, quibus legitimæ prospectum est, cessare inuentario non confecto, sicut expreisè cautum est in Falcidia.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondetur, hæredem inuentarium non

conficientem ad legata præstanda & fideicõmissa teneri vltra vires hæreditatias, cùm talia sunt legata & fideicommissa, quæ de iure valent, & relinqui potuerunt: sed legata & fideicommissa in præiudicium ac diminutionẽ legitimæ ordinata irrita sunt, ac nullius momenti, & pro non scriptis habentur, vt iam dictum est, ergo filius ad ea soluẽda nõ tenetur.

Ad secundum respondeo, argumẽtum illud locum habere posse, cùm filius hæres institutus, vel ab intestato succedens nemini tenetur hæreditatẽ restituere, vel legata præstare, quibus hæreditas exhauriri possit: tunc enim cùm sit hæres & bona teneat, actiones illi competentes confunduntur: sed cùm hæreditatem aliis restituere tenetur, vel legata præstare, alia est ratio: tunc enim separare potest legitimam sibi debitam, eámque saluam ac præcipuam retinere, & reliquum restituere. Nec illud ius legitimæ siue ad legitimam pertinens, quod filio competit, ex aditione confundi potest, quia iam per legem prorsus exceptum & exemptum est ab omni restitutione ac onere. Si enim vult lex legitimam exemptam esse à restitutionis onere, consequenter vult legitimam filio reseruare, eámq. separare ab omni onere restitutionis: *Quamobrem præsentem ponimus legem* inquit Iustinianus in Auth. de restitut. & ea quæ parit, &c. *Omnia quidem alia prioris à nobis posita constitutionis rata manere volentes: hoc verò innouantes solummodò, vt si quis de cætero restitutionem fecerit suarum rerum, primùm quidem seruet filio legitimam partem, non quartam &c.*

Hæc igitur legitima, quo modo possit legatis vel fideicommissis exhauriri, & exinaniri eò, quòd filius inuentarium non confecerit, cuius conficiendi ad hunc effectum, legitimæ non amittendæ nullum à lege præceptum habet, ego prorsus non intelligo: Si enim legatum ac fideicommissum ab ipso initio nõ præiudicat legitimæ, nec illam tangit, quia reseruanda est: Quomodo fideicommisso absorberi poterit ex post facto, ob inuentarium non confectum?

Ad tertium argumentũ respondeo, de Falcidia id quidem luculenter constitutum fuisse, sed alia est detractio ex lege Falcidia, alia est legitima filiis debita. Illa, vt maximè olim prohiberi non potuerit à testatore, nunc tamẽ potest, vt illa ipsa Nouella de hæredibus & Falcid. constitutum est à Iustiniano. hæc verò nec olim, nec hodierno iure prohiberi à parente, tolli, minui, absorberi potest, & omnia quæ in eius grauamen scripta sunt, pro nõ scriptis censentur. Illa hoc ratione naturali debetur, & legi antiquæ 12. tabularũ repugnat, qua constitutum erat: Vti quisque rei suæ legassit ita ius esto. hæc iure naturali debetur, & omnibus legibus antiquis & nouis adiuuatur, ac relinqui præcipitur: Cum igitur argumentari liceat ex Falcidia ad legitimam, cum ad affirmandum infirmum argumentum appareat à minori ad maius? ab eo quod diuersum est? quod differentem rationem habet?

CAPVT XXXV.

De inuentario hæredis controuersiæ aliquæ, & prima circa tempus illud conficiendi an incipiat ex die adita, an verò delata hæreditatis?

NOn alienum fore putamus aliquas his adnectere cõtrouersias doctorum de inuẽtario hæredis. Et illam imprimis, quoniam in l. vlt. C. de iure d. lib. triginta dies constituti sunt ad illud inchoandum & alij sexaginta ad perficiendum, nisi res hæreditariæ, vel maxima earum pars posita sit alibi, tunc enim hæres anni spatium habet ad inuentarium conficiendum, vt in ea lege dicitur. Hæc cùm ita constituta sint, oritur controuersia, quando tempus hæredi incipiat currere an ex die aditæ hæreditatis, an verò delatæ. Et quidem cõmunior videtur sententia illud incipere ex die aditæ hæreditatis: ita enim docet Glo. in d. l. vlt. in ver. *delatam*, quam sequuntur Bartolus, Paulus Castrensis, Alex. Iacopin. & Corneus in commentariis eiusdem loci, aliíq. nõ pauci, quos refert & sequitur Roland. à Valle de Confectione inuentarij in 3. part. §. Quæritur quo tempore.

Fundamentum est primò in d. l. vlt. §. Si verò postquam. C. de Iure delib. *Si vero postquam adierint, vel se se immiscuerint præsentes, vel absentes inuentarium facere distulerint, & datum iam à nobis tempus ad inuentarij confectionem effluxerit, &c.* His enim verbis textus indicare videtur tempus præfixum currere, postquam hæres adiuit hæreditatem.

Secundo, quia textus dicit in d. l. vlt. C. de iure deliberandi, in ipso inuentario ante omnia præponendum esse venerabile signum sanctæ crucis manu hæredis: sed nemo dicitur hæres propriè, nisi qui hæreditatem adiuit: l. Si in diem. ff. de Cond. & demonstr. l. Statuliberos. §. Si quis hæredi. ff. de statuliberis. Ergo textus præsupponit iam aditam esse hæreditatem cùm inuentarium conficitur.

Tertiò, quia dicitur in d. l. vlt. §. Donec. C. de iure delib. hæredem intra tempus inuentarij conficiendi à creditoribus, legatariis & fideicommissariis molestari non posse. Hoc autem frustra diceretur, nisi cùm inuentarium hæres conficit, iam adiuisset hæreditatem. Si enim hæreditatem non adierit indubitatum est molestari non posse.

Sed contraria sententia mihi longe probabilior

lior videtur, nempe tempus, de quo agitur ex die delatæ hæreditatis currere. Ita docuit olim Richardus Malumbræ, Ioan. Andr. ad Specul. Tit. de Instru. editio. §. vlt. Odofred. in Auth. Sed cum testator. C. ad leg. Falcid. Abbas in conſ. 73. Phanucius de Inuentario in 1. parte, in princ.

Et omiſſis inutilibus argumentis, iuxta meũ antiquum morem, (quid enim prodeſt inutilia referre argumenta eaque refellere?) Fundamentum huius ſententiæ ſolidum eſt in d. l. vlt. C. de iure delib. Verſ. Sin autem dubius, vbi textus ita dicit. *Sin autem dubius eſt, vtrum admittenda ſit nec ne defuncti hæreditas, non putet ſibi eſſe neceſſariam deliberationem, ſed adeat hæreditatem, vel ſeſe immiſceat, omni tamen modo inuentarium ab ipſo conficiatur, vt intra triginta dies poſt apertas tabulas, vel poſtquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam ſibi ab inteſtato hæreditatem cognouerit, numerandos exordium capiat inuentarium.*

Hactenus verba legis. Ex quibus patet, tempus inuentarij conficiendi exordium ſumere ex die, quo apertæ ſunt tabulæ teſtamenti, delatámque ſibi hæreditatem hæres cognouit.

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, illa verba ſupplenda eſſe ex §. Si verò poſtquam. in eadem lege, vt nimirum tempus hæredi currat ex die delatæ hæreditatis, & ſimul etiam aditæ. Sed non probatur hæc ſuppletio ex dicto §. Si verò poſtquam. nec aliquo alio teſtimonio.

Reſpondeo enim ad d. §. Si verò. non loqui de tempore ex quo initium ſumere inuentarij confectionem oporteat, verùm de hærede, qui inuentarium non confecit, & dicit eum in ſolidum teneri creditoribus & aliis.

Ad ſecundum argumentũ reſpondeo, quod dicitur venerabile crucis ſignum manu hæredis proponendum eſſe, id accipiẽdum tam de hærede, qui hæreditatem adiuit, quàm de eo, qui non adiuit. Conſtat enim & heredem, qui nondum adiuit inuentarium conficere poſſe, vt in eadem l. vlt. §. Sin autem hoc aliquis fecerit.

Ad vltimum reſpondeo illud beneficium, quod lex concedit, vt interim donec inuentarium conficitur, hæres moleſtari non poſſit, vtile eſſe, & nullo modo fruſtrà conceſſum, cũ hæres adiuit; licet, cùm non adiuit, neceſſariũ non ſit. Et cùm lex aliquid operatur, ſaltem in aliquo caſu, ſuperflua reputari non debet. l. 2. C. de noxalib. act. declarat Deci. in l. Cum quidam. num. 1. C. de inſtit. & ſubſtit. D. meus Cephalus in conſi. 104. num. 27.

CAPVT XXXVI.

Alia controuerſia circa locum, in quo inuentarium confici debet ab hærede.

Eſt & controuerſia circa locum, in quo inuentarium ab hærede confici oportet. Nã in præſentia iudicis eſſe cõficiendum. authores ſunt Angelus de Inuentario. nu. 7. Socin. iunior in conſ. 19. n. 14. lib. 3 & alij, quos refert & ſequitur Rolandus à Valle in conſil. 73. n. 56 lib. 2. Alij verò negant iudicis præſentiam eſſe neceſſariam. Ita Bartolus in conſil. 154. Caſtrenſ. & Salycet. in d. l. vlt. C. de iure delib. Alios commemorat Rolandus à Valle de confectione inuentarij. §. Præſentia iudicis. vbi relatis omnium ſententiis diſtinguit, & docet præſentiam iudicis requiri, quantum ad hoc, vt inuentarium fidem faciat aduerſus creditores, & alios; non autem quantum ad obligandum ipſum hæredem.

Ego verò neque iuris neque moris eſſe puto, vt in conficiendo inuentario iudex præſens eſſe debeat: ſed vocatis creditoribus & aliis, fieri ſolet a notario vno, vel pluribus in loco honeſto & congruo: nimis enim & indecens, & moleſtum eſſet, iudicem occupari in ea re, quæ plures dies plerunque requirit. Et ſanè cùm & in l. vlt. C. de iure delib. & in Auth. de hæred. & Falcid. inuentarij ſolennia diligenter à Iuſtiniano cõmemorentur, ſi & præſentia iudicis inter ſolennia recenſenda eſſet, æquum erat id exprimere & declarare, quod tamen factum non eſt. Nec textus in l. De creationibus. C. de Epiſcop. audient. qui pro contraria ſententia adferri ſolet, præſentiã iudicis exigit in eo inuentario, de quo loquitur: ſed tantùm hoc dicit, inuentarium illud publicè conficiendum. Similiter & tex. de tutorum & curatorum inuentario verba faciens in l. Tutores. 14. C. de admin. tutor. præſentiam duntaxat requirit publicarum perſonarum, non autem iudicis.

CAPVT XXXVII.

De hærede, qui non omnes res in inuentario ſcripſit, an amittat Inuentarij beneficium.

Inſignis eſt controuerſia in eâdem materia inuentarij: Si hæres non omnes res ſcripſit in inuentario, ſed aliquas omiſit, ac celauit ſciens prudénſque, nec poſtea etiam adiecit: vtrum amittat inuentarij beneficiũ, an verò in duplum tantùm teneatur rei omiſſæ. Etenim eũ in duplum teneri probat textus in l. vlt. §. Licentia. C. de iure delib. *Licentia* (inquit textus) *danda creditoribus ſeu legatarijs vel fideicommiſſarijs ſi maiorẽ putauerint eſſe ſubſtantiam à defuncto derelictam, quàm hæres in inuentario ſcripſit quibus voluerint legitimis modis quod ſuperfluum approbare, vel per tormenta forſitan ſeruorum hæreditariorum, ſecundum anteriorem noſtram legem, quæ de quæſtione ſeruorum loquitur, vel per ſacramentum illius, ſi alia probationes defecerint: vt va-*

dique veritate exquisita, neque lucrum, neque damnum aliquod hæres ex huiusmodi sentiat hæreditate: Illo videlicet obseruando, vt si ex hæreditate aliquid hæredes surripuerint, vel celauerint, vel admonendum curauerint, postquam fuerint conuicti, in duplum hoc restituere, vel hæreditatis quantitati computare compellantur.

Hoc cùm ita sit, non debet amittere beneficium inuentarij, nam si illud amitteret, & simul etiam in dupli pœnam incideret, grauius puniretur, quàm is qui intra tempus constitutum inuentarium non confecit, qui in eo dũtaxat punitur, quoniam inuentarij beneficium amittit, vt in d. l. vlt. §. Si verò postquam. C. de iure delib. cum tamen plus delinquat, quia bona surripuisse præsumitur, & longè plura, quàm is, qui vnam duntaxat rem occultauit.

Præterea nemo duplici pœna est afficiendus ob vnam & eandem causam. l. Sanctio. in fi. ff. de Pœnis. l. Senatus. ff. de Accus. Argumento vasalli id confirmari potest. Nam vasalius qui partem feudi alienat absque domini consensu, illam duntaxat partem amittit, non etiam totum feudum, vt docet Glos. in c. 1. §. Allodij. de prohib. feudi alien. per Frideric. Clarus §. Feudum, quæst. 31. vers. Sed pone vasallus. Et cùm res sit dubia, & obscura, mitior pœna locum habere debet. l. Interpretatione. ff. de Pœnis. Decius ad l. Semper in obscuris. nu. 20. de reg. iur. Alciat. de Præsumpt. reg. 3. Præsumpt. 6.

Denique isthæc videtur esse magis communis Doctorum sententia. Ita enim docent Odofred. in d. l. vlt. §. Licentia. C. de iure delib. & Oldradus, vt refert Cynus, Bartolus in cons. 154. num. 8. lib. 1. Fulgo. & Salycet. in d. §. Licentia. nec non etiam Castr. & Alexand. num. 4. post Imolam, quem citat Corneus ibidem num. 9. Iason & Iacopinus Romanus in cons. 276. num. 8. Alexand. de Neuo, in cons. 38. n. 17. Angelus Aretin. de Testamen. Glo. 1. 2. col. vlt. Guliel. de Bened. c. Rainucius. vers. Mortuo itaque testatore. nu. 40. de Testam. Procellinus de inuentario cap. 3. nu. 6. Vitalinus tract. Clausular. clausul. 41. nu. 38. Bellonus in cons. 30. n. 6. Portius in cons. 50. n. 7. cui subscripsêre Mantica, Torniellus, Rageiius & Carratus, Benincasius de Paupertate q. 9. Villalob. Com. op. ver. hæres. nu. 8. Roland. de Inuentario 4. part. 3. vtilitate. §. Quod si hæres. vers. Quid dicendum. Monticulus de inuent. n. 154. Calua can. de tutor. & curat. num. 10. Io. Corasius de Inuentar. nu. 24. Dionysius Pontanus ad Consuetudines Blesenses tit. 2. art. 5. tit. de inuentario. quæst. 7. D. meus Decianus in consil. 49. n. 56. lib. 2. Menochius qui hos citat, in cons. 571. libro 5.

Verùm istis non obstantib. contrariam sententiam veriorem puto, nempe hæredem hoc in casu beneficio inuentarij indignum esse, ac meritò priuandum, si ita legatarij & creditores velint. Moueor in primis ex §. Sin autem dubius. iuncto §. Et si præfatam. d. l. vlt. C. de iure delib. Dicitur in §. Sin autem dubius. hæredem inuentarium conficientem subscriptionem ponere debere *significantem & quantitatem rerum, & quod nulla malignitate circa eas ab eo facta, vel facienda apud eum remaneant.* Sequitur §. Et si præfatam. vbi dicitur: *Si præfatam obseruationem hæredes solidauerint, hæreditatem sine periculo habeant, & legis Falcidiæ aduersus legatarios vtantur beneficio: & in tantum hæreditarijs creditoribus teneantur, in quantum res substantiæ ad eos deuolutæ valeant.*

Igitur, si hæres non descripsit omnia bona in inuentario, sed circa aliqua malignatus est ea occultando, non est dignus beneficio legis.

Respondent contrariæ sententiæ authores, sumi non posse argumentum a contrario sensu, eo modo, quia repugnat textus in d. §. Licentia. Sed replicari potest, imò sumi posse argumentum à contrario sensu; nam quod attinet ad d. §. Licentia infrà respondebitur. Probatur, quia, nisi tale argumentum sumeretur, illa verba sequentia perperam subiicerentur: *Et si præfatam obseruationem solidauerint, &c.* nam etsi non solidauerint, idem tamen statutum esset, quod est absurdum. Præterea valet argumentum regulariter a contrario sensu, vt notum est ex l. 1. ff. de off. eius, cui mand. est iurisdi. Tertiò dicit Textus in §. Si verò postquam. hæredem qui non confecit inuentariũ intra tempus constitutum, legis beneficium non habere, quam contemnendã putauit. Sed nonne & hæres qui non omnes res apponit, legem contemnere videtur? Quartò dicit textus: *Subscriptionem tamen hæredem supponere necesse est significantem & quantitatem rerum, & quod nulla malignitate, &c.* Subdens: *Et si præfatam obseruationem solidauerint, &c.* Si hæres nõ subscribat inuentario, amittit legis beneficium, quia non obseruat eius preceptum, vt respondit egregiè Natta in cons. 214. n. 13. & Rolan. de confect. inuent. 3. part. §. Requiritur. Cur ergo inuentarij beneficia habere debeat is, qui scripsit quidem, sed non fideliter, scilicet omnia bona indicans, vt debuit? Quid plura? vrget hoc argumentum Iustinianus ipse in § Sancimus. in Authen. de Hæred. & Falcid. ibi mandat inuentarium fieri secũdum legis formam, & si non fiat, priuat hæredem beneficiis quæ illi concessit.

Et hoc secundum argumentum, quod me mouet, nempe ex d. §. sancimus: *Fiat igitur inuentarium*, inquit textus *ab hærede metuente, ne forte non habeat post debita & legata falcidiam*

diam secundùm modum & tempora per quæ du-dum sancimus, quando homines exceptimus ex damno rerum suarum in aditionibus statuentes onera vsque ad substantia relicta mensuram.

Hîc Imperator æquiparat modum & tempora inuentarij conficiendi: Sicut ergo, cùm intra cõstitutum tempus nõ fit inuentarium, hæres illius commodo priuatur, ita etiam priuari debet, si non fiat secundùm modum & formam à lege præscriptam, qui modus est, vt omnia bona scribantur in eo, & nulla fiat malignitas vel fraus.

Et ideo subdit textus: *Illo adiecto solo, vt oporteat huiusmodi hæredem, qui non creditores solùm, sed etiam legatarios & fideicommissarios veretur & metuit, non damnificari solùm, sed etiam non lucrari, &c.* Quibus verbis declarat Imperator hæredem, qui non vult damnificari; hoc est, vltra vires hæreditarias obligari, inuentarium conficere oportere, secundùm modum & tempora iam sancita: Ergo, si modus non seruetur, hæres inuentarij commodum & beneficium amittet.

Tertiò confirmatur hæc sententia ex verbis sequentibus eiusdem textus: *Si verò non fecerit*, inquit, *inuentarium secundum hanc figuram, quam prediximus, non retinebit falcidiam, sed complebit legatarios & fideicommissarios, licet pura substantia morientis transcendat mensuram legatorum datio: Et hoc dicimus, non nostram minuentes legem quam posuimus, vt nihil de proprio damnificentur hæredes creditoribus; sed hoc, dabit ei pœnam exactio sua malignitatis, cur transcenderit leges, quibus cautè omnia agens nihil poterat damnificari: sed ex diuerso etiam Falcidia lege lucrari.*

Respondent Bartolus in d. consil 154. lib. 1. & Vitalinus de Clausulis loco superius relatò, illum textum loqui de hęrede, qui non confecit inuentarium; non autem de eo, qui confecit, & aliquid omisit. Non rectè; quia textus non simpliciter dicit: *Si verò hæres non fecerit inuentarium*; sed dicit: *Si verò non fecerit inuentarium secundùm formam prædictam.* Quibus verbis patet, sermonem esse de eo, qui nõ fecit inuentarium secundùm formam legis. Prætetea dicit textus: *Sed dabit ei pœnam exactio sua malignitatis.* Quæ verba locum habẽt in hęrede, qui confecit quidem inuentarium, sed malignè, celando scilicet, vel surripiendo aliqua bona. Huc & illa verba spectant: *Cùr leges transcẽderit, ex quibus cautè omnia agens, nihil poterat damnificari.* Hæc enim verba rectè conueniunt in hæredem, qui inuentarium fecit, sed non cautè, non rectè, non secundùm leges.

Respondent prætcrea contrariæ sententiæ authores, aliud ex illo textu non induci, nisi hæredem, qui secundùm leges antiquas non poterat ex re omissa in inuentario Falcidiam detrahere, & qui secundùm Iustiniani legem in duplum tenetur, rei omissæ, nunc Falcidiæ beneficio penitus priuari, quoad omnes res hæreditarias. Ita Menochius d. consf. 471. &c. sed non placet hæc responsio; Quia manifestè repugnat verbis textus: Ait enim hæredem, qui non fecerit inuẽtarium *secundùm figuram prædictam, complere debere legatarios, etiamsi substantia morientis mensuram transcendat legatorum datio.* Quibus verbis apparet non solùm hoc Imperatorem velle, vt hæres amittat Falcidiam, verùm etiam, vt teneatur vltra vires hæreditarias: Quod magis patet ex sequẽtibus verbis: *Et hæc dicimus non nostram minuentes legem, quam posuimus, vt nihil de proprio damnificentur, &c. Sed hoc dabit ei exactio sua malignitatis, cur transcenderit leges, ex quibus cautè omnia agens, nihil poterat damnificari: sed ex diuerso etiam Falcidia lege lucrari.*

Et hanc sentẽtiam amplexi sunt multi, quibus authoribus vtor, ita enim docuêre Bartolus in l. Rescriptum. ff. de his quib. vt indign. Bald. in d. l. vlt. §. Licentia. & in cons. 219. num. 4. lib. 1. cons. 2. 3. nu. 6. lib. 5 Abb. cons 73. lib. 2. Guido Papæ consil. 42. & tract. de inuentario. num. 8. Io. Crotus in cons. 201. nu. 23. Ioannes Petrucius olim appellatus, Doctor integerrimi iudicij, vt refert Corneus in d. §. Licentia. Mansuetius in sua praxi, tit. de success. col. vlt. nu. 49. Bertachin. tract. de Episcopis. lib. 4. parte 4. n. 34. Natta in cons. 574. n. 16. Herculanus ad l. Paulus. ff. ad leg. Falcid. Dominus meus Cephalus in cons. 314. nu. 24. lib. 3. cons. 506. n. 14. lib. 4. cons. 702. n. 16. lib. 5. Crauetta in cons. 348. n. 46. Menoch. in cons 89. n. 146. lib. 1. Cardinalis Albanus in cons. 2. nu. 16. & 19 Hyppol. Riminal. in cons. 417. nu. 124. lib. 4. Fhanucius de Inuentario in 3. parte, n. 53.

Ad argumẽtum contrariæ sententiæ sumptum ex §. Licentia. respondeo, illum textum loqui, & locum sibi vindicare eo in casu, quo creditores ac legatarij probare volunt hæredem aliquid occultasse & celasse ex bonis hæreditariis ad eum finem, vt veritate detecta, non lucretur, sed ex bonis occultatis satisfieri possit ipsis creditoribus & legatariis; Hoc in casu eis licentia datur id probandi, & prætcrea decernitur, vt hæres conuictus, dupli pœnam soluat. Sic enim ait textus: *Licentia danda creditoribus, vel legatariis, &c. vt veritate vndique exquisita, neque lucrum aliquod, neque damnum hæres ex huiusmodi sentiat hæreditate, &c.*

Cæterum, si hac via prætermissa creditores & legatarij allegauerint hæredẽ indignũ esse cõmodo & beneficio legis; quia non confecit

inuentarium ſecundùm formam & modum à lege præſcriptum, quin hæc allegatio eis profutura ſit ad hoc, vt hæres omni prorſus commodo inuentarij cadat, nihil proponi video. Alioquin repugnantiam lex Iuſtiniani continebit. Vno enim in loco ſtatuet hæredem pœna dupli coërcendum propter dolum & malignitatem: alio loco, commodo ac beneficio inuentarij mulctandum. Cùm igitur promptum ſit leges legibus concordare l. 1. C. de inoffic. dotib. dicendum eſt; hæredem priuari ex cauſa, de qua agitur, commodo inuentarij, niſi legatarij & creditores elegerint aliam viam, nempe, demonſtrandi ac probandi alia eſſe in hæreditate bona præter ea, quæ deſcripta ſunt in inuentario; ad hoc, vt ex eis ſatisfiat, neque dolosè illa hæres lucrifaciat: tunc enim electâ illa via ex rebus celatis creditoribus & legatariis ſatisfiet, & prætereà pœna dupli hæres multabitur.

Quod verò dicebatur hæredem, qui non confecit inuentarium tempore cõſtituto plus peccare, quàm eum, qui res aliquas celauerit, haud immeritò negari poteſt; ſi quidem eius, qui bona aliqua celauit, iam dolus certus eſt, & manifeſtus: cæterùm eius, qui inuentarium facere diſtulit, non eſt certus, ſed præſumptus dolus.

Nec abſurdum eſt, duplicem hanc viam cõcedi legatariis & fideicommiſſariis. Nec enim duplex eſt pœna hæredi inflicta, quæ vno & eodem tempore locum ſibi vindicet; ſed ita res habet. Si legatarij & creditores contenti erunt, vt in lucem prodeat res ab hærede ſubtracta, multabitur pœna dupli: retinèbit tamen in aliis inuentarij ac legis beneficium: neq; enim vltra res hæreditarias & dupli pœnam condemnabitur. Si verò eligent hanc viam, vt beneficio inuentarij hæres careat, ceſſabit pœna dupli, & ille non tenebitur vltra vires hæreditarias: Quare ad rem nõ pertinẽt, quæ de vaſallo dicuntur, & de mitioris pœnæ interpretatione in re dubia: nam hæres in totam formam à lege præſcriptam circa inuentarij confectionem peccauit, dum malitiosè res ſubtraxit; & ideo omni legis beneficio carere debet, quam contemnendam putauit, & hìc clara eſt legis conſtitutio non dubia, vt ex dictis patet.

CAPVT XXXVIIJ.

Trebellianica nunquid hæres priuetur ob inuentarium non confectum?

DE Trebellianici quadrantis detractione, quod Senatuſconſulti authoritate conſtitutum eſt, in hærede rogato per fideicommiſſum hæreditatẽ reſtituere, nobilis eſt controuerſia inter Doctores: Sítne ei locus, cùm hæres inuentarium nõ confecit? Negant plures quàm ſexaginta Doctores à Cacherano citati deciſ. Pedemont. 147. Qui teſtatur ita iudicaſſe Senatum Taurinenſem. His accedãt Fernandus Vaſquius de ſucceſſ. Creation. lib. 1. § 8 n. 14. Purpuratus in conſ. 1. nu. 5. & 575. num 8. lib 1. & 568. num. 17. lib. 2. Pancirolus in conſil. 98. nu. 30. Menochius in conſ. 172. n. 81. lib. 3.

Sed cõtrariam ſententiam ſecuti ſunt alij, fortè plures numero, quos commemorat Roland. à Valle in conſ. 27. lib. 1. Phanucius de inuent. parte 7. num 32. Dominus meus Decianus in conſil. 49. lib. 1. Dominus meus Cephalus in conſil. 392. nu. 59. lib. 2. Hyppolit. Riminal. in conſil. 187. lib. 2. Stracca ad Crauettam in conſ. 17. Andreas Geyll. lib. 2. obſeruat. 138. Sarmientus lib. 2. Selectarum interpretationũ ca. 7. Iſti docent, locum eſſe detractioni Trebellianicæ, licèt hæres inuentarium non confecerit.

Alij quos refert, & ſequitur Hyppol. Riminald. in conſ. 156. num. 53. lib. 2 diſtinctione vtũtur: Aut hæres ſtatim à morte teſtatoris hęreditatem adiuit, eámque fideicommiſſario reſtituit, & tunc etiam inuentario non confecto lucratur Trebellianicum quadrantẽ: quoniam nulla eſt ſuſpicio ipſum aliquas res ſurripuiſſe, cùm hæreditatem ſtatim reſtituerit. Aut hæres non ſtatim reſtituit, ſed poſt aliquod tempus, quia fortè ſub conditione rogatus erat reſtituere, quæ nõ tam citò euenit, & tunc ob inuentarium non confectum Trebellianicam amittit: quia ſurripuiſſe aliqua bona præſumitur.

Alij denique diſtinguunt inter extraneum hæredem, & filium teſtatoris defuncti: hæredem extraneum Trebellianicam amittere docent: filium vero nequaquam. Huius ſententię authores commemorat Dominus meus Decianus in conſ. 49 n 61. lib. 2. Franciſcus Burſatus in conſ. 44 n. 19.

Mihi verò perpendenti & fundamenta Doctorum & eorum authoritatem, ac reliquas omnes circumſtantias, probabilior videtur eorum ſententia, qui ſimpliciter negant Trebellianicam amitti ob inuentarium non confectum. Primò, quia hanc ſententiam ſecuti sũt Ioannes Andreas & Bartolus, quorum alter inter iuris Canonici antiquos interpres, alter inter iuris Ciuilis magnam habet authoritatem in iudiciis, vt dicebat in propoſito Natta in conſ 220. Deindè, quia hanc ſententiã Rota Romana ſecuta eſt apud Caſſiodorum, tit. de Teſtamentis. deciſ. 3. n 6. Cuius quanta ſit authoritas, nemo eſt qui neſciat ex traditis à Ludouico Gomeſ. in proœmio regularum Cancellariæ. Vantio titu. de Nullitate ex defectu iuriſdict. deleg. n. 20. Menochio de Præſumpt. lib. 2. cap. 71. nu. 13. Tertiò, quia & Imperialis Camera

Camera eandem ſequitur, teſte Andrea Geyl. loco proximè citato, & Mynſingero Centur. 3. obſeru. 60. Denique eam ob cauſam, quod hęc ſententia conſuetudine recepta videatur, teſte Baldo in conſ. 383. lib. 1. Corneo in conſil. 80. in 8. dub. lib. 4. Socino iuniore in conſ. 137. lib. 1. & 88 lib. 4. & Auferio ad Capellam Tholoſanam. deciſ. 314.

Fundamentum verò iuris illud mihi videtur ſatis firmum; quod nulla ſit lex, *tale aliquid dicens*, vt verbis vtar Iuſtiniani, ad aliud tamē propoſitum in Auth. de non eligend. ſecundò nubente. §. Cùm igitur. Cùm enim nulla lex inducat talem priuationem, noſtrum non eſt illam inducere, cùm nulla nos neceſſitas compellat; vt ex reſponſo ad argumenta contrariæ ſententiæ apparebit.

Primum argumentum eſt. Hæres non conficiens inuentarium, amittit legis Falcidię beneficium, vt in Auth. de hæred. & Falcid. §. Hinc nobis. ergo & Trebellianicæ, præſertim, quia eſt eadem ratio. Nam Falcidiæ beneficium cur amittat Iuſtinianus ibi declarat, dicens: *Vt non per ea, quæ fortè ſurripiunt, aut malignantur, inducere tentent Falcidiam, &c.* Hæc ratio locum ſibi vindicat in Trebellianica.

Reſpondeo, negando conſequentiam: quia non debent odia & pœnales cōſtitutiones temerè extendi. Et dum ſubiicitur, eandem eſſe rationem in Trebellianica, reſpondeo id negando. Nam textus ita dicit: *Vt non per ea, quæ fortè ſurripiunt* (hæredes) *aut malignantur inducere tentent Falcidiam? cùm vtique, ſi nihil malignati eſſent, fortè non competeret.* Hæc ratio Trebellianicæ non conuenit: quia etſi nihil hæredes reſtituere grauati malignantur, id eſt, nihil ſurripiant vel occultent, ſemper tamen detrahere poſſunt quartam partem pro authoritate Senatuſconſulti Trebelliani. In falcidia, quæ locum habet cùm vltra dodrantem legatis hæreditas grauatur, hæc ratio optimè procedit. Nam ſi hæres nil ſurripiat, facilè fiet, vt legatis ſolutis ac detractis, remaneat illi quarta pars integra hæreditatis, quo in caſu Falcidia ceſſat.

Secundum argumentū: Falcidia & Trebellianica æquiparantur à lege veteri, vt in caſibus, in quibus falcidia ceſſat, etiam Trebellianica ceſſet. l. Marcellus. §. quod autem. ff. ad Trebell. Ergo quicquid in Falcidia eſt conſtitutum, trahi debet etiam ad Trebellianicam argumento l. Si quis ſeruo. C. de Furtis.

Reſpondeo, Falcidiam & Trebellianicam æquiparari iure antiquo, vt ſi Falcidia ceſſet, etiam Trebellianica ceſſet, quando vigore teſtamenti cōditi Falcidiæ non eſt locus. Ita enim loquitur textus in d. l. Marcellus. Sed hic Falcidia ceſſat ob aliam cauſam, quam ex teſtamento; videlicet ex eo, quòd inuentarium hæres non conficiat, ergo non id neceſſariò ad Trebellianicam extendi debet.

Tertium argumentum eſt ex eo, quòd textus in §. Sancimus. in Auth. de Hæred. & Falcid. dicit, cùm inuentarium debet confici, citandos eſſe legatarios & fideicommiſſarios, ſi hæres velit non tantum damnum effugere, ſed & lucrum non amittere. Igitur inuentario nō confecto, textus indicat hæredem Falcidiam amittere ex legatis, & Trebellianicam ex fideicommiſſis. Præterea textus ſubdit: *Si verò non feceris inuentarium ſecundùm hanc figuram, ſicut prædiximus, non retinebit Falcidiam, ſed complebit legatarios & fideicommiſſarios.* Ex quibus verbis ſignificare videtur, ſicut legata ita & fideicommiſſa integra, & abſque deductione ac diminutione ſoluenda & præſtanda eſſe.

Reſpondeo, illa verba, *non lucrari*, quę ſunt in textu, referenda eſſe ad legem Falcidiam, vt patet ex ſequentibus. ibi: *Fiat igitur inuentarium ab hærede metuente ne non habeat Falcidiam, &c.* Et rurſus ibi: *Et his omnibus obſeruatis habere ex Falcidia præſidium.*

Similiter & illa verba: *Complebit legatarios & fideicommiſſarios, &c.* ad Falcidiam pertinent. Id patet ex ſequentibus: ſic enim ait Imperator: *Et hæc quidem dicimus non noſtram minuentes legem, quam poſſumus, vt nihil de proprio damnificentur hæredes creditoribus. Sed dabit eis pœnam exactio ſuæ malignitatis, cur tranſcenderit leges, ex quibus cautè omnia agens, nihil poterat damnificari, ſed ex diuerſo etiam Falcidiam lege lucrari, &c.* Nullum verbum vnquam fit amiſſionis quadrantis huius Trebellianici.

Quartum argumentum, Falcidiæ appellatione venit etiam Trebellianica. l. Cùm filio. de leg. 1. l. Cohæredis. §. Cum filiæ ff. de vulg. l. Irritum. l. Sicut allegas. C. ad leg. Falcid. l. Iubemus. C. ad Senatuſconſ. Trebell. Ergo, quod de Falcidia in hac quæſtione conſtitutum eſt, locum habet etiam in Trebellianica.

Reſpondeo, antecedēns verum eſſe latè ſumpto vocabulo. Etenim propriè Falcidia differt a Trebellianica, vt patet ex diuerſitate nominum & titulorum de Falcidia, & ad Trebellianum & ex re ipſa. Nam illa locum habet in hærede grauato particularib. legatis vltra dodrantem, hæc autem in hærede grauato hæreditatem reſtituere. Imperator autem in ea conſtitutione loquitur de Falcidia, vt patet ex iis verbis: *Hinc nobis ingreſſa eſt cura & quædam conſideratio Falcidiæ legis, quæ etiam inuitis teſtatoribus, ſi expendantur res per legata, præbet etiam retinere hæredes, quantum eis impleat quartam ſubſtantiæ, &c.* Id patet etiam ex verbis poſitis in principio, vt ſupra deductum eſt.

Quintum argumẽtum: Hæres rogatus hęreditatem reſtituere, tenetur reddere rationẽ rerum hæreditatis fideicommiſſario. l. Cum tale §. Titius. ff. de cond. & demonſt. Ergo tenetur inuentarium cõficere: quia illud eſt caput & fundamentum rationum reddendarũ. l. 1. §. Officio. ff. de Tutel. & ratio. diſtrahen. Ergo ſi illud non conficiat, legis beneficium amittere debet.

Reſpondeo, negando conſequentiam: nam ſi inuentarium non confecerit, tenebitur, quãti fideicommiſſarij intereſt. argum. l. Tutor qui repertorium. ff. de admin. Tuto. non autem neceſſariò infertur eum Trebellianicam amittere.

Sextum argumentum: Hæres ſurripiens aliquam rem hæreditariam amittit non ſolum Falcidiam, ſed etiam Trebellianicam ex illa re. l. Paulus. ff. ad leg. Falcid. Ergo, ſi inuentarium non conficiat, Trebellianicam amittet, quia præſumendus erit ſubtraxiſſe aliquam rem hæreditariam.

Reſpondeo, negando conſequentiam, quia nõ præſumit lex ſubtraxiſſe; ſed dicit, *ne fortè per ea, quæ ſubtrahunt, tentent inducere Falcidiam.* Dubitat lex ac ſuſpicatur, ne ſubtrahat, ſed non abſolutè præſumit.

Septimum argumentum. Hęres inuentariũ non conficiens tenetur ſatisfacere legatariis & fideicommiſſariis & creditoribus etiam vltra vires hæreditarias; vt in d. Nouella de hæred. & Falcidia: Ergo fideicommiſſa reſtituere cogendus erit tota & integra, abſq; vlla diminutione ac detractione.

Reſpondeo, hæredem vltra vires hæreditarias, & ſic in ſolidum teneri creditorib. & legatariis, ac etiam fideicommiſſariis particularibus: ita enim loquitur textus in d. Nouella. non autem vniuerſalibus fideicommiſſariis, quia detrahere poterit quartam ex Trebelliano; cùm illa non priuetur ibi ab Imperatore, ſicut Falcidia, nec reſpectu fideicommiſſi vniuerſalis, nempe oneris hæreditatem reſtituendi, dici poteſt, vltra vires hæreditarias hæredem fore obligatum, vt patet, quia tantum reſtituit hæres grauatus, quantum eſt in hæreditate, non plus.

Poſtremum argumentum: Cùm hæres inuentarium non conficiens damnum patiatur, quia vltra vires hæreditarias tenetur, vt dictũ eſt, videtur dicendũ eum multò magis amittere debere lucrũ Trebellianicæ, argumento l. vlt. C. de Codicillis.

Reſpondeo, negando conſequentiam, neq; enim pœnæ ſunt extendendæ. & ſi argumentum valeret, opus nõ erat exprimere de falcidiæ amiſſione, de qua tamen, cum expreſſe cautum ſit, & nihil de Trebellianicæ amiſſione, argumentum ſumi poteſt, nõ idem placuiſſe legiſlatori, quoad Trebellianicam, quod placuit circa Falcidiam.

CAPVT XXXIX.

Hæres inuentarium conficiens, an poßit creditoribus & legatarijs in ſolutum offerre res hæreditarias? et interpretationem l. vlt. §. Et ſi præfatam verſ. Sed & à legatarijs. C. de iure deliber.

Eſt etiam cõtrouerſia; vtrum hæres, qui inuentariũ confecit, dare poſſit in ſolutum bona hæreditaria creditoribus & legatariis. Textus legis ita dicit *Sed & ſi legatarij interea venerint, eis satisfaciant ex hæreditate defuncti, vel ex ipſis rebus, vel earum forſitan venditione.* Cõtrouerſia inquam eſt quo modo illa verba accipienda ſint, ſunt autem verba l. vlt. §. Et ſi præfatam. C. de iure deliber.

Cynus & Iacobus de Arena, quos refert & ſequitur Rolan. à Valle, de Confectione inuẽtarij, parte 4. §. Quæro an ſit dare. necnõ Phanucius de inuentario, parte ſexta, nu. 2. ita diſtinguunt. Aut hæreditas eſt ſoluendo, & tũc hæres ſoluere cogendus eſt in pecunia numerata. argum. l. ſi pecunia. de leg. 2. l. Hæredes. §. vlt. ff. Famil. herciſc. aut ſoluendo non eſt, & tunc hæres vendere tenetur res hęreditarias, ſi quis inueniri poſſit, qui abſq; euictionis obligatione emere velit.

Bartolus verò in d. §. Et ſi præfatam, ita diſtinguit: vt ſi certum ſit res hæreditarias in dominio fuiſſe teſtatoris, tunc hæres ea vendere teneatur, & ex precio ſatisfacere, ſi reperiatur, qui emere abſque promiſſione euictionis velit: Si verò ſit dubium, an defunctus dominus fuerit rerum, nec ne, tunc, ne hæres ab emptore vexetur euictionis nomine, vendere bona non tenetur. Bartolum ſequi videtur ibi Alexander, dum ad eum ſe remittit.

Baldus autem dicit, hæredẽ dare poſſe creditoribus bona vendenda cum proteſtatione, quod non intendat de euictione teneri. Alij aliter docent ac diſtinguunt, vt videre licet ex Franciſco Burſato in conſ. 9. lib. 1.

Ego, ſi pecunia reperiatur in hæreditate ſufficiens ad ſatisfaciendum creditorib. & legatariis, non dubito, quin hæres teneatur & debeat ex ea ſatisfacere. Cæterùm ſi non adſit pecunia ſufficiens, hanc eſſe puto Iuſtiniani ſententiam vt ex ſuis propriis pecuniis hæres cogi nõ poſſit ad ſoluendum: *ſed ex ipſis reb. defuncti vel earum venditione: Ex ipſis rebus:* hoc eſt, ſi pecunia ſit relicta, ſeu debeatur illã creditorib. ſoluendo, ſi non ſit pecunia, ſed aliæ res illis tradendo in ſolutum ſi creditores velint accipere? Neque. n. aliud pro alio inuito creditore ſolui poteſt. l. 2. §. Mutui datio. ff. ſi cert. pet. Cæterùm ſi accipere recuſauerint, vendi debet ab hærede, & ex precio creditori-

ditoribus ſatisfieri. Vendi inquam debet, eo modo quo poterit iuſtè, & ſine læſione: ita vt euictionis periculo non hæredis bona (illum enim ab omni damno præſeruat inuentariũ) ſed hæreditaria ſubiaceant. Quod ſi nō inueniatur emptor, res addici poterunt ipſis creditoribus, argumento l. A diuo Pio. §. Si pignora. ff. de re iud.

CAPVT XL.

Vtrum pupillaris ſubſtitutio tacita, quæ in expreſſa vulgari continetur locum habeat, matre exiſtente in medio?

EXiſtimo pupillarem ſubſtitutionem tacitam, quæ in expreſſa vulgari continetur, locum non habere matre pupilli viuente; quia illa ſubſt tantum excludit, ſuccedit que filio in pupillari ætate præmorienti. Moueórque potiſſimum authoritate duarum legum, nempe l. Precibus. C. de Impub. & aliis ſubſti. & l. vlt. C. de inſtitut. & ſubſtit. Et quod attinet ad l. Precibus. illa verba perpendo & induco: *Nam nō eſt incerti iuris: quod ſi quidem in patris militis poſitus poteſtate, primo tantum caſu habuit ſubſtitutum, & patri hæres extitit: eo defuncto ad te omnimodo eius pertineat ſucceſſio.*

Illa verba: *primo tantùm caſu*, ſignificant vulgarem ſubſtitutionem expreſſam. Illa verba, *ad te omni modo eius pertineat ſucceſſio*, ſignificant matrem filio ſuccedere quandocunque morienti, ſiue in pupillari ætate, ſiue poſtea quandocunque: Sunt enim generalia & præciſa valde, nec vllũ excludunt tempus, vt nequaquam veriſimile ſit, tempus pupillaris ætatis excludi. ſi enim illud excluderetur, dicendum erat; *eo defuncto poſt pupillarem ætatem: vel eo defuncto pubere, ad te ſucceſſio pertinebit.*

Quod verò attinet ad l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit. mouent me illa verba: *Nos itaque in hac ſpecie Papiniani dubitationem reſecantes, ſubſtitutionem quidem in huiuſmodi caſu, vbi poſthumus natus adhuc impubes, viua matre deceſſerit, reſpuendam eſſe cenſemus. Tunc autem tantummodo ſubſtitutionem admittimus, cùm poſthumus minime editus fuerit, vel poſt eius partum mater prior deceſſerit.*

Præclarè Cuiacius lib. [illegible] 27. ad finem. *Quia non tantùm ea ratione vtitur l. vlt. Quod mater ſit cohæres adiecta filio ſed quod æquum ſit, matrem ad quam [illegible] mæror morte filij peruenit, & amiſſi filij & luctuoſæ hæreditatis damnum non ſentire ex ſolo tacito intellectu pupillaris ſubſtitutionis: quæ ratio locum habet etiam matre filio cohærede non adiecta, & ceſſat in alio legitimo hærede.* Hactenus Cuiacius.

Et hanc eſſe communiorem doctorum ſententiam non ignoro: ſed eam & probabiliorem contendo, Authores nō laudo, quoniam in ſcholis trita eſt quæſtio in explicatione d. l. Precibus. citantúrque fusè à Trentacinquio de ſubſtitutionibus parte 1. cr. 12.

Nec difficile eſt ad argumenta reſpondere quibus contraria nititur ſententia; vel etiam eas diluere obiectiones, quæ aduerſus argumenta noſtra afferri ſolent.

Inprimis Fulgoſius dicebat non conſtare, an in facti ſpecie, de qua loquitur l. Precibus. filius impubes deceſſerit nec ne. Reſpondeo, ſatis eſt conſtare matrem eſſe admittendam ad ſucceſſionem, eo quandocunq; defuncto, ſiue ante, ſiue poſt pubertatem: quod probatur illis verbis: *Eo defuncto ad te* (Matrem) *omnimodo eius ſucceſſio pertineat.*

Secundo obiecit Salycetus, in ea ſpecie de qua Imperator loquitur, ſubſtitutionem factam fuiſſe in primum caſum tantum; & ſic fuit ſubſtitutio duntaxat vulgaris, quæ pupillarem non continebat. Reſpondeo illa verba textus *primo tantum caſu*, poſita eſſe ad differentiam ſubſtitutionis factæ in ſecundum caſum, vel expreſſa vel compendio, vt patet ex verbis ſequentibus: *Si verò*, inquit, *ſubſtituerit in ſecundum caſum*, &c. non autem ſignificant ita in primo caſu ſubſtitutionem factam, vt illa non poſſet comprehendere pupillarem tacitè iuxta eius vim & naturã. l. Lucius, ff. de vulg.

Tertiò opponit Viglius in inſt. t. de ſubſtit. n. 16. textum in l. Lucius. ff. de vulg. in illis verbis: *Alter ſi eiuſdem ætatis liberi inſtituti inuicem que ſubſtituti fuiſſent, tunc enim altero defuncto intra pubertatem, eius ſucceſſio non ad matrem ſed ad ſubſtitutum fratrem eius deuoluitur.* Quibus verbis probatur pupillarem tacitam, quæ in reciproca continetur, matrem excludere: Ergo etiam tacita pupillaris, quæ in vulgari continetur matrem excludet. Reſpondeo, pupillarem, quæ continetur in reciproca non eſſe tacitam, ſed expreſſam verbis illis generalibus; *Vos inuicem ſubſtituo.* cenſentur enim filij generaliter ſubſtituti, tã in primum caſum, ſcilicet vulgaris, quam in ſecundum, nempe pupillaris. Alia eſt ratio de tacita vulgari, quę nullo modo ex verbis vulgaribus cōprehenditur, illis nempe, *ſi hæres non erit*, ſed venit ex tacito legis intellectu ac ſubtili quadam interpretatione; quæ proinde ceſſare debet matre exiſtente viua, ne a luctuoſa filij hæreditate excludatur.

Quartò obiicit idem Viglius l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit. perpendens in eius ſpecie matrē ſubſtituto præferri propter voluntatis coniecturam: Erat enim hæres adiecta, quo argumento vſus eſt etiã Vaſquius de ſucceſſ. creat. lib. 2. §. 25. tit. de Exemplari. n. [illegible] o. Reſpondeo, vt

supra dictum est, non eam solam rationem fuisse, quæ Imperatorem mouit, sed quia non est æquum ei visum, vt ex tacita quadam, ac subtili iuris interpretatione ac intellectu mater excluderetur.

Quintò adferunt cõtrariæ sententiæ authores regulam cum limitatione l. Lucius ff. de vulg. ex qua probatur vulgari expressa, contingeri tacitam pupillarem, & non excipitur ille casus, cùm mater superest. Respondeo, aliis legibus ac rationibus excipiendum, vt docêt argumenta communis sententiæ.

Sexto adferunt argumentum taciti & expressi eandem esse virtute in l. Cum quid. ff. si cert. pet. Et ideo sicut expressa pupillaris matrem excludit, ita etiam tacita. Respondeo in hac materia diuersam esse rationem inter pupillarem expressam, & tacitam. Nam expressa vocat absolutè substitutum, & consequenter matrem excludit. Tacita verò, non vocat absolutè substitutum, sed illum vocat ex tacito quodam intellectu, qui contra matrem locum non habet. Quædam alia solêt adferri, sed leuiora, quibus diligenter Trentacinquius respondit loco annotato, vt nostro non sit opus labore, nec res vllam habeat difficultatem.

CAPVT XLI.

Pupillaris substitutio tacita, an excludat matrem, quando substitutus est filius testatoris?

SEd & controuersia est in eadem facti specie, quid si substitutus non sit extraneus, sed filius testatoris, vtrum pupillaris substitutio tacita, quę in expressa vulgari continetur, matrem excludat? & non excludere Bartolus respondit, in d.l. Precibus. C. de impub. & aliis substit. cuius sententia communiter recepta est, vt latè adductis authoritatibus tradit Alexander Trentacinquius de substitutionib. in 2. parte, c. 13. n. 22.

Fundamẽtum verò est in eo positum; quod paterfamilias, qui substituit, magis filiũ diligere præsumatur, quàm vxorem. arg. l. isti quidem. ff. de eo quod metus cau. & eorum, quæ habentur in l. Cum acutissimi. C. de fideicommiss. cõsequenter præsumitur voluisse substitutum matri præferre.

Contrariam sẽtẽtiam amplexus est Baldus in d.l. Precibus nu. 14. & Imolensis in l. Moribus. ff. de vulg. & pupill. & in c. Rainut. in materia pupillaris substit. de testam. quorum fũdamẽtum est, quoniam pupilli bona & hæreditas magis debeatur matri quàm fratri. Nam matri legitima debetur, & potest inofficiosum testamentum dicere. l. Nam etsi parentib. ff. de inoff. testam. frater verò non potest, nisi turpib. personis institutis. l. Fratris. C. eo. tit.

Tertia est sententia Alexandri in d.l. Moribus. n. 35. quem secutus est Decius in d.l. Precib. n. 15. adhibẽdam esse hanc distinctionem: Aut filius impubes, cui facta est vulgaris substitutio expressa, adiuit hæreditatem patris, & sic est commixta paterna cum pupillari, tũc procedat Bartoli sententia, quia cùm hæres pupilli sit hæres testatoris. l. Paterfamil. ff. de vulg. & pupil. l. vlt. C. de hæredib. institut. ratio Bartoli militat, & ratione cõmixtionis substitutus cõsequitur, quod alias non cõsequeretur: sicut & aliquando contingere solet, vt in l. Si communem. ff. quemadm. seruit. amitt. Aut filius abstinuit ab hæreditate paterna, & sic tractamus solùm de pupillari tacita, quoad bona ipsius pupilli; & tunc, quia Bartoli rationes cessant, contraria sententia locum sibi vindicare potest.

Ego hac in re sic statuo, in proposita facti specie iniquum videri, vt ex tacita quadã interpretatione & intellectu, mater excludatur a luctuosa filij successione, quæ a lege ei defertur, vt notum est. Sed quoniam etiã frater pupilli vtrinque cõiunctus vocatur vna cum matre, vt in Authen. Defuncto. C. ad Tertyll. opinor ipse hoc in casu tacitam substitutionem eatenus cessare, vt filij defuncti successio tam ad matrem, quam ad fratrem æqualiter diuidendam pertineat. Nec aliter præsumendum est voluisse testatorem. Eius enim voluntas talis esse præsumitur, qualis iustitia exigit, vt in l. Hæredes mei. §. Cum ita ff. ad Trebell. & ibi Bart. notat n. 4. Alex. n. 9. Estque tritissima & receptissima propositio.

Nec me mouet, quod dicitur, patrem plus diligere filium, quàm vxorem. Nam hoc dato nõ propterea præsumitur ita eum diligere, vt contra ius & æquitatem, debitam matri successionẽ auferre velit, in re dubia & obscura. Cur enim expressè filium, exclusa matre, non substituit, is qui tanto filios suos prosequitur amore? Neque verò leges patris erga filios amorem ita prædicant, ac præsumunt, vbi æquitas & ratio repugnat.

Porrò ad rem nostram haud quaquam pertinet id, quod habetur in l. Cum acutissimi. C. de fideicommissis. quia agitur ibi de substitutione facta filio testatoris ita interpretanda, vt locum habeat, si filius absque liberis decesserit, ne videatur testator propriæ soboli alienam anteponere, quæ sanè iustissima est interpretatio. At hic longè diuersa est species, & diuersam habet rationem, vt dictum est.

Et licet hæres hæredis videatur hæres esse testatoris, vt Alexander distinguẽdo dicebat, nihil tamen id obstat, quia id esset verum in proposito, si succederet substitutus exclusa matre pupilli: sed hoc est, de quo disputatur:

Dicimus

Dicimus enim patris hæreditatem aditam, effectam esse patrimonium pupilli adeuntis, iuxta l. 1. §. Veteres. ff. de Acquirend. possess. ac proinde ad legitimos hæredes pertinere, matrem scilicet pupilli & fratrem, nisi contraria sit defuncti patrisfamilias voluntas, eaque euidenter appareat, non autem ex tacito intellectu; quia tacitus intellectus non est admittendus ad matrem excludendam à luctuosa filij successione, l. vlt. C. de instit. & substit.

CAPVT XLII.

Pupillaris substitutio expressa matrem à legitima an excludat: & quid in foro conscientia?

NOn est dubium, quin substitutio pupillaris expressa matrem viuentem a legitima excludat; quoniam & iure Cæsareo, & canonico id satis disertè cautum videtur. Iure quidem ciuili his verbis. *Sed neque impuberis filij mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater hoc ei fecit*, vt in l. Papinianus. §. Sed neq; impuberis ff. de inoff. testam. Nam si testamentum inofficiosum dicere nō potest, necesse est affirmare substitutionem pupillarem (quod impuberis filij testamentum Iurisconsultus appellat) excludere matrem etiam a legitima, quia si non habet querelam, nec legitimam habere potest. Iure autē canonico clarius his verbis: *Licet autem filius testamento suo matre portione iure natura debita priuare non possit, pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest. Nam testamentum huiusmodi pupillare paternum, vel paterni potius pars est testamenti.* vt in c. 1. de testamentis, lib. 6. quamuorem licet nonnulli doctores contrarium scripserint, vt videre licet ex Alexandro Trentacinquio de substitutio. parte 2. cap. 16. non putabam tamen hanc inter controuersias referendam. Sed vt eam inter controuersias adscripserim, Iacob. Menochius effecit, qui lib. 4. de præsumpt. cap. 18 latè hac de re disserit, ac conclusionem firmauit ex Iure Ciuili: Matrem a legitima exclusam non esse, distinctione tamen adhibita inter bona patris & bona filij. hoc modo: vt quantum ad legitimam filio debitam ex bonis patris, & ad alia bona, quæ filius habet, mater nequaquam excludatur a legitima per pupillarem substitutionem: Secus autem, quantum ad alia patris bona. Argumēta eius hęc sunt: Qui nō potest per se aliquid facere, non potest per aliū: Sed filius per se matrem excludere nō potest: Ergo nec per patrē ex pupillari substitutione, quæ est testamentū filij, & ex alterius facto, sępe patris, non debet matri legitima auferri, nec priuilegium, quod pater habet testamentum faciēdi pro filio, in præiudicium matris operari. Et ad text. in l. Papinianus § Sed neq; impuberis. respondet non esse bonam consequentiā. querelam nō habet, ergo nec legitimam, sicuti nec bona est illa consequentia: Querelam habet, ergo & legitimam. Et denique legitimam matri deberi condictione ex l. Omnimodo. C. de inoff. testam. & similib. Sed summi Iurisconsulti bona pace, hæc non videntur rectè consistere. Nam quod primò dicit, expresse confutatur ex d. l. Papin. §. Sed neque impuberis. Vbi patet patrem, qui testamentū facere dicitur pro filio, matrem exhæredare posse, quod certè filius facere non posset, si testamentū faceret. Ergo potest per alium hoc in casu, quod non potest per se: Ergo potest pater pupillariter substituere in præiudicium matris. Quod verò secundo loco dicit, nō rectè dici, querelam non habet, ergo nec legitimam, & contrà: cōfutari potest ex ratione: Quia inofficiosi testamenti querela non datur nisi iis, quibus legitima debetur. Et quod dicit ipse fratri querelam competere turpi persona instituta: & tamen legitimam non deberi, refellitur ex text. in Auth. de hæred. & Falcid §. Primum itaque. Vbi Iustinianus dicit legitimam deberi filiis, nepotibus, patrib. atque matribus, & interdū etiam fratribus videlicet, cum turpis persona est instituta. Denique quod scribit, condictione ex lege legitimam peti posse, mihi non probatur: Quia hæc condictio datur iis, quibus querela inofficiosi testamenti competit, vt patet ex l. Omnimodo. C. de inoff. testam. ibi: *Et in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis, vel alio modo subuertendis moueri solebat actio, certa & statuta lege tam mortuis consulere, quam liberis eorum, vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat, &c.* Quibus verbis patet, condictionem ex lege illa iis tantum personis datam, quibus querela inofficiosi competit, vt scilicet hæc loco querelæ subrogetur.

Controuersia etiam est, an etiam in foro conscientiæ hæc conclusio sibi locum vindicet. Etenim sunt qui negant grauissimi authores quippe matri legitimam in foro conscientiæ debitam esse existimaut Archidiaconus in cap. 1. de testament. lib. 6. Decius ad l. Precib. nu. 10 C. de impub. Alciatus de quinque pedum præscript. in principio, alios citat Trentacinquius loco proximè citato. nu. 5. Fundamentum est in cap. vlt. 17. quæst. 4. ex quo sumitur argumentum eiusmodi: Sicut parentes tenentur filiis legitimam relinquere, sic & filij parentibus. l. Nam etsi parentibus. ff. de inoff. testament. Sed parentes qui filios exhæredāt: etiam instituta ecclesia, peccant, vt habetur in d. cap. vlt. Ergo similiter & filij peccant, consequenter in foro conscientiæ le-

gitima matri relinquenda est, & sic debetur. Et eiusmodi leges veluti contra iustitiam & pietatem seruandæ non videntur in foro conscientiæ?

Cæterùm contrariam sententiam & communiorem esse constat, & probabiliorem esse non dubito. Communiorẽ esse patet ex Trentacinquio loco annotato, vbi citat Laucellot. Decium, Curt. Alciat. Socin. in d.l. Precib. Ripam in l.2. ff. de vulg. Zasium, Vasq. Couuar. & alios. Esse verò probabiliorem, illud argumẽtum demonstrat, quòd sacris canonibus recepta sit hæc lex, quæ matri legitimam hoc in casu aufert, nullúsque locus reperiatur, quo declaretur id in foro conscientiæ locum non habere, nulláque ratio id euincat. Nam iure ciuili & positiuo cõstitutum est, vt filio mater succedat: olim enim ex duodecim tabularum lege à successione excludebatur. Et licèt ratio quædam naturalis suadere videatur, ac suaserit, vt lex conderetur, qua successio matri deferatur, non tamen sequitur, quin contrarium in aliquo casu decerni potuerit. Hoc autem in casu ita constitutum est; quia multas ob causas expediebat, vt parentib. liceret filiis in potestate constitutis pupillariter substituere: Et quia pater est, qui testamẽtum facit, ac substituit, nõ cogitur instituere siue substituere matrem pupilli, facit.n. principaliter testamentũ pro se: & substitutio est sequela paterni testamenti: nulla verò est lex quæ ad matrem pupilli testatoris cõiugem hæredem instituendã hortetur aut inducat; nulla ratio suppetit: multi enim alij sunt, qui in successione matri præferuntur. Et hoc est, quod Summus pontifex perpendit, hoc non esse pupilli filij testamentum, sed patris, siue paterni testamenti partem.

Ex his patet ad argumentum solutio, quia illud habet locum vbi filius testamentum facit, non vt in casu isto, quando pater est, qui testatur.

CAPVT XLIII.

Ad interpretationem l. Precibus. C. de impub. & aliis substitut. & l. Centurio ff. de vulg. & pupill. controuersia vna.

INsignis disputatio est & controuersia inter doctores circa interpretationem l. Precib. C. de impub. & aliis substit. & l. Centurio. ff. de vulg. Sic.n. scribunt Diocletianus & Maximianus in d.l. Precibus (referam autem verba, de quibus est controuersia.) *Si verò substitutio in secundum casum, vel expressa, vel compendio, non vsque ad certam ætatem facta reperiatur siquidem intra pubertatem decesserit, eos habeat hæredes, quos pater ei constituit, & adierunt hæreditatem. Si verò post pubertatem, tunc eiusce successionem obtinente, veluti ex causa fideicommissi, bona, quæ cùm moreretur, patris eius fuerunt, ate peti possunt.*

Verba autem Papiniani hæc sunt in d.l. Cẽturio: *Centurio filio, si intra vicesimum & quintum ætatis annum sine liberis vita decesserit, directò substituit: Intra quatuordecim annos etiam propria bona filij substitutus iure communi capiet post eam autem ætatem, ex priuilegio militum patris duntaxat, cum fructibus inuentis in hæreditate.*

Communiter existimatum est, hanc esse Papiniani sentẽtiam, vt substitutus iure directò hæreditatem obtineat: Diocletianum autem hoc velle, vt non iure directo sed fideicõmissi obtineat ac petat. Quapropter circa conciliationem harum legum hactenus concertatum est. Non est animus mihi omnium sententias huc adferre, nec enim operę precium facerem. Referam duntaxat ex antiquis quatuor præcipuas interpretationes Tum nouam Duareni, ac postremam Cuiacij, quæ mihi omniũ verissima videtur. Sed præstat acumen antiquorum videre, etiamsi non collimauerint ad scopum; sic enim quæ sit vera sententia facilius potest intelligi.

Prima est sententia Accursij. Imperatoris legem locum sibi vindicare cùm mater viuit, ita.n. loquitur: tunc enim æquum est & vtile matri, vt substitutio sit fideicommissaria. Cæterùm, si mater non sit in medio, substitutio iure directo valebit, propter priuilegium militare. Eandem sententiam secutus est Zasius de substitut. cap. 5.

Reprobant verò hanc sententiam Paulus Castrens. Iason & Decius in d.l. Precib. Alex. in d.l. Centurio. Viglius in §. Qua ratione. in Instit. de pupill. substit. quia matris fauor & commodum tunc spectari solet, cùm de hæreditate filij agitur, non autem cùm agitur de hæreditate patris; quia mater aliquem fauorem meretur, quoad filij sui hæreditatem, non autem quoad hæreditatem viri sui.

Secunda est solutio Bartoli & Alexandri in d.l. Cẽturio. Iurisconsultum loqui, cùm testator vsus fuit verbis directis. Imperatorem autem, cùm vsus est verbis communibus, sicut est verbũ substituo: tunc.n. post pubertatem in fideicommissum vertitur.

Damnant hanc expositionem Iason in d.l. Precib. & Cagnolus ibid. n. 112. Viglius & Zasius locis annotatis, & præter eos Duarenus li. 1. Anniuersariar. disputat. ca. 7. *Qui negant*, inquit *in ea specie substitutionem directo, & verbis ciuilib. factam fuisse* (loquitur autem de l. Precibus) *conuincuntur verbis Diocletiani, cùm ait: secundum hæredem scripsisse.*

Tertia est sententia Fulgenij, quã alij secuti sunt,

ſunt vt per Iaſonem in d.l. Precibus, Couuar. in cap. Raynucius. §. 9. de teſtam. Viglium d. §. Qua ratione. Inſtitut. de pupil. ſubſtit. Vaſqui. de ſucceſſ. creat. lib. 2. §. 18. tit. de Compendioſa. num. 116. etiam in ea ſpecie, de qua loquitur Imperator, ſubſtitutum iure directo ſuccedere. Nec obſtant illa verba: *veluti ex cauſſa fideicommiſſi*, quia non ſignificant eſſe fideicommiſſum, ſed ad ſimilitudinem fideicommiſſi locum eſſe ſubſtitutioni. Similitudo autem in eo eſt poſita, quod per fideicommiſſum ſuccedit ſubſtitutus teſtatori, non autem grauato. l. Cohæred. §. Cum filiæ. ff. de vulg. & pupill. Ideo etiam apud Imperatorem ſubſtitutus in bonis tantum teſtatoris ſuccedere dicitur.

Non placuit hæc ſententia Alexandro in d. l. Centurio, nec Caſtrenſi, neque Decio, neque Cagnolo, quia ſi iure directo ſubſtitutus ſuccederet in ea ſpecie, de qua loquitur Imperator, non eſſet neceſſe petere bona, ſed propria authoritate illa poſſet accipere. Præterea dicit textus bona peti poſſe *Patris duntaxat quaſi ex cauſſa fideicommiſſi*. Ergo implicat, ſi dicatur peti poſſe iure directo.

Quarta fuit ſententia Benedicti Plumbini, quam vterque Decius ſecuti fuere, Lancellot. & Philippus: Papinianum loqui cùm teſtator vſus eſt verbis directis, vt patet ex illis verbis: *Directò ſubſtituit*. At Diocletianum loqui, cùm teſtator vſus eſt verbis obliquis, nempe, fideicommiſſum importantibus, quod probatur iuris præſumptione: Nam miles præſumitur teſtatus iure communi. l. In teſtamento. C. de milit. teſtam. Ius autem commune vetat, poſt pubertatem directò ſubſtitui. l. Verbis ciuilibus. ff. de vulg.

Non placet hæc ſententia, quia vt ſuprà dictum fuit, etiam in ſpecie d. l. Precibus. teſtator vſus fuiſſe videtur verbis directis, quia textus dicit, *ſecundum hæredem feciſſe*, quæ verba procul dubio ſunt directa.

Quinta igitur eſt Franciſci Duareni ſententia lib. 2. Anniuerſariarum diſputat. cap. 7. quã eiuſdem verbis referre placet. Cur enim alia, quam elegantiſſimi Doctoris verba referrem? Sic ait relatis verbis d. l. Centurio. *Ex quibus verbis*, inquit, *colligimus, cùm pater, idemq; miles ſubſtituit directò filio ſuo, ſi intra vigeſimum & quintum annum deceſſerit, multum referre, an filius deceſſerit impubes an poſt pubertatem: Nam ſi deceſſerit impubes ſubſtitutus capiet iure communi bona propria filij, tanquam ex pupillari ſubſtitutione, quia ſubſtitutio pupillaris ad bona impuberis pertinet: Si verò iam pubes filius deceſſerit, ſubſtitutus, propter priuilegium militis bona capiet tantùm paterna: Substitutio enim militaris ad alia bona, quàm militis non porrigitur. l. 1. ff. de milit. teſtam. Quod autem Papinianus reſpondit ſubſtitutum bona teſtatoris capere cum fructibus inuentis in hæreditate, argumento eſt hanc ſubſtitutionem fideicommiſſariam non eſſe, cùm fructus inuenti in hæreditate non reſtituantur fideicommiſſario l. In fideicommiſſaria ff. ad Treb. Qua tamen in re magna contentio eſt Doctorum ſcholaſticorum propter ſubobſcura Diocletiani verba C. de impuberum. & alijs ſubſtit. cap. 8. Quibus ſignificare videtur, poſt pubertatem iure tantùm fideicommiſſi ſubſtitutionem huiuſmodi valere. Si verò*, inquit, *poſt pubertatem te eius ſucceſſionem obtinente, velut ex cauſſa fideicommiſſi, bona, quæ cùm moreretur patris eius fuerunt, à te poſſunt peti. Verum hic mihi videtur eorum verborum ſenſus eſſe: hanc ſubſtitutionem, quæ directa eſt perinde valere, ac valeret iure fideicommiſſi, ſi verbis fideicommiſſi facta eſſet: Nam certi iuris eſt valere fideicommiſſum poſt pubertatem. l. Cohæredi §. Cùm filia ff. de vulg. Sed quia verbis ciuilibus directò hic ſubſtituerat teſtator, dubitabatur an valeret. Et Diocletianus animaduertens militem eſſe teſtatorem, ita reſcribit, vt iam diximus, oſtenditque militem non minùs directò ſubſtituere poſt pubertatem poſſe, quàm ex cauſſa fideicommiſſi: Hæc autem verba, te eius ſucceſſionem obtinente &c. Sic accipienda ſunt, vt mater ſuccedat filio, ſubſtitutus bona teſtatoris capiat, quia non iure communi, ſed militari priuilegio ſuccedit. Sed cur ſubſtitutus petere dicatur à matre dixerit aliquis? Reſpondeo, expoſuiſſe fortaſsis mulierem in libello precum, ſe occupaſſe omnia bona tam patris, quàm filij, & conſuluiſſe Imperatorem, An ſubſtitutus ea bona petere ab ea poſſet. Cui reſpondet Imperator, ſubſtitutum bona petere poſſe, non filij, ſed teſtatoris.* Hactenus ille.

Sed hæc elegantiſſimi iuxta & doctiſſimi viri ſententia nullo modo nobis probatur. Inprimis id, quod dicit, illa verba l. Centurio. Quibus dicitur, bona eſſe reſtituẽda cum fructibus inuentis in hæreditate, argumento eſſe, non ibi agi de fideicommiſſaria reſtitutione, quia fructus non veniunt l. In fideicommiſſaria. ff. ad Trebell. Id inquam nullo modo placere poteſt quia textus in l. In fideicõmiſſaria, non loquitur de fructibus inuentis in hæreditate, ſed de fructibus perceptis ab hærede grauato, quos, ſi non ſit in mora reſtituere nõ tenetur. Cùm verò aliquis fideicommiſſi reſtitutionem iniungit omnium bonorum, ſine dubio etiam fructus tempore mortis teſtatoris inuenti in hæreditate in reſtitutionem venient: nam & ij bona ſunt, & in hæreditate continentur, quæ reſtituenda eſt, vt in l. Poſtulante. §. vlt. ff. ad Trebell. l. Vſufructu. 24 ff. de vſufr. leg. & declarat Cuiacius lib. 11. obſeruationum. cap. 25. l. 1. C. de his quibus vt indignis.

Quod verò putat iure directo substitutum succedere apud Diocletianum, & sensum esse illum, quem dicit, substitutionem iure directo in ea specie valere perinde, ac valeret iure fideicommissi, si verbis fideicommissi facta esset, in eo grauiter errat. Quia nimis diserta & clara sunt verba textus: *Bona veluti ex causa fideicommissi peti posse.* Si hoc sensisset Imperator, quod Duarenus scribit, non ita dixisset, sed potius bona peti posse perinde, ac peti, si fideicommissum extitisset, potuissent.

Vera igitur hæc est interpretatio & sententia, & Papinianum & Diocletianum idem respondisse: nempe substitutum bona ex fideicommisso petere posse, non autem iure directo, quæ sententia est Iacobi Cuiacij, neque enim, quæ aliorum sunt mihi arrogare solitus sum. Is enim lib. 12. obseru. cap. 27. scribit, in hæc verba. *Certi iuris est, non posse quemquam substituere post pubertatem. Quod enim receptum est, vt pater filio impuberi substituere possit, eò receptum est, quia impubes testamentum facere non potest. Nullo autem modo tolerari potest, vt ei qui haredem facere potest, tu haredem des adeò, vt ne rogari quidem possit, vt aliquem haredem faciat. l. Ex facto. in princip. ff. ad Trebellian. Quare post pubertatem frustrà substituimus liberis nostris pupillariter & directo. Nam per verba fideicommissi possumus eam atatem egredi l. Coharedi §. Cùm filia ff. de vulg. §. vlt. Instit. de pupill. substit. Et de vulgari substitutione non est quarendum, an egrediatur pupillarem atatem. Cùm atas & tempus vulgari substitutioni non opponatur. Solus tamen miles egreditur pupillarem atatem. l. In testamento. C. de testam. milit. l. Precibus. C. de impub. verbis scilicet directis, non inutiliter, hactenus vt verba directa post pubertatem trahantur ad fideicommissum, siue mater in medio sit, siue alius agnatus, nam licet in l. Precibus, mater in medio sit, tamen in l. Centurio ff. de vulg. substit. generaliter ait Iurisconsultus, substitutum ex priuilegio militis capere bona militis, non bona filij: Venire igitur eum iure fideicommissi, nec enim illa ratio idonea est Cur non capit, nisi bona militis? quia priuilegium militis non debet cuiquam fraudi esse, ac si legitimis heredibus filij hareditatem adimere illis iniuriam faceret. Imò, quia substitutus venit iure fideicommissi, & fideicommisso non continentur bona propria filij. l. Cohared. §. Quod si has eadem ff. de vulg. substit. Falluntur igitur interpretes in l. Precibus. qui, quando mater in medio est non ei heredes putant militarem substitutionem trahi ad caussam fideicommissi. Denique priuilegium militum in eo est, quod facta ab his vltra pubertatem directa substitutio inutilis non est, paganorum autem inutilis, vt nec ad caussam fideicommissi proficiat.* Hactenus ille. Idem fere idem Cuiac. lib. 11. cap. 25. His exceptis quæ ex Cuiacio & Duareno retulimus: cæteræ Doctorum placita latè & accurate expendit nouissimè Menochius de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. 52. quem postea legi.

CAPVT XLIV.

De compendiosa substitutione impuberi filio facta à pagano verbis directis, an filio post pubertatem mortuo valeat, vt fideicommissaria?

CÆterum, si non miles, sed paganus filio suo impuberi substituerit, alium hæredē compendiosè, sed verbis directis, controuerti soleat: an filio post pubertatem vita functo locus sit substitutioni, quasi ex causa fideicommissi, ita, vt directa substitutio trahatur ad fideicommissum, quæ quidem quęstio olim difficillima existimata fuit, vsque adeò, vt Carolus Ruinus, Alciato teste, lib. 5. Paradoxorum cap. 5. in auditorio eam an dissolutam reliquerit, eò quòd sibi licet summa diligenta vestiganti non satis perspectam esse diceret. Et sanè diuersæ sunt Doctorum sententiæ, vt videre licet ex Didaco Couarr. ad c. Rainucius. §. 9. n. 15. de testam. ex Doctoribus qui scripserunt in l. Centurio. ff. de vulg. & ex aliis, quos commemorant Vasquius de success. creat. lib. 2. §. 18. tit. de Compendiosa. num. 64. Mantica de Coniect. vlt. volunt. lib. 7. tit. 3. nu. 5. 6. Alexander Trentacinquius de substitutionibus parte 4. cap. 9. Menochius de Præsumpt. lib. 4 Præsumpt. 55.

Ego in argumentis recensendis, ac tota huius rei disputatione instituenda, nunc minimè versabor, quoniam vulgata ea sunt, & discussa in locis ordinariis, vt nec maiorem lucem & ordinem à me requirant. Quid ipse iuri consentaneum existimem paucis explicabo, tum argumenta diluam contrariæ sententiæ.

Ego eam sententiam amplector, quæ substitutionem, qua de agitur ad fideicommissū trahi posse negat, vtórque authore etiam hac in re Iacobo Cuiacio lib. 11. obseruat. cap. 25. nec non argumentis eiusdem, quorum illud est primum: Verbis ciuilibus substitutionem post decimum quartum annum frustra fieri, l. Verbis ciuilibus. ff. de vulg. Non ignoro commune responsum, frustrà fieri, vt valeat iure directo: sed non vt valeat iure fideicommissi: quæ responsio bona esset, si alia lege probari posset, valere iure fideicommissi.

Secundum argumentum est, quoniam, vt talis directa substitutio post pubertatem filio moriente ad fideicommissum trahatur, speciali quodam priuilegio in militibus est constitutū, vt patet ex d. l. Centurio. ff. de vulg. & l. Precibus, C. de imp. & aliis substit. & in praecedenti-

deni capite explicatum eſt. Ergo in paganis regula eſt contraria: nempe, directam ſubſtitutionem poſt pubertatem non valere. Sed fruſtrà eſſe factam, nullius momenti eſſe, ac in fideicommiſſariam verti non poſſe.

Tertium argumentum eſt ex l. Scæuola. ff. ad Treb. ibi enim benigna interpretatione ſubſtitutio directa trahitur ad fideicõmiſſum, quia facta eſt in codicillis, & quia pupillus impubes eſt mortuus, vt ſcilicet, quod non poteſt valere quaſi teſtamentum pupillare, valeat quaſi codicillus eiuſdem ab inteſtato. Igitur his ceſſantibus dicendum eſt nõ valere, ſecundùm iuris regulas.

Primum argumentum contrariæ ſententię eſt in c. Rainucius. de teſtamen. in illis verbis: *Adiecta verò impuberi reliquit certa bona ſua, adijciens, vt Alterocha & ſoboles quam geſtabat in vtero, eidem impuberi ſuccederent, ſi abſque liberis moreretur, &c.* Ex quib. verbis patet factam fuiſſe compendioſam ſubſtitutionem impuberi, verbis directis, quia illa verba: *Eidẽ impuberi ſuccederent*, ſunt directa.

Reſpondeo, illa verba non eſſe directa, nec vllo iure id probari poſſe, & quanquam Baldus & alij id dicant, tamen alij contrarium docẽt, vt ſcribit Couuar. ad d. c. Rainucius 9. nu. 5. v. Item verbum ſuccedat. Quamobrẽ & imprudenter locutus eſt Cuiacius loco ſuprà proximè citato, dum dixit, iure Pontificio in propoſita quæſtione noſtra verba directa ad fideicommiſſum trahi, & ea in re Pontifices errаſſe. Non hoc Pontifices dixerunt, nec ſtatuerunt, & conſequenter, nec errauerũt, ſed ille errauit, temerè eorum verba interpretatus: quanquam hoc excepto, veram ſententiam hac in re mihi videtur amplexus.

Secundum argumentum eſt, ex d. l. Scæuola. ff. ad Trebell. ſed, vt ſuprà dixi, potius fauet ſententiæ noſtræ illa lex, cùm ex benigna interpretatione directa ſubſtitutio ad fideicõmiſſum ibi trahatur fauore pupilli: & quia facta eſt in cõdicillis, vt dictum eſt, quibus rationibus ceſſantibus contrarium reſpondendum videtur.

Tertium argumentum eſt ex l. Precibus. in fine. C. de impub. & aliis ſubſtit. ſed reſpondeo ibi directam ſubſtitutionem à milite factam fuiſſe, ideo in fideicommiſſariam conuertitur iure quodam ſingulari, nos verò loquimur de tali ſubſtitutione à pagano facta, in qua proinde contraria videtur eſſe iuris regula.

Poſtremum argumentum eſt, quia verba directa quandoq; trahuntur ad fideicommiſſum. l. Filiusfamilias. §. Vt quis hæredem. de lega. 1. l. Ex facto. ff. ad Treb. l. vlt. C. de hæred. inſtit. Reſpondeo, nõ eſt bona conſequentia. Ergo trahuntur etiam in ſpecie iſta, quia in dictis legib. verba teſtatoris relata ſunt ad hæredem, quæ proinde facilè fideicommiſſum inducere poſſunt. Quare, vt habetur in dictis legibus, ſi quis rogatus fuerit, vt aliquem hæredem faciat, id accipiendum erit, vt fideicõmiſſo rogatus eſſe videatur hæreditatem reſtituere. Non ergo, ſi in eo caſu ita conſtitutũ eſt, idcirco idem in caſu noſtro reſpondendũ erit, qui & longè diuerſus eſt, & diuerſam habet rationem.

CAPVT XLV.

Quid ſi eadem compendioſa ſubſtitutio filio impuberi verbis communibus facta fuerit & mater ſit in medio, an moriente in pupillari ætate filio ſit directa, vel omni tempore fideicommiſſaria?

IN hac celebri controuerſia ſimiliter, vt in præcedenti, quid ipſe ſentiam, paucis indicabo. Authores & argumenta hinc inde videri poſſunt, ex recentioribus, Franciſcus Burſat. in conſil. 8. Mantica, de coniecturis vltimar. volunt. lib. 7. tit. 6. n. 16. Alexander Trentacinquius, de Subſtitutionib. parte 4. c. 11. Couuar. in c. Rainucius. §. 9. n. 15. de Teſtam. Menochius de Præſum. lib. 4. Præſumpt. 54.

Ego eorum ſententiam magis probo, qui docuerunt ſubſtitutionem compendioſam verbis communib. factam à pagano filio impuberi, non omni tempore fideicommiſſariã intelligi, ſed filio ante pubertatem moriente directam pupillarem cenſeri, poſt pubertatem verò moriente, fideicommiſſariam, quod vltimum omnes fatentur.

Mouet me textus in c. Si pater. de teſta. lib. 6. *Si paterfamilias*, inquit, *filium & filiam habens impuberes, filiam in re certa, filium verò in ceteris bonis ſuis vniuerſalem hæredem inſtituit, & vxori aliqua in ſuo teſtamento legauit, adijciens, vt ſi decederet filia ſine liberis eidem filio, & ſi ipſe abſque liberis obiret, filius præfatæ filiæ ſuccederetur, Chriſti pauperes inſtituendo hæredes. ſi vtrumque ſine liberis mori contingeret filiorum. Teſtatore mortuo, ac deinde filio ſubſequenter & filia (ſuperſtite matre) defunctis ante tempora pubertatis abſque detractione Trebellianica, ſiue partis iure naturæ debita facienda, ipſis pauperibus bona omnia deferuntur. Prædicta namque ſubſtitutiones facta de filio ad filiam, & contrà de illa ad pauperes directæ debent intelligi pupillares. Cùm in ſubſtitutionibus ſemper interpretatio ſit facienda dummodo ſicut in caſu propoſito, earum verbis & perſonis conueniat inſtitutis, vt ſubſtitutio directa intelligatur potiùs quàm obliqua, &c.*

Hic perpendo maximè Pontificis Maximi reſponſum in verſiculo: *Cùm in ſubſtitutioni-*

bus, &c. Nam ſi ſemper in ſubſtitutionibus hæc eſt interpretatio facienda, vt potiùs directæ ſint quàm obliquæ, cùm id verbis earum & perſonis cõuenire poteſt, optimè infertur, eodem modo accipiendam eſſe ſubſtitutionem, de qua agitur, quoniam hæc interpretatio, & verbis & perſonis maxime conuenit. Verbis quidẽ, quia ſunt communia, & ſic tam ad directam, quàm ad obliquam ſubſtitutionẽ accõmodari poſſunt. Perſonis autem, quia filius eſt impubes, cui ſubſtitutio eſt facta, cique melius cõuenit pupillaris directa, quam fideicommiſſaria; Nam directa pupillaris eſt Teſtamentum filij, & nullum continet onus; Fideicommiſſaria verò onus continet fideicommiſſi, & patris eſt, non filij teſtamentum. Quamobrem potius credendum eſt, patrem ea ſubſtitutione teſtamentum pro filio facere voluiſſe, quàm eum fideicommiſſo in pupillari ætate onerare.

Sed argumenta refellenda ſunt ſigillatim, quibus contraria nititur ſententia.

Primum eſt, ex generali quodam pronunciato, vnum & idem verbum plura tempora reſpiciens ea debet æqualiter determinare. l. Iã hoc iure. ff. de vulg. Ergo verba communia, quæ hic reſpiciunt tempus pubertatis, & tempus poſt pubertatem, debẽt omnia æqualiter determinare: & ſicut tempus poſt pubertatem ita determinant, vt ſubſtitutio intelligatur eſſe fideicommiſſaria: ita etiam determinare debent tempus ante pubertatem.

Reſpondeo, argumentum procedere, vbi eadem eſt ratio in omni tempore, ſed hic ratio diuerſa eſt, quia ante pubertatẽ valere poteſt ſubſtitutio directa: Poſt pubertatem verò nõ poteſt valere, vt directa, ideo neceſſe eſt, vt ad fideicommiſſum trahatur, & aliæ ſunt rationes ſpeciales, quibus nititur Iuriſconſulti reſponſum in d. l. Iam hoc iure, quæ non habent locum in hac ſpecie noſtra.

Secundum argumentum. Vna & eadem res diuerſo iure cenſeri nõ debet. l. Eum qui ædes. ff. de Vſucap. hic autem diuerſo iure cenſeretur, ſi ſubſtitutio ante pubertatem eſſet directa, & poſt fideicõmiſſaria: Ergo, &c. Reſpondeo regulam non habere locum, vbi diuerſitas eſt temporis, vt hic, argument. l. Pomponius. 2. ff. de neg. geſt. & patet ex l. Precib. C. de impub. & aliis ſubſtitut.

Tertium argumentum. Nõ debet fieri voluntatis diuiſio. l. Eum qui. §. vlt. ff. de his quib. vt indig. Sed hic fieret diuiſio. Ergo, &c. Reſpondeo, volũtatis diuiſionem fieri nõ poſſe, in hoc ſenſu, vt pro parte valeat, & pro parte non valeat: ita loquitur propoſitio argumẽti ac proinde non attingit rem noſtram.

Quartum argumentum eſt ex c. Rainucius, de teſt. Reſpondetur, non hoc ibi eſſe conſtitutum, omni tempore fideicommiſſariam eſſe ſubſtitutionem, & filiam ibi deceſſiſſe poſt pubertatem.

Quintum argumẽtum. In dubio eſt illa interpretatio accipienda, quæ matri magis faueat. l. Qui duos. 1. ff. de reb. dub. l. vlt. C. de inſtitut. & ſubſtit. Reſpõdeo, negando regulam ſeu propoſitionem generaliter veram eſſe, ſicut in argumento dicitur, nec ea probatur ex allatis legibus, licet ex certis circumſtantiis facti, matri pupilli fauẽdum illis in caſib. eſſet conſtitutum? Sed ex vno vel altero peculiari caſu non rectè quis generalem conſtituit propoſitionem, ſicut ſi dicatur, Petrus currit, Titius currit, ergo omnes currunt.

Sextum argumẽtum. Pupillaris ſubſtitutio tacita matrem non excludit. l. Precibus. C. de impub. & dictum eſt ſuprà. Ergo nec compẽdioſa, quæ tacitam continet pupillarem. Reſpondeo compendioſam ſubſtitutionem cõtinere in ſe pupillarem, nõ ex quodam tacito intellectu, ſicut vulgaris expreſſa, ſed ex natura ſua, & voluntate clara teſtatoris: quia compendioſa continet plura tempora, ita vt quandocunque filius deceſſerit ſiue ante, ſiue poſt pubertatem, ſubſtituto locus ſit: alia ratio eſt in vulgari expreſſa, quæ pupillarem continere dicitur non ſuapte natura, ſed ex quodam tacito intellectu ac ſubtili interpretatione, quæ proinde contra matrem valere non debet.

Vltimum argumentum eſt ex d. l. Precibus. C. de impub. quatenus ibi directa ſubſtitutio trahitur ad fideicommiſſum fauore matris viuentis. Reſpõdeo, nil valere iſtud argumẽtũ, quia ad fideicommiſſum trahitur illa ſubſtitutio ibi, quando filius poſt pubertatem moritur, ſecus quando ante pubertatem.

CAPVT XLVI.

De ſubſtitutione facta in caſu, quo filij naſcituri decedant abſque liberis an locum habeat, filiis non natis?

HIc præterire nõ poſſum inſignem in hac eadem materia controuerſiam, ſuper qua ſentẽtiam iudex protuli in ciuitate Placentia, nunquam. n. è memoria excidet nobiliſſima illa Ciuitas, ſummis Doctorib. ac viris præſtantiſſimis referta, cuius & ipſe ciuis tunc factus fui, cùm ibi Iudex cauſſarum fiſci, & conſiliarius iuſtitiæ eſſem. Confiſcatã fuẽre bona Equitis Scipionis Aſinelli, ea ſibi reſtitui petebat D. Octauius Aſinellus ex fideicommiſſo vocatus D. Ioannis Baptiſtæ Aſinelli. Is teſtamento condito hæredem inſtituerat filium, & poſt eum eiuſdem filium primogenitum naſciturum & primogeniti primogenitum vſque in perpetuum. Moriente verò filio ipſius

ipsius hærede instituto, & eius filio primogenito, ac cæteris deinceps primogenitis, ita vt nullus succederetur & eo casu D. exet nullum substituerat, sed quoniã ex filio hærede instituto nullus erat natus filius, in dubiũ vocabatur, an substitutioni locus esset: Dicebatur enim substitutum vocatum fuisse in eum casum, quo primogenitus filij testatoris, & primogeniti primogenitus decessisset absque filiis, quæ conditio non euenerat, cum nulli nati essent liberi. Nam qui non nascitur, mori non dicitur. Quod verò ... qu. 2. Glo. & doctor. in l. Qui duo. §. 1. ff. de in inum. testam.

Et pro hac sententia quædam generales regulæ nonnominabantur. Casum à testatore omissum habendum esse pro omisso l. Commodissime. ff. de lib. & posthum. Item conditionem implendam esse in forma. l. Qui hæredi. l. Meuius. ff. de cond. & demonst. alias deficere fideicommissum l. Cum auus. ibi: *Conditionem fideicommissi defecisse.* ff. eod. tit.

Confirmabatur eadem sententia authoritate Oldradi in cons. 177. Testator, is respondit, de hac facti specie. Testator posthumum instituerat nasciturum ex ventre vxoris suæ prægnantis, et si is in pupillari ætate, vel postea quandocunque sine prole legitima decederet, alium posthumum secũdò nasciturum substituerat, ita vt si decederet secũdus ille posthumus in pupillari ætate, vel postea quãdocunque sine prole legitima, frater suus hæres esset. Natus fuerat vnus tantummodo posthumus, qui in pupillari ætate decesserat, substitutus hæreditatem vindicabat: Oldradus respondit non esse admittendum, quia substitutus fuerat posthumo secundo, si is natus fuisset, & in pupillari ætate decessisset, eo igitur nõ nato substitutionem euanuisse. Idem respondit Ioan. Andreas ad Spec. tit. de testamentis. § 1. Alex. in con. 1. lib. 1. Corneus in con. 199. li. 2. Ancharan. in con. 356. Ex serie. Fulgosius in cons. 49. Angelus in cons. 93. Signorolus in consil. 199. Ruin. in cons. 104. n. 4. cons. 172. nu. 4. cons. 175. n. 5. lib. 2. in cons. 4. n. 6. lib. 3. Parisius in cõs. 74. n. 9. lib. 3. Socin. senior in cons. 140. nu. 8. lib. 1. Ripa in l. 1. n. 96. ff. de vulg. Socin. iun. in cõs. 16. n. 5. lib. 2. Alciatus in cons. 452. n. 8. Menochius in cons. 326. n. 35. lib. 4. qui supra dictos recenset. Adde Socinum seniorem in l. 1. col. 12. in 8. lim. ff. de vulg. Crauet. in cons. 313. lib. 3. qui de eadem facti specie respondit cum Alciato proximè citato, de qua etiam respondit Ruin. in cons. 175. lib. 2. latè alios citans Hipp. Rim. in cons. 116. nu. 117.

Et hæc eò magis locum habere videbantur, quia substitutio restricta fuerat illa clausula: *Tunc & eo casu*, quæ clausula operatur, vt substitutio non debeat ad alium casum etiam similem extendi, secundum Ancharanũ in d. cons. 56. Ex serie. Roman. in cons. 131. n. 2. 138. nu. 4. Socin. senior in cons. 259. col. 4. vers. Confirmantur præmissa. lib. 2. Deci. in l. ... num. 1. C. de instit. & substit. & in cons. 63. nu. 5. 315. ... 2. alios recenset Menochius in d. consil. 326. nu. 6. lib. 4. quibus adde Baldum in consil. 57. nu. 2. lib. 2. Parisium in cons. 51. n. 10. 73. n. 31. 86. n. 34. lib. 2. cons. 2. n. 5. 14. nu. 9. 66. n. 44. 72. nu. 19. lib. 3. Ruin. in cons. 200. num. 9. lib. 2. 30. n. 10. eod. lib. ... n. 10. lib. 3. Beto. cons. 49. num. 2. 79. num. 8. 99. nu. 9. lib. 2. Grat. cons. 124. nu. 37. lib. 1. Card. Alban. ad Bartol. in l. 1. num. 1. ff. de vulg. Riminald. senior in consil. 455. num. 32. D. meum Cephal. in cons. 88. num. 55. Francis. Becium in cons. 8. num. 22. Roland. à Valle in cons. 59. numer. 1. lib. 3. & in consilio pro Triultiis, num. 43. 44. 45. Nattam in consil. 673. num. 6. Bursat. in cons. 31. nu. 25. Hippolytum Riminald. in cons. 110. n. 117. Cels. Vgo. in cons. 20. n. 55. Simon. Pretum in cons. 42. n. 28. Hiero. Gabr. in cons. 111. n. 14. Plotum in cons. 8. n. 2. Hiero. Gigan. in cons. 99. nu. 18. Purpurat. in cons. 299. nu. 155. n. 2. D. meum Decian. in cons. 2. n. 24. l. 2. Concilium Ticinense pro Triultiis n. 15.

Verum his non obstantibus, contrarium pronunciaui: nempe bona confiscata ad D. Octauium pertinere. Mouit me inprimis, quia hæc est certissima iuris propositio, cum plures gradus substitutionum fiunt, & vnus deficit, bona restitutioni subiecta manere debére apud hæredem grauatum cum suo onere, vt videlicet sequentibus substitutis ex ordine restituantur, vt in l. Vnica. §. Pro secundo. C. de Cad. toll. & declarat Bartol. in l. Quamdiu, in fine. & ibidem Aretin. ff. de acq. hæred. Socin. iun. in cons. 181. nu. 46. 47. lib. 2. Cum igitur substitutionũ gradus defecerint, quia nullus ex hærede grauatus primogenitus natus erat, sequitur hæreditatẽ ad D. C. & unũ substitutũ pertinuisse, eique à filio, qui in locũ hæredis grauati successerat restituendam esse.

Nec obstat si dicatur, vt dicebat Alciatus in d. cons. 493. & post eum Menochius in d. cõs. 326. nu. 35. lib. 4. hæc sibi locum vindicare, cum substitutionis gradus deficit, quia non valet tanquam caducus, vel in causa caduci, secus si sit nullus: quia pro non scripto habeatur: tũc enim apud hæredem bona manere debent sine onere. l. Vnic. § In primo. C. de cad. toll. ibi *Nullo grauamine, nisi per raro in hoc, pro non scripto superueniente.*

Non, inquam, id obstat, quia hæc procedunt in legato particulari seu fideicommisso, secus in vniuersali, vt declarat Castr. in d. l. Vnica. §. His ita definitis. C. de cad. toll. vbi dicit textus: *In his itaque, siquidem cohæredes sunt omnes coniunctim, vel omnes disiunctim & vel instituti, vel substituti, hoc quod fuerit quoque*

modo vacuatum, si in parte hæreditatis vel partibus consistat alijs cohæredibus cum suo grauamine pro hæreditaria parte, etiamsi iam defuncti sint, acquiratur. Et textus in d. §. In primo, loquitur de legato particulari & fideicommissario.

Secundò in eam sententiam adductus fui, quia probabiliorem eorum esse opinionem existimaui, qui filijs non natis locum esse substituto docuerũt. Nam si testator vocauit substitutum, si filij nascerentur ex filio, & morerentur absque filijs, nulla est ratio: cur non etiam eum vocasse intelligatur, si filij non nascerentur, vt latè responderunt Deci. in cons. 2, 7. Socin. iun. in cons. 1[illegible]. lib. 2. Berous in cõs. 102. lib. 1. D. meus Decianus in cons. 1. lib. 1. nouissime Menochius in cons. 432. lib. 5.

Ad argumenta in contrarium facilè responderi potest. Nam quod attinet ad regulas illas, Omissum à testatore, &c. & conditionem implendam in forma, respondeo cum D. meo Deciano d. cons. 1. n. 118. & n. 145. esse eandem rationem in casu omisso, ac proinde idem esse statuendum, quod pluribus ille demonstrat argumentis, quibus non respondit Menoch. d. cons. 32[illegible]. n. [illegible]. & 11.

Ad authoritates in contrarium allatas, & simul ad clausulam: Tunc & eo casu responsio. patet ex Deciano, versic. in n. 148. Et eã clausulam non obstare, nec impedire extẽsionem ad casum similem, responderunt Alba. in cõs. [illegible] Roman. [illegible] in cons. 70. n. 11. & 48. lib. 3. M[illegible] in cons. [illegible] Simon Pretus de Interpret. vlt. volunt. col. 250. nu. 49 Hippo. Rimin. in cons. [illegible] n. 55. Biretta in cons. 27. n. 24. D. meus Cephal. in cons. 196. n. 25. Colleg. Bononiense pro Triuulrijs nu. 8. Mantica de Coniect. vlt. volunt. lib. 3. tit. 14. num. 10.

CAPVT XLVII.

Vtrum res restitutioni ex fideicommisso subiectæ alienari possint ex caussa restitutionis dotis vxori grauati.

CErtũ est res restitutioni subiectas ex fideicommisso, ex causa dotis vel donationis propter nuptias alienari posse, vt in Auth. Res quę. C. commu. de legatis & fideicommissis. & in §. Quamobrem. in Auth. de Restit. & ea quæ parit in 9. mense. Sed controuersia est, si non de dote constituenda, vel donatione propter nuptias agatur, verùm de ea restituẽda, sitne idem constituendum. Vt exempli causa, si filius grauatus ex fideicommisso restituere, dotem vxoris acceperit, & dos ipsa repetatur soluto matrimonio, an ex rebus restitutioni subiectis dos soluenda sit, puto non esse restituendam. Authores habeo Angelum in commentariis d. Nouellæ de restit. & ea quę parit, &c. Iasonem in d. Auth. Res quę. C. commu. de legatis & fideicommissis. nu. 29. Alciatum ad l. 1. num. 65. ff. soluto matrimonio. & in cons. 555. num. 3. Socin. iuniorem in cõs. 119. num. 7. lib. 2.

Fundamentum verò illud videtur mihi solidum, quia cùm de dote constituenda agitur filiæ restitutionis onere grauatæ, vel de donatione propter nuptias pro filio, qui similiter onere fideicommissi grauatus est, iustum est, vt restituendi onus non impediat dotis & donationis propter nuptias cõstitutionem, quia pater, qui restitutionem iniunxit, dotem dare filiæ suæ, & propter nuptias donationem pro filio suo constituere tenebatur. l. vlt. C. de dotis promiss. quamobrem in præiudicium dictę dotis & donationis restitutionem iniungere non poterat. Sed excipere debebat tantum ex bonis, quantum ad dotem & donationem requirebatur. Hæc ratio locum non habet, cùm de dote restituenda agitur, quam filius post mortem patris accepit, quia pater ad restituẽdam dotem non tenetur, nisi fuerit ei data & soluta, vel filio iussu patris, vel p[illegible] cubum habeat ipsius filij. l. Si cum dotem. §. Transgrediamur. ff. sol. matr. Et cum pater non teneatur, certum est, non teneri etiam eum, cui res restituendæ sunt. Consequenter nihil proponitur cur ex his rebus quæ ad alium spectant iure fideicommissi dotis restitutio fieri possit, aut eam ob causam res ad alium spectantes alienari. Neque enim iuris regulis est congruum, vt is, qui nec debitor est, nec debitoris hæres, onus dotis soluendæ cogatur sustinere.

Sed contrariam sententiam habuere Ioan. de Anania in cons. 61. Castrens. in cons. 80. lib. 1. Alex. in cons. 67. numer. 4. lib. 4. & alij, quos refert & sequitur Couuar. lib. 3. Variar. resolut. cap. 6. & post eum Menoch. in cons. 33. n. 27. lib. 1. quorum argumentis iam est respondendum.

Primum argumentum est ex §. Adiecit, in d. Nouella de restit. & ea quæ parit, &c. vbi Imperator narrat controuersiam, quæ fuit inter mulierem & fratrem viri defuncti, qui restituere debebat hæreditatem: *Moriente namque viro* inquit, *vxor quidem & dotem exigebat, & donationis ante nuptias factæ partem, seu propter nuptias, quam viri mors dabat: Defuncti verò frater aliunde vindicabat res, & patris proferebat voluntatem, &c.* Eius litis occasione illam condidit nouellam, statuens dotem & donationem propter nuptias excipiẽdam esse, nec in restitutione comprehendi. Ex quo videtur colligi eam fuisse Imperatoris mentem, vt etiã dos restituenda vxori grauati deduci ex rebus restitutioni subiectis posset.

Respon-

Reſpondeo, Imperatorē nihil ſtatuiſſe circa controuerſiam inter fratrem defuncti & vxorem orbam; ſic enim ait: *Sed huic quidē data eſt negotio forma, quam bene habere putauimus, &c.* Poſtea conſtituit circa dotem & donationem propter nuptias, vt in §. Quamobrem, & nihil ibi de hac ſpecie reſtitutionis dotis decernit. Quare argumentum ex ea Cōſtitutione petitum, non eſt ſatis firmum.

Secundum argumentum eſt ex §. Sancimus. eadem Nouella, vbi Iuſtinianus ita dicit: *Sancimus itaque ſecundum hunc modum excipi modis omnibus ad reſtitutionem nuptialia documenta, & ſuper his factas alienationes & hypothecas.*

Reſpondeo excipi nuptialia documenta ſecundum modum ibi præſcriptum: vt nimirū ſi filia ſit reſtitutionis onere grauata, dotem excipiat ſibi debitam: ſi verò filius grauatus ſit, excipiat propter nuptias donationem.

Tertium argumentum. Res reſtitutioni ſubiectæ alienari poſſūt pro dote cōſtituenda filiæ hæredis grauati: Ergo ſimiliter alienari poterūt pro reſtituēda dote vxori eiuſdē grauati.

Reſpondeo, negando conſequentiam. Nam filiæ hæredis grauati, quæ teſtatoris eſt neptis, dotem ipſe teſtator idemque auus dare tenetur. l. Qui liberos. ff. de ritu nup. l. vlt. C. de dotis promiſſ. l. Dotem dedit. ff. de colla. bonor. non tenetur autem vxori filij ſui dotem reſtituere, vt ſuprà diximus.

Quartum ac poſtremum argumentum. Teſtator præſumitur velle hæredem ſuum facere id, quod ipſe, ſi vixiſſet, facturus fuiſſet. l. Cum ſeruus. ff. de Cond. & demonſt. ibi: *Nā quod ipſe viuens facturus ſit, ab hæredibus ſuis fieri iuſſiſſe intelligitur:* Sed ſi pater, hoc eſt, ſi teſtator, qui reſtitutionem iniunxit, viueret, cōſentiret, vt bona ſua pro reſtitutione dotis filij ſui eſſent obligata, vel certè ad conſentiendum poſſet compelli. l. Si cum dotem. §. Transgrediamur. & ibi Bartolus nu. 6. ff. ſol. matr. Ergo filius mortuo patre ſi vxorem duxerit, & dotem acceperit, obligare & alienare bona reſtitutioni ex fideicommiſſo ſubiecta, vt dotem acceptam reſtituat, poterit.

Reſpondeo, negando aſſumptionem. Nam quod pater viuens teneatur bona ſua obligare pro reſtitutione dotis filio datæ, iure non probatur, & Bartoli doctrinam impugnāt Albericus & Cumanus in d. §. Transgrediamur, & veram non eſſe fatetur Menochius d. conſ. 33. Sic enim Bartolus argumentatur. Pater tenetur pro filio ſuo vxorem ducente & dotem accipiente donationem propter nuptias conſtituere, vt in l. vlt. C. de dotis promiſſ. Donatio autem propter nuptias pro cautione dotis fit: ergo vbi donatio propter nuptias non eſt in vſu, tenetur pater pro cautione dotis bona ſua obligare nurui, loco donationis propter nuptias. Reſpondeo, negando conſequentiā: poteſt enim alia cautio adhiberi pro dotis ſecuritate, ſi dos conuertatur in emptionem prædiorum, quæ mulieri obligata ſint, vel alio in loco tuto ponatur, aut aliter ab ipſo filio, qui dotem accepit, caueatur.

CAPVT XLVIII.

Si bona reſtitutioni ſubiecta expreſsè prohibeantur à teſtatore alienari ex cauſa dotis vel donationis propter nuptias, vtrum nihilominus eas ob cauſas alienari poſsint?

RES reſtitutioni ſubiectas etiam ex cauſſa dotis vel donationis propter nuptias alienari non poſſe, cùm teſtator expreſsè id vetuit, haud obſcurè docuerunt Alexander in conſ. 56. n. 3. lib. 1. & alij, quos refert & ſequitur Couuar. lib. 3. variar. reſol. cap. 4. n. 10. verſ. Tertiò, vt quibuſdam viſum eſt, quorum illud eſt fundamentum, quòd cùm expreſſa eſt facta à teſtatore prohibitio, ne alienatio fiat etiam ex cauſa dotis vel donationis, tūc res eſt clara, nec dubitatio eſſe poteſt, num teſtator reſtitutionē iniungens permiſerit nec ne res alienari ob dictas cauſas. Huc accedat, quod pater legitima portione filiis relicta, in his, quæ vltra eam ſuperſunt liberè poteſt, quodcunque grauamen filijs iniungere, ſicut extraneis poſſet: & ideo quemadmodum ex omnium cōſenſu alienationem extraneis dictas ob cauſas prohibere poteſt: ita etiam & liberis poterit, nec tenetur pater legitima filiis conſtituta portione, eiſdem, vel eorum liberis dotem relinquere.

Sed iſtis ego non aſſentior, & contrariam ſententiam veriorem eſſe puto, quam ſecutus eſt Caſtrenſis in conſ. 80. lib. 1. Iaſon in Auth. res quæ. C. comm. de leg. col. vlt. Moueor ex Nouella de reſtitut. & ea quæ parit. &c. in §. Quamobrem, cuius hæc ſunt verba: *Quamobrem præſentem ponimus legem, omnia quidem alia priores à nobis poſita conſtitutionis rata manere volentes: hoc verò innouantes ſolummodo, vt ſi quis de cætero reſtitutionem fecerit ſuarum rerum: primum quidem ſeruet filio legitimam partem, non quartam: hoc enim emendauimus inopiam eius plurimam reprehendentes, ſed tertiam modis omnibus, aut mediam ſecundum filiorum numerum, deinde ex reliqua ſubſtantia parte, ſi non ſufficerit legitima pars ad dotis aut antenuptialis donationis oblationem: honeſtè & ſecundùm perſonarum qualitatem & mer... ex ipſare etiam hoc ad reſtitutionem, ſecundùm quod adiectum legitimæ parti dotem, aut antenuptialem facit donationem. Sancimus enim ſecundùm hunc modum excipi modis omnibus ad*

reſtitutionem nuptialia documenta & ſuper his facta alienationes, aut hypothecam, & vel ſi grauata ſit perſona aut viri aut mulieris reſtitutione talis, liceat ei nuncupatam antenuptialem ſeu propter nuptias donationem offerre, nihil quantum in illis rebus reſtitutione valente: & ſi mulier reſtitutione grauetur, non impedimentum ad dotis oblationem fieri, &c.

Et ex his verbis patet primò, non idcirco bona reſtitutioni ſubiecta alienari poſſe ex cauſa dotis & donationis propter nuptias: quoniam generali fideicommiſſo ac generali reſtitutione iniuncta non videatur, ex voluntate teſtatoris contineri cauſa dotis, & donationis propter nuptias. Nam eiuſmodi cauſæ tacitè videntur eſſe exceptæ ab ipſo teſtatore. Sed idcirco bona alienari poſſunt ob dictas cauſas, quia eas excipiendas eſſe lex mandat, & vult cauſam dotis, & donationis præferendam eſſe fideicommiſſo: *Ea enim quæ communiter omnibus proſunt ijs quæ ſpecialiter aliquibus vtilia ſunt proponimus*, inquit Imperator in verbis ſequentib. Quamobrem argumentum Alexan. corruit; quia licet ob prohibitionem expreſſam teſtatoris clara ſit eius voluntas, vt nec ex cauſa dotis & donationis res alienentur, tamen lex apertè ſtatuit dotis cauſam & donationis excipiendas eſſe.

Secundò ex verbis ſupradictæ Nouellæ, quæ retulimus, manifeſtum euadit, teſtatorem nequaquam poſſe, etſi maximè velit, dotis cauſam & donationis generali reſtitutione includere, ſed eas cauſas cogitur excipere: *nihil in illis reſtitutione valente*, inquit textus, conſequenter argumentum Couuar. tollitur. Etſi enim pater legitimam filiis portionem relinquat: non tamen poteſt reliqua bona reſtitutioni ſubiicere, ſed præter legitimam, excipere debet, quantum præterea pro dote & donatione neceſſarium eſt: *Deinde ex reliqua ſubſtantia parte*, inquit textus, *ſi non ſuffecerit legitima pars ad dotis aut antenuptialis donationis oblationem, honeſtè & ſecundum perſonarum qualitatem & merita excipere, etiam hoc ad reſtitutionem.* Quibus verbis patet, etiam legitima portione filiis relicta, adhuc tamen patri neceſſitatem incumbere tantùm ex bonis ſuis de reſtitutionis onere excipiendi, quantum requiritur ad dotem, vel donationem pro dignitate conſtituendam: quod gratis negabat Couuar. loco annotato. Quare maneat hæc concluſio ex cauſa dotis & donationis propter nuptias, bona fideicommiſſo ſubiecta alienari poſſe non obſtante teſtatoris prohibitione.

CAPVT XLIX.

Ex prohibitione alienationis ea clauſula adiecta: quia teſtator voluit bona conſeruari in agnatione & familia, inducaturne abſolutum fideicommiſſum ac ſimplex, an vero in caſum alienationis duntaxat?

Celebris eſt controuerſia, & olim & nunc ſæpe agitata: Teſtator prohibet aliquà bona alienari ab hærede adiecta ratione, quia vult ea cõſeruari in familia, verum inducatur abſolutum ac ſimplex fideicommiſſum, an verò in caſum alienationis tantum. Et hac de re tres ſunt diuerſæ doctorum ſententiæ. Vna fideicommiſſum abſolutum ac ſimplex induci: Altera non induci ſimplex abſolutúmque fideicommiſſum: ſed in caſum alienationis duntaxat. Tertia diſtinctionem eſſe adhibendam. Nam ſi prohibitio alienationis valeat, & non ſit nudum teſtatoris præceptum, ſed contemplatione certæ perſonæ vel cauſæ factum: tũc ex ea clauſula adiecta, *qui voluit, &c.* abſolutũ inducatur fideicommiſſum, vt putà ſi teſtator alienationem prohibeat extra familiam: ex eo enim apparet eum rationem habuiſſe familiæ ſuæ, vt bona tranſirent ad ſuos. Si verò nudum ſit præceptum & non valeat, tunc ex clauſula ſubſequente *qui voluit, &c.* fideicommiſſum inducatur in caſum alienationis duntaxat. Authores ſingularum opinionum receſere ſuperſedeo. Vide Cacheranum deciſ. Senatus Pedemontani 50. aliàs. 49. D. meum Cephalum in conſ. 27. nu. 22. lib. 1. Hippo. Riminald. in conſ. 147. in primo dubio lib. 2. Menoch. in conſ. 85. n. 103. & 104. lib. 1. Bolognetũ in con. 15. n. 54. Burſatum in cõſ. 156. n. 35. & nu. 62. & conſ. 195. n. 5. lib. 2. Franciſcum Vegrium in conſ. 66. n. 10. & conſ. 74. à n. 326. vſque ad nu. 103. nouiſſimè Petrum Antonium Petrã in commentariis de fideicommiſſis ex prohibitione alienationis.

Primæ opinionis fundamentum eſt, quia fideicommiſſum inducitur quibuſcunque verbis, ſi modò ex eis voluntas teſtatoris colligatur, vt in. l. pen. de leg. 1. l. Cùm proponeretur, de leg. 2. l. Cum virum. C. de fideicommiſſ. l. Pamphilo. de leg. 3. l. Fideicommiſſa. §. Hæc verba. eo. tit. l. Codicillis. §. Matre. de leg. 2. & in aliis ſimilibus. Sed ex verbis illis quibus teſtator declarat ſe velle, vt bona conſeruentur in agnatione & familia, voluntas teſtantis colligitur: neque enim bona conſeruari poſſunt in familia, niſi fideicommiſſum inducatur, per quod ad eos, qui ſunt in familia, perueniant: Ergo fideicommiſſum ſimplex & abſolutum inducitur tam in caſum mortis, quam alienationis.

Secundæ opinionis fundamentum eſt, quia prohibitio alienationis facta ſine cauſa nõ valet. l. Filiusfa. §. Diui. de leg. 1. Ideo vt valeat illa clauſula adiicitur à teſtatore: quia vult bona

sua in familia conseruari, &c. Cōsequenter talis clausula hoc tantum operatur, vt prohibitio valeat: etsi res alienentur, actio illis competat qui sunt in familia, non autem simplex & absolutum fideicommissum inducatur.

Confirmatur hoc ex l. Peto. §. Fratre. de leg. 2. vbi textus ita dicit: *Fratre harede instituto petijt ne domus alienaretur: sed vt in familia relinqueretur. Si non paruerit hæres voluntati, sed domum alienauerit vel extero harede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerunt.*

Ergo, si hæres non alienauerit, vel hæredē extraneum non instituerit, fideicommisso locus non erit. Consequenter in casum alienationis tantum inducitur fideicommissum, nō etiam in casum mortis.

Tertiæ opinionis fundamentum illud est: quia cum prohibitio nuda est, & non valet absque illa caussa adiecta, tunc caussa, quę adijcitur, robur illi affert, vt valeat: & ideo non potest alium præterea effectum producere, & sic fideicommissum inducere. Sed cum prohibitio per se valet, tunc ne caussa illa adiecta, *Quia vult bona conseruari in familia, &c.* frustra adiecta esse videatur, & prorsus superflua existat, inducit simplex absolutúmque fideicommissum.

Ego sanè in priorem sententiam longè sum procliuior. Nam testator alienationē prohibens, & illam caussam adijciens duo facit: primùm alienationem ipsam confirmat, & validam efficit, deinde declarat suam volūtatem, nempe eam esse, vt bona in familia cōseruentur: Si testator simpliciter dicat, se velle, vt bona sua in familia cōseruentur, vel familiæ bona relinquat: nemini dubium esse potest, quin fideicommissum inducatur inter illos, qui sūt in familia. Cur ergo non idem sit dicendū in proposita facti specie? Nónne hic est verborum testatoris sensus clarus, manifestus? At hoc testator dixit, vt validā efficeret prohibitionē. Quid tum? valida fiet illis verbis prohibitio, sed & præterea nihil vetat fideicommissum induci. Neque enim aut verborum natura, aut legis constitutio impedimento esse potest testatori, quò minus eodem tempore, duo hæc disponat: prohibeat bona alienari, & simul fideicommissum inter eos, qui in familia sunt inducat. Quare illud argumentum videtur mihi non esse admodum forte, quo dicebatur: eam clausulam efficere, vt valeat prohibitio, & ideo non efficere, vt fideicommissum inducatur. Hanc neq; sequelam; potest enim vtrumque facere. Si verba vtrumque important, & lex non prohibeat. At nulla lex prohibet, & verba manifestè habent illum sensum: Ergo nihil proponitur, cur fideicommissum non inducatur simplex & absolutum.

Ad textum in l. Peto. § Fratre, respondeo, nō posse ita sumi argumentum à cōtrario sensu, quia in ea facti specie, si frater non instituisset hæredem extraneū, sed instituisset eos hæredes, qui erant in familia, nulla fuisset ratio dubitandi, quin ad eos, qui erant in familia, bona pertinuissent. Similiter etiam, si intestatus decessisset, sine dubio tunc successissent, qui erant in familia. Ratio dubitandi, & quæstionem proponendi erat eo in casu, quo extraneum hæredem instituerit, & Iurisconsultus respondit, si eos, qui in familia sunt fideicommissum petituros. Quare in ea specie non ea valet argumentatio. Ergo, si extraneum non fecisset hæredem, non esset locus fideicommisso: quin imò locus esset, multò magis & citrà vllam dubitationem, si eos, qui in familia erant ex testamento, vel ab intestato hæredes reliquisset: sed de eo casu non est locutus Iurisconsultus, quia nulla fuisset dubitatio, nulla quæstio accidere potuisset, nullum enim aduersarium habuissent illi, qui in familia erant. Nam testator mandauit fundum in familia relinqui, & hæres illum reliquisset.

CAPVT L.

Vtrum ex prohibitione alienationis à testatore facta fideicommissum bona subijciente agnatis ex fideicommisso vocatis, actio competat contra fiscum, in quem bona ob grauati delictum translata sunt, non expectata morte naturali ipsius grauati?

Testator bona fideicommisso subiecit in fauorem agnatorum, eáq; alienari prohibuit: Hæres delictum perpetrauit, propter quod confiscata sunt bona: vtrùm agnatis statim antequā hæres grauatus moriatur, liceat bona à fisco vindicare, non est eadem omniū sententia. Etenim ante grauati delinquentis mortem vindicare non posse respondérunt Paulus Castrens. Alciatus & Ruinus ad l. Filiusfamilias. §. Diui. de leg. 1. vbi testatur eiusdem sententiæ Oldradum fuisse in cons. 17. & Roman. in l. Si constante. §. vlt. ff. sol. matr. & idem Alciatus hanc sententiam communem esse dicit in cons. 783. n. 1.

Argumenta verò sunt ista. Primum est ex d. l. Filiosfam. §. Diui. de leg. 1. vbi Martianus ait prohibitionem alienationis à testatore factam contemplatione certæ personæ validam esse, sed eam neque creditoribus, neque fisco fraudi esse: *Quod si* (inquit textus) *liberis aut posteris aut libertis aut hæredibus, aut alijs quibusdam personis consulentes eiusmodi voluntatē significarent, eam seruandam esse: sed hac neque creditoribus, neque fisco fraudi esse.*

Nec valet expositio Accursij secūdū Alcia-

tum, illa verba, *neque fisco fraudi esse*, referētis ad caussam tributorum, vel aliam, ob quam fiscus esset creditor, quia sub illis verbis, *neque creditoribus*, omnes creditores continebantur, tam ex caussa onerosa, quam etiam lucratiua. l. Creditores. ff. de verb. sign. consequenter illa verba, *neque fisco fraudi esse*, alium sensum habere debent, vt nempe, nullum fiat præiudicium fisco, si alienare prohibitus, delictum commiserit, propter quod bona publicata fuerint.

Secundum argumentū est ex l. Peto §. Prædium. de leg. 2. in illis verbis: *Si non voluntaria facta sit alienatio, sed bona hæredis veneant, tamdiu retinere emptor debet, quamdiu venditor haberet bonis non venditis, &c.* Cùm autem bona publicantur ob delictum, sine dubiō voluntaria non est alienatio, sed necessaria; quia lex confiscari mandat, ergo non statim bona vindicari possunt, sed mors grauati expectanda est.

Tertium argumentum est, quia licet bona extra certum genus personarum alienari prohibeantur, legitimus tamen successor etiam extraneus illa consequi potest. l. Cùm pater. §. Cùm inter. de leg. 2. Ergo & fiscus, qui est legitimus successor eiusmodi bona grauati obtinebit, non obstante prohibitione: nec enim alienationis prohibitio de illa intelligi potest, quæ à lege fit, argumen. l. 2. ff. de rebus eorum, &c.

Postremum argumentum est, quia vbi simpliciter sunt bona restitutioni subiecta, tacitè inest alienationis prohibitio, Auth. Res quæ. C. commun. de legat. & tamen ob delictum grauati confiscantur, & donec hęres grauatus viuit, apud fiscum manere debent. l. Cùm pater. §. Hæreditatem. de leg. 2. l. Statius. §. Cornelio Felici. ff. de iure fisci. Ergo idem respondendum est, vbi expressa est alienationis prohibitio.

Sed contraria sententia frequentioribus Doctorum suffragiis recepta est, nempe, statim bona vindicari posse. Ita docuerunt Bart. ad l. Imperator. ff. de fideicommiss. libert. Alexan. in cons. 23. lib. 1. Ruin. in cons. 23. lib. 5. Cæpola in cons. 58. Decius in cons. 442. Iason in d. l. Filiusfam. §. Diui. in 2. lect. num. 19. de leg. 1. Berous quæst. 41. nu. 5. 6. Riminald. senior in cons. 243. lib. 2. Socin. iun. in cons. 77. nu. 15. lib. 2. & 49. lib. 3. Curtius iunior in cons. 110. Gram matic. decis. 105. n. 31 Roland. in cons. 30. nu. 11. lib. 2. Clarus §. fin. quæst. 78 vers. Item quæro. Plotus in cons. 83. nu. 96. Alba. in cons. 7. nu. 17. Marcabrunus in cons. 83. nu. 169. Bōssius, qui dicit eam in praxi obseruari, tit. de bonorum publicat. n 42.

Solet autem pro huius sententiæ confirmatione adferri text. in l. Imperator. ff. de fidei-commissa. libertat. vbi, cùm Firmius Mutiano aliàs Titiano tragœdos tres legasset, & adiecisset, *quos tibi commendo, ne cui aly seruiant, publicatis bonis Titiani rescriptum est, debere eos publicè manumitti.* Sed non videtur mihi hanc sententiam euincere, quandoquidem de libertate loquitur. Quæstio autem proposita de fideicommisso pecuniario. Libertas verò facilius & properantius pręstatur, quàm fideicommissum pecuniarium, quod vel ex eo patet, quia etiamsi non voluntaria sit alienatio serui, libertas tamen competit, vt in l. Rogo. ff. de fideicommiss. libert. secus autem in fideicommisso pecuniario; quia, si non voluntaria sit alienatio, vindicari non possunt bona ante mortem grauati, vt in d. l. Peto. §. Prædium. de leg. 2. & declarat optimè Cuiacius lib. 15. obseru. c. 3.

Probatur ergo sententia communis eo argumento, quod cum bona alienari prohibentur, vt in familia relinquantur, si hæres non obedierit voluntati testatoris, & sic alienauerit, omnes, qui sunt in familia fideicommissum petēt, vt in d. l. Peto. §. Fratre, de leg. 2. Quo in loco notandum est, hæredem non parēre voluntati testatoris, si alienauerit, vel extero hærede instituto decesserit, vt ibi dicitur; quod si bona hæredis veneāt, & sic necessaria sit alienatio ad soluendum æs alienum, aliter est cōstitutū, vt in §. Prædium. quia non ipse hæres dicitur alienare, sed creditores sunt in caussa, vt res alienetur. Igitur est vidēdum, an, cùm hæres delictum committit, cui pœna cōfiscationis est constituta, dicatur alienatio voluntaria, néc ne: & puto volūtariam esse, quia delictum est voluntarium, ob quod ipse videtur pœnæ se subiicere. argum. l. Imperatores. ff. de iure fisci. ibi: *Ipse te huic pœnæ subdidisti, &c.*

Alia ratio est illius, cuius bona venduntur à creditoribus. Nam cùm æs alienum cōtraheretur, nō erat illa necessitas, res fideicommisso subiectas alienandi: aliunde enim sperabat se creditoribus satisfacturum, sed delicto commisso in consequentiam venit pœna confiscationis, vt proinde hæres alienare prohibitus, delinquendo caussam ipsemet alienationi dedisse intelligatur.

Nec difficile est ad argumenta contrariæ sententiæ respondere. Nam quod attinet ad textum in d. l. Filiusfam. §. Diui de leg. 1. verus sensus illorum verborum, *neque fisco fraudi esse*, ille est, vt intelligantur de vicesima, quæ fisco soluebatur pro hęreditatibus & legatis. Ne scilicèt prohibitio alienationis impedimento esse videatur, quo minùs fiscus vicesimam cōsequatur. Non enim debet illa prohibitio fisco nocere, vt declarat optimè Cuiacius lib. 9. obseru. c. 24.

Ad text. in d. l. Peto. §. Prædium. respondeo, aliena-

alienationem, quæ ob delictum fit, esse potius voluntarium. Nam licet delicto perpetrato, necessariò fiat confiscatio lege ita disponente, delictum tamen, quod est causa eius, voluntarium est.

Ad text. in l. Cum pater. §. Cum inter. respondetur, illum loqui de legitimo successore, qui ab intestato succedit ei, qui duntaxat prohibitus erat alienare: alia ratio est in fisco, etsi. n. sit legitimus successor, non tamen id præiudicare debet fideicommissario, qui vocatus est, quia testator bona vetuit alienari, & cõsequenter etiam confiscari. Et si valeret illa ratio de legitimo successore, idem respondendum esset in qualibet alienatione facta ab hærede ex iusta causa, nempe venditionis, vel donationis. Nam emptor quoque est legitimus successor & donatarius.

Ad vltimum argumentum respondeo, diuersam esse rationem ac discrimen statum inter fideicõmissum simplex, & fideicommissum cum prohibitione alienationis. Cum enim res alienari prohibentur expressè, ea videtur esse voluntas testatoris, vt si alienentur, & sic hæres non obediat eius præcepto, tunc bona vindicari possunt ab eis, qui ex fideicommisso vocantur, vt in d. l. Peto. §. Fratre. de leg. 2. Vt vbi simplex fideicommissum ordinatur, tunc nisi purum sit, mors grauari, vel conditio adiecta expectanda est, & tunc alienatio in irritum deducitur, & bona vindicari possunt, vt in l. pen. §. Sin autẽ sub conditione. C. commun. de leg. & hoc modo accipiẽdum est, quod dicitur bona restitutioni subiecta alienari non posse. Neque enim effectu, &, vt sic dixerim, irreuocabiliter alienari possunt. Nam veniẽte die vel conditione alienatio reuocatur, & bona vindicantur, antea verò non, vt in dicto §. Sin autem sub conditione.

CAPVT LI.

Filij in conditione positi an censeantur vocati?

NObilis est controuersia, quã nunc tractare aggredior, antiquorum ac recentiorũ commentariis illustrata, præcipuè verò duorũ nostra tempestate præstantissimorum Ioan. Francisci Manticæ de coniect. vlt. volunt. lib. 11. tit. 2. & 3. & Iacobi Menochij de Præsumpt. lib. 4. Præsump. 76. Non ego actuarium agam, authores omnes, & omniũ dicta describens. notiora sunt enim hæc, quàm vt mea indigeãt elucidatione. Quid ipse sentiam paucis explicabo. Sententiæ meæ firmamentum pro viribus tuebor aduersus impugnationes, & demum contrariæ sententiæ argumenta confutabo.

Si igitur ex facto proponatur quempiam hæredi instituto onus adiunxisse, vt hæreditatem alteri restituat, si absque liberis decesserit, ita interpreter hanc testatoris dispositionem, vt tacitè voluerit hæredis filios ad successionem vocare, ac in eorum gratiam & fauorem, vt ipsis scilicet hæreditas obueniret, conditionem illam adiicere, atque adeò ipsos in cõditione positos filios vocatos videri. Pro confirmatione autem huius sententiæ argumento vtor ex l. Lucius. 2. ff. de hæred. instit. vbi Scæuola de hac ipsa facti specie verba faciens, scribit in hæc verba: *Nam prudens testatoris consilium animaduertitur, qui non solùm fratrem suum prætulit substitutis, verùm etiam eius liberos.*

His verbis Scæuola respõdit, etiam liberos prælatos fuisse substituto: at si vocati non essent, non possent videri esse prælati. Ergo sunt vocati, & quidem ante substitutum.

Respondent contrariæ sententiæ authores multis modis: & primo liberos prælatos censeri non ex testamento, tanquam vocatos ab ipso testatore, sed ab intestato tacitè.

Non rectè. Nam, aut hoc intelligitur, vt ab intestato succedant parenti suo, aut testatori. Nõ primum: quia oporteret in ea facti specie patrem adiuisse hæreditatem, quia hæreditas nõ adita non transmittitur. l. Vn. § In nouissimo. C. de caduc. tollend. quod tamen non fit, quia textus ita dicit: *Quos eo amplius noluit hæredes esse, si frater priusquam hæreditatem adierit, liberis relictis decesserit.* Non secundũ, quia oporteret filios natos esse, aut conceptos tempore mortis testatoris: neque. n. post mortem concepti succedere possunt. l. Titius. ff. de suis & legitim. hæred. qua de re ibi Scæuola nullum verbum.

Secundo respondent in d. l. Lucius. nõ illud quæri, an filij in conditione positi censeantur vocati, sed an substitutum excludant, & ideo dum textus dicit: *Nam prudens consilium testatoris animaduertitur. &c.* non hoc vult, vt filij admittantur ad successionem, iam enim frater testatoris adiuerat hæreditatem, sed vult, vt substitutum excludant.

Non est solida responsio, quia iurisconsulti verba faciunt, vt non solùm colligamus substitutum excludi, sed etiam filios vocari. Nam si tantùm deberent filij substitutum excludere, aliis verbis vtendum erat, quam eis, quib. Iurisconsultus est vsus. Cùm dixit, testatorem prætulisse substituto fratris liberos: Hic enim est sensus, vt magis ipsos liberos, quam substitutum hæreditatem obtinere testator voluerit, quæ res facit, vt & substitutus excludatur, & liberi admittantur ad successionem ex voluntate defuncti, ac proinde, vt vocati esse dicantur.

Tertiò respõdent in ea specie, de qua Scæuola respondit, substitutionẽ vulgarẽ factam fuisse sub illa conditione: Si frater hæres ante

aditam hæreditatem prius decessisset, quàm filium filiamve habuisset. Quamobrem in ea specie liberi non sunt in conditione positi fauore fratris hæredis. Nam & si ante aditam hæreditatem liberis extantib. decessisset, non potuisset de ea disponere; & ideo necesse est affirmare filios ibi vocatos fuisse; At non rectè infertur ad fideicommissariam substitutionem generaliter, vt in quæstione proposita, alicui factam, si absque liberis moriatur, vt hæreditatem alteri restituat; tunc enim non illa vrgebit ratio, vt filij intelligantur vocati.

Non obstat hæc responsio, quia etiam in d. l. Lucius. Filij sunt in conditione positi fauore hæredis, quem fauorem considerat Iurisconsultus. Poterat enim ea specie obijci, substitutos admittendos esse, quia testator eos vocauit eueniente vna ex tribus conditionibus: Euenerat autem vltima, quia ante aditam hæreditatem hæres liberos non habebat. Contra ait Iurisconsultus: *Quia prudens testatoris consilium animaduertitur.* Si enim fratre mortuo superstitibus liberis, ipsos liberos substitutis prætulit, multò magis credendum est voluisse ipsum præferre hæredem fratrem, ita, vt ipse adeundo hæreditatem substitutos excluderet.

Nunc argumenta contrariæ opinionis diluēda sunt. Primum est ex l. 1. C. de Pactis. vbi patet liberos Philini in conditione positos, reuocare non posse sextantem hæreditatis Frontini datum, & tamen illum reuocare possent, si ex fideicommisso tacitè vocati essent.

Omissis aliorum responsionibus, respondeo, non illud in ea lege quæri, an sextans reuocari possit a filiis in conditione positis, eo nomine, quòd ipsi ad hæreditatem ex fideicommisso tacitè vocati essent, sed illud quæritur, vtrum pactio iniqua fuerit, & ideo rescindenda, cum Philinus liberos reliquerit, atque ita fideicōmissi conditio euanuerit, & respondetur iniquam non fuisse pactionem: quia incertum erat eo tempore, quo inita fuit, vtrum suscepturus esset Philinus liberos necne. Verba legis hæc sunt: *Conditionis incertum inter fratres non iniquis rationibus conuentioni finitum est. Cum igitur verbis fideicommissi petitum à patre tuo proponatur, vt si vita sine liberis decederes, hæreditatem Licinio Frontini restitueres, pactum eo tempore de sextante Licinio Frontini dando cum liberos Pris inter non postulat, interpositum non ideo ... quem vinceres, quod factum ... placuit diuisione ... suum te filio eius superstite defunctum est.*

Vtrum filius tanquam vocatus ex fideicommisso alienatum sextantem reuocare potuerit non hic disceptitur, quia multa potuissent ad ferri cur non posset, etiam si vocatus censeretur. Et enim & pater suus quartam detrahere potuisset, & ipse tanquam hęres patris eius factum impugnare non potuisset: sed hoc non decidit ibi Imperator, sed pactum iniquum nō videri, quasi ex falsa causa factum, quia filius erat superstes, & sic fideicommissi cōditio defecerat. Sed quia incertum erat, an conditio esset ... defecit. ideo dicit Imperator non iniquum esse illud pactum.

Secundum argumentum est ex eo quod dicitur quæ aut etiam conditione, non sunt in dispositione. l. Si quis in conditione. ff. si quis omissa causa testament. Respondeo, hæc esse di similia. Nam si quis sub conditione dandi decem alicui hæres fuerit institutus, is potest ... habet non dare, & ille non est legatarius, & ideo nihil petere potest, vt ibi dicitur, ea hic filij sunt in conditione positi, quos excludere non potest hæres, si ita cantum, quia ipsi sunt a testatore vocati tacitè, vt substituto præferantur.

Tertium argumentum est ex l. Ex facto. §. Ex facto. ff. ad Trebell. vbi Vlpian. *Ex facto tractatum memini. Rogauerat quadam mulier filium suum, vt si sine liberis decessisset, restitueret hæreditatem patri suo, is postea deportatus in Insulam liberos susceperat, quærebatur igitur an fideicommissi conditio defecisset. Nos igitur hoc dicimus, conceptos quidem ante deportationem, licet postea edantur, efficere, vt conditio deficiat: post deportationem verò susceptos, quasi ab alio non prodesse. Maxime cum etiam bona cum sua quodammodo causa fisco sint vindicanda.*

Respondeo, nihil ad rem nostram pertinere, sententiam legis est: filios natos, vel conceptos ante deportationem efficere, vt conditio fideicommissi deficiat: natos autem & simul conceptos post deportationem id nō efficere, sed expectandam tamen esse mortem grauati: & interim bona fisco vindicanda cum sua causa, vt scilic. post mortem grauati ea restituat pagi. si conditio euenerit. Vtrum autem eiusmodi filij censeantur vocati necne, non decidit eo loco Iurisconsultus.

Quartum argumentum est ex l. Generaliter. C. de instit. & substit. in vers. *Cui enim ferendus est intellectus, si forsitan testamentum quidem non fecerit, posteritatem autem habuerit propter huiusmodi verborum angustias liberos eius omni penè fructu paterno defraudari?*

Respōdeo, bona ibi fideicommisso subiecta fructum paternum appellari, quia prius relicta sunt patri. & eius cōtemplatione tacitè etiam relicta filiis in conditione positis, argument. l. Sed si plures. §. in arrogato. ff. de vulg. Et quia bona semel patri fuerūt cum hęreditatem adiuit, iuncta l. 1. §. Veteres. ff. de acquir. possess.

possess. nō autem eam ob caussam, quod filius ea videatur a patre habere, & non ab auo.

Quintum argumentum est ex l. Potest. cum lege sequenti. ff. de vul. ait textus: *Vel singulis liberis, vel ei, qui nouissimus morietur hares substitui potest. Singulis, si neminem eorum intestatum decedere velit. Nouissimo, si ius legitimarum hareditatum integrum inter eos custodiri velit.* Respondeo, nullum verbum hic de filiis in conditione positis, nullúmq; argumentum, an cēleantur vocati nécne, sumi potest. Quid enim cum filiis in conditione positis commune habet, quod pater velit filios sibi inuicem succedere, & tandem eorum nouissimè morienti alium substituerit?

Sextum argumentum est ex l. Filiusfam. §. Cum quis. de leg. 1. Martianus: *Cùm quis rogatus erit, si sine liberis decesserit per fideicommissum restituere, conditio defecisse videbitur, si patri superuixerint liberi nec quaeratur, an haredes extiterint.* Respondeo, non ibi illud decidi, filios ita in conditione positos vocatos nō esse a testatore, sed hoc deciditur, siue sint hæredes patri suo, siue non sint, efficere, vt deficiat conditio, quia sufficit eos existere, post mortem patris, nec illud etiam requiritur, vt sint hæredes.

Septimum argumétum est ex l. si quis cum. §. vlt. ff. de vulg. Pomponius: *Sed si secundum testamentum ita fecerit pater, vt sibi haredem instituat, si viuo se filius decedat, potest dici non rumpi superius testamentum, quia secundum non valet, in quo filius praeteritus sit.*

Quib. verbis pater, filium, qui positus fuit in conditione non censeri institutum hæredem. Respondeo, textum loqui de institutione directa; illa enim non præsumitur. l. 1. ff. si Tab. testa. nu. extab. l. iubemus. C. de Testam. l. Hæredes palam. ff. eod. tit. nos verò agimus de Fideicommisso, quod tacitè inducitur ex coniecturis. l. Cum proponebatur. de l. 2. cum similibus.

Octauum argumentum est ex l. Si quis ita hæres instituatur. 82. ff. de hæred. instit. Scæuola: *Si quis ita heres instituatur: si legitimus hares vindicare nolit hareditatem meam, puto deficere conditionem illo vindicante.*

Quib. verbis non censetur hæres institutus legitimus heres, vt ibi Glos. notat. Respondeo, argumentum procedere in directa institutione, quæ ex coniecturis non inducitur, vt suprà in præcedenti dictum est.

Postremum argumentum. Hæc conditio, si decesserit sine liberis, adiicitur a testatore ad liberandum hæredem ab onere fideicommissi, & ad extinguendum ipsum fideicommissum, ergo si grauatus hæres decedat liberis relictis, illa conditio inducere non debet aliud fideicommissum in fauorem liberorum; quia inducta ad vnum effectum, non debent eius contrarium operari. l. Legata inutiliter, de leg. 1. Et quod fauore inductū est, nō debet in odiū retorqueri. l. Quod fauore. C. de legib. Respondeo, non constare an illa conditio fuerit adiecta ob merum commodum & fauorem grauati; dicimus enim adiectam fuisse ad excludendum substitutum, & ad ipsos liberos inuitandos ad successionem, quæ res aliquo pacto fauorem continet grauati; quia non extraneo substituto hæreditatem restituit, sed filiis suis, quod commune est parentum votum. l. scripto. ff. vnde liberi.

CAPVT LII.

Vtrum filij naturales in conditione positi faciant deficere conditionem fideicommissi?

PErpetam hæc res, cùm sit iure nostro clarè definita in controuersiam reuocatur. Authores multi sunt, naturales filios, vt conditio deficiat fideicommissi, non prodesse. Multi contra prodesse volunt, distinctione alij vtuntur, vt latè ac diligenter refert explicátq; Iacobus Menochius de Præsumpt. li. 4 Præsum. 78. Cùm tamen lex aperta sit totam hanc disputationem dirimēs hoc modo, vt filij quidē naturales, qui in seruitute nati sunt, in figura tamen matrimonij faciant conditionem, qua de agitur, deficere, quia creditur & naturales liberos, id est, in seruitute susceptos, appellatione filiorum contineri, vt in l. Lucius. 90. §. vltim. de leg. 2. Cæteri verò filij naturales non ex legitimo scilic. matrimonio suscepti, vtrum efficiant, vt conditio deficiat, voluntatis esse quęstionem; & hoc ex dignitate & voluntate, & ex conditione eius, qui fideicommisit, accipiendum esse: quam sententiam se amplexum fuisse Menochius vbi suprà testatur & verissima est. En legem claram. Vlpianus in l. Ex facto. §. si quis rogatus. ff. ad Trebell. *Si quis rogatus fuerit, vt si sine liberis decesserit, restituat hareditatem Papinianus lib. 8 responsorum scribit etiam naturalem filium efficere, vt deficiat conditio & in libertino eodémque colliberto hac scribit. Mihi autem, quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quaestio videtur esse, de quibus liberis testator senserit: sed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & ex conditione eius, qui fideicommisit erit accipiendum.*

Vides Vlpianum secutū esse Papiniani sententiam, quantum ad naturales liberos, qui in seruitute nascuntur, de quib. intelligūtur verba illa: *Et in libertino, eodemq; colliberto, &c.* In aliis autem naturalib. filiis non ita simpliciter sententiam Papiniani amplexum, sed voluntatis quæstionem esse dicit, & ex dignitate ac voluntate, &c. accipiendum id esse.

Sed respondet Valentinus Forsterus hanc

quæstionem tractans in cōmentariis de Successionib. ab intestato, pag. 69 Cum Vlpianus à Papiniano discrepet, præferendam esse Papiniani sententiam ex Theodosij constitutione & Valentiniani ad Senatum Vrbis, quę Codici Theodosiano inserta est, & cuius verba refert illa inter cætera : *Vbi autem diuersa sententia proferuntur, potius numerus vincat authorum: vel si numerus aequalis sit, eius partis praecedat authoritas, in qua excellentis ingenij vir Papinianus emineat, qui vt singulos vincit, ita cedit duobus.*

Sed meminisse oportebat doctissimū virū, eas leges ad causarum decisionem adferri nō posse, quæ in Iustinianæo Codice non continentur. l. 1. §. Hunc igitur. C. de nouo Codice Iust. confirmand. Aliter statuisse ipsum Iustinianum in l. 1. C. de veteri iure enucleando: *Sed neque ex multitudine authorum*, inquit, *quod melius & aequius est iudicatote: Cùm possit vnius forsitan & deterioris sententia, & multos & maiores aliqua in parte superare. Et ideo ea, quae antea in notis Æmilij Papiniani ex Vlpiano & Paulo, nec non & Martiano adscripta sunt, quae antea nullam vim propter honorem splendidissimi Papiniani obtinebant, non statim respuere: sed si quid ex his ad repletionem summi ingenij Papiniani laborum vel interpretationum necessarium esse perspexeritis, & hoc ponere legis vicem obtinens non moremini: vt omnes qui relati fuerint in hunc codicem prudentissimi viri habeant authoritatem, tanquam si eorum studia ex principalibus constitutionibus profecta & à nostro diuino fuerint ore profusa.*

Porrò quæ sint voluntatis cōiecturæ, & quę ex dignitate, & cōditione eius, qui fideicōmisit, iure peti possint, diligenter prosequitur annotato in loco Menochius, qui erit hac in re merito consulendus, nos enim controuersias duntaxat tractandas hic suscepimus.

CAPVT LIII.

Filij naturales Principis rescripto legitimati in conditione positi, an excludant substitutum?

Controuertitur quoque an filij naturales, Principis rescripto legitimati, in conditione positi substitutum excludant, & negant Ioan. Calder. in consi. 2. tit. Qui filij sint legitimi: Bald. ad l. Lucius. 2. ff. de hæred. instit. Salycet. in l. Generaliter. §. Cum autem C. de instit. & substit. Imola in l. Ex facto. §. Si quis rogatus. ff. ad Trebell. Fulgosius in cons. 62. nu. 3. Barbatia in cons. 27. col. 9. lib. 2. Iason in l. Si is qui pro emptore. n. 26. ff. de vsucap. Decius in cons. 284. nu. 12. alios refert Alexander ad l. Generaliter. §. cum autem. C. de inst. & subst. n. 2. & in cons. 25. n. 2. & 67. n. 5. & 94. nu. 3. lib. 1.

Quibus adstipulantur hæc argumenta, Primum, quia filium definimus, qui ex viro & vxore nascitur. l. Filium definimus. ff. de his qui sui vel alieni iuris sunt. Sed legitimatus non nascitur ex viro & vxore, ergo non dicitur filius, consequenter non excludit substitutum.

Secundum argumentum. Legitimatus non est propriè legitimus, sed ex quadam fictione. §. Filium verò, ibi: *Velut ex quadam machinatione.* in Auth. Quib. mod. nat. eff. sui, & §. Generaliter. ibi: *Siue per quandam aliam machinationem.* eod. tit. Ergo de illo non possunt intelligi verba testatoris, quibus dicitur: *Si decesserit absq; filiis legitimis & naturalibus, &c.* Verba enim propriè accipienda sunt, non autem secundum eiusmodi fictionem & machinationem, argum. l. vlt. C. de his qui veniam ætatis impetrauerunt.

Tertium argumentum est, quia legitimatus non succedit in feudo, ne præiudicium fiat agnatis & aliis legitimis successorib. in c. 1. §. Naturales. si de feudo fuerit controuer. inter vasallum & agnatos. Ergo nec succedere debet in hæreditate, ne substitutis aliis præiudicium inferatur.

Cæterùm, affirmāt alij magis communiter doctores, vt videre licet ex Iacobo Menochio de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. 79. & in consil. 266 num. 20. lib. 3. ex Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 1. tit. 10.

Fundamentum est, quia legitimatus est verè & propriè legitimus, vt in Auth. quib. mod. nat. eff. sui. ibi: *Legitimi fierent.* Et rursus ibi: *Ex naturalibus ad legitimos elauare.* Et in §. reliqui. ibi: *Semel enim eos efficientes legitimos.* Et in § Si quis ergo filios, ibi: *Ad legitimum ius filios educere naturales, &c.* Et ibi: *Qui vult naturales suos filios restituere naturæ & antiquæ ingenuitati & iuri legitimo.* Imo nihil differunt a legitimis, vt in §. Sit igitur licentia, ibi: *Nihil à legitimis differentes.* quib. mod. nat. eff. legit. & in §. Et quoniam variè. quib. mod. na. eff. sui. ibi: *Nihil distantes legitimis, &c.*

Ego sanè hac in re putarem ita distinguendum, vt si quidem legitimi efficiantur filij naturales Principis rescripto post fideicommissum iniunctum, eo in casu nihil substituto præiudicare debeant, nullo modo eum excludant. Mouet me Cōstitutio Pij IV. Extrauag. edita annò 1562. Calēdis Ianuarij, in qua Summus Pontif. ex omnes reuocat legitimationes & legitimandi facultates in præiudicium vocatorum ex fideicommisso, testamēto, & quauis alia dispositione. Et quamuis illa locum habeat inter subiectos Pontifici Maximo, in temporalibus: tamen ego existimo illam constitutionem ea ratione nixam, quæ generaliter locum habeat etiam in ditione

Cæsarea,

Cæſarea, ac ſatis etiam indicaſſe Pontificem Maximum non eſſe iuri, non rationi conſentaneum, vt legitimatus excludat ſubſtitutum & alium ex teſtamento vocatum. Nam ſi id iuri conſentaneum eſſet, non erat contrarium ſtatuendum. Illam ergo rationem impuliſſe Summum Principem Eccleſiaſticum opinor, quia reſcripta Principum ſic interpretari, & concedi debent, vt aliis iniuriam, detrimentū, præiudicium, non inferant. l. 2. §. Merito. §. Si quis à Principe. ff. ne quid in loco publ. cap. Quāuis, de reſcript. lib. 6. l. Nec filio. l. Patrono. ff. de Natalib. reſtit. Hæc ratio ex iure deſumpta locum habet in omni legitimatione, ita videlicet, vt interpretari debeat, ne aliis præiudicium afferat.

Quod ſi proponatur legitimatos filios ante fideicommiſſum iniunctum fuiſſe, tunc niſi contrariæ voluntatis coniecturæ ſupperant, quas diligenter Menochius recenſet, d. Præſump. 79. exiſtimarem ſubſtitutū excludi, quia legitimati filij dicuntur eſſe legitimi, & nihil à legitimis differre.

Nec obſtant argumenta contrariæ ſententiæ, quia primum locum obtinere poteſt, vbi non ſunt filij legitimati: tunc enim nec filij dici poſſunt, ſed cùm legitimati ſunt Principis reſcripto, tunc & legitimi dicuntur, & filij, & nihil à filiis legitimis differentes.

Secundum verò argumētum nihil obſtat, quia in hac ſpecie locum habere non poteſt illa regula, de qua in argumento, cùm filius legitimatus non ſolum ex reſcripto Principis legitimus eſſe dicatur, verùm etiam hoc beneficium conſequatur, vt non differat à legitimo, & omnibus fruatur commodis, quibus fruuntur legitimi & naturales.

Tertium denique argumentum ſpecialiter procedit in feudorum ſucceſſione, de qua nobis ſermo non eſt, & ex qua non rectè infertur ad aliam materiam.

CAPVT LIV.

Vtrùm filij per ſubſequens matrimonium legitimati ſubſtitutum excludant ſi conditio hæredi adſcripta ſic fuerit; ſi deceſſerit abſque liberis de vel ex legitimo matrimonio natis?

IN eadem materia controuerti ſolet, ſi teſtator eam adiecerit conditionem, ſi deceſſerit abſque liberis de vel ex legitimo matrimonio natis, an filij per ſubſequens matrimonium legitimati ſubſtitutum excludant. Et quoniā latè & diligenter explicatur hæc quæſtio argumentis & authoritatibus hinc inde allatis à Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 11. titul. 12. & à Iacobo Menochio de Præſumpt. lib. 4. Præſumpt. 81. ego paucis indicabo, cui adhæream ſententiæ, tum fundamentum, quo ipſe nitar, & denique quid reſpondendum mihi videatur contrariæ ſententiæ argumentis.

Ego eorum ſententiam amplector, qui negant in hac propoſita ſpecie ſubſtitutum excludi. Fundamentum, quo nixus ſum, illud eſt, quia teſtator locutus eſt de filiis natis ex legitimo matrimonio, vt patet. Tales autem filij, vt maximè legitimi habeantur, iuxta c. Tanta. qui filij ſint legitimi. nō tamen habentur pro natis ex legitimo matrimonio; ratio, quia lex facere poteſt, vt qui ob aliquam cauſam legitimus non eſt, habeatur tamē & reputetur legitimus (eſt enim hoc in legis poteſtate poſitum, cum à lege dicatur legitimus) ſed facere non poteſt lex, vt qui natus non eſt ex legitimo matrimonio, habeatur & ſit tanquam ex legitimo matrimonio natus, hoc enim in facto, non in iure conſiſtit. Quare cùm ad factū hoc reſpexerit teſtator, mentione facta filiorum ex legitimo matrimonio natorum, non videntur huc pertinere filij, qui non ſunt nati ex legitimo matrimonio, licet poſtea contractum fuerit matrimonium, & ex eo ipſi legitimi effecti fuerint.

Argumenta verò contrariæ ſententiæ non obſtant. Primum adfertur c. Cum in cunctis. de elect. vbi dicitur, Epiſcopum ex legitimo matrimonio natum eſſe oportere, & tamen is, qui natus eſt, antequam contraheretur matrimonium, epiſcopus eſſe poteſt, matrimonio poſtea contracto, vt notat Glo. in c. Innotuit. in ver. coniugata. eod. tit. Reſpondeo, Gloſſam hoc docere authoritate text. in c. Tanta. qui filij ſunt legit. qui textus non probat, nec dicit filios habendos eſſe pro natis ex legitimo matrimonio, ſed pro legitimis: *Tanta eſt vis matrimonij* (inquit textus) *vt qui antea ſunt geniti, poſt contractum matrimonium legitimi habeantur.*

Secundum argumentum eſt, quoniam legitimati per ſubſequens matrimonium, videntur eſſe nati ex legitimo matrimonio: lex enim præſumit ab initio contractum fuiſſe inter parentes. l. Cum quis. verſ. Neque enim. C. de naturalib. liber. cuius verba hæc ſunt: *Neque enim verſimile eſt eum, qui poſtea vel donationem, vel dotem conſcripſerit, ab initio talem affectionem circa mulierem non habuiſſe, quæ eam dignam eſſe vxoris nomine faciebat.*

Reſpondeo, hoc textu, non probari propoſitionem in argumento aſſumptam, ſed hoc tantùm: patrem habuiſſe circa mulierem affectionem, vt eam vellet vxorem habere, prout poſtea habuit: ac proinde tam filios antea, quam poſtea procreatos ſuccedere debere. Sed hoc non pertinet ad quæſtionem noſtram, primò, quia nō hic quærimus, quæ fuerit patris

affectio erga vxorem & matrem liberorum ante matrimonium procreatorũ, sed quæ fuerit voluntas testatoris, qui fideicõmissum sub ea conditione iniunxit. Deinde, quia non recte infertur, habuit affectionem, ergo ab initio eam duxit in vxorem, & sic matrimonium fuit ab initio contractum. Contrahitur enim matrimonium non sola contrahendi affectione, sed re ipsa, mutuo videlicet coniugum intercedente consensu.

Tertium argumentum est, quia filij sic legitimati succedunt in feudo, quod confessum est, pro filiis legitimis & naturalibus, & de legitimo matrimonio natis, vt tradunt Isernia, Præposit. Abb. Affl. Iason & alij multi. à Menochio citati, in cons. 227 n. 17. & 18. lib. 3. Clarus §. Feudum. q. 83. vers. sed quid si feudum. Ergo etiam in quæstione nostra succedere debent & substitutum excludere.

Respondeo, negando consequens, & etiam antecedens: Nam etiam in feudo contrarium docuêre Baldus, Aluarot. Alex. Barbat. Lucas Penna, Curtius senior, Ruin. Curtius iun. Natta, Gozad. Roland. & alij, quos citat Mantica loco proximè citato n. 21.

Quartum & postremum argumentum est, quia in statutis appellatione filiorum ex legitimo matrimonio procreatorum veniunt etiã legitimati per subsequens matrimoniũ, vt latè adductis authoritatibus docet Menochius in cons. 247. nu. 33. lib. 3. Ergo idem est in dispositione testatoris.

Respondeo contrarium, quod attinet ad statuta, docuisse post multos alios, quos commemorat, Manticam, vbi suprà n. 23.

CAPVT LV.

Substitutum an excludant filij per subsequens matrimonium legitimati in articulo mortis contractum?

INter omnes constat filios in cõditione positos substitutũ excludere, quoties per subsequens matrimoniũ legitimi efficiuntur, nec verba testatoris hoc exigunt, vt ex legitimo matrimonio nati sint. Cæterum illud est non parum controuersum ac dubium: vtrum hęc sententia locum habeat, si matrimonium a grauato fuerit in mortis articulo contractum.

Et locum non habere Angelus respondit: ideóque substitutum eo in casu non excludi, in l. Sed est quæsitum. ff. de lib. & posthum. & in l. Nuper. num. 3. C. de nat. lib. Ruin. in cons. 211. n. 7. 8. lib. 1. & 4?. num. 8. lib. 2. & . 63. num. 7. lib. 3. Curtius iun. in cons. 26. nu. 9. Celsus Vgo. in cõs. 93. num. 32. Barbatia in consil. 18. col. 7. lib. 2. Tiraq. ad l. Si vnquam. ver. Susceperit liberos. num. 74. C. de reuoc. donat. Alciatus in consil. 616. num. 4. Mantua. in cons. 38. num. 14. lib. 2. Decius Cephalus in consil. 239. num. 10. lib. 2.

Contrarium docuerunt Cynus, Ioan. Andr. Bald. But. Imola & Alex. à Ruino citati in cõs. 78. nu. 7. lib. 3. Paris. in cõs. 13. nu. 68. & 14. nu. 35. lib. 1. Berous in c. In præsentia. nu. 204. de Probatio. Couuar. in Epitome de Sponsal. parte 2. cap. 8. §. 2. num. 2. Hieronymus Gabrielius in cons. 24. n. 3. lib. 1. Franciscus Sarmientus lib. 1. Selectar. interpret. cap. 6. nu. 8. Menochius de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. 81. n. 28. vers. Cæterum. & Mantica de coniecturis vltim. volunt. lib. 11. tit. 13.

Fundamentum prioris sententiæ positum est in eo, quòd, vbi matrimonium in articulo mortis cõtrahitur, præsumitur id fieri in fraudem substituti, argum. l. Filiæ meæ. ff. solut. matr. & ideo non debet ei præiudicare: argu. textus in cap. De his. de sepult. Sic & cõfessio inter viuos facta probat contra confitentem & consequenter etiam contra eius hæredem. l. Generaliter C. de nõ num. pecun. Cæterùm in articulo mortis facta non probat, nisi sit iurata. Authen. Quod obtinet. C. de probationibus.

Fundamẽtum verò contrariæ sententiæ est. Nam cùm inter omnes constet matrimonium in articulo mortis contrahi posse, vt tradit Mantica loco annotato. post n. 2. Nullus videtur dolo facere, qui suo iure vtitur. l. Nullus videtur. de reg. iuris. & sic non videtur præsumendus dolus, qui & alias etiam non præsumitur, l. Dolum. C. de dolo.

Et hæc sententia mihi probabilior videtur. & confirmari potest eo argumento, quod, vbi quis aliquid agit, ex quo alteri præiudicium infertur, non tamen eam ob causam tenetur, si præcipua eius intẽtio fuit, vt sibi prodesset & commodaret. l. Fluminum. §. vlt. ff. de damno infecto. Hinc dicimus opus ad æmulationem factum non præsumi, sed potius quẽm vti iure suo. Menochius de arbitr. iud. casu 156. n. 8. Maschard. de Probation. vol. 2. conclus. 620. in principio. Cum ergo aliquis æger matrimonium cõtrahit, videri potest spe conualescendi illud cõtrahere, & sui commodi gratia, non autem in fraudem alterius, & sic vt substituto noceat.

Et ad. l. Filiæ meæ. responderi potest, in ea specie maritum in fraudem patris diuortium fecisse, vt dotem non haberet, quam filiã mortuã habiturus esset. id patet ex illis verbis textus: *vir in hoc repudium misit, vt mortua eius dotem potius hæredibus eius quàm mihi redderet.*

Ad c. De his. de sepult. responderi potest, etiam omni fraude cessante in ea specie canonicam portionem deberi ecclesiæ, à qua susce-

pti

pti sunt: qui ad religionem transeunt: quia nō potest ei auferri, & ideo notat ibi Glos. aliquando fieri quidpiam licere in vita, quod nō licet in morte, vt patet: quia pater potest omnia sua bona in vita consumere, in morte verò non potest filios priuare legitima portione. Alia ratio est in proposita quæstione: nam is, qui matrimonium contrahit, non aufert bona fideicommisso subiecta substituto, sed facit, vt filij legitimi efficiantur, & per cōsequens, vt conditio deficiat à testatore adiecta. Quamobrem substitutus nō hæredis grauati facto, quia is vtitur iure suo, sed ob conditionem à testatore adiectam hæreditate priuatur: quòd verò de confessione dicebatur, nō probare nisi sit iurata, locum habet, vbi confessio in testamento facta est, quia testamentū fit ad disponendum principaliter, non autem ad probandum: ideo testator videtur confiteri potius, vt donet & leget, quam vt probatione inducat, nisi iuramētum adhibeat: tunc enim est perinde, ac si diceret, velle se ea omnia, quo fieri potest, modo locum habere: vt explicat Bartolus in l. Cùm quis decedens. §. Codicillis. de leg. 3. Hæc autem res nihil cum materia qua de agitur commune habet.

CAPVT. LVI.

Possitne testator expressè monasterium vel ecclesiam excludere ab hæreditate, si hæres institutus factus fuerit Monachus, & proximiores vocare ac substituere?

TEstator ita disposuit: Si filius meus, vel alius hæres institutus factus fuerit Monachus, nolò vt Monasteriū siue ecclesia succedat, sed proximiores agnatos substituo. Cōtrouersia est an iure consistat ea conditio, quę Monasterium siue ecclesiam excludit. Tractat hanc rem fusè allatis hinc inde authoritatib. doctorum Iacobus Menochius de præsumpt. lib. 4. Tomo 1. Præsumpt. 83. argumenta etiam vtriusque sententiæ tam affirmantis quàm negantis recenset, vt meritò omnis labor noster in illis huc adferendis supervacaneus videri possit, quare sententiam nostram adscribemus: Tum fundamentum eius, & contraria argumenta diluemus.

Existimo eam conditionem, quæ monasterium siue ecclesiam excludit non valere, & pro non scripta habendam esse. Fundamentū statuo in Nouella 123. §. Sed & hoc præsenti, cuius verba interprete Haloandro hæc sunt: *Si quis sub conditione nuptiarum, aut susceptorum filiorum, vel dotis aut nuptialis donationis gratia, vel donauerit, vel reliquerit filiis suis, aut cuicunque alij personæ, vel hæreditatem, vel legatum: aut si institio purè ipsis relinquat, postea sub vna aliqua memoratarum conditionū substitutione, aut restitutione eos prægrauet, iubemus vt si mares aut fœminæ, qui talibus conditionibus obnoxij sint, monasterium ingrediantur, aut clerici diaconissæve, aut ascetriæ fiant, istiusmodi conditiones inualidæ, & pro non scriptis sint, &c.*

His verbis hoc vult Imperator (quod ad rē nostrā attinet) vt si hæres fuerit institutus purè, deinde grauatus restituere sub cōditione, si liberos non procreauerit, vel si absque liberis decesserit, & monasterium ingrediatur, tūc substitutio sub ea conditione facta inualida existat, & pro non scripta habeatur.

Hic igitur perpendo monasterium succedere, & nequaquam excludi, licèt contraria sit voluntas testatoris, quod probatur. Nam hoc testator vult, vt si hæres institutus absque liberis moriatur, succedat substitutus: Sed hæres ingrediens monasterium absque liberis moritur. Ergo testator vult, vt hoc casu substitutus succedat, non autē monasterium: neque enim monasterium loco filij habetur & vt maximè haberetur, esset filius non verus, sed fictitius, qui proinde substitutum non excluderet: Id autem ita constitutum est à Iustiniano, vt religionem & Ecclesiam hoc speciali fauore ornaret, nisi vt ipse Iustinianus subdit: *In redemptionem captiuorum, aut indigentium alimenta sub prædictis conditionibus substitutio, vel restitutio fiat.*

Cum igitur in ea specie, de qua Imperator loquitur, voluntas testatoris manifestè repugnet, & nihilominus Monasterium & Ecclesia non excludatur, & hoc in honorem ac fauorē Ecclesiæ. Idem profectò respondendum videtur etiamsi voluntas testatoris expressa Monasterium & Ecclesiam excludat. Est enim eadē ratio, vtroque in casu, & parum videtur referre expressis verbis constet de testatoris voluntate, an talibus: ex quibus eadem manifestè deprehendatur & cognoscatur, præsertim verò in eiusmodi conditionibus & fideicommissariis substitutionibus.

Quamobrem id probare non possum, quod respondent contrariæ sententiæ authores apud Menochium loco suprà annotato nu. 16. Iustinianum inualidare eam conditionem ex præsumpta mente & voluntate testatoris, non autem contra voluntatem. Nam quādo testator substituit sub conditione simplici, si decesserit sine liberis, non apparet, an cogitauerit de ingressu religionis vel non, quamobrem hoc in casu Iustinianus statuit, fauore religionis conditionem haberi non pro scripta habita coniectura, quòd si testator cogitasset de religionis ingressu non substituisset.

Non mihi hæc vllo pactò probari possunt, quia nulla est clarior testatoris voluntatis cō-

iectura, quàm quæ ex verbis apparet. Ex verbis autem apparet eũ ſubſtituere, ſi hæres ſine liberis deceſſerit: Ergo ſi monaſterium hæres ingrediatur, & ſic decedat abſque liberis, ea eſt voluntas, vt ſubſtitutus ſuccedat, non autẽ vt monaſterium: Etſi teſtator de monaſterij ingreſſu cogitaſſet, ſine dubio ſubſtituiſſet, vt vel ſuæ agnationi proſpiceret, vel deſcendentibus, vel aliis, quos charos habuiſſe eos ſubſtituendo videtur. Itaque non teſtatoris voluntate ratio legis nititur, ſed ſingulari fauore quod religionis & Eccleſiæ iura proſecutus eſt Iuſtinianus.

Nunc argumenta contrariæ ſententiæ diluenda. Primum, quia teſtatori permiſſum eſt de rebus ſuis pro ſuo arbitrio diſponere: l. 1. C. de ſacroſanct. Eccleſ. & lege 12. Tabularum cautum; *Vti quiſque legaſſit, ita ius eſto*. l. Verbis legis, ff. de verb. ſig.

Reſpondeo, generalem illam facultatem reſtrictam eſſe multis modis, ſed (quod ad rem attinet) vt non habeat locum in ſpecie, qua de agitur. Id patet ex Nouella ſupradicta 123. vbi Iuſtinianus infirmat, & pro non ſcripta habendam eſſe decreuit teſtantis diſpoſitionem, vt patet.

Secundum argumentum. Nemo inuitus cogitur benefacere. C. de Iudæis. 45. diſtinct. cap. vlt. 22. quæſt. 5. Ergo nemo cogi poteſt ita diſponere, vt bona ſua acquirantur Monaſterio vel Eccleſiæ. Reſpondeo, hic teſtatorem non cogi, vt monaſterio vel Eccleſię relinquat, relinquit enim teſtator hæredi: Is verò ingreſſus Monaſterium omnia ſua bona Eccleſiæ offert, quam oblationem & acquiſitionem ex ea teſtantis voluntate impediri non poſſe, meritò Iuſtinianus religionis fautor maximus decreuit.

Tertium argumentum eſt ex l. Deo nobis. C. de Epiſcopis & Cleric. vbi conſtitutum eſt, patri permiſſum eſſe, ne aliquid relinquat filio profeſſo vltra eius legitimam. Ergo in eo quòd legitimam excedit, poterit quocunque modo ſubſtituere. Reſpondeo, hoc argumentum ante Nouellam ſupradictum 123. locum ſibi potuiſſe vindicare. Sed iam non poteſt, quia ſubſtituendi facultatem liberam, quantum ad eam ſpeciem, de qua agitur, Iuſtinianei conſtitutio ademit.

Quartum argument. Teſtator poteſt rebus ſuis adiicere hanc conditionem, vt apud Eccleſiam non maneant, niſi modum & conditionem ſeruet, c. Verum. de cond. appoſ. Reſpondeo, nil hoc commune habere cum re noſtra. Hæc eſſe diſſimilia, vt patet, & diuerſam habere rationem.

CAPVT LVII.

Verum hæc conditio, ſi deceſſerit ſine liberis, intelligẽda ſit tam de maſculis, quàm de fæminis in ea facti ſpecie, qua teſtator propria filia in re certa inſtituta, & filio harede vniuerſali agnatum ſubſtituit?

Teſtator filia in re certa inſtituta, hæredem filium ex aſſe inſtituit, & eidẽ abſque filiis decedenti agnatum ſubſtituit. Filius deceſſit ſuperſtite filia nepte teſtatoris, Vtrum neptis ſuccedat quaſi conditio defecerit, an verò ſubſtitutus, inſignis controuerſia eſt. Pro nepte reſponderunt Collegia Bononienſium, doctorum Peruſinorum & Aueniononſium, teſte Paulo Caſtrenſe in conſ. 4 9. lib. 2. Rota Florentina & Bononienſis, teſte Marzario in Epitome de Fideicommiſſ. quæſt. 21. & nouiſſimè Senatus Pedemontanus apud Antonium Theſaurum deiſ. 11. & præterea viginti octo Doctores, quos commemorat Menoch. in conſ. 95. n. 24. lib. 1. & alij, quos citat in conſ. 150. n. 14. lib. 2. & quos citat Antonius vbi ſupra.

Pro ſubſtituto reſpõderunt Collegium Florentinum, Aduocati conſiſtoriales Romæ, & Rota Romana, vt per Marzar. vbi ſupra, & prętrea quinquaginta tres Doctores, quos citat Menoch. d. conſ. 95. n. 90. lib. 1. quibus alios adiunxit in conſ. 150. n. 94. lib. 2. & 204. n. 16. libr. 3. & de Præſumpt. libr. 4. tom. 1. Præſumpt. 85. num. 82.

Argumenta tam pro nepte, quàm pro ſubſtituto, ſi recenſere vellem, actum ſanè agerem. Nam Menochius anteuertit, in conſiliis annotatis ea dilucidè, diſertéque tractans: iudicium potius qualecunque interponam meum.

Pro ſubſtituto pugnat primò verborum propria ſignificatio. Nam filiorum appellatione propriè non continetur filia, ſecundum veriorem & communiorem ſententiam, vt nouiſſimè demonſtrat Rota Romana deciſ. 125. n. 6. part. 2. in nouiſſimis deciſion.

Secundò, coniectura voluntatis defuncti. Nam cùm filiam non inſtituerit, ſed maſculũ, & ei ſubſtituerit agnatum, apparet eum voluiſſe bona ſua in familia, & agnatione conſeruare & relinquere.

Tertiò, illa ratio, quia cùm filiam excluſerit ab hæreditate, non eſt credibile eum voluiſſe ad neptem naſcituram peruenire, eámque melioris eſſe conditionis filia iam nata.

Quartò, alia ratio, quia filio morienti abſq. filiis non ſubſtituit neptem, ſed agnatum, & ſic agnatum prætulit filiæ natæ: Ergo multò magis creditur prætuliſſe nepti naſcituræ.

Pro nepte contra, pugnat primò iuſta interpretatio, ſecundùm quam filiorum appellatione continetur filia. l. Iuſta. ff. de verbor. obligat.

Secundò, regula iuris, quæ ad ſucceſſionem vocat

vocat æquè maſculum ac fœminam. l. Maximum vitium. C. de lib. præterit. ad quam ſuam teſtator præſumitur voluntatē accommodare, vt not. in l. Hæredes mei. §. Cum ita. ff. ad Trebell.

Tertiò, quoniam in eadem conditione, ſi deceſſerit abſque filiis, tacitè intellecta, conſtat tam maſculos, quam fœminas comprehendi, iuxta l. Cum acutiſſimi. C. de Fideicommiſſ. l. Cum auus. ff. de cond. & demonſt.

Sed quis non videt tres rationes proximas pro nepte generales eſſe, & ex generalibus iuris præceptis deductas. Cōtra verò, quæ pro ſubſtituto adferuntur ex ſingularibus facti huius circumſtantiis oriri, ac proinde præferendas eſſe: ſicut Generi per ſpeciem derogatur. Sicut omnis definitio iuris ex particularibus circumſtātiis factorum ſubuerti ſolet. Et iuris regula quandoq; perdit officium ſuum. Et denique, ex diuerſitate facti, iuris diuerſitas oritur? Vulgata hæc ſunt, & paſſim obuia iuris ſtudioſis atque conſultis. Sic ſtatuo in hac quæſtione, nec huius me ſententiæ pœnitet.

CAPVT LVIII.

Vtrum Papiniani reſponſum in l. Cum auus. ff. de cond. & demonſtr. ad filios adoptiuos extendi poſſit.

C*Vm auus filium ac nepotem ex altero filio hæredes inſtituiſſet, à nepote petiit, vt, ſi intra annum trigeſimum moreretur, hæreditatem patruo ſuo reſtitueret, nepos liberis relictis, intra ætatem ſupra ſcriptam vita deceſſit. fideicommiſſi conditionem cōiectura pietatis reſpondi defeciſſe, quòd minus ſcriptum, quàm dictum fuerat inueniretur.* Ita Papinianus in l. 101. ff. de cond. & demonſtrat.

Hoc reſponſum & confirmat & extendit Iuſtinianus: primum in l. Cum acutiſſimi. C. de Fideicommiſſ. Secundò in l. Generaliter. §. Cum autem. C. de inſtit. & ſubſtit.

Verba l. Cùm acutiſſimi, hæc ſunt, *Cùm acutiſſimi ingenij vir & meritò ante alios excellens Papinianus in ſuis ſtatuerit reſponſis, Si quis filium ſuum hæredem inſtituit, & reſtitutionis poſt mortem oneri ſubegit, non aliter hoc videri diſpoſuiſſe, niſi cum filius eius ſine ſobole vitam ſuam reliquerit. Nos ſenſum meritò mirati pleniſſimum ei donamus euentum, vt ſi quis hæc diſpoſuerit, non tantùm filium hæredem inſtituens, ſed etiam filiam, vel ab initio nepotem, vel neptem, pronepotem, vel proneptem, vel aliam deinceps poſteritatem, & eam reſtitutionis poſt obitum grauamini ſubiugauerit, non aliter hoc ſenſiſſe videatur, niſi ij, qui reſtitutione onerati ſunt, ſine filiis, vel filiabus, nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus fuerint defuncti, ne videatur teſtator alienas ſucceſſiones propriis anteponere.*

Verba d. §. Cùm autem, hæc ſunt: *Cùm autem inuenimus excelſi ingenij Papinianum in huiuſmodi caſu in quo pater filiis ſuis ſubſtituit, nulla liberorum ex his procreandorum adiectione habita, optimo intellectu diſpoſuiſſe, euaneſcere ſubſtitutionem ſi is qui ſubſtitutione prægrauatus eſt pater efficiatur, & liberos ſuſtulerit: intelligentem non eſſe veriſimile, patrem, ſi de nepotibus cogitauerit talem feciſſe ſubſtitutionem humanitatis intuitu? hoc & latius & pinguius interpretandum eſſe credidimus: vt etſi quis naturales filios habeat, & partē eis reliquerit, vel dederit vſque ad modum, quem nos ſtatuimus, & ſubſtitutioni eos ſubiugauerit nulla liberorum eorum mentione facta, & hic intelligi euaneſcere ſubſtitutionem liberis eam excludentibus & intellectu optimo, his qui ad ſubſtitutionem vocantur obſiſtente, & non concedente ad eos eam partem venire: Sed ad filios vel filias, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes morientis tranſmittere, & non aliter ſubſtitutione locū accipiente, niſi ipſi liberi ſine iuſta ſobole deceſſerint, vt quod inter iuſtos liberos ſancitum eſt, hoc & in naturales filios extendatur. Quæ omnia & in legatis, & in fideicommiſſis ſpecialibus locum habere ſancimus.*

Iſtis ita ſe habentibus, iam controuerſia eſt: an iſta conſtitutio iuſta interpretatione, etiā ad filios adoptiuos extendi queat. Vt ſi pater filium adoptiuum inſtituat hæredem, eúmq; reſtitutionis oneri ſubiiciat, eadem inſit tacitè conditio, ſi abſque liberis deceſſerit.

Affirmant Comenſis in d. l. Cùm auus. in fin. Fulgoſius in d. §. Cùm autem nu. 6. & ibidem Iaſon col. 5. verſ. Secundo modo poteſt intelligi Barbaz. in d. l. Cùm acutiſſimi. num. 187. Ruinaldus ſenior in conſil. 578. num 5. Picus in l. Titia. §. Titia. n. 13. de leg. 2. & iſtos omnes citat & ſequitur Menochius de Præſumpt. lib. 4. tom. 1. Præſumpt. 89. n. 31.

Argumenta ſunt iſta: Filij adoptiui ſimiles ſunt filiis legitimis, & naturalibus, quoad effectum ſucceſſionis. l. Si te parens. C. de ſuis & legitim. Ergo id quod in filiis legitimis & naturalibus conſtitutum eſt, etiam ad alios adoptiuos extendi debet.

Secundò conſtitutio, de qua agitur, coniectura pietatis nititur, vt patet ex d. l. Cùm auus. Hęc autem pietas etiam in filio adoptiuo locum habet, quod patet, quia pater tenetur eum alere, argum. l. Onera. ff. de adop.

Tertiò, illud Papiniani reſponſum etiā ad filios naturales extenditur, vt in d. §. Cùm autem. Ergo multò magis ad filios adoptiuos extendi debet, qui plus iuris habent in ſucceſſione, quàm naturales tantùm.

Poſtremò, filiorū fauore hæc ſancita ſunt,

Z 2

vt pater, ergo etiam ad filios adoptiuos extendi debent. argument. l. 1. § vlt. ff. de legat. præstand.

Cæterùm contrariam sententiam habuerunt Petrus & Cyn. in d. §. Cùm autem. & ibidem Albéric. num. 2. & num 6 & Deci. in 7. limitatione. Alexander in l. Ex facto. §. Si quis rogatus numer. 12 ff. ad Trebell. Socin. in d. l. Cùm auus. num. 56. Tiraquel. ad l. Si vnquam. ver. Susceperit liberos. num. . o. Cod. de reuoc. donat. Anton. Padilla in d. l. Cùm acutissimi. num. 18.

Argumenta hæc sunt: Primum, quia nec l. Cùm auus. nec l. Cùm acutissimi. nec l. Generaliter. §. Cum autem. loquuntur de filiis adoptiui; Ergo nec nobis ad filios adoptiuos eandem legem extendere licet.

Secundò, quia filius adoptiuus non est propriè filius, sed fictè: & ideo non succedit contra patris testamentum. l. Filio quem pater ff. de lib. & posthum. l. Adoptiones ff. de adopt. l. Cùm in adoptiuis §. Sed ne C. de adopt.

Tertiò, quia non sunt ex agnatione & familia adoptantis, vt in d. l. Cùm in adoptiuis. §. vlt. C. de adopt. §. Sed hodie. Instit. eo. tit.

Quartò, quia hæc constitutio legis fundatur in caussa naturali & ratione sanguinis, quę ratio cessat in adoptiuis filiis.

Postremò, quia filij adoptiui non faciunt deficere illam conditionem, si decesserit sine liberis. l. Fideicommissum. ff. de cond & demonstrat. l. Si ita in testamento. §. Si is cui, de legat. 2.

Ego hanc posteriorem sententiam amplector, & licet ad argumenta hæc, quibus illa nititur, responderit latè Menochius loco suprà proximè citato, tamen illud me potissimum mouet, quod filij ex filio adoptiuo progeniti non dicuntur esse ex sobole & progenie testatoris, sed prorsus extranei, vt in d. l. Cum in adoptiuis, §. Sed ne. C. de adopt. ibi: *Vt non successione ab intestato patris extranei adoptiui defraudentur*, & ad alienam sobolem pertinentes, nempe, naturalis patris. Est autem supradictæ legis ea potissimùm ratio, ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere, vt in d. l. Cùm acutissimi. Et quia non est verisimile intelligentem patrem, si de nepotibus cogitasset, talem facturum substitutionem, vt in d. §. Cùm autem. Quare cùm filij ex patre adoptiuo nati, non sint defuncti nepotes, &c. non videtur in eis locum habere ratio legis.

Ad primum argumentum respondeo, filios adoptiuos in eo solum esse similes, quoniam patri succedunt, vt in d. l. Cùm in adoptiuis. §. Sed ne. C. de adop. ibi: *Sed si quidem remaneat in tali adoptione nulla interueniente mancipatione, in hoc tantùm modo prodesse ei volumus adoptionem, vt non successione ab intestato patris extranei adoptiui defraudetur, &c.* In aliis ergo non sunt similes, sed hic non agitur de successione patris adoptiui, respectu ipsius filij adoptiui; sed an filij ipsius filij debeant excludere substitutum; ideo argumentum tollitur.

Ad secundum respondetur, non hic agi de coniectura pietatis & charitatis patris adoptantis erga filium adoptatum; sed de filiis ipsius filij, an excludant substitutum. Erga tales nepotes non probatur extendi adoptantis affectionem, sicut erga nepotes ex filio naturali.

Ad tertium respondeo eodem modo; quia alia ratio est in filio naturali, qui ex ipso sanguine procreatus est, licet non ex iustis nuptiis.

Ad vltimum respondeo; rationem legis esse positam in coniectura pietatis paternæ erga nepotes, & descendentes; & in eo, quòd non sit verisimile patrem, si de nepotibus cogitauerit, talem facturum substitutionem, vt in d. l. Cùm acutissimi: & in d. §. Cùm autem. non autem in solo fauore filiorum institutorum; ac proinde argumentum euanescit.

CAPVT XLIX.

Vtrum Papiniani responsum, de quo in l. Cùm auus. ff. de cond & demonstrat. & alia similes leges locum habeant, cùm filius hæres institutus filios habuit tempore conditi à patre testamenti?

Iacobus Menochius vir doctissimus, ac celeberrimus lib. 4. de Præsumpt. tomo 4. Præsumpt. 89. nu. 77. hanc quæstionem tractat ita disertè & clarè, vt nostra hic industria superuacanea videri possit. Vt tamen & calculum meum adiiciam, & tam illustrem controuersiam non prætaream, conabor & ipse eam explicare, atq; etiam illud efficere, vt opera mea non inutilis esse videatur.

Testator filium hæredem instituit, & ei quandocunque morienti alium substituit: Moritur filius relictis post se liberis vel nepotibus testatoris qui etiam tempore conditi testamenti extabant; Vtrum ex Papiniani responso, de quo in l. Cùm auus. ff. de cond. & demonstrat. & l. Cum acutissimi. C. de Fideicommiss. & similibus excludatur substitutus néc ne? Affirmant Doctores multi, quos refert & sequitur Menochius, vbi suprà, quibus & ipse calculum meum adiicio. Fundamentum, vt mihi videtur, illud est firmum; quia ratio legis ad hanc quoque speciem adaptatur, & verba nō repugnant. Ait Papinianus: *Cùm auus filium ac nepotem ex altero filio hæredes instituisset, à nepote petiit, vt si intra annum trigesimum moreretur hæreditatem patruo suo restitueret, nepos liberis relic-*

relictis intra ætatem ſupra ſcriptam vita deceſſit, fideicommiſſi conditionem coniectura pietatis reſpondi defeciſſe, quod minus ſcriptum, quàm dictum fuerat, inueniretur.

Hic reſpondit Papinianus ſubſtitutum excludi liberis relictis, nec diſtinguit an nati eſſent tempore Teſtamenti nécne. Idem ſtatuit Imperator nulla diſtinctione adhibita in l. Cùm acutiſſimi. C. de Fideicommiſſ. vbi generaliter conſtituit reſtitutioni locum non eſſe: *Niſi ij, qui reſtitutione onerati ſunt, ſine filiis vel filiabus, nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel pronepotibus fuerint defuncti, &c.* Ratio verò legis, quin locum habeat etiam in hac ſpecie, negari non poteſt. Nempe, *pietatis coniectura*, vt in d. l. Cum auus. Item, *ne videatur teſtator alienas ſucceſſiones propriis anteponere*, vt in d. l. Cùm acutiſſimi. Etſi enim nepotes viuant tempore teſtamenti, tamen viget pietatis coniectura, & illa ratio, *ne videatur, &c.* Quia ſunt nepotes, & ex deſcendentibus, ex ſobole & progenie, quam veriſimile non eſt excludere teſtatorem voluiſſe ſine cauſa.

Contrariæ ſententiæ argumenta non obſtant. Primũ ſumitur ex l. Generaliter. §. Cum autem. C. de inſtit. & ſubſtit. ibi: *Intelligentem non eſſe veriſimile patrem, ſi de nepotibus cogitauerit, talem feciſſe ſubſtitutionem, &c.* Ergo ſi de nepotibus teſtator cogitauerit, aliter erit ſtatuendum, ſed hic videtur cogitaſſe de nepotibus, quia nati erant & noti teſtatori. Ergo aliter videtur ſtatuendum.

Reſpondeo ſenſum illorũ verborum hunc eſſe: *Si teſtator de nepotib. cogitauerit*, hoc eſt, ſi cogitauerit filium inſtitutum moriturum eſſe liberis relictis, & ſi nepotibus teſtatoris, veriſimiliter non facturum talem ſubſtitutionem. Non infertur autem ex eo, quòd nepotes erant nati, ipſum teſtatorem cogitaſſe eos patri ſuo ſuperuicturos, ac proinde voluiſſe, eis excluſis, ſubſtitutum admitti. Sed potius præſumendum eſt ex pietatis coniectura plus dictum, & minus ſcriptum, ne videatur teſtator alienas ſucceſſiones propriis anteponere.

Secundum argumentum eſt ex l. Sicut certi. & l. Si cum in vtero. C. de teſtam. militari. vbi ſi miles ſciat ſe filios habere, & eos non inſtituat, videtur eos exhæredare. Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Nam cùm miles ſciens ſe filios habere, alios hæredes inſtituit, neceſſe eſt, vt intelligatur tacitè eos exhæredare, quia alij in teſtamento ſcripti ſunt hæredes, & ſic res eſt clara & manifeſta, nec contrariam interpretationem admittit: neque enim intelligi poteſt, alios hæredes futuros, qui in teſtamento ſcripti ſunt, & ſimul filios hæredes eſſe, qui ſcripti non ſunt. Ex teſtamento enim non erunt hæredes, quia ſcripti non ſunt. Ab inteſtato non potuerunt eſſe, quia teſtamentum adeſt. Sed in propoſita ſpecie aliud eſt, longè eſt diuerſa ratio: quia licet alios pater ſubſtituerit filio hæredi inſtituto, nihil prohibet quominus ea ſit conditio tacitè intelligenda, ſi filios non habuerit, quoniam & hac interpretatione admiſſa, ſubſtitutio locum habet in eo videlicet caſu, quo filius abſque liberis moriatur.

Tertium argumentum eſt ex l. 3. C. de inoff. teſtam. vbi ſi mater filiis duobus hæredib. inſtitutis, tertio poſtea ſuſcepto teſtamentum mutare potuiſſet, & id facere neglexiſſet, videtur eos excludere. Reſpondeo, vt dictum eſt in præcedenti, id longè à ſpecie noſtra differre, quia ibi nulla coniectura capi poteſt pro filio ſuſcepto poſt teſtamentum, nullaque interpretatio adhiberi, cùm res ſit clara & manifeſta. Sed hic eſt dubia & incerta, poteſtque locus eſſe coniecturæ pietatis, vt dictum eſt.

Quartum argumentum eſt ex l. Tale pactũ §. vlt. ff. de Pactis. ibi: *Et illo tempore, quo pater alios filios non habuit, in fratrem ſuum iudicium ſupremum contuliſſe videatur.* Reſpondeo, nihil ad rem noſtram pertinere, ſententia enim legis eſt: Patrem filiæ ſtipulatum fuiſſe à genero, vt ſi filia ſine liberis deceſſiſſet, portio quædam dotis reſtitueretur fratri ipſius patris ſtipulantis, quem hæredem inſtituerat, atque ita conſulere voluit fratri, vt hæredi. Et ideò cùm pater deinde filios ſuſcepiſſet, eóſque hæredes in alio teſtamento ſcripſiſſet, voluiſſe videtur, eam portionem, quæ fratri hæredi danda erat, nunc reſtitui filiis hæredibus, quod ſignificant illa verba textus: *Cùm inter contrahentes id actum ſit, vt hæredibus conſulatur.*

Quintum argumentum eſt ex l. vnica C. ſi dos cõſtante matr. ſed nihil ad rem facit. Hoc enim vult, vt ſi dos vxori à marito conſtante matrimonio ſine legitimâ cauſa reſtituta fuerit, ea mortua ab eius hæredibus, cum fructibus marito reſtituatur.

Sextum argumentum eſt ex l. Si vnquam. C. de reuoc. donat. iuncta declaratione Bartoli in l. Titia. §. Imperator. de leg. 2. vbi docet, liberos tempore donationis vel poſtea natos, de quibus teſtator cogitauit, non efficere vt donatio reuocetur.

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Cùm enim pater filios habens, & de illis cogitans aliis bona ſua donat, ſine dubio nõ vult filios ea habere, ſed eum cui donat: nec enim in claris locus eſſe poteſt cõiecturis. Sed hic pater filium inſtituit, eíque morienti ſubſtituit alium. Hic non eſt certum, quomodo & quando locum eſſe voluerit ſubſtitutioni, an & eo caſu, quo filius relictis poſt ſe liberis deceſſerit, an verò, ſi abſque liberis mortuus fuerit. Quamobrem optimè intrat coniectura pietatis, & Pa-

inani interpretatio, vt testator videatur plus dixisse, quàm scriptum fuerit, nempe adiecisse illam conditionem, si absque filiis moriatur hæres institutus filius.

Septimum argumentum est ex regula quadam: Vnius inclusio, est alterius exclusio. l. Cùm prætor. ff. de Iud. sed textus in d. l. Cum auus, & aliarum legum, inclusit filios nascituros, ergo excludit iam natos. Respondeo, non excludi filios iam natos, in d. l. cum acutissimi. vt suprà in principio dictum est. Eandémque rationem esse in filiis iam natis, quæ in natis postea, ac proinde idem ius esse statuendum.

Cætera argumenta, quæ recensentur à Menochio, vel ad hæc possunt reuocari, vel sanè leuiora existunt, quam vt confutatione egeant.

CAPVT LX.

Vtrum etiam naturales filij faciant deficere conditionem in ea specie, de qua loquitur l. Cum auus. ff. de cond. & demonstr. & l. Cum acutissimi. C. de fideicomm.

NIhil est tam clarum, quod obscurum non reddatur, si recta in legibus interpretandis ratio non adhibeatur: Recta autem ratio tunc non adhibetur, cùm ex locis obscuris interpretari conamur perspicua loca, eaque in dubium reuocare.. Id ipsum in hac proposita specie facilè deprehenditur. Nam filios naturales ex filio hærede instituto, cui morienti datus est substitutus, progenitos, non prodesse vt substitutionis deficiat conditio, communis doctorum sententia rectè docet ex l. Generaliter. §. Cùm autem. C. de instit. & substit. illis verbis: *Et non aliter substitutione locum accipiente, nisi ipsi liberi sine iusta sobole decesserint.* Quibus verbis nihil clarius esse potest, ad intelligendùm naturales liberos; qui videlicet ex concubina, non autem ex legitimo matrimonio procreati sunt, non efficere, vt conditio fideicommissi deficiat. Etenim constat tales filios iustæ sobolis appellatione nequaquam contineri posse: siquidem iusta soboles appellatur, quæ ex legitimis nuptiis suscipitur. l. Filium definimus. ff. de his qui sui vel alieni iuris sunt. Vide Menoch. de Præsumpt. lib. 4. tom. 1. præsumpt. 89. nu. 99. vbi citat doctores.

Cæterùm contrarium docuerunt alij non pauci, quos ibidem commemorat, num. 101 quorum fundamentum est in l. Ex facto. §. Si quis rogatus. ff. ad Trebell. Nota verba. *Si quis rogatus fuerit, vt si sine liberis decesserit, restituat hereditatem. Papinianus lib 18. responsorum scribit etiam naturalem filium efficere, vt conditio deficiat, & in libertino eodemque collíberto hoc scribit: Mihi autem (quod ad naturales liberos attinet) voluntatis quæstio videtur esse, de quibus liberis testator senserit. Sed hoc ex dignitate & ex voluntate, & ex conditione eius, qui fideicommisit, accipiendum erit.*

Sic argumentantur, naturalis filius facit vt deficiat conditio, nisi repugnet voluntas testatoris, quæ ex dignitate & conditione colligitur. Ergo idem & in proposita specie respondendum erit.

Respondeo, non hoc Iurisconsultum velle, quod assumitur, sed quæstionem istam ex cõiectura voluntatis pendere. Etenim Papiniani sententiam Vlpianus ibi probat quoad libertinum eundémque collibertum: quoad naturales autem filios dicit sibi videri voluntatis quæstionem esse, sicut latè explicaui suprà hoc eodem lib. cap. 51.

CAPVT LXI.

Substitutus vulgariter in vnum casum, vt puta si hæres esse noluerit, an succedat in alium casum, puta si hæres esse non potuerit, vel contra?

COntrouersia est non vulgaris, an vulgaris substitutio in vnum casum facta, extendatur ad alium, vt puta, si hæres esse non potuerit, an extendatur ad alium casum, nempe si hæres esse noluerit, vel contrà. Affirmant Bart. Alex. Iason, Socinus & Ripa in l. 1. ff. de vulg. Marianus Socinus iunior in cons. 106. lib. 1 & alij, quos refert & seq. Alex. Trentacin. de substit. parte 1. c. 1. n. 25.

Argumẽta verò sunt ista. Primum ex l. Gallus. §. Et quid si tantum. ff. de lib. & posthum. illis verbis. *Sed ex sententia legis Velleiæ & hæc omnia admittenda sunt, vt ad similitudinem mortis cæteri casus admittendi sint.*

Secundum, ex l. vlt. C. de institut. & substit. vbi substitutio facta, si posthumus natus non fuerit, extenditur ad eum casum, quo natus fuerit, & impubes decesserit matre in medio non existente.

Tertium argumentũ est ex l. vlt. C. de Posthumis hæred. instit. vbi: Si is, qui testamentum condidit, his verbis vsus fuerit: *Si filius vel filia intra decem mensium spatium post mortem meã editi fuerint, hæredes sunto. siue viuo testatore, siue post mortem eius intra decem menses à morte testatoris numerandos filius vel filia fuerint progeniti, manet voluntas testatoris immutilata.*

Quartum, ex l. Titius. §. Lucius. ff. de lib. & posthumis. vbi institutio facta eius, qui est in vtero matris, locum habet, etiam si conditi testamenti tempore partus editus fuerit.

Quintum, ex l. Si mater. C. de instit. & substit. vbi si filij à matre fuerint hæredes instituti

sub-

sub ea conditione, si fuerint emancipati à patre, locum habet illa institutio, etiam in alio casu longè diuerso, nempe si pater deportatus fuerit.

Sextum, quia videntur hæc duo esse paria, nolle vel non posse, argum. l. 1. § Vsus. ff. de Procurat. ibi: *Vel nolunt, vel non possunt.*

Septimum ex l. Humanitatis. C. de impub. & aliis substit. qui tamen textus, quo pacto ad hanc rem adduci potuerit, non video.

Octauum argumentum est, quoniam vulgaris substitutio pupillarem continet. l. Iam hoc iure. ff. de vulg. Ergo multò magis vulgaris ipsa substitutio in vnum casum facta extendi debet ad alium, qui sub eadem continetur.

Postremum argumentum est, quia videtur esse eadem ratio in casu omisso, quæ in casu expresso. Nam vulgaris substitutio, si hæres esse noluerit, eam ob causam facta esse intelligitur, vt defunctus hæredem habeat, si is, qui primò institutus est, noluerit hæres esse. Testatoris enim defuncti interest hæredem habere vt in §. in Inst. Quib. ex cau. manu. nõ licet. Hæc ratio locum habet etiam in eo casu, qui à testatore est omissus, nempe cum hæres esse non potest.

Cæterùm, contrariam sententiam multi alij secuti fuêre, quos refert & sequitur Mantica de coniecturis vltimar. volunt. lib. 5. tit. 1. nu. 3. quibus adde Duarenum in commentariis tit. de vulg. & pupillari cap. 11. quibus verbis fiat vulgaris, & alios, quos commemorat Alexander Trentacinq. locò superius annotato.

Primum argumentum est ex l. Commodissimè. ff. de lib. & posthumis: ibi: *Si alteruter casus omissus fuerit eo casu, qui omissus sit, natus rumpit testamentum, &c.*

Secundum ex l. Pater Seuerinam. ff. de cond. & demonst. vbi prædium filiæ relictum, *Si Ælio Philippo nupsisset*, non debetur, si non nupsisset eam ob causam quòd *nondum viripotens puella diem suum obiisset*; & sic nubere non potuisset.

Tertium argumentum est ex l. vlt. C. de instit. & substit. ponderando illa verba: *Tunc autem tantummodo substitutionem admittimus, cum posthumus minimè editus fuerit, &c.*

Quartum ex l. Qui ex duabus ff. de acq. hæred. sed nihil prorsus ad rem istam pertinet, sicut legenti illum textum facilè patebit.

Quintũ est ex l. Si ita quis. ff. de vulg. & pupillari. Vlpianus: *Si ita quis substituerit, si filius meus intra decimum annum decesserit, Seius hæres esto: deinde hic ante decimum quartum annum, post decimum decesserit, magis est, vt non possit bonorum possessionem substitutus petere: non enim videtur in hunc casum substitutus.*

Atque hoc postremo argumento moueor, vt posteriori sententiæ adhæream: Videtur enim & in proposita quæstione rectè dici posse substitutum petere bonorum possessionem non posse, quia non videtur in hunc casum substitutus vt patet.

Nec difficile est ad argumenta contrariæ sententiæ respondere. nam ad primum respondeo, eundem effectum in ea specie obtineri tam per mortem, quàm per deportationem filij, quia videlicet nepos in locum eius succedens testamentum rumpit. Quare ex legis sententia idem iuris est in vtroque casu constitutum.

Ad l. vlt. C. de instit. & substit. respondeo, ibi substitutionem factam, si posthumus non nascatur, ideo extendi ad eum casum, quo nascatur & in pupillari ætate decedat, quia in vulgari expressa inest tacita pupillaris. l. Lucius. ff. de vulg. & sic extensio fit, propterea, quod inest tacita pupillaris.

Ad tertium ex l. vlt. C. de posthum. hæred. instit. respondeo, testatorem ibi vnum casum tantum expressisse, quia se statim moriturum putabat, & voluisse filium hæredem esse in omnem casum. Simile est in l. Titius. §. Lucius ff. de lib. & posthum. quæ opponitur in quarto argumento, ac proinde tollitur eadem responsione argumentum ex ea petitum.

Ad quintum respondeo, in specie d. l. Si mater. eundem effectum sequi tam ex emancipatione, quam ex deportatione, quia scilicet filius liberatur patris potestate, ad quod respexit testator, qui nihil ad patrem voluit peruenire.

Ad sextum respondeo, non idem esse nolle, & non posse, & ideo substitutus in vno casu non succedet, alio diuerso casu eueniente, licet aliquando æquiparantur casus omissus & expressus. Quia in substitutionibus sufficit, non venisse casum, quem testator designauit.

Septimum non obstat. Ad octauum responsio patet, quia iustis rationibus nominatim est constitutum ac interpretatione receptum, vt vulgaris expressa contineat tacitè pupillarem, quod in hac specie constitutum ac receptum non apparet.

Ad vltimum respondeo, non esse id spectandum, an sit eadem ratio, quia omissus casus non continetur sub expresso, vt patet ex d. l. commodissime. ff. de lib. & posthum. & l. si ita quis. ff. de vulgari.

CAPVT LXII.

Vtrum vulgaris substitutio impediat transmissionem iuris deliberandi in hæredem instituti.

COmmunis est sententia doctorum in l. 1. ff. de vulg. vulgarem substitutionem non impedire transmissionem iuris deliberãdi in hæredem instituti, teste Ripa in cõmentariis

ibi n.133. Et alios multos citat Alexander Trentacinquius de substitutionibus, parte prima. c.5. quibus adde Duarenum in commentariis ad tit. de vulg. substit. & Gregorium Tholosanum in Syntagmate, lib. 42. cap. 13.

Primum argumentũ est; quia vulgaris substitutio habet illam conditionem, si hæres nõ erit. Illa verò conditio intelligitur hoc modo, si videlicet hæres ipse institutus non erit, vel alium hæredem non fecerit, vt in l. Si paterfamilias. ff. de hæred. institut. Sed hic hæres institutus transmittendo ius deliberandi, alium hæredem facit; quia potest adire si velit; Ergo vulgaris substitutio non impedit dictam transmissionem.

Secundum argumentum. Beneficium restitutionis in integrum ad hæredem transit minoris, qui hæreditatem repudiauit excluso substituto, dummodo sit res integra. l. Quod si minor. §. Scæuola. ff. de Minorib. Ergo etiam beneficium iuris deliberandi, quod datur ex l. Cum antiquioribus. C. de iure delib. transmittetur ad hæredem instituti, excluso substituto.

Tertium argumentum. Conditio ad actum necessaria potest adimpleri per æquipollens, vt loquuntur nostri. l. Gallus. §. Et quid si tantum ff. de lib. & posthum. Ergo & illa conditio vulgaris substitutionis, *si hæres non erit*, poterit adimpleri per æquipollens, nempe si institutus hæres non erit, vel per se, vel fictè per hæredem suum.

Quartum argumentum, Ius accrescendi non impedit transmissionem, iuxta l. 3. C. de iure delib. Ergo neque substitutio, nam & ius accrescendi tacita videtur substitutio.

Postremum argumentum est ex l. Vnica. §. In nouissimo. iuncto §. Cùm autem. C. de cad. tollend. Dicitur in § In nouissimo, hæreditatẽ non aditam non transmitti, nisi quoad ius deliberandi: & in casu l. Vnic. C. de his qui ante apertas tabul. Deinde in §. Cùm autem dicitur, cessante transmissione hæreditatem non aditam deuolui ad substitutũ; Ergo, substitutio non impedit transmissionem iuris deliberandi, secundum d. l. Cum antiquioribus.

Contrariam sententiam amplexi sunt Angel. in d. l. 1. ff. de vulg. Ripa ibid. nu. 139. qui alios citat, Salic. in d. l. Cum antiquioribus. Politus de substit. in materia vulgaris substitutionis. q. 44. Zasius de substitutionib. in materia vulgaris substit. vers. Tertia species transmissionis.

Argumenta sunt ista. Substitutio impedit ius transmissionis ex potentia suitatis, vt notat Bartol. in l. Si filius hæres. ff. de lib. & posthum. Ergo multò magis transmissionem impedire debet iuris deliberandi.

Secundò, Principum beneficia non debeant aliis præiudicium inferre. l. Nec auus. C. de Emancip. lib. l. 2. §. Merito. ff. Ne quid in loco publ. cap. Quamuis. de rescript. lib. 6. Ergo beneficium l. Cum antiquioribus, nocere non debet substituto.

Tertiò, Substitutio vulgaris ex mẽte testatoris locum habet in eo casu, quo institutus hæres non sit. l. Cum proponas. C. de hær. instit. Sed hoc in casu institutus hæres non est, vt patet. Ergo locus est vulgari substitutioni.

Quartò, prouisio hominis facit cessare prouisionem legis. l. vlt. C. de Pact. conuent. Ergo prouisio testatoris substituentis, facit cessare transmissionem ex prouisione legis.

Quintò. Substitutus excludit eos, qui à lege vocantur ad successionem. l. vlt. C. de Necess. ser. hæred. instit. Ergo excludere debet eos, qui à lege habent ius deliberandi ex transmissione.

Sextò, Substitutio est potentior iure accrescendi, quod ex legis dispositione locum habet. l. 2. §. Si duo ff. de bono. possess. secundum tab. l. 1. §. In primo. & §. Pro secundo. C. de cad. tollend. Ergo est potentior iure transmissionis, de quo agitur.

Postremò, adfertur l. 1. C. de his qui ante apertas tab. in illis verbis: *non sint inuicem substituti*. Ex quibus significari videtur potentius esse ius substitutionis quam transmissionis, quia si essent filij inuicem substituti, sine vlla difficultate succederent.

Ego existimo priorem sententiam longè probabiliorem esse, & moueor ex d. l. Vnica §. In nouissimo. iuncto §. Dum autem. C. de cad. tollend. Verba legis hæc sunt: *Hæreditatem etenim nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur. Exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super huiusmodi casibus introducta loquitur: iis nihilominus, quæ super iis, qui deliberantes ab hac luce migrant, a nobis constituta sunt, in suo robore mansuris.*

Postea in §. Cùm autem. ita pergit textus; *Cùm autem in superiore parte legis non aditam hæreditatem minimè, nisi quibusdam personis, ad hæredes defuncti transmitti disposuimus: necesse est, si quis solidam hæreditatem non adierit, hanc siquidem habeat substitutum, ad eum, si voluerit & potuerit peruenire, quod si hoc non sit, vel ab intestato successores eam suscipiant, vel si nulli sunt, vel accipere nolunt, vel alio quo modo non capiunt, tunc ad nostrum ærarium deuoluatur.*

Sententia legis est; hæreditatem non aditã non transmitti exceptis liberorum personis, & salua transmissione iuris deliberandi. ex l. Cum antiquioribus. His cessantibus hæreditatem non aditam ad substitutos deuolui, & illis nolentibus, vel nõ valentibus ad hæredes ab-

intestato

inteſtato pertinere, & iis non adeuntibus ad fiſcum. Igitur ſubſtitutus non admittitur, niſi cùm prorſus ceſſat ius tranſmiſſionis; atque adeo ipſum transmiſſionis ius ſubſtitutioni præfertur.

Quod ratione confirmari poteſt. Nam ſubſtitutus vulgaris a teſtatore vocetur in eum caſum, quo inſtitutus vel nolit, vel non poſſit hæres eſſe. Cum autem is decedit intra annum, qui ad deliberandum datur, non poteſt verè dici, illum non potuiſſe vel noluiſſe hæredem eſſe: quia nec repudiauit hæreditatem, & hæres eſſe poterat: Sed caſus euenit non expreſſus à teſtatore, quoniam nec adiuit, nec repudiauit hæres. Ergo ſubſtitutioni locus eſſe non poteſt.

Reſpondet Ripa illum textum retorqueri poſſe. in d.l. 1. n. 138. ff. de vulg. *Aduerte, inquit, quia credo quod ille textus, ſi fideliter inducatur, probet oppoſitum, referendo verbum, neceſſe eſt, ad caducitatem ſecundum ſubiectam materiam, quaſi dicat, vbi non habet locum tranſmiſſio, eſt neceſſe quod teſtamentum efficiatur caducum, & ſic cadat ad venientes ab inteſtato, vel fiſcum, niſi inſtitutus adiuerit ſolidam hæreditatem, vel niſi adſit ſubſtitutus, qui velit & poſſit adire: Ergo à contrario, vbi haberet locum tranſmiſſio, teſtamentum non redderetur caducum, etiamſi inſtitutus, vel ſubſtitutus non adirent. Hoc autem eſſe non poteſt, niſi vltimo loco vocentur y, ad quos fit tranſmiſſio, & conſequenter bene ſequitur, quod poſt ſubſtitutum veniunt alij Iure tranſmiſſionis. Comprobatur inductio ſic: Dicitur in principio legis, quod teſtatores ad caducitatem remouendam ſæpe faciunt ſubſtitutiones. Dicitur poſtea in §. In nouiſſimo. quod lex in certis caſibus conceſſit, hæreditatem non aditam tranſmitti pariter ad excludendam caducorum obſeruantionem. Ergo prouiſio illius legis eſt ſubſidiaria, vnde ceſſare debet, vbi ſubeſt prouiſio ordinaria.* Hæc & alia in eandem ſententiam ille.

Hæc reſponſio nihil obſtat; quia ſubſtitutio fit ad tollẽdam quidem caducitatem, & ſimiliter caducitas ceſſat, vbi tranſmiſſioni locus eſt: ſed non poteſt ille ordo conſtitui, quem iſte comminiſcitur. Nam Imperator manifeſtè oſtendit, vbi transmiſſioni locus eſt, ibi neceſſariam non eſſe ſubſtitutionem ad tollendam caducitatem; ſed tunc demùm cum transmiſſio ceſſat. Sic enim Imperator ſtatuit neceſſe eſſe, ſi hæreditatem quis non adierit, quæ alioqui non adita tranſmitti non poſſit, tunc ſi ſubſtitutus adſit, ad eum ſi velit & poſſit, pertinere. Ex quo patet trãſmiſſionis cauſam eſſe potiorem, & ſubſtitutum potius in ſubſidium admitti, hoc eſt in eum caſum, quo hæreditas eſſet in cauſa caduci, propterea quod non eſſet tranſmiſſioni locus.

Confirmatur hæc interpretatio, quia ſi ſubſtituto non ſit locus, quia vel nolit, vel non poſſit adire, non dicit textus, locum eſſe tranſmiſſioni ad hæredem inſtituti; ſed hæreditatem deuolui ad hæredes, qui teſtatori ab inteſtato ſuccedunt, vel ad fiſcum.

Ad argumenta contrariæ ſententiæ reſpondeo. Primum nõ conſtat, quia maior illa propoſitio eſt dubia & incerta, ſcilicet ſubſtitutionem impedire ius tranſmiſſionis ex potentia ſuitatis, qua de re infra diſſeremus.

Ad ſecundum reſpondeo, beneficium l. cum antiquioribus. generale eſſe, & ad omnes pertinere, ſumma niti æquitate, & nemini præiudicium inferre, ſicut nec aliæ leges generales dicuntur alicui præiudicare. Alia ratio eſt in beneficio particulari Principis, quod vni conceſſum, alteri præiudicat, de quo loquuntur leges in argumento citatæ.

Ad tertium reſpondeo, vulgarem ſubſtitutionem eo in caſu locum habere, quo inſtitutus hæres eſſe nolit vel non poſſit: ſed hic caſus non euenit, cùm intra deliberandi tempus decedit: Tranſmittit enim ad hæredem adeundi facultatem; & ideo hærede adeunte meritò ſubſtitutus excluditur.

Ad quartum reſpondeo, nihil valere argumentum ex generali, vt vocant, brocardico, vbi ſpecialis lex & ratio pugnat in contrarium.

Ad quintum reſpondeo, argumentum ſumi ex d.l. vlt. C. de neceſſar. ſeruis hæred. inſtit. in illis verbis: *Hæreditatem autem, ſi quidem ſoluendo ſit, ad alios venire, quos leges vocant, ſi non aliquis fuiſſet ſubſtitutus.* Senſus eſt; conditione deficiente, ſub qua ſeruus hæres inſtitutus eſt, hæreditatem eſſe in cauſa caduci, & ideo ſpectare ad legitimos hæredes, niſi ſubſtitutus adſit: & ſic probat ille textus ſubſtitutũ efficere, vt hæreditas non pertineat quaſi caduca ad eos, qui ab inteſtato vocantur ad ſucceſſionem defuncti; non autem probat, impedire aliquam tranſmiſſionem iuris deliberandi.

Ad ſextum reſpondeo, non rectè ſumi argumentum ex iure accreſcendi, quod eſt ad inſtar tacitæ ſubſtitutionis, ad expreſſam ſubſtitutionem, quia maior virtus eſt expreſſæ, quàm tacitæ ſubſtitutionis.

Ad poſtremum reſpondeo, ſententiam legis, de qua in argumento, hanc eſſe; liberos hæreditatem parentum ſuorum non aditam tranſmittere ad ſuos hæredes, licet non ſint eis ſubſtituti: quia ſi ſubſtituti eſſent, non eſſet opus tranſmiſſione. Vtrum autem ſubſtitutio facta vnius impediat tranſmiſſionem in fauorem alterius, nempe, hæredis eius, qui deceſſit ante aditam hæreditatem, nullum verbum habetur in illa lege.

CAPVT LXIII.

Vtrum filio repudiante hæreditatem, succedat pater, an verò vulgariter substitutus?

SEd & ingens controuersia est, Filiusfamilias hæres institutus est: datus est ei vulgaris substitutus: repudiat hæreditatem patre inuito, vtrum pater eam adire possit, & adeũdo substitutum excludere? Affirmãt Bartol. Aretin. Angel. Iason, Socin. ad l. 1 ff. de vulg. & alij ab Alexandro Trentacinquio citati, tract. de substitutionibus, parte 1. ca. 6. quibus adde Zasium tract. substit. de vulgari in puncto 4. ver. At verò nos: Duarenus in commentariis de vulg. substit. titul. de effectu vulgaris substitutionis.

Negant verò alij multi, ac præferendum esse substitutum contendunt. Alexan. ad d. l. 1. ff. de vulg. & alii à Trentacinquio relati, loco superius annotato, ante n. 4. Quibus adde Gregorium Tholosanum in Syntagmate iuris, lib. 42. tit. 15.

Non referam hîc omnia vtriusque sententiæ argumenta: sunt enim multa ex his leuissima, sed præcipua duntaxat referam.

Prior igitur sẽtẽtia, quæ affirmat substitutũ excludi, atque adeò patrem substituto prefert, nititur potissimùm l. vlt. C. de bonis, quæ liberis. Ita enim ea lege constitutum est: hæreditate filiofamilias delata, *siue pater adire filium familias integræ ætatis compellit, & ille reclamandum existimat: siue filiusfamilias adire cupit, & pater in contrarium inclinat, liberam habere licentiam, & patrem ipsum sibi adire hæreditatem recusante filio, & omne siue damnum, siue lucrum in suam habere fortunam nullo ex hoc præiudicio filijs generando*, & è contrario filium recusante patre, vt ibi latius habetur. Ita, vt si pater adierit, filio repudiante, pater hæreditatem consequatur, *quasi ipse pater ab initio esset hæres institutus*: vt in §. Simili denique modo.

Cùm igitur patri liceat, filio repudiãte, hæreditatem adire, non aliter ac si ipse hæres institutus esset, argumentum hinc perspicuum vi patrem adire posse, & substitutum excludere.

Potissimum autem contrariæ sententiæ firmamentum est in l. 3. de hæred. instit. vbi probatur, seruo hærede instituto adire nolente, etiam si adire iubeatur à domino, substitutum tamen excludi.

Ego sanè posteriorem hãc sententiam, quę substituto fauet, amplector, sed non solidum esse iudico eius fundamentum: quia non est idem in fauorem domini constitutũ, quod in fauorem patris; vt nimirum, recusante seruo, dominus adire possit hæreditatem, sicut filiofamilias repudiante, pater adire potest. Fũdamentum illud est solidum, quia venit casus vulgaris substitutionis: Illa enim locum habet, si hæres institutus, aut nolit, aut non possit hæres esse, sed hîc non vult hæres esse, quia repudiat hæreditatem. Ergo substituto locus est.

Nec pater obstat, quia licet is adire possit repudiãte filio, non tamen hoc in casu id procedit, quo filio repudianti substitutus datur. Nam voluntas ac dispositio testatoris obseruari debet & contrariæ legis dispositioni præferenda. Lex quidem vocat patrem, si filius repudiet, sed hic testator vocat alium. Primum autem locum sibi vindicare debet volũtas defuncti. l. In conditionibus primum locum. ff. de cond. & demonst.

Cessante verò substitutione tunc legis beneficium pater habet. & filio repudiante, adire potest: perinde ac si hæres ab initio institutus esset. Ita est accipienda l. vlt. C. de bonis, quæ liberis. nõ autẽ, vt loquatur eo casu, quo substitutus adest, de quo nullum est in tota illa prolixa constitutione verbum, & quod si quis statuat, iniquum esse videtur. Cur enim substituto à testatore vocato, si filius hæres esse noluerit, alteri nempe patri, hæreditatem deferendam quispiam existimauerit, filio, hæreditatẽ repudiante, contra expressam voluntatem testatoris, cùm legis iustis testantium dispositionibus obediendum esse, tam seriò mandent, vt in l. vlt. C. de Fideicommissis. §. Disponat. in Auth. de Nupt.

Non obstat, si dicatur, verba substitutionis vulgaris in hærede, qui alieno iuri subiectus est, puta seruo vel filiofa. illa nempe, *si hæres non erit*, hunc habere sensum, id est, si neq; ipse hæres erit, neque alium hæredẽ fecerit, vt in l. Si paterfamilias. ff. de hæred. instit. vt in §. vlt. in Instit. de vulg. & consequenter ita accipiẽda esse in proposito quantum ad filiumfa. scilicet, si nec ipse hæres erit, nec patrem hæredem fecerit. Hoc autem in casu repudiando facit patrem hæredem. Nõ, inquam, id obstat, quia intelligitur id procedere, cùm filius vel seruus adiuit, & sic adeundo facit hæredem patrem vel dominum, non autem cum non adiuit. Id patet, quia si non adiuit seruus, domino non acquiritur hæreditas, sed substituto vulgari, vt in d. l. 3. C. de hæred. instit. Nec valet replicatio, aliud esse constitutum in filiofam. repudiante; vt in d. l. vlt. C. de bonis quæ lib. quia non hîc per omnia seruum & filiumfam. æquiparamus, sed verba illa interpretamur; *nec alium hæredem feceris*, ita esse accipienda, cùm videlicet adita est hæreditas à filio vel seruo. Nec enim l. vlt. C. de bonis quæ lib. quidam de filiofam. nominatim constitutum est in ea specie, qua datus fuerit filio vulgaris substitutus.

CAPVT

CAPVT LXIV.

Vtrum fiscus excludat vulgarem substitutum?

GRatis, nisi mea me fallit opinio, controuertitur; vtrum fiscus excludat vulgarem substitutum. Exempli causa. Hęres institutus, cui vulgaris datus est substitutus: *Si videlicet noluerit vel non potuerit hæres esse*, delictũ committit propter quod hæreditatem habere non potest. Vtrum fiscus ei succedat & auferat tãquam indigno hæreditatẽ, an verò substitutus. Est hoc in controuersia positum sine caussa, vt dicebam, quia substitutũ succedere debere indubitati iuris est. Namq; conditio substitutionis euenit vt patet. Cùm enim hæres succedere non possit, non fit hęreditas caduca, sed pertinet ad substitutum, ex l. Vnica. C. de caducis tollend. §. Cùm autem. Authent. Hoc amplius C. de Fideicommissis. Nec enim ob culpam hæredis debet iniuria fieri substituto. Argumento l. Papinianus. §. Meminisse. ff. de inoff. testam. ibi: *Cæterum si id rogatus fuerit restituere, non debet iniuria fieri.* Et loquor in eo casu quo hæres non adiuit, si enim adiuisset hęreditatem, cessaret vulgaris substitutio. l. Post aditam. C. de impub. & aliis substit. & meritò fiscus auferret ob delictũ, atque ita docent Angel. in l. 1. ff. de vulg. Petrus Gregorius Tholosanus in Syntagmate iuris lib. 42. cap. 14. Duarenus in commentariis ad Tit. de Substitut. tit. Quibus verbis fiat vulgaris substitutio. & alij multi quos refert Alexander Trentacinquius de Substitutionibus parte 1. c. 8. post num. 5.

Contrarium docuere Bartol. in d. l. 1. num. 26. ff. de vulg. quem sequuntur ibi Imola, Alexander, Iason, Socin. Fernandus Vasquius de successionũ progressũ, in præfatione lib. 2. n. 22. & alij à Trentacinquio annotati loco supra citato, nu. . Isti docent fiscum præferendum esse substituto.

Ripa verò in d. l. 1. n. 158. quem & Trentacinquius sequutus est, distinctione ita vtitur minus certè necessariã, vt siquidẽ hæres institutus indignus sit, ita vt non sit capax hæreditatis, tunc præferatur substitutus, si verò sit capax hęres, sed indignus, tunc fiscus præferatur, argumẽto l. si post mortem. §. vlt. ff. de bonor. possess. contra tab. quæ tamẽ lex nihil ad rem pertinet, & hanc distinctionem nõ bene percepit Trentacinquius dũ dixit in hoc secũdo membro distinctionis fiscum præferri, si hæres sit capax, & hęreditatem adiuit. Non ita loquitur Ripa, nec vlla est dubitatio, quin substitutus excludatur, cùm institutus hęreditatem adiuit: quia post aditam hæreditatẽ expirat vulgaris substitutio. l. post aditam. C. de impub. & aliis substit. & consequenter tunc fiscus auferet hęreditatem, & sic succedet ac præferetur substituto.

Sed videamus quantum habeant momenti argumenta eius sententiæ, quæ fisco suffragatur. Primum est ex l. si sequens. ff. ad Syllanianum. Martianus: *Si sequens gradus vltus fuerit necem testatoris, an prior hæreditas ad illum transferatur.* Et ait Papinianus *non esse hoc. Nam pœna illius, huius præmium esse non debet.*

Respondeo, non constare nobis, an Iurisconsultus de substituto vulgari loquatur: & dato, quòd loquatur in ea specie hæredem iã adiuisse hęreditatem, atque ideo per eius aditionem exclusum fuisse substitutum vulgariter. Ratio autem dubitandi erat, quia substitutus (quem Iurisconsultus ibi vocat secundũ gradum) vltus erat necem testatoris, ideo videbatur dicendum eum succedere debere. Contrarium respondit textus, nempe, hæredis pœnam, qui priuatus erat hęreditate, propter accusationem omissam, huius, id est, substituti, licet vindicantis defuncti necem pręmium esse non debere.

Vt intelligamus illud responsum in hęrede, qui iam adiuerat hæreditatem, ratio nos impellit. Etenim iniquum esset eum pœna afficere, qui necem testatoris vltus non esset, si eius hæreditatẽ adire noluerit & cõtempserit. Certè ratio non patitur, vt is vlla afficiatur pœna. Nam tanti nõ æstimauit hæreditatem, vt accusationẽ instituere vellet aduersus occisores defuncti. Cùm verò qui hæreditatem adibit tũc pœna affici debet, si non accusauerit occisores; quia is iurare debet se necem defuncti vindicaturum. Sic & in l. Necessarias. §. 1. ff. eod. tit. non aliàs respõsum est bona publicari, quàm si hæres adierit hæreditatem ante quæstionem de familia habitam & supplicium sumptum.

Secundum argumentum est ex eo, quod si hæres hæreditatem adiuit, iam exclusus est substitutus, vt dictum est: si verò non adiuit, videtur in fraudem fisci id factum, & ideo est perinde, ac si adiuisset. l. Non iustam. C. ad Treb.

Respondeo, fraudem illam non esse præsumendam. l. Qui autem ff. quę in fraudem creditor. Potest enim hæres ex aliis causis non adire, vt patet.

Tertium argumentum est ex l. in seruitutẽ. §. Ei qui. ff. de bonis libertor. vbi, si patronus indignus efficiatur eam ob caussam, quod cõtra tabulas bonorum possessionem petat, non tamen locus erit substituto. Respondeo non esse locum substituto, in ea portione, cuius possessio patrono data est, vt inquit ibi textus. Et sic non obstat, quia nos etiam dicimus hærede adeunte excludi substitutum.

Quartum argumentum est, quia hæres, qui est indignus, facit hæredem alium, nempe fiscum: Aufert enim ab eo tãquam ab indigno: ergo vulgari substituto locus nõ est, quia illa cõditio inest, si hæres nõ erit, quæ tacitè aliã contineet, videlicet, vel alium hæredem non fecerit. l. si paterfam ff. de hæred. instit.

Respondeo, illam conditionem, si hæres nõ erit, ita esse accipiendam, vel alium hæredem non fecerit, scilic. adita hæreditate, & mutata conditione, vt in d. l. Si paterfamil. Nam si hæres ipse institutus non adierit hæreditatem, alium hæredem facere non potest. l. 3. C. de hæred. instit.

Quintum argumentum est ex l. Recusare. §. Si fisco. ff. ad Trebell. Sed non pertinet ad rem nostram. Agitur enim ibi de fisco compellendo, vt hæreditatem adeat, & fideicommissario restituat. Non erat in ea specie datus substitutus vulgariter, quod patet, quia textus dicit bona vacantia fuisse, & ideo ad fiscum delata.

Sextum argumentum est ex l. Cum fisco. ff. ad Syllanian. Caius: *Cum fisco caduca bona defuncti addicuntur propter iniustam mortem, &c.* His verbis patet hæreditatem aditam non esse, quia si hæreditas adita esset, non diceretur caduca.

Respondeo, textum illum non loqui eo in casu, quo substitutus est datus; tunc enim caduca non essent bona, sed pertinerent ad substitutum. Et caduca dici possunt bona, etiam post aditam hæreditatem; quia videlicet propter culpam hæredis ad fiscum deuoluantur. argum. l. vlt. C. de iure emphyt.

CAPVT LXV.

Vtrum filius hæres à patre institutus legitimam accipere, & reliquam hæreditatem repudiare possit?

Communis & vera sententia est, filiũ hæredem à patre institutum repudiare non posse hæreditatem, legitima retenta. Vide Bar. & alios doct. in l. 1. ff. de vulg. & latè alios referentem Trentacinquium, de substitutionib. parte 1. c. 10. n. 24. Fundamentum est solidum, quia nemo potest hæreditatem pro parte adire, & pro parte repudiare. l. 1 & 2. ff. de acq. hæred. Ergo neq; filius potest legitimã accipere: quæ est tertia pars hæreditatis, vt in Nouella de Triente & Semisse, & reliquam hæreditatem repudiare. Huc accedat, quod aut filius vellet legitimam accipere seu retinere tanquam ex testamento relictam, aut tãquam ab intestato debitam: Si tanquam ex testamẽto, ergo testator pro parte testatus decederet, & pro parte intestatus, contra regulam l. Ius nostrum. de reg. iuris. pro parte testatus decederet; quia legitimam ex testamento filius haberet, pro parte verò intestatus, quia reliquam repudiaret hæreditatem. Si tanquam ab intestato legitimam filius capere velit, nõ potest, quia quamdiu hæreditas ex testamento adiri potest, ab intestato nõ defertur. l. Quamdiu 2. ff. de acq. hæred. & nemo potest omissa caussa testamenti ab intestato hæreditatem adire, vt habetur in tit. ff. Si quis omissa caussa testamenti. &c.

Sed operæ precium est argumenta diluere, quæ pro cõtraria sententia adferuntur; quam secutus est Ludouicus Romanus in l. 1. ff. de acq. hæred. & alij, quos commemorat Trentacinquius loco proximè citato.

Primum argumentum est, quia creditor, cui delata est hæreditas, potest eam repudiare, & creditum suum petere, allegatur l. Vt debitũ. C. de hæred. act. quæ hoc non dicit, sed tamen est verissimã propositio: tunc enim fit confusio crediti, si hæreditatem creditor adierit, non autem, si eam repudiauerit: Sed filius est creditor in legitima. l. 1. §. Si impubere. ff. de collat. Ergo potest legitimam, tanquam sibi debitam accipere, & hæreditatem repudiare.

Sed omissis aliorum responsionibus, & ea disputatione, an filius respectu legitimæ dicatur creditor: Respondeo, latum esse discrimẽ inter filium, cui legitima debetur, & alios creditores. Nam quod aliis creditoribus debetur, nõ est pars hæreditatis, sed est quid diuersum ab hæreditate. Quare nihil prohibet, quo minus hæreditate repudiata creditum suum cõsequantur, sed legitima, quæ filio debetur, est tertia pars hæreditatis vel dimidia, pro numero liberorum, iuxta Nouellam de Triente & Semisse. Ideo non potest hæreditatem repudiando, saluam habere legitimam: sic. n. pro parte hæreditatem adire posset, & pro parte non adire, quod est absurdum.

Respondent contrariæ sententiæ authores, imò legitimã esse partem bonorum, non autem hæreditatis, quod ex eo manifestum est, quia deducitur in primis æs alienũ in ea supputanda l. Papinianus. §. Quarta. ff. de inoff. testam. & bona dicũtur, quæ supersunt deducto ære alieno. l. Subsignatum. §. Bona. ff. de verb. sign.

Item respondent, legitimam iure hæreditario deberi filio, & in ea esse instituendum hæredem, vt in §. Aliud quoque capitulum. in Auth. Vt cum de appellat. cognoscitur, &c. scilic. si hoc ipsum vtile sit filio, non autem, si præiudiciũ afferat, vt in casu isto, quia nõ posset legitimam habere, nisi totam hæreditatem haberet: Nã quod fauore introductum est, in

odium

odium retorqueri non debet. l. Quod fauore. C. de legib.

Ad ista replicari potest, legitimæ quidem rationem ita esse incundam, vt deducatur æs alienum, sed non inde infertur, eam non esse partem hæreditatis. Nam hæreditas nihil est aliud, quàm successio in vniuersum ius defuncti. l. Nihil aliud. ff. de verb. sig. Et legitima est tertia pars, vel dimidia dictæ successionis, adeò, vt cùm filius tertiam partem substantiæ habet, tunc dicatur legitimam habere; & sic effectu succedit filius in tertia parte. Quanta verò sit pars illa legitimæ, hoc est, quanti æstimari debeat, intelligi non potest, nisi deducto ære alieno: illud enim minuit defuncti substantiam, vt patet.

Quod verò dicebatur in fauorem filij constitutum esse, vt debeat institui in legitima, & ideo non esse retorquendum in odium; nihil mouet; quia istud est ex natura rei: nec enim potest hæres esse pro parte, & pro parte non. Sicuti nec valere argumentum, si quis diceret, nō teneri filium hæredem institutum ad soluendum æs alienum defuncti; quia id ei præiudicat & in fauorem filij constitutum est vt hæres institui debeat. Hoc enim sequitur ex eo, quod hæres institutus est, vt æs alienum teneatur soluere; nec vlla ratio habetur fauoris filij; quia est onus coniunctum rei.

Secundum argumentum est, quoniam filius renunciando hęreditati, non intelligitur renūciare legitimæ, sed requiritur specialis renunciatio. l. Si quando. §. Et generaliter. C. de inoff. testam. ex quo videtur inferendum filio saluam remanere legitimam, quamuis hęreditati renunciet. Respondeo, nec textum illum id probare, quod assumitur, nec rectè inferri posse, quod infertur. Hoc dicit ille textus; Filium, qui defuncti iudicium simpliciter agnouit, & approbauit, non idcirco excludi, quominus legitimam petere possit, nisi specialiter legitimæ renunciauerit. De renunciatione hæreditatis nullum verbum in ea lege. Nō rectè autem illud infertur: quia vt maximè verum esset, filium renunciantem simpliciter hæreditati; non videri legitimæ renunciare, non tamen efficitur, filium ipsum renunciare posse hæreditati, retenta legitima. Hæc penitus diuersa sunt an filius possit hæc facere, an verò vnum faciendo, videatur & alterum facere; Sic enim dicere possemus, filium quidem renunciando hæreditati non videri legitimę renunciare, vt legitimam retineat.

Tertium argumentum est, quia si non liceret filio legitima retenta renunciare hęreditati, is legitima priuari posset sub ea conditione, si videlicet hæreditati renunciaret, quod absurdū esse videtur. Respondeo absurdū non esse, sicut nec absurdum est, vt quis hæreditatem pro parte adire non possit, & pro parte repudiare. l. 1. & 2. ff. de acq. hæred.

Quartum argumentum est, quia omne grauamen, & omne onus, & conditio legitimæ adiecta reiicitur à lege, & pro non scripta habetur. l. Quoniam in prioribus. C. de inoff. testa. Ergo & illud grauamen, de quo agitur, est reiiciendum, vt nimirum filius legitimam suā consequi non possit, nisi hæreditatem acceptet. Respondeo, illud non esse grauamen aliquod legitimæ adiectum, sed iuris esse præclaram & iustam constitutionem, quia cauetur neminem posse pro parte adire hæreditatem, & pro parte repudiare, quia hæreditas est indiuidua, & nemo potest pro parte decedere testatus, & pro parte intestatus, & pro parte hæredem habere, & pro parte non habere. Sic enim pro parte defuncti persona repræsentaretur, pro parte non. Item, onera hæreditaria pro parte subirentur, pro parte non subirentur, induceretur q; maxima confusio & iniquitas, quam legum authores magnopere conati sunt euitare.

CAPVT LXVI.

Verum testamentum vires assumere possit à substitutione vulgari tacita, quæ in expressa pupillari continetur, pupillo post mortem testatoris decedente sine aditione?

INter omnes constat testamentum vires ex substitutione vulgari expressa assumere, ex l. 3. §. vlt. ff. de lib. & posthum. l. 2. C. de hęre. instit. l. Vn. §. in primo & §. In nouissimo, C. de cad. collend. l. Thais. §. Spendophorus. ff. de fideicom. libert. Sed verum etiam ex tacita, quæ in expressa pupillari continetur, non est eadē omnium sententia. Affirmant aliqui, alii negant, vt videre licet ex commentariis Ripæ ad l. 1. ff. de vulgari & pupillar. n. 162. Vasquio de Successionum progressu, lib. 2. §. 2. nu. 22 23. Corneo in cons. 199. num. 24. lib. 2. Alexandro Trentacinq. de Substitutionibus, parte 1. cap. 10. n. 4. & seq. Mantica de Coniecturis vltimarum volunt. lib. 5. tit. 5 nu. 7. & seq. Ego verò sic statuo, neutram opinionem aliqua lege probari. Adferuntur enim pro sententia affirmante. Neque enim §. vltim. ff. de militari testam. & l. Si pater filium. ff. de vulgari & pupillar. quæ quidem leges de tacita hac vulgari, quæ in expressa pupillari continetur, nullam faciunt mentionem. Rursus pro negante adferuntur. l. Ita tamen §. A parte. ff. ad Trebellianum, & l. Apud Iulianum. §. Idem Iulianus ff. eod. tit. quæ prorsus nihil ad rem dicunt, quamobrem ratione aliqua ex legibus petita hanc quæstionem decidi oportere. Illa verò hæc est: In expressa pupillari substi-

tutione tacitè vulgaris continetur, ex iuſta quadam interpretatione voluntatis defuncti. Nam ſi ſubſtitutum ſuccedere filio ſuo adeũti hæreditatem, & in pupillari ætate morienti voluit: creditur etiam voluiſſe eundem ſuccedere filio non adeunte. Eſt enim eadem ratio, & hæc eſt coniectura volũtatis lege approbata, iuxta l. Iam hoc iure. ff. de vulg. Ergo ſi pupillus non adierit, nihil prohibet, quo minus ſubſtitutus ſuccedat: is enim intelligitur eſſe in eum caſum ſubſtitutus, quo filius hæres nõ erit. Atqui hæres nõ eſt, vt in quæſtione propoſita, ergo ſubſtitutus admittendus eſt.

At contrà ſubſtitutio pupillaris hæreditate non adita vitiatur. l. 2. §. Adeò. ff. de vulg. Ergo & tacita vulgaris in illa comprehenſa. Reſpõdeo, negando conſequentiam: Si enim locum haberet expreſſa pupillaris, euaneſceret vulgaris ſubſtitutio tacita: quod tamẽ nemo dixerit. Imo verò tacita vulgaris, quæ ineſt, ita demum effectum habet, ſi pupillus nõ adierit: quia hoc velle teſtator intelligitur, vt ſubſtitutus admittatur vtroq; in caſu: in eo ſcilicet, quo expreſſus eſt, ſi impubes deceſſerit: & in altero, ſi hæres nõ erit: quare vulgaris hæc tacita, licèt inſit in pupillari, non tamen ab ea ſic pendet, vt pupillari vitiata, ipſa quoq; euaneſcat. Valeat ergo illud generale brocardicum: Vitiato expreſſo, vitiatur tacitum. l. ſi ſponſus. §. 1. ff. de donat. inter vir. & vxor. & ſi brocardicis agendum eſt, huc afferatur illud, Vitiato expreſſo non vitiatur tacitum æquè principale. l. Fideiuſſor. & ibi Bartol. de leg. 1.

CAPVT LXVII.

Vtrum idem ſit ſtatuendum, quod in præcedenti capite concluſum eſt, ſi filius ante patrem teſtatorem deceſſerit?

EXiſtimo etiam in ea ſpecie teſtamentũ à vulgari tacita; quæ in pupillari expreſſa ſubſtitutione continetur, vires aſſumere, qua deceſſit ante pupillum teſtator. Et ratio mea eſt; quoniam lex ita illam ſubſtitutionẽ interpretatur, ac ſi teſtator dixerit, filium meum hæredem inſtituo, etſi is hæres non erit: vel hæres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, Titiũ ſubſtituo: Sic enim fieri ſolet ſubſtitutio pupillaris. l. 1. ff. de vulg. & pup. Ergo ſi pupillus hæres non fuerit, ſubſtitutus erit hæres. Sed decedente ante teſtatorem pupillo, nõ eſt hæres pupillus, vt patet, ergo ſubſtitutus erit hæres. Euenit enim caſus ſubſtitutionis, vt doctores loquuntur. Quamobrem ne teſtamentum ſit in cauſa caduci, planè dicendum eſt illud valere; & ab ipſa ſubſtitutione robur accipere, atq; ita docuerũt Alexander, in l. 1. n. 32. ff. de vulg. Socin. ibid. n. 36. Iaſon n. 59. Fernandus Vaſq. alios citans de ſucceſſionum creatione, lib. 3 § 21. n. 242.

Contrariam ſententiam habuerunt multi ex antiquis Interpretibus in dict. leg. 1. ff. de vulg. & præter eos Angelus in conſ. 40. Reperitur inter liberos. Oldradus in conſ. 20. quidam hæres. Fridericus Senenſis in conſ. 166. Reſcribatis mihi. Baldus in conſ. 151. in 4. vol. & 170. lib. 5.

Fundamentum eſt præcipuum in l. Quod ſi filius. ff. de captiuis & poſtlim. reuerſis. Papinianus: *Quod ſi filius antè moriatur in Ciuitate, nihil eſt quod de ſecundis tabulis tractari poſſit, ſiue quoniam viuo patre filiusfamilias mori intelligitur, &c.* Si moriente filio ante patrem, de ſecũdis tabulis, id eſt, de pupillari ſubſtitutione tractari non poteſt; ergo nec de vulgari, quæ ineſt, ac tacitè intelligitur in ea comprehendi. Reſpondeo, nõ poſſe tractari de ſecundis tabulis in eum finem, vt locus ſit pupillari ſubſtitutioni: Illa enim locum habet, ſi prius pater decedat, deinde filius in pupillari ætate; ſed quantum ad vulgarẽ attinet, illa mortuo ante teſtatorẽ impubere locum habebit, quamobrem de illa textus non loquitur: neq; enim vulgaris ſubſtitutio nomine ſecundarũ tabularum venit, cum per eã non pupillo ſuccedatur, ſed teſtatori. Nec bona eſt collectio. Vitiatur pupillaris ipſa ſubſtitutio, ergo & vulgaris, quæ illi ineſt. Nam non ita ineſt, vt ab ea dependeat, vel acceſſorij vicem ſuſtineat, ſed vt principalis & ipſa ex legis interpretatione conſiderari debeat, quaſi duo hæc voluiſſe teſtator videatur: vnum, vt moriente filio hærede intra pubertatem ſubſtitutus eſſet hæres. Alterum, vt filio hærede non exiſtente ſuccederet ſubſtitutus. Ideo non ſi vnum ex his vitiatur, idcirco alterum vitiari debet.

Cæterùm Bartol. in commẽtariis d. l. 1. n. 32. ff de vulg. illam diſtinctionem adhibuit: vt ſi quidem teſtator filio defuncto mutare potuit teſtamentum & non mutauit, tunc vulgaris ſubſtitutio euaneſcat: ſecus ſi mutare nõ potuit, vt quia ſtatim & ipſe mortuus eſt, vel cauſam non mutandi habuit, quia fortè exiſtimauit filium ſuum viuere: tunc enim locus erit ſubſtituto. Sequuntur eandem ſententiã Ripa in eod. loco, n. 67. Corn. conſil. 107. lib. 1. Caſtrenſ. in conſ. 13. lib. 1.

Fundamentum eſt primò in l. Tractabatur. ff de milit. teſtam. vbi eadem diſtinctio adhibetur, & in l. 3 C. de inoff. teſtam. Reſpondeo, latum eſſe inter hæc diſcrimen, & quæſtionẽ propoſitam. Nã quod attinet ad l. Tractabatur, agitur ibi de fideicõmiſſo, quod ab hærede reſtituẽdum erat; & quoniam illud deficit, ſi hæreditas non adeatur, ideo, vt ſuſtineatur, coniectura voluntatis opus eſt: illa verò eſt, quoties hæres moritur ante aditã hæreditatẽ igno-

ignorante id testatore, vel post mortem testatoris ipse hæres moritur, priusquam hæreditatem adierit: tunc enim, quia testator non habet causam testamentum mutãdi, intelligitur hoc velle, vt hæreditas restituatur per fideicommissum, si fuerit adita: si verò adita non fuerit, vt sit locus substituto. At in quæstione nostra tali coniectura non est opus: quoniam ipsa vulgaris substitutio suum obtinet effectum per mortem filij ante testatorem. Tunc enim cùm hæres ille non sit, ideo substitutus hæres erit, quemadmodum testator ab initio designasse ac voluisse intelligitur.

Quod verò attinet ad l. 3 C. de inoff. testam. ibi perpẽdit textus, matrem mutare potuisse testamentum ad effectum, vt filium, quem viuere sciebat, & non instituerat, prætermisisse intelligeretur, quæ res cum quæstione hac nostra commune nihil habet.

CAPVT LXVIII.

Vulgaris substitutio separatim facta personis imparibus, an contineat tacitam pupillarem?

Si vno ex filiis pubere, altero impubere existente eos pater instituat, atque inuicem substituat, certum est, vulgari tantum non etiam pupillari substitutioni locũ esse? Incongruum. n. esset, vt in altero duplex substitutio intelligeretur, in altero autem vna tantum vulgaris. l. Iam hoc iure. ff. de vulg. Cæterum, si separatim substitutio fiat, vtrum idem respondendum sit, non est eadem omnium sententia. Etenim doctores Vltramontani in l. Quamuis. C. de impuber. & aliis substit. idem iuris esse dixerunt, necnon Cynus ibidem, & hanc sententiam veriorem videri dicebat Ripa in l. 1. n. 170. ff. de vulg. Sed contrarium Itali doctores omnes docuerunt in d. l. 1. ff. de vulg. vt Ripa testatur loco proximè citato, & Alexander Trentacinquius de substitutionibus parte 1. cap. 3. nu. 5. quibus adstipulatur etiam Zasius de substit. in principio tractatus in sexto effectu vulgaris substit. limitatione 5. nec non & Duarenus in commentariis ad tit. de substit. cap. de effectu vulgaris substit. Et istis ego assentior.

Probatur hæc sententia ex d. l. Iã hoc iure. ff. de vulg. illis verbis: *Hoc itaque casu singulis separatim substituere pater debebit, vt si pubes hæres non extiterit, impubes ei substituatur: Sin autem impubes hæres extiterit: & intra pubertatem decesserit, pubes frater in portionem cohæredis substituatur: quo casu in vtrumque euentum substitutus videbitur, ne si vulgari modo impuberi quoque substituat, voluntatis quæstionem relinquat, vtrum de vna vulgari tantum modo substitutione in vtriusque persona sensisse intelligatur, ita enim in altero vtraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragetur: vel certè euitandæ quæstionis gratia specialiter in vtrumque casum impuberi substituat fratrem, &c.*

Nec quicquam mouet argumentum Gallorum in eo positum, quod videatur incongruũ esse, vt in persona vnius duplex locum habeat substitutio, in persona verò alterius vna duntaxat. Et hæc ratio legis locum habeat siue coniunctim siue separatim substitutio fiat. Nam vbi separatim fit substitutio, quælibet seruat suam naturam: Et ideo cùm impubes puberi substituitur, intelligitur esse substitutus in casum vulgaris substitutionis tantùm. Ratio est, quia vulgaris substitutio tũc continere non potest tacitam pupillarem, cùm ille, cui substitutio fit, sit pubes. Cùm verò pubes impuberi substituitur, intelligitur substitutus in casum pupillaris substitutionis: Et quoniam pupillaris substitutio vulgarem tacitè continet, hinc fit, vt in casum vulgaris substitutus esse videatur.

Nil moratur etiam, quod respondetur ad textum, qui pro Italorum opinione affertur, nempe Iurisconsultum loqui quando separatim substitutio fit pupillaris ipsi impuberi filio, nõ autem, cùm vulgaris fit substitutio, vt patet ex illis verbis textus: *Sin autem impubes hæres extiterit, & intra pubertatem decesserit, &c.* Et rursus ex illis verbis: *Ne si vulgari modo impuberi quoque substituat, &c.* Quibus verbis significare videtur aliter esse constitutum, si impuberi fiat vulgaris substitutio.

Respondeo, in eo textu tria contineri. Primũ illud de pupillari substitutione separatim facta impuberi, quòd vulgarem contineat, & istud nõ facit ad rem. Alterum de vulgari, nẽpe, si impuberi separatim substituat testator vulgari modo, voluntatis quæstionem fore. Et istud ad rem nostram pertinet, quia non dicit textus voluntatis futuram quæstionem absolutè: quasi videlicet tunc vulgaris pupillarem non contineat, nisi appareat eam fuisse mentem ac voluntatem testatoris: sed textus dicit relinqui posse voluntatis quæstionem, quia ex coniecturis aliquib. dubium esse potest, an testator voluerit tacitam pupillarem in vulgari contineri, vt patet ex verbis sequentibus: *Ne enim in altero vtraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragetur.* Quibus verbis indicat Iurisconsultus, pupillarem tacitam comprehendi quidem in vulgari separatim facta: sed tamen quæstionem oriri posse voluntatis testatoris: & ideo subdit tertium, nempe, ad euitandam voluntatis quæstionẽ, consultùm esse specialiter in vtrumque casum impuberi substituere.

CAPVT LXIX.

Quid ſi duobus impuberibus ſeparatim ſubſtitutio fiat, vni vulgaris, alteri pupillaris, an tunc vulgaris contineat pupillarem?

SEd rurſus controuerſia eſt. Ambo filij ſunt impuberes, alterum alteri ſeparatim teſtator ſubſtituit, ſed non eodem modo. Nam vnum alteri vulgari modo ſubſtituit, Alterum verò pupillariter, vtrum in ſubſtitutione vulgari contineatur pupillaris? Affirmant Alexāder in l. Iam hoc iure. n. 7. ff. de vulg. & Socin. ſen. in l. 1. nu. 8. verſ. Decimo & vltimo limitat. ff. eo. tit. poſt Gulielmum Cuneum, quem citant. Negant Ripa in d. l. 1. ff. de vulg. n. 171. & Alexander Trentacinq. de ſubſtitutionib. part. 1. cap. 11. n. 6. Et hæc poſterior ſententia videtur mihi probabilior eo argumento, quòd ſubſtitutio facta in altero caſu, in vtroq; caſu facta intelligitur, ſi voluntas parentis non refragetur, vt inquit Iuriſconſultus in l. Iam hoc iure. ff. de vulg. Sed hic refragari videtur quia in vnius perſona paterfamilias vulgari modo ſubſtitutionem fecit, in alterius verò perſona pupillariter ſubſtituit: Si. n. voluiſſet in vtriuſque perſona locū eſſe pupillari etiam ſubſtitutioni, facilè potuiſſet exprimere; ſicut in alterius perſona expreſſit, cū nō expreſſerit nec voluiſſe præſumitur. argu. l. Vn. §. Sin autem ad deficientis. C. de cad. tollend.

Pro contraria ſententia adferri ſolet textus in d. l. Iam hoc iure. ff. de vulg. quatenus ibi in vtrumq; caſum factam intelligi ſubſtitutionem, ſi ſeparatim fiat, iuriſconſultus reſpondit, licet in perſona vnius vulgarem tantummodo ſubſtitutionem fecerit. Sed hoc teſtimonium nihil valet, quia in ea ſpecie Iuriſconſultus loquitur, in qua vnus filiorum erat pubes, alter verò impubes, & conſequenter nō potuiſſet teſtator, etiamſi voluiſſet, pupillarē ordinare ſubſtitutionem in perſona vtriuſq;, ſed duntaxat in perſona impuberis, cum impuberibus, non autem puberibus pupillariter ſubſtitui poſſit.

CAPVT LXX.

An vulgaris ſubſtitutio contineat pupillarem, ſi ſtatuto municipali cautum ſit, verba in teſtamento accipienda eſſe ad literam, prout iacent abſque vlla interpretatione?

COntrouertitur præterea, ſi lege municipij caueatur, vt teſtamenta ad literam, prout iacent, intelligantur, vtrum vulgaris ſubſtitutio cōtineat pupillarem. Tres ſunt doctorum ſententiæ. Vna, continere. Fundamentum eſt, quia eiuſmodi ſtatutum nō cenſetur omnem interpretationem reiicere, ſed tantùm friuolam & cauilloſam, non autem iuſtam & legitimam, ita docet Innocentius in c. Raynutius. de teſtam. Ripa in l. 1. nu. 172. ff. de vulg. & alij quos cōmemorat Simon Pretus de interpretatione vltim. volunt. lib. 1. interpret. ... dub. 1. ſolut. 4. n. 8.

Secunda eſt opinio, non continere, eo nixa fundamento, quod litera dicatur, quę legi poteſt oculis corporeis, non autem quæ ex coniecturis intelligi poteſt, argum. l. 1. §. 1. ff. de his quæ teſtam. delen. l. 1. ff. ſi tabul. teſtam. extab. c. exiit. §. pen. de verb. ſig. li. 6. Ita docent Bal. & Alex. in l. Precib. C. de Impub. & aliis ſubſtitut. Iaſon in l. Iam hoc iure. ff. de vulg. & l. Quamuis. C. de Impub. Corneus in conſ. 14. n. 8. & 224. n. 2. li. 2. Alex. Trentacinq. de ſubſtit. part. 1. cap 2. nu. 8. Simon Pretus loco proximè citato.

Tertia eſt opinio diſtinguens in hunc modum. Aut ſtatutum reiicit ſimpliciter omnem interpretationem, & mandat teſtamentum intelligi, prout verba eius iacent, & tunc vulgaris continet pupillarem: quia non videtur iuſta interpretatio reiecta? Aut verò mandat ad literam intelligi, & tūc ſecus. Ita Socin. ſen. in dict. l. 1. col. 50. ff. de vulg. Trentacinq. vbi ſuprà n. 7.

Ego ſanè hic video magnam difficultatem. Nam verba ſtatuti locum habere nō poſſunt, niſi iuris lædatur diſpoſitio ac iuſta interpretatio. Rurſus locus eſſe nō poteſt iuſtæ interpretationi, niſi lædātur verba ſtatuti. Si ſtatuto ſit locus, vt iacet, lites multæ ceſſabūt, quæ ex ſubtili doctorum interpretatione ſuſcitantur, neque. n. diſputationi locus eſſe poterit, ſed è contrario illud incommodum naſcetur, quia omnis iuſta interpretatio ſublata erit, & conſequenter contra ius, contra rationē & æquitatē ſæpe iudicabitur. Quis ergo iuriſprudentiæ profeſſor atque amicus præferenda eſſe ſtatuti verba rectę rationi, æquitati, iuſtitiæ, exiſtimauerit? Adde quod ſtatutum eiuſmodi non valebit tanquam iniuſtum. c. erit autem lex. 4. diſtinct. Quod ſi lites in repub. naſcentur ex nimia iuriſconſultorum ſubtilitate, id verò non legib. ſed hominib. adſcribendum erit, quorum varia & curioſa ingenia intra iuris ac iuſtitiæ cancellos continere, ita, vt nullus ab ea diſcrepet, nullus alteri negocium faceſſat iniuſtè, nulla vnquam legum quātumuis iuſtiſſimarū forma, nulla Principū ac Magiſtratuum & vigilantia obtineri poterit, ſed vnius Dei beneficio & gratia.

CAPVT LXXI.

Vtrum vulgaris ſubſtitutio filio facta tollat ſuitatem?

Paulus

PAulus ſcribit in l.11.ff de lib.& poſthumis: *In ſuis hæredibus dominij continuationem eò rem perducere, vt nulla videatur hæreditas fuiſſe, quaſi olim hi domini eſſent, qui etiam viuo patre quodammodo domini ex ſtimabantur. Itaque poſt mortem patris non hæreditatem percipere videntur, ſed magis liberam bonorum administrationem conſequuntur.* Atque hæc eſt ſuitas, & cauſa cur filij appellentur hæredes ſui, vt declarat Iuſtinianus in § Sui. in Inſtit. de hæredum qualitat.& different. Iam igitur eſt controuerſia, vtrum effectus ille ſuitatis atque adeò ſuitas ex ſubſtitutione vulgari filio facta, ſublata eſſe intelligatur: Et quidem affirmatiuot multi ſublatam eſſe, multis adductis legibus, quæ non hoc dicunt, nec argumentum vllum ſolidum, ex quo id probetur, præſtant, quam ob cauſam eas conſultò prætermitto, neque enim otioſè perſequi ſoleo ea quæ prolixam quidem, ſed parum vtilem diſputationem requirunt.

Exiſtimo tamen per vulgarem ſubſtitutionem tolli ſuitatem illam, de qua diximus, hoc argumento: Cùm pater filio hæredi inſtituto alium vulgari modo hæredem ſubſtituit, hoc vult atque declarat, vt ſi filius hæres inſtitutus vel nolit, vel non poſſit hæres eſſe, alius, quem ſubſtituit, hæres exiſtat. Ergo in conſequentiã vel filium hæredem eſſe, ſi voluerit, quia ſi nolit, alium ſubſtituit. Hæc autem res ſuitati, de qua diximus, maximè repugnat: illa enim hũc operatur effectum, vt filius ipſo iure hæres eſſe intelligatur, & hæreditas in eum continuari videatur, cui argumento reſpondere oportebat Tholoſanum in ſyntagmate lib 42. cap. 15. n. 3. ſicut alijs reſpondit argumentis. Quamobrem affirmanti huic ſententiæ calculũ præbeo, quam amplexi fuêre Bart. Angel. Imola, Alex. & Iaſon in l. Si filius hæres. ff. de lib.& poſthumis. Socin. in l.1.nu.47. ff. de vulg. & in conſ.20.nu.18.lib.1. Gulielmus Benedictus alios citans in c. Rainucius. de Teſta. in verbo Mortuo itaquo2. n. 190. & Alex. Trentacinquius de ſubſtitutionib. parte 1. cap. 14.

Contrariæ ſententiæ argumenta ſic diluimus. Primum argumentum ex l. Papinianus §. Quarta. ad finem. ff. de inoff. teſtam. in illis verbis: *Niſi fortè hic filius, ſi non fuit in poteſtate patris à patre hæres inſtitutus, meritò omittet hæreditatem, & ad ſubſtitutum tranſmittens querelam inofficioſi teſtamenti inſtituet, &c.* Argumentum a contrario ſenſu ſumitur: quia ſi filio emancipato data videtur eſſe poteſtas omittendi hæreditatem ex eo, quòd fuit à teſtatore alius vulgariter ſubſtitutus, argumento eſt, ſecus eſſe in filio conſtitutum: qui ſit in poteſtate patris.

Reſpondeo, non dicit textus datã fuiſſe poteſtatem filio emancipato omittendi hæreditatem ex eo, quod datus ei fuerit ſubſtitutus. Habet enim emancipatus facultatem omittẽdi hæreditatem, vtpote iure ciuili non cognitus, nec vocatus. §. Emancipati. in Inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. defer.

Secundum eſt ex l. Si ſolus. ff. de acq hæred. ſed nihil valet hoc argumentum, nihil enim aliud dicit, niſi, ſi ſolus hæres ex pluribus partibus quis inſtitutus fuerit, vnã partem omittere non poſſe, nec intereſſe in quibuſdam habuerit ſubſtitutum necne. meritò: neque enim licet vnam partem hæreditatis accipere, & aliam repudiare. l.1. & 2. ff. de acquir. hæred. quæ res nihil cum quæſtione noſtra commune habet.

Tertium argumentum eſt ex l. Lucius. ff. de vulg. ſed reſpondetur, in ea ſpecie aditam fuiſſe hæreditatem infantis nomine, ideo vulgaris ſubſtitutio expirat, & filio impubere defuncto ad matrem eius pertinet ſucceſſio. Id patet, quia Iuriſconſultus ibi quærit, an ea ſubſtitutio comprehendat tantùm vulgarem, an verò etiam pupillarem: Et dicit pupillarem non contineri. Et ideo non ad ſubſtitutum, ſed ad matrem legitimi filij hæreditatem ab inteſtato pertinere.

Quartum argumentum eſt ex l. Quod ſi minor. § Scæuola. ff. de minorib. quatenus ibi Iuriſconſultus de filio in poteſtate loquens, cui datus erat ſubſtitutus, præſupponit eum poſſe omittere hæreditatem. Nam ſi ſuitas eſſet ſublata, non diceretur omittere, ſed repudiare hæreditatem. Reſpondeo, etiam extraneo congruere illud verbum omiſſionis hæreditatis, vbi per negligentiam non adiuit. l.1.§. vlt. ff. vt in poſſeſſ. leg.

Poſtremum argumentum eſt ex l. vlt ff. de conditio. inſtitut. quæ lex ideo non offendit ſententiam noſtram, quia loquitur de filio inſtituto ſub conditione poteſtatiua, quæ ſola per ſe ſuſpendit ſuitatem, vt bene declarat Trentacinquius loco annotato in reſponſione ad vltimum argumentum.

CAPVT LXXII.

Vtrum vulgaris ſubſtitutio pluribus facta copulatiuè vno adeunte expiret?

TEſtator duobus hæredibus inſtitutis, Titio & Caio, vulgarem adiicit ſubſtitutionem in hunc modum: Si Titius & Caius hæredes non erunt, Sempronius hæres eſto. Alter eorum hæredum adiuit, alter repudiauit hæreditatem, quæritur an ſubſtitutus admittatur ad portionem repudiantis. Duæ ſunt contrariæ doctorum ſententiæ. Altera eſt non admitti. Ita Bartolus ad l.1. numero 48. ff. de vulg. & eodem in loco Ripa numero 188. Ruin. in conſ.58.lib.3.& alij, quos refert & ſe-

quitur Trentacinquius de substit. par.4.c. 17.

Adferuntur hæc argumenta. Primum est ex l. Quamuis. C. de impub. & aliis substit. illis verbis: *Cùm tamen proponas ita substitutionem factam esse, si mihi Firmianus filius & Ælia vxor mea (quod abominor) hæredes non erunt in locum eorum Publius Firmianus hæres esto: manifestum est in eum casum factam substitutionem, quo vtrique hæredum substitui potuit.*

Sed re vera illa probat ille textus. Est enim sensus, substitutionem factam videri in eum casum, qui non solum impuberi filio, sed etiã vxori conuenire possit, & cõsequenter in eum casum, quo filius impubes, & testatoris vxor hæredes non essent. Vtrum autem necesse sit, vt substituto sit locus, vtrumque hæreditatem repudiare, non declarat ille textus: Hoc enim tantum vult, substitutionem illam non porrigi ad eum casum, quo filius impubes hæres esset, & in pupillari ætate decederet, licet aliàs regulariter porrigatur, vt ex verbis textus, quę præcedunt, patet. Sic enim habent: *Quamuis placuerit substitutionem impuberi, qui in potestate testatoris fuerit à patre factam, ita Si hæres non erit porrigi ad eum casum quo postea quam hæres exstitit, impubes decessit, si modo non contrariam defuncti voluntatem extitisse probetur. Cùm tamen proponas, &c.*

Secundum argumentum est ex l. Quidam testamento. ff. de vulg. ibi: *Eam videri voluntatem patrisfamilias fuisse, vt tertio gradu scriptos heredes ita demum substituerit, si tota hæreditas vacasset, &c.* Cęterum ex verbis, quę statim sequuntur, apparet, id non ea ratione fieri, quod ea sit natura substitutionis hoc modo factæ, sed quia testator plures quàm duodecim vncias inter substitutos distribuisset. Sic enim verba sequentia habent: *Idque apparere euidenter ex eo, quod plures quàm duodecim vncias inter eos distribuisset, & idcirco &c.*

Tertium argumentum est ex eo, quò lea sit natura coniunctiuę orationis, vt concursus vtriusque requiratur. l. Si quis ita ff. de verbor. oblig. Scæuola: *Si quis ita stipulatus fuerit, decem aureos dabis, si nauis venerit, & Titius consul factus sit, non alias dabitur, quàm si vtrumque factum sit.* Sed in verborum obligatione, quæ stricte accipienda est, argumentum hoc procedit cõsiderata ipsorũ verborum natura.

Altera est sententia, quam & ipse probabiliorem esse iudico, quo ad repudiantis partem substituto locum esse. Ita Alex. in l. Quidã testamento. ff. de vulg. Ias. in l. 1. n. 67. ff. eod. tit. Politus de substit. in materia vulgaris. q. 25.

Fundamentum est ex l. Falsa. §. vlt. ff. de condit. & demõst. & in l. Hæredes mei. §. Cum ita. ff. ad Treb. ex quib. legibus Doctores dicunt, Pluralem orationem in suas resolui singularitates. Et quanquam non desit responsio, si quis disputare velit, Videtur tamen mihi pro hac sententia magnopere pugnare voluntas testatoris. Si enim is voluit substitutum succedere vtriq. hæredi: si vterq. repudiasset, videtur etiã voluisse alteri tantum eum succedere, si alter repudiasset, quam coniecturam etiam Iuriscõsultus perpẽdit in specie d. §. Cum ita. Et cùm in conditionibus primum locum sibi vindicet testatoris voluntas. l. in conditionib. primum. ff. de cõdit. & demonst. nihil me moratur verborum natura, quæ vtriusq. hæredis repudiationem exigunt: quoniam in his magis volũtas spectari debet quàm verba. Et ideo ad regulam, quæ adfertur ex l. Si quis ita. ff. de verb. oblig. responsio patet. Procedit enim illa secundum verba non secundum mentem, vt dictum est.

CAPVT LXXIII.

Vtrum minore adeunte hæreditatem, & aduersus aditionem in integrum restituto vulgaris substitutus admittatur.

Existimo veram esse communẽ Doctorum sententiam, quæ docet, substitutum vulgarem admittendum esse quoties institutus hæres adiuit, & tanquam minor aduersus aditionem restitutus est. Hæc est enim in integrum restitutio, in pristinũ statum repositio. l. quod si minor. §. restitutio. ff. de minorib. & tradunt omnes teste Oddo ex communi sententia de restit. in integr. part. 1. q. 1. artic. 4. Ergo est perinde, ac si hęres non adierit, & consequenter substitutis succedit. Quamobrem Iuriscõsultus Scæuola ex abstẽsione pupillæ præsupponit hęreditatem ad substitutum peruenisse, licet illa prius adiuisset. in l. ex contractu. ff. de re iud. *Ex contractu paterno,* (inquit) *actum est cum pupilla tutore authore, & condemnata est* (infertur ex hoc aditam fuisse hæreditatem) *postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis, & ita bona defuncti ad substitutum, vel ad cohæredes peruenerunt, &c.*

At contrariã sententiam Duaren. tuetur in commentariis ad Tit. ff. de vulg. & pupil. substitutione, in c. de effectu vulgaris substitutionis. authoritate l. ait Prætor 7 § Sed Papin. ff. de Minorib. *Specie,* (inquit Duarenn) *tractata est in eo loco de seruo substituto. Quæstio est de eo, qui minorem viginti quinque annis instituit, & ei substituit seruum, qui est necessarius hæres. Proponitur minorem, qui institutus est in primo gradu, adijsse hæreditatem. deinde impetrata restitutione in integrum eam repudiasse, & quæritur, an ea repudiatio faciat locum seruo substituto Refertur sententia Papiniani ab Vlpiano qui existimabat, seruum substitutum hæredem esse non posse. Existimabat Papinianus expirare substitutionem vulgarem adita hæreditate, & quamuis restitutus fuerit minor in integrum, & restitutione impetrata hæredita-*

tem repudiauerit, non ideò conualeſcere ſubſtitutionem, quæ ſemel expirauerat, hoc eſt, dictum Papiniani, quod Vlpianus ait eſſe verum. Sed non per omnia, quibus verbis ſignificat Vlpianus, id quamuis verum ſit, non eſſe tamen accipiendum ſine diſtinctione. Nam ſi hæreditas ſoluendo non ſit, hæc repudiatio minoris locum facit ſubſtituto, ſi ſoluendo ſit hæreditas, tunc non admittetur ſubſtitutus. Cum hac diſtinctione Vlpianus cenſet dictum illud Papiniani eſſe intelligendum, qui dixerat, non poſſe ſeruum ſubſtitutum hæredem exiſtere. Sed quæritur quid in aliis caſibus dicendum ſit? Ait Vlpianus tunc locum eſſe ſubſtitutioni vulgari cùm ſeruus eſt ſubſtitutus, cùmque hæreditas ſoluendo non eſt. Pone igitur non ſeruum eſſe ſubſtitutum, ſed alium, qui voluntarius tantum hæres eſt, non neceſſarius, pone hæreditatem ſoluendo eſſe, quid dicemus? an locus erit ſubſtitutioni vulgari? In hac quæſtione mihi videtur, ſecundùm Vlpiani ſententiam atque etiam Papiniani, in eo loco non admittendum eſſe ſubſtitutum, etſi vulgo diſſentiant interpretes, & dicant, aditam hæreditatem pro nulla habendam eſſe, propter reſtitutionem. Idque obſcurum non eſt dici ab eis aduerſus ſententiam Vlpiani & Papiniani ex his, quæ à nobis dicta ſunt. Videtur enim hæc ſententia eſſe Papiniani & Vlpiani, quaſi expirare ſubſtitutionem aditione hæreditatis, & ſubſtitutum excludi. Obiicitur huic ſententiæ l. Ex contractu 44. ff. de re iud. Et poſt [illegible] *Sed mihi videtur nullum argumentum duci poſſe ex eo Scholæ loco aduerſus hanc Vlpiani ſententiam. Apud Scæuolam dicitur abſtentam fuiſſe à tutoribus ſuis puellam, & bona ad ſubſtitutum perueniſſe. Itaque poteſt dici perueniſſe bona ad ſubſtitutum, quia fortè hæreditas non erat ſoluendo, ſecundum diſtinctionem Vlpiani, & hoc ſatis credibile eſt. Proponitur enim mulierem fuiſſe pupillam habentem, qui eam abſtinuerunt à bonis paternis: Boni tutoris non eſt pupillam abſtinere à bonis paternis, ſi hæreditas ſoluendo ſit. Credibile igitur eſt hæreditatem ſoluendo non fuiſſe, atque ita perueniſſe hæreditatem ad ſubſtitutum reſtitutione impetrata. Nec illud aliter exprimere opus fuit. Nam non quærebatur, an poſſent bona peruenire ad ſubſtitutum, an non, ſed quærebatur de vi & effectu rei iudicatæ. nam ſententia lata erat aduerſus pupillam, antequam ſe abſtineret, quæſtio erat, quo caſu peruenerunt bona, & ex qua cauſa peruenire potuerunt & debuerunt, an actione iudicati, quæ competebat aduerſus pupillam, poſſet agi aduerſus ſubſtitutum, non erat quæſtio, an bona peruenire potuerint ac debuerint ad ſubſtitutum. Conſtabat peruenire potuiſſe ac debuiſſe. Quod igitur argumentum duci poteſt ex ea lege ad impugnandam ſententiam Vlpiani noſtram? nullum profectò.*

Hactenus Duarenus, cuius fundamentum eſt in d. §. Sed quod Papinianus vt patet. Reſponſum affert Antonius Faber lib. 3. coniecturarum iuris, cap. [illegible] ſolidum ac ſubtile: *Aliam eſſe rationem hæredis ſerui neceſſarij, aliam alterius ſubſtituti. Cùm enim neceſſarius ille ſit, qui omnino, & protinus poſt teſtatoris mortem hæres eſt, vt Iuſtinianus definit in §. 1. Inſtit. de hæred. qualit. & diff. apparet ſeruum, qui non niſi neceſſarius hæres eſſe poteſt, poſtquam ſemel hæres extitit, ex ſubſtitutione hæredem eſſe non poſſe: Cùm is, qui prius hæres fuit per reſtitutionem hæres eſſe non deſinat. Vnde Papinianus rectè dicebat, ſemper ſubſtitutum ſeruum excludi, nec eum ſeruum excipiebat, ſi hæreditas ſoluendo non ſit. Sed quoniam, quæ ratio facit, vt contra iuris regulam inſtitui poſſint ſerui neceſſarij, licet cum iis teſtamenti factio non ſit, vt ſcilicet ipſorum potius quàm dominorum bona veneant, eadem locum habet, cùm hæres ſcriptus poſt aditionem reſtituitur, quia cum eo creditores agere non poſſunt, diui Impp. Pius & Seuerus reſcripſerunt, permittendum hoc caſu ſeruo neceſſario, vt ex ſubſtitutione hæres eſſe poſſit, quaſi vtiles actiones non tam habere, quàm excipere videatur. Alioqui non poteſt Prætor vtiles actiones ſeruo decernere, cuius perſona prorſus iure prætorio incognita eſt, quemadmodum & iure Ciuili, niſi hactenus, vt hæres neceſſarius eſſe poſſit. At bonorum poſſeſſor neceſſarius eſſe non poteſt: Ergo quod de ſeruo Papinianus putabat, non idem de aliis dici poteſt, quos Prætor vtiles bonorum poſſeſſores efficit, vt actiones vtiles habeant, quemadmodum in fine d. [illegible] Vlpianus ait.* Hactenus [illegible] Ex cuius verbis argumentũ diluitur à Duareno allatum, & tota eius diſputatio corruit. Argumenta multa pro vtraque ſententia adferuntur à Doctoribus noſtris, in l. 1. ff. de vulg. & omnium latiſſimè ab Alexandro Trentacinquio parte prima de ſubſtitutionib. cap. 11. Sed nec ad rem pertinere illa viſa ſunt & ex [illegible] omnia precioſa hæc attuliſſe & meam de more ſententiam adiunxiſſe ſatis fore putaui. [illegible] minus neceſſaria, non contemnenda tamen iſta lieget, aut ſe plenius informatos hac de re optarit, ad eos authores relego, qui ſcripſerunt in d. l. 1. Comment. & ad Trentac. loco annotato.

CAPVT LXXIV.

Pupillus, cui ſubſtitutus datus à patre non eſt, an dicatur inteſtatus deceſſiſſe in terminis ſtatuti de inteſtati ſucceſſione loquentis?

V*Lpianus. Inteſtati propriè appellantur, qui cùm poſſent teſtamentum facere, teſtati non ſunt.* Et paulò poſt: *Planè qui teſtari non potuit, propriè non eſt inteſtatus puta impubes, furioſus, vel cui bonis interdictum eſt: Sed hos quoque pro inteſtatis accipere debemus. l.* [illegible] *de ſuis & legitimis hæred.*

Licèt clara ſit hæc Vlpiani ſententia, impuberem non dici propriè inteſtatum: quia teſtari non poteſt, ſed tamen pro inteſtato accipiendum eſſe: in controuerſia tamen id poſitum eſt, circa ſtatuti interpretationem de inteſtato loquentis: an videlicet pupillus dicatur propriè inteſtatus decedere aliquibus, puta viginti nouem doctoribus affirmantibus, quos refert & ſequitur Menochius in conſ. 569. lib. 6. Aliquibus verò, puta viginti tribus, id negantibus quibus adde Alexandrũ Trentacinquium de ſubſtitutio. parte 2. c 3.

Sed affirmantibus ego me lubens ſocium adſcribo Vlpiani authoritate, vt cætera iuris loca iam prætercam, in quibus pupillus inteſtatus appellatur. l. in teſtamento. C. de teſtam. milit. ibi: *Et mater quidem inteſtata filia, &c.* in l. 2. C. de impub. & aliis ſubſti. ibi: *Hæreditatem quidem defuncti inteſtati ſiij, &c.* in l. Pater. §. vlt. ff. ad l. Falcid. in l. Qui duos. ff. de reb. dub. in l. Sciant. C. de legit. in l. Omnem. C. ad Tertyl. & alibi.

Nam ſi pro inteſtatis accipere debemus etiam impuberes, & alios qui teſtari non poſſunt, ex Vlpiani ſententia, nihil proponi video, cur non etiam in ſtatutorum interpretatione eos pro inteſtatis accipere debeamus, aut certè non ex iure petenda eſt interpretatio ſtatutorum, ſed aliunde, quod eſt abſurdũ.

At dicunt contrariæ ſententiæ authores. Verba ſtatutorum propriè accipienda ſunt. Propriè autem inteſtatus non dicitur is, qui teſtari nõ poteſt. Sed quæro an ita ſint propriè verba ſtatutorum accipienda, vt excludatur communis ex iure interpretatio, communis vſus, ſtylus, ſententia: Si non: Ergo nihil obſtat argumentum: quia, vt maximè repugnet verbi proprietas, adſtipulatur tamen vſus ſiue interpretatio iuriſconſultorum, ſic enim Vlpianus ait: *Sed hos quoque pro inteſtatis accipere debemus.* Si dicatur omnem excludi interpretationem & ſolam verbi proprietatem ſequendam, reſpondebo, quis dicit? Amplius (ſed nouum forſan videbitur iis, qui iurant in brocardica dicta) nego regulam ſiue dictum, quod affertur: nempe verba ſtatutorum propriè accipienda eſſe.

Profertur l. 3. §. Hæc verba. ff. de negot. geſt. l. 1. §. ſi is, qui nauem. ff. de exercit. actio. legantur textus, nullum argumentum. Non verba hic adiiciam, ſed videantur & animaduertere licebit, quàm inanis ea ſit allegatio. Hoc fundamentum ſi corruat (apud veritatis autem amatores corruet) omnia corruunt, quæ ſuper eo ædificantur.

CAPVT LXXV.

Si teſtator filio hæredi inſtituto abſque liberis decedenti aliquem ſubſtituat, & alienationẽ prohibeat bonorum, antequam ad 25. annum perueniat: vtrum eidem videatur poſt 25. ætatis annum alienationem permittere in præiudicium ſubſtituti?

INſignis controuerſia eſt. Pater hæredem inſtituit filium, eique ſine liberis decedenti aliquem ſubſtituit, ac omnino vetuit, ne ante 25. ætatis ſuæ annum alienaret bona hæreditatis: Verum filius poſt 25. annum alienare poſſit liberè, ita vt reuocari non poſſit alienatio, neque bona vindicari ab ipſo ſubſtituto?

Et quidem filium alienare poſſe liberè poſt 25. annum, & ſic ſubſtitutum excludere reſpõderunt Alexander in conſ. 55. n. 7. & 8. lib. 3. Iaſon in conſ. 173. lib. 2. Decius in conſ. 513. nu. 4. Ruinus in conſ. 76. lib. 2. conſ. 112. & 132. eodem libro. Pariſius in conſil. 25. num. 13. lib. 2. Socin. iun. in conſ. 163. num 33. libr. 2. & 188. numer. 12. & 13. eodem libro. Dominus meus Decianus in conſil. 78. numer. 15. lib. 3. Menochius in conſ. 151. numer. 27. & conſ. 152. nume. 60. lib. 2. Mantica de coniect. vltim. volunt. lib. 3. tit. 17. num. 11.

Contrariam ſententiam, nempe alienare nõ poſſe in præiudicium ſubſtituti, ſecuti ſunt Paul. Caſtren. in conſ. 263. nu. 3. lib. 3. Decius in conſil. 386. Pariſius in conſ. 31. num. 37. lib. 2. & 25. num. 30. lib. 3. Socinus iun. in conſil. 131. nu. 12. lib. 1. & 188. in fine lib. 2. Alciatus in conſil. 42. num. 11. lib. 9. & 136. num. 3. eod. lib. Ferdinand. Leaz. ad l. Filiusfam. §. Diui. num. 25. de leg. 1. Ruin. in conſ. 117. n. 27. lib. 2. & 121. nu. 5. lib. 3 Hieron. Gabriel. in conſ. 132. nu. 6. D. Cephal. in conſ 153. n. 42. Oſaſcus deciſ. 85. num. 23. Thobias Nonius in conſ. 90. n. 8. Alciat. in conſ. 495. n. 6 Hieron. Manfredus de Attentatis lib. 1. part. 6. n. 5.

Argumenta prioris ſententiæ hæc ſunt. Expreſſa hominis diſpoſitio facit ceſſare tacitam legis diſpoſitionẽ. l. Cũ ex filio. §. 1. ff. de vulg. Ergo expreſſa prohibitio teſtatoris hoc in caſu operatur, vt tacita legis prohibitio ceſſet, quia videlicet res reſtitutioni ſubiectæ alienari non poſſunt, vt in Authent. Res quæ. C. comm. de legat. Conſequenter nil proponitur, cur ceſſante tacita legis prohibitione, res alienari non poſſint ab hærede poſt 25. annũ.

Secundum argumentum: Teſtatoris diſpoſitio ita debet intelligi, ne ſit inanis & ſuperuacanea. l. Si quando. de legatis primo. Sed inanis eſſet, & ſuperuacanea teſtatoris prohibitio, niſi poſt 25. annum hæredi liceret liberè alienare res hæreditarias: Igitur hæres alienare poterit.

Tertiũ: Specialis diſpoſitio derogat, vel ſaltem limitat generalẽ diſpoſitionem. l. Cohæredi. §. Qui patrem. ff. de vulg. l. Vxorem. §. Felici-

licissimo. de leg. 3. l. Quæsitum §. vlt. ff. de Fundo instr. Sed legalis dispositio, qua res alienari prohibentur, quæ restitutioni sunt obnoxiæ, generalis est: illa verò prohibitio, ne ante 25. annum alienatio ab hærede fiat, specialis est: Ergò hæc generali derogat, eámque limitat, vt locum habeat tantùm vsque ad 25. annum.

Quartum argumentū. Cùm præcedens vel sequens clausula suam habet claram determinationem, tunc clausula vel præcedens vel sequens non refertur ad illam. l. Cum vulgari. ff. de dote præleg. l. Cohæredi §. Qui patrem. ff. de vulgar. sed in proposita specie clausula sequens, qua testator prohibuit alienationem ante 25. annum, suam habet separatam determinationem, ergo illa generalis quæ ex substitutione inducitur, non refertur ad hanc sequentem, ne alienatio fiat ante 25. annum.

Quintum argumētum est, quia cùm prohibitio facta fuerit alienationis ante 25. annum, non extenditur vltra dictum tempus, & consequenter post illud tempus à contrario sensu videtur permissa alienatio. l. Si ita quis. ff. de vulg. l. Epistola. §. vlt. ff. de pact. l. Imperator. ff. de postulando. l. In hoc iudicio. §. si conueniat ff commu. diuid. l. Pater filium. §. Fundū. de leg. 3. l. 4. ff. de seruitut. l. Statu liberum. §. vlt. de leg. 2. l. si minor. ff. de verb. oblig. l. 1. & 2. C. de his qui in exilium dantur. libr. 10. c. Præsentium. de Clerico percussore.

Et hoc argumentum maximè procedit, cùm testator ita disposuit, vt hæres non possit alienare nisi post 25. annum, qúia dictio illa, *nisi*, importat, vt post illud tempus possit alienare. argum. l. Quibus diebus. §. Quidam Titio. in fine. ff. de cond. & demonstr.

Postremum argumentum est, quia in dubio sumi debet illa interpretatio, qua hæres minùs grauatus sit. l. Vnum ex familia. §. Si rem. de leg. 2. Sed hac interpretatione admissa minùs censetur grauatus hæres, vt patet, quia poterit alienare post 25. annum: Ergo hæc interpretatio recipienda est.

Posterioris autem sententiæ argumenta sunt ista. In hac facti specie duplex est prohibitio, vna testatoris, & altera legis, quia res restitutioni subiectæ alienari non possunt. Authen. Res quæ. C. comm. de legat. vel si alienentur, ueniente conditione, irrita est alienatio, & vindicari possunt. l. vltim. §. Sin autem. C. eod. tit. Ergo licet prohibitio testatoris cesset post 25. annum, non tamen cessat legis prohibitio.

Secundum argumentum. Non debet illa recipi interpretatio, quæ repugnātiam inducat: tunc enim non valeret dispositio, l. Vbi repugnantia. de regul. iur. & quia non præsumitur quisquam sibi ipsi contradicere. l. Nam ad ea. ff. de cond. & demonstr. Sed si dixerimus, illam interpretationem valere, quæ dat hæredi potestatem alienandi post 25. annum, repugnantiam inducimus, quia hæc repugnant, quod res alienari possit, & quod restitutioni subiecta sit. Ergo talis interpretatio adhibenda non est.

Tertium argumentum. Inducta ad vnum effectum, non debent contrarium operari. l. Legata inutiliter. ff. de adim. legat. Sed prohibitio, ne ante vigesimum quintum annum alienatio fiat, inducta est ad restringendam alienandi potestatem, ergo contrarium operari non debet, vt nimirum post vigesimumquintum annum alienatio sit permissa.

Quartum argumentum. Vbi sunt duo impedimenta, tunc vno cessante, non tamen cessat alterum. §. Affinitatis. in Institut. de Nupt. sed hic sunt duo impedimenta: Alterum testatoris, alterum verò legis. Ergo licet vnum cesset, puta testatoris, non tamen cessat alterum, nempe legis.

Ego in proposita specie animaduerto duplicem interpretationem adhiberi posse; quemadmodum ex duabus contrariis sententiis iam relatis colligitur, sed omnem difficultatem in eo esse positam, vtra ex dictis interpretationibus obtinere magis debeat. Prima interpretatio est, hanc esse testatoris mentem ac volūtatem, vt post 25. annum alienatio sit hæredi permissa, & simul consistat fideicommissum hoc modo: vt videlicet fideicommisso sit locus, si alienatio facta non fuerit & hanc interpretationem adhibēt prioris sententiæ authores. Altera est interpretatio, vt post 25. annum alienatio sit hæredi permissa, & simul fideicommissum consistat hoc modo, nempe vt alienationi sit locus, eáque valeat & effectum habeat, si non eueniat conditio fideicommissi: quam interpretationem adhibent posterioris sententiæ authores. [illegible] in hac re, in qua disputationis [illegible] versatur, magis probabilem esse iudico [illegible] interpretationem ac sententiam [illegible] fundamentum meum est, quoniam certum est testatoris hanc esse voluntatem, vt hærede defuncto absque liberis substitutus succedat: consequenter certum est, eiusdem testatoris hanc esse voluntatem, vt bona alienata vindicare possit, & [illegible] adueniente, alienatio reuocetur iuxta [illegible] legis [illegible] substitution[illegible] implicat enim repugnantiam quandam, quòd hæres restituere grauatus sit, & simul alienare possit: ita, vt restitutioni locus esse intelligatur, si non fiat alienatio. Hæc est insolita & nullo iure subnixa fideicommissaria ordinatio, regulis iuris maximè repugnans & contraria, quibus cauetur fideicommissi conditione eueniente in irritum deduci omnem alienationem, bonáque vindicari

posse.d.l.vlt.§.Sin autem.C.commu.de legat. Quomodo verò propter prohibitionem ad 25. annum restrictam idem testator post illud tẽpus alienationem permittere voluerit, incertum planè & obscurum est. Vtrum liberè, an non: Verum ita si non venerit conditio fideicommissi. Quarè in hac obscuritate æquum bonum est, eam coniecturam accipere, qua salua volũtate defuncti in eo, quod clarum & exploratum est, intelligatur data esse facultas alienandi eo in casu, quo id iure permissum erit. Quasi testator ante 25. annum modis omnibus alienationem vetuerit, & sic etiam conditione deficiente fideicommissi, illam irritauerit hæredis adolescentiæ prospiciens, vel alias ob causas ita volens, post 25. autem annum non vetuerit, sed permisisse intelligatur prout a lege permissa est. Hanc ergo censeo probabiliorem sententiam, quia iustius est, vt ex iis, quæ clara sunt, declarentur obscura quàm contrà ex obscuris & incertis clara & certa in discrimen vocentur.

Nec difficile est respondere ad argumenta prioris sententiæ. Nam ad primum nego pronunciatum generale, quod profertur, verum esse. Nego illud colligi ex l. Cum ex filio.§ 1. ff. de vulg. Verba textus hæc sunt: *Filio impuberi in singulas causas alium atque alium hæredem substituere possumus, veluti vt alius si sibi nullus filius fuerit: & alius si filius sit, & impubes mortuus fuerit, hæres sit.*

Videas lector an ex his verbis colligi possit generale illud pronunciatum, certè non mihi videtur, nullum enim verbum eo tendit, cum autem testator casus distinguit, & in singulos casus alium atque alium hæredem substituit, nihil mirum, si vnus casus alium non complectitur, quia in alio casu alius est substitutus & ideo tunc vulgaris non continet pupillarem tacitè. Sed licet itne generale hinc argumentum sumere, semper, & generaliter tacitam legis prohibitionem cessare, vbi adest expressa testatoris prohibitio, quæ non excludat tacitam? Certè non licebit apud eos qui ex fontibus ipsis legum, nõ ex titulis brocardicorum axiomatum, iudicare solent.

Ad secundum argumentum respondeo, negando minorem, neque enim prohibitio inanis erit, & superflua, primum, quia post 25 annum cessabit, deinde, quoniam alienatio permissa esse intelligetur, si videlicet conditio substitutionis non euenerit: & denique quia sufficit tempus prohibitioni adiectum id significare, vt post illud prohibitio locum non habeat.

Quod attinet ad tertium, concedo generi per speciem derogari, sed hoc intelligitur secundum formã, quæ continetur in specie, non autem vltra ac præter eam, ac proinde, cum specialis prohibitio fit, ne fiat alienatio ante 25. annum, illa præualebit generali prohibitioni, quæ oritur ex fideicommisso: Ita scilicet, vt etiã generali illa prohibitione cessante, puta ex morte substituti ante grauatum, vel ex cõditionis defectu, non tamen specialis & expressa cesset prohibitio. Cæterùm post vigesimumquintum annum non loquitur testatoris prohibitio: Ideo locus est generali prohibitioni tacitæ, quæ tunc intrat, nec reperit obstaculum aliquod, silet enim prohibitio specialis. Etsi dicat permissam tunc esse alienationem a contrario sensu, respondetur, id colligi ex generali ac tacita quadam interpretatione, quæ locum haberet, nisi obicem inueniret ex fideicommisso, quo tacitè alienationis prohibitio continetur.

Ad quartum respondeo, non hoc ex sententia, quam approbamus, induci, vt sequens prohibitio ante 25. annum determinet generalem illam ac separatam prohibitionem, quę oritur ex fideicommisso. Vna enim aliam non impedit prohibitionem. Itaque ante annum 25. specialis prohibitio sibi locum vindicabit à testatore expressa. Post annum 25. locus erit tacitæ, quam lex introduxit, prohibitioni.

Ad quintum respondeo, argumentum à cõtrario sensu hoc efficere, vt post 25. annũ cesset prohibitio testatoris, ac proinde alienatio permissa esse censeatur, eo tamen modo, quo non derogetur testatoris dispositioni, circa dispositionem, neque enim tacita illa interpretatio, quæ colligitur à contrario sensu, tollere potest expressam voluntatem testantis.

Nec verbum illud (*nisi*) quidquam plus operatur, quam argumentum a contrario sensu. Videtur enim testator non prohibere, & consequenter permittere alienationem post 25. annum, si tamen hoc fiat saluo iure fideicommissi, & non illud destruatur.

Ad vltimum argumentum dico, in dubio quidẽ illam accipiẽdam esse interpretationem, sed tamen hic sumi non posse, quia voluntas testatoris est clara: & illa interpretatio præualere debet: quæ repugnantiam collit, & illibatam seruat testatoris ordinationem.

CAPVT LXXVI.

Vtrum si ex Galli Aquilij consilio nepos hoc modo institutus sit: si filius meus me viuo morietur, tunc qui ex eo natus erit, hæres esto, censeatur filius ipse hæres institutus.

Communem amplector sententiam, cuius mihi fidem facit Franciscus Mantica de coniecturis vltimarum voluntatum, lib. 3. tit. 1. num. 17. filium institutum non videri, cum testator Galli Aquilij formulam secutus, ita loquitur: *Si filius meus me viuo morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, siue quæ neptis*

post

poſt mortem meam in decem menſibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus natáue erit, heredes ſunto. Et idcirco teſtamentum nullum eſſe iure ciuili. cui ſententiæ nouiſſimè accedit & Duarenus in Commentariis ad Tit. qui teſtament. facere poſſunt: ſuper explicatione §. In omnibus. l. Gallus. ff. de lib. & poſthum. Vtor autem argumento, quod rem ſanè clariſſimam ac manifeſtam reddit ex textu d. l. Gallus. §. In omnibus. vbi Scæuola: *In omnibus* (inquit) *iis ſpeciebus illud ſeruandum eſt, vt filius duntaxat, qui eſt in poteſtate, ex aliqua parte ſit hæres inſtitutus. Nam fruſtrà exhæredabitur poſt mortem ſuam.*

Ex hoc loco ſic argumentor. Si Galli Aquilij formula tacitam contineret filij inſtitutionem, vel vt alij arbitrantur, filius tacitè vocatus ad legitimam ſucceſſionem intelligeretur fruſtrà nos Scæuola admoneret, in omnibus iis ſpecieb. illud ſeruandum eſſe, vt filius inſtitueretur hæres ex aliqua parte. Quia verò non ignorabat teſtamentum nullius eſſe momenti, in quo filius præteritus eſt. l. 1. ff. de iniuſto, rupto & irrit. teſtam. idcirco monet filium inſtituendum, neque enim exhæredatio ſufficeret: *Nam fruſtrà* (inquit) *exhæredabitur poſt mortem ſuam.* Cuius ſententiæ illa eſt ratio quia exhæredatio vim non habet niſi adita hæreditate ab hærede. l. Filium. §. Sed cum exhæredatio. ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab. Hæreditas autem adiri nō poteſt à nepote hærede, niſi poſt mortem filij ex ipſa verborum formula. Ergo fruſtrà exhæredatio poſt mortem eius fieret. Declaro. Teſtator dicit. Filiū meum exhæredo, & ſi is viuo me morietur, nepotem inſtituo. Hęc nepotis inſtitutio locum non habet, niſi poſt mortem filij, vt patet. Ergo tunc adire nepos hæreditatem poteſt: Et tunc vires habere incipit exhæredatio. Sed fruſtrà, quia filius iam deceſſit. Huc accedat tex. in l. Si quis eum. §. vlt. ff. de vulg. vbi Pomponius. *Si ſecundum teſtamentum ita fecerit pater, vt ſi hæredem inſtituat, ſi viuo ſe filius decedat poteſt dici non rumpi ſuperius teſtamentum quia ſecundum non valet, in quo filius præteritus ſit.*

Iure autem Prætorio teſtamentum ſuſtinetur, quo filius præteritus viuo teſtatore deceſſit, ſi legitimi hæredes, qui ab inteſtato vocantur inſtituti fuerint, vt in l. Poſthumus. verſ. Idem & circa. ff. de iniuſto, rupt. teſtam. Quam obrem & in ſpecie iſta ſuſtinebitur, ſed iure ciuili aliter reſpondendum omnino mihi videtur, vt iam dixi.

Quæ autem ab Alciato & aliis pro contraria ſententia adferuntur, niſi planè confutauero, tota cauſa, vt cadam, æquo animo feram.

Primum, adfertur tex. in l. Cum in teſtamēto. 37. ff. de hæred. inſtit. Iulianus: *Cùm in teſtamento ita ſcribitur. Si filius meus me viuo morietur, tunc nepos ex eo poſt mortem meam natus, hæres eſto, duo gradus hæredum ſunt, &c.*

Si duo ſunt gradus hæredum, ergo in primo gradu filius inſtitutus eſſe videtur, & nepos in ſecundo.

Reſpondeo, hunc Iuliani locum declarandum eſſe ex loco Scæuolæ, vt videlicet tunc duo hæredum gradus eſſe intelligantur, cùm filius à teſtatore hæres inſtitutus fuerit. Non enim Iuliano propoſitum ibi eſt declarare, vtrum in formula illa filij inſtitutio comprehendatur, ſed ſupponit eam comprehendi: deinde docet, nullo caſu vtrumque ſcilicet filium & nepotem ad hæreditatem admitti: *Ex quo* (inquit) *apparet, ſi nepoti Titius ſubſtitutus fuerit, & ſi ius patri hæres extiterit, non poſſe Titium vnà cum filio hæredem eſſe quia non in primum ſed in ſecundum gradum ſubſtituitur.*

Secundum argumentum eſt ex l. Si quis ita hæres inſtituatur. ff. de hæred. inſtit. Scæuola: *Si quis ita hæres inſtituatur, ſi legitimus hæres vindicare nolit hæreditatem meam puto deficere conditionem teſtamenti illo vindicante.* Quibus verbis Iuriſconſultus præſuppoſit teſtamentum valere.

Reſpondeo, nos loqui de filio in poteſtate conſtituto, qui nominatim inſtituendus eſt, nec præteriri poteſt, & dicitur eſſe ſuus hæres vt in Inſtitut. de hæredum qualit. & different. alia ratio eſt hæredis legitimi, qui differt à ſuo: & ideo ponitur ad differentiam ſui hæredis, in tit. de ſuis & legitimis hæredibus. Quāuis & ſuus poteſt dici legitimus.

Tertium argumentum eſt, quia tunc videtur eſſe nullius momenti teſtamentū, in quo filius eſt præteritus, quando pater facit illi iniuriam præteritione: Sed hic nulla fit iniuria filio præterito, quia in eo caſu eſt præteritus, quo viuente teſtatore mortuus eſt.

Reſpondeo, iniuriam fieri quia non inſtituitur hæres, vt inſtitui debet in teſtamento: Et licet nepotis inſtitutio ita locum habeat, ſi filius moriatur viuo teſtatore, nō tamen tollitur præcedens iniuria ex præteritione. Debuit enim pater illum inſtituere, & tunc nepotem ſub ea conditione ſubſtituere.

Quartum argumentum eſt ex l. Etiamſi ius annulorum. §. Libertus ſi patronum. ff. de bonis libertor. Vlpianus: *Si libertus patronum ſuū ita hæredem ſcripſerit, ſi filius meus me viuo morietur, patronus hæres eſto, non malè videtur teſtatus.*

Reſpondeo non malè videri teſtatum. quia ſubdit textus: *Nam ſi deceſſerit filius, poterit hic exiſtente conditione accipere bonorum poſſeſſionem.* Supra autem expoſuimus iure prætorio teſtamentum reuiuiſcere, & ex eo

bonorum poſſeſſionem peti poſſe, ſi filius prę-teritus viuo teſtatore moriatur. At noſtra quæſtio eſt, quid iure ciuili dicendum ſit: non autem quid iure prætorio.

Quintum argumentum eſt ex l. Cõficiuntur. ff. de iure Codicillor. vbi qui ſuccedit ab inteſtato, dicitur ſuccedere ex tacita voluntate defuncti. Reſpondeo, nihil obſtare: quia argumentum procedit, & loquitur vbi nullum eſt conditum teſtamentum.

Poſtremum argumentum eſt Alciati lib. 3. Paradoxo. cap. 6. quia videlicet, ſi dixerimus filium in hoc caſu tacitè cenſeri vocatum ab inteſtato, ceſſabit argumentum, quod contra formam Galli Aquilij adducebatur: illud mirum, quod fiſco olim acquireretur hæreditas, & caduca fieret inſtitutio, hærede inſtituto ante teſtatorem moriente: & conſequenter ad nepotem hæreditas pertinere non poſſit.

Reſpondeo, legem Papiam non habuiſſe locum in filiis vſq; ad tertium gradum. Vnde etſi filius hæres inſtitutus deceſſiſſet viuo adhuc patre, non ideo eius hæreditas caduca efficiebatur, vt habetur in inſtitutio. Vlpiani, tit. de caducis tollend. & ſequent. *Hodie* (inquit Vlpianus) *ex conſtitutione Imperatoris Antonini omnia caduca fiſco vindicantur, ſed ſeruato iure antiquo liberis & parentibus*, Apud Cuiacium in fragmentis Vlpian. tit. 17. & idem habes ibi tit. ſeq.

CAPVT LXXVII.

Vtrum inſtitutio filiorum à teſtatore facta extendatur ad filios, quos ſe habere ignorabat: quia mortuos eſſe putabat?

ETſi multi iique grauiſſimi authores crediderint, filiorum inſtitutionem à teſtatore factam, non eſſe extendendam ad eos filios, quos ſe habere teſtator ignorabat: vt videre licet ex Mantica, de Conicctur. vlt. volunt. lib. 3. tit. 2. & Menoch. de præſumpt. li. 4. Præſũpt. 16. n. 19. & n. 13. Eorum tamen ſententiam (ij nec pauci, nec obſcuri nominis ſunt) qui contrarium docuerunt, magis amplector. Hanc enim interpretationem ac ſententiam ſuadet mihi rei æquitas ac veriſimilitudo. Quis enim non intelligit parentem omnes filios ſuos hęredes facere voluiſſe, nec eum, quem viuere ignorabat, omiſſurum, ſi extare putaſſet, niſi iuſtam aliquã præteritionis eius cauſam proponas? Aut quis æquum eſſe dixerit, impedimentum illud & caſum ignorantiæ teſtatoris nocere debere, ac non potius per coniecturam paternę pietatis emendandũ? Ita Seuerus & Antoninus de matre reſcripſerunt, quæ duobus filiis hæredibus inſtitutis, tertio poſt teſtamentum ſuſcepto in puerperio deceſſerat, nec teſtamentum mutare potuerat, *repentini caſus iniquitatem per coniecturam maternæ pietatis emendandam eſſe*, & ſic tertium quoque filium cum aliis inſtitutum videri, vt in l. 3. C. de inoff. teſtam.

Scribit Alciatus lib. 3. de verb. ſig. ita conſtitutum fuiſſe propter iuſtam impedimenti cauſam: & quia nullum inde filiis damnum oritur, atque etiam odio querelæ. Quod ſi ita eſt (exiſtimo enim maternæ pietatis coniecturam omnibus aliis circumſtantiis præferendam) negari non poteſt, quin etiam in hac ſpecie, qua de agitur, iuſta ſit impedimenti cauſa propter iuſtam, ac probabilem ignorãtiam teſtatoris an filius viueret. Nullum quoque aliis filiis præiudicium inde oritur: quia & huic filio portio hæreditatis debetur: & denique querelæ odij ratio locum etiam habet in hac ſpecie.

Affertur pro contraria ſententia in primis textus in l. Si quis ita. §. Si quis cùm ignoraret. ff. de Teſtam. Tutela. Vlpianus: *Si quis cùm ignoraret ſe Titium filium habere, filijs tutorem dederit, vtrum ijs ſolis dediſſe videbitur, quos in poteſtate ſcit, an ei quoque quem ignorauit ſe habere. Et magis eſt, vt huic dediſſe non videatur, licet nomen filiorum admittat & ipſum: ſed quia de ipſo non ſenſit, dicendum eſt ceſſare in perſona eius donationem.*

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Neque verò coniectura pietatis paternæ in ſpecie Vlpiani eam vim habere poteſt, quam habet in cauſa hæreditatis, & ſucceſſionis: cùm ratio naturalis votũmque paternum filiis hæreditatem adiiciat. l. Scripto. ff. vnde lib. l. Cum ratio. ff. de bonis damnator. onus autem tutelæ filiorum à lege deferatur, nec ſemper à parentibus teſtamento inſeratur.

Secundò affertur generale quoddam pronũciatum: Actus agentium nõ operantur vltra eorum intentionem. l. Non omnis. ff. ſi cert. petatur. Sed hic teſtator non ſenſit de filio, quem viuere ignorabat. Ergo, &c. Reſpondeo, de eo quidem teſtatorem non ſenſiſſe, ſed inſtitutionem extendi ad caſum omiſſum nempe ad filium illum ex coniectura pietatis paternæ.

Tertiò affertur aliud pronũciatum: Teſtatoris voluntas interpretanda eſt ſecundum eius intentionem ac opinionem, non autem ſecundum rei veritatem. l. Quo loco. §. 1. ff. de hæred. inſtit. Ergo hìc eſt habenda ratio opinionis teſtatoris circa mortem filij, non autẽ veritatis. Reſpondeo, omnem definitionem in iure periculoſam eſſe; ratũ eſt enim vt non ex circũſtãtiis ſubuerti poſſit. l. Omnis definitio. ff. de reg. iur. præſertim verò in his brocardicis pronũciatis: quare aſſero pietatis paternæ coniecturam prævalere brocardico axiomati.

Quartò.

Quartò adfertur ſolidius argumentũ: quia videlicet hæredis inſtitutio non inducitur ex conicꝭturis. Nam hæredes palam inſtituendi ſunt. l. Hæredes palam. ff. de teſta. l. Iubemus. C. eod. tit.

Reſpondeo, hic non induci inſtitutionem ex coniecturis, ſed inſtitutionem, quæ facta eſt, extendi ad alium filium ex coniectura pietatis paternæ, quod nouum non eſt, vt in d. l. 3. C. de inoff. teſtam.

CAPVT LXXVIII.

Si teſtator coniunctim inſtituat hæredes filium & nepotem, vtrum intelligantur ordine ſucceſſorio inſtituti, hoc eſt, vt poſt mortem filij conſeatur nepos inſtitutus, an verò ſimul?

TRactant hanc quæſtionem inter doctores controuerſiam omnes, qui commẽtaria ſcripſerunt, in l. Gallus. §. Quidam rectè. ff. de li. & poſth. & poſt eos Couuar. ad c. Rainucius. §. 2. de Teſtam. Mantica de coniectur. vltim. volunt. libr. 4. tit. 8. Menochius de præſump. lib. 4. Præſumpt. 70. & communior ſententia videtur ordine ſucceſſorio inſtitutos videri, & ſic filium in primo gradu, & nepotem in ſecundo. Fundamentum eſt in eo poſitum, quia vt hæc interpretatio locum habeat, poſtulare videntur hæc tria, Ordo legis: Ordo charitatis: & Ordo neceſſitatis. Ordo quidem legis: quia lex vocat primò filium, deinde nepotem ad ſucceſſionem; Ordo charitatis: quia Pater plus diligit filium, quam nepotem, ideóque cenſetur prius hæreditatem filio deferre, tum nepoti. Ordo neceſſitatis denique, quia lex mandat filium hæredem inſtitui prius quàm nepotem, & vt teſtamentum valeat, illud eſt conſilium Galli Aquilij, vt pater filium inſtituat, & ſi eo viuente moriatur, inſtituat nepotem, iuxta d. l. Gallus. ff. de lib. & poſthu. quo caſu certum eſt, filium in primo gradu, nepotem in ſecundo inſtitutum cenſeri. l. Cũ in teſtamento ff. de hęred. inſtit. Atque hic inculcari ſolent generalia quædam pronunciata, nempe aliquando dictionem coniunctiuã in diſiunctiuam reſolui: Item, teſtatorem in dubio ſe conformare huic legum diſpoſitioni. Item, qui actum aliquem facit, ſi aliqua extat neceſſaria cauſa, ea adductus magis præſumitur, quàm cauſa merè voluntaria, & id genus alia, quæ nec ſolida ſunt, nec perpetuò ſibi locum vindicant: & vt ingenuè fatear, nullis etiam legibus probantur, niſi aliqua voluntatis coniectura ſubſit, quo vel ex verbis colligatur vel ex ipſis facti & perſonarum, ac totius rei geſtæ circumſtantiis eliceat; qualis in propoſita ſpecie nulla eſt proſſus.

Mihi ſanè diligenter tum in iuris regulas: tum in omnem argumentorũ & coniecturarum vim intuenti probabilior contraria ſententia videtur, quàm non pauci, nec obſcuræ authoritatis ſecuti ſunt Iuriſconſulti.

Illud autem argumentum me potiſſimũ mouet; quoniã vbi verba teſtatoris ſunt clara, & in eis nulla eſt ambiguitas, non eſt habenda voluntatis quæſtio. l. Ille aut ille §. Cũ in verbis. ff. de leg. 3. Nec aliter à verborum ſignificatione recedendum, quàm ſi appareat contraria teſtantis voluntas. l. Non aliter. ff. eod. tit.

Sed hic verba ſunt clariſſima, & nulla in eis eſt ambiguitas, quin ſignificet teſtatorem velle, vt tam filius, quàm nepos in eodem gradu ſuccedant: ergo non eſt habenda voluntatis quæſtio.

Aſſumptio hæc probatur: quoniam teſtator eos inſtituit hæredes in eodem gradu cõiunctim, vt proponitur, quo caſu quilibet inſtitutus eſſe intelligitur in portione ſua. l. vlt. C. de Impub. & aliis ſubſtit. & nemo inficiari poteſt, quin ea ſit verborũ natura & ſignificatio.

Dices ergo ſemper verbis inhærendum, nunquam ſectanda teſtatoris voluntas? Reſpondeo, imo ſequendam, eámq; primum locum ſibi vindicare ac planè dominari; ſed vnde illam hic habes? Ex ordine legis: At hic ordo nihil mouet, quia res eſt clara: In obſcuro quidem teſtatoris verba interpretamur ſecundum legis diſpoſitionem, ſed hic res eſt clara ex verbis, quid facere teſtator debuerit, lex nobis indicat: quid autem ordinauerit, ac ſeruari mandauerit, verba teſtamenti demonſtrant, quibus eſt parendum.

Ordo, inquis, charitatis. Sed non ſeruauit hunc ordinem teſtator, qui potuiſſet eum, ſi voluiſſet, obſeruare, filium prius inſtituendo, deinde nepotem, quod non fecit.

Ordo neceſſitatis, Vbi eſt ordo hic neceſſitatis; Potuiſſet quidẽ teſtator conſilio vti Galli Aquilij, & eius formula in inſtituendo filio & nepote, ſed quid eum, vt eo vteretur, compellere poterat? An quia prodidit illam formulam Aquilius, idcirco teſtatores eam ſequi tenentur (conſilium nemo & cautelam, ſic vocant, ſequi tenetur, ſi nolit) aut ſi non eam formulam adhibuerit, adhibuiſſe nihilominus videbitur? Nouam rem audio, Gallus formulã inuenit, quam ſi teſtatores adhibeant, teſtamentum non rumpitur, Doctores volunt ea etiam non adhibitã non rumpi. Cur ita? Quia videtur adhibita, licet nõ ſit adhibita. Fruſtrà ergo adhibebitur; quia tacitè ineſt. At hæc nimis ſunt aliena, & iuri diſſona.

Quid ad generalia pronunciata? nihil ferè, quia nec reſponſum merentur. Non probantur enim legibus, non ſunt perpetua, non habent locum in claris: quia in eis coniecturis locus non eſt.

Quid, obſecro te, commune cum hac quæſtionē habet text. qui adfertur ad pronunciatum ſtabiliendū in l. In iis. §. ſed & ſi fortè. ff. de ſolut. Audi eius verba: *Sed & ſi fortè vſuræ non ſunt debitæ & quis ſimpliciter ſoluerit, quas omnino non erat ſtipulatus: Imperator Antoninus cum Diuo patre ſuo reſcripſit, vt in partem cedant: quod generaliter conſtitutum eſt prius in vſuras nummum ſolutum accepto ferendum: ad eas vſuras videtur pertinere, quas debitor ſoluere cogitur, &c.*

CAPVT LXXIX.

Vtrum reciproca ſubſtitutio pupillaris facta eſſe cenſeatur inter filios impuberes, quando eorum vltimo morienti datus eſt ſubſtitutus in tota hæreditate matre exiſtente in medio.

TEſtator ita dixit: Titium Caium & Seiū filios meos hæredes inſtituo, & vltimo eorum in pupillari ætate decedenti Sempronium ſubſtituo in tota hæreditate. Quæritur, ſi mater ſuperſit: quia ſecundùm conſtitutionē Iuſtiniani ſuccedit filio vna cum fratribus defuncti, vt in Auth. Defuncto. C. ad Tertyl. vtrū inter filios impuberes facta videatur reciproca ſubſtitutio pupillaris: ita, vt in conſequentiam matre excluſa, ſolus ſubſtitutus totā obtineat hæreditatem. Cōtrouerſia eſt hac de re inter veteres ac recentiores interpretes. Nam veteres exiſtimarunt reciprocam ſubſtitutionem non videri factam inter filios impuberes: Recentiores autem videri, vt teſtatur Alciatus in commentariis ad l. Vel ſingulis ff. de vulg. & pupill. & nouiſſimè Iacobus Menochius de Præſumpt. lib. 4. Præſumpt. 61. n. 34.

Fundamentum veterum illud eſt: quoniam directa ſubſtitutio non debet ex coniecturis induci. argum. l. Iubemus. C. de Teſtam. licet fideicōmiſſaria hoc in caſu inducatur, vt in l. Titia Seio. §. Seia libertis, ff. de leg. 2. Ex coniecturis autem induceretur in hac ſpecie, quia teſtator in tota hæreditate ſubſtituit vltimo morienti. & conſequenter filios inuicem ſubſtituit, vt ſic tota hæreditas ad eum, qui vltimus moreretur, perueniret. Neque enim aliter peruenire poteſt, quàm ſi ſubſtitutus eſſe intelligatur.

Fundamentum verò recentiorum interpretū in eo ponitur, quod ſi teſtator vult in tota hæreditate ſuccedere eum, quem vltimo morienti ſubſtituit, neceſſariò etiam velle intelligitur, vt inter filios facta eſſe intelligatur reciproca ſubſtitutio, quia per eam vnus alteri præmorienti ſuccedet: & ſic ad nouiſſimum tota perueniet hæreditas, cui demum ſubſtitutus ſuccedet.

Ad argumentum antiquorum reſpondent negando directam ſubſtitutionem ex coniecturis non induci: imò verò inducitur, vt patet ex l. Iam hoc iure. ff. de vulg.

Ego ſanè non dubito, quin ex cōiectura voluntatis directa pupillaris ſubſtitutio inducatur, quoniam video eam tacitè in vulgari expreſſa contineri, vt in dict. l. Iam hoc iure. ib: *Vt cùm pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in vtrumque caſum ſubſtituiſſe intelligatur &c.* Ex quibus verbis patet ex tacito quodam intellectu pupillarem induci. Nec me mouet textus in l. Iubemus. C. de Teſtam. quoniam de hæredis inſtitutione loquitur, non de ſubſtitutione. Sed vt verum fatear, quo minus recentiorum ſententiæ ſubſcribam, facit matris in medio exiſtentis fauor: Si enim tacita pupillaris, quæ alioqui in expreſſa vulgari locum habet, matre exiſtente non habet locum, ne illa excludatur à luctuoſa filij hæreditate, vt explicaui ſuprà hoc eodem libro cap. 40. Cur hoc in caſu locum habere valeat: non ſatis video. Nec enim mihi placere poteſt, quod Alciatus dicebat in d. l. Vel ſingulis. matrem hoc in caſu videri grauatam, vt cùm nouiſſimus moriet ur reſtituat. Qui enim grauata illa videri poſſit, quæ à teſtatore vocata nō eſt: l. ab eo. C. de Fideicommiſſ.

Quod ſi veterū recipiatur interpretatio, in quam ipſe ſum procliuior: ſic ſtatuendū erit teſtatorem nouiſſimè decedenti ſubſtituentē inter ipſos liberos ius legitimarum hæreditatum conſeruare voluiſſe, vt Iuriſconſultus reſpondit in d. l. Vel ſingulis. ff. de vulg. ac perinde voluiſſe, vt ſi tota hæreditas ad filium qui nouiſſimè decederet, perueniret, illa pertineret & ad ſubſtitutum. Tota verò hæreditas ad vltimò decedentē tunc perueniret, cùm mater prius (quod ſanè patet futurum probabiliter cecidit) moreretur. Ex quo perſpicuum fit, non eſſe firmum recentiorū interpretum fundamentum, quoniam aliter quàm per reciprocam ſubſtitutionem inter filios tacitè intellectam hæreditas tota ad eum, qui vltimus moritur, peruenire poteſt.

CAPVT LXXX.

De eadem reciproca ſubſtitutione non directa ſed fideicommiſſaria, an inter plures hæredes præſumatur, quoties eorum vltimo morienti ſubſtitutus datus eſt in hæreditate?

CVm in tota hæreditate ſit ſubſtitutio fideicommiſſaria ei ex hæredibus, qui nouiſsimus morietur, inter omnes conuenit reciprocam inter ipſos hæredes ſubſtitutionem factam cenſeri, vt ſic ad illum, qui poſtremus moritur, tota perueniat hæreditas eáq; ſubſtituto reſtituatur. Cæterùm, ſi non fuerit facta ſubſtitutio *in tota hæreditate*, ſed ſimpliciter

ac indefinitè *in hæreditate*, verum idem statuendum sit, non est eadem omnium sententia: sunt enim qui affirmant, sunt qui negant, nec desunt, qui sibi ipsis parum cōstantes modò affirmauerint, modò negauerint. In eorum numero Alciatus mihi videtur esse: is enim in commentariis l. Vel singulis. ff. de vulg. & pupill. negat idem statuendum esse, sed contrarium respondit in cons. 567. n. 9. nec non etiam Socinus iunior, quoniam in cons. 176. n. 2. lib. 2. & alibi, affirmat, sed in commentariis ad l. Hæredes mei. §. Cum ita. nu. 17. ff. ad Trebell. negat.

Videre etiam licet aliquos dubitantes aliquid in hoc articulo affirmare, veluti Ripa facit in commentariis d. § Cum ita. n. 18. & alios affirmantis sententiæ authores citari, qui tamen potius neganti adstipulantur, vt Alex. in cons. 91. lib. 1. Denique alios animaduerti hac de re nihil dicere, qui tamen citantur, vt Osascus decis. 110. nu. 10. & Glos. in l. Lucius. de leg. 1.

Scriptis itaque doctorum ex fontibus ipsis, non ex relatu aliorum inspectis, authores inuenio affirmantis sententiæ Curtium iuniorem ad l. penul. C. de impub. & aliis substit. & in cons. 43. nū. 2. 3. Viglium in §. Vel singulis. in Instit. de pupill. substit. Didacum Couuar. ad c. Raynucius § 8. n. 3. de Testam. D. meum Cephalum in cons. 166. nu 26. lib. 2. D. meum Decian. in cons. 3. n. 70. lib. 1. Menoch. de Præsump. lib. 4. Præsump. 62. n. 2.

Contrariæ autē sententiæ Ruin. in cons. 126. nu. 7. & 134. n. 2. lib. 3. Socin. iun. in d. l. Hæredes mei §. Cum ita. nu. 17. ff. ad Trebell. & Socin. sen. in cons. 69. circa finem lib. 3. Manticam de coniect. vlt. volunt. lib. 7. tit. 5. nu. 10. vers. Sed tamen contrariam. vbi tamen nu. 12. vers. Fatendum. vnà cum Socino iuniore ab hac sententia discedendum putat, cum ex verbis coniici potest, testatorem sensisse de tota hæreditate, veluti si dixerit, vltimus qui decesserit sine liberis, restituat hæreditatem meam Titio, nam pars vltimi decedentis non rectè dicitur hæreditas testatoris, sed pars hæreditatis testatoris.

Fundamentum prioris sententiæ positum est primò in generali quadam regula; Indefinita æquipollent vniuersali. l. Si pluribus. de legat. 2. l. Si plures, de leg. 3. Cum itaque vltimo morienti substitutio sit facta in hæreditate, sit perinde, ac si facta esset in tota hæreditate, quo casu omnes conueniunt, reciprocam substitutionem intelligendam esse inter hæredes institutos.

Secundò in l. Titia Seio. §. Seia libertis. de leg. 2. Paulus: *Seia libertis suis fundum legauit, fideiq; eorum ita commisit: I ruai autem Vestra, Vtra & Sapido, committo, ne eum fundum vendatis, eumq; qui ex vobis vltimus decesserit, cùm morietur, restituat Symphoro liberto & successori meo., & Berillo & Sapido, quos infra manumisi, qui ve ex iis tunc superuiuent. Quæro cùm nec in prima parte testamenti, qua fundum prælegauit, eos substituerit, in secunda autem adiecerit verbum, qui vltimus decesserit, an pars vnius defuncti ad alterum pertineret. Paulus respondit testatricem videri in eo fideicommisso, de quo quæritur, duos gradus substitutionis fecisse, vnum, vt is, qui ex duobus prior moreretur, alteri restitueret: Alterum, vt nouissimus iis restitueret, quos nominatim postea enumerauit.*

Hic Iurisconsultus docet reciprocam substitutionem intelligendam esse inter vocatos, ex eo, quòd vltimo morienti dati sunt substituti in fundo simpliciter ac indefinitè; Ergo idem & in proposita quęstione nostra respondendum videtur.

Tertiò, quoniam vt dicebat Couuar. quorsum substitutio fieret vltimo morienti in fundo & hæreditate, si in eius tantum parte testator voluisset substitutum admitti? Vnde verosimilius est etiam in aliorum hæredum, aut legatariorum partib. factam videri reciprocam substitutionem, & eam fideicommissariam, vt tota hæreditas ad nouissimum pertineret, & ab eo ad substitutum.

Fundamentum posterioris sententiæ illud est, quia cum testator substituerit vltimo morienti in hæreditate, hæc verba commodissimè accipi possunt de parte hæreditatis ipsius vltimi morientis. argum. l. Si Titius ex parte. de leg. 3. Caius: *Si Titius ex parte hæres rogatus sit Mæuio hæreditatem restituere, &c.* Hęc verba sine dubio ibi accipiuntur pro parte hęreditatis ipsius Titij, non autem prò tota hæreditate.

Quod vero dicebatur indefinitam oratione̅ æquipollere vniuersali, præterquam quod nō semper verum est (brocardicum quippe est) ideo nō obstare respondent; quia intelligi potest illa oratio vniuersaliter, quantum ad partem totam vltimi defuncti, cui datus est substitutus.

Quod attinet ad l. Titia Seio. §. Seia libertis. de leg. 2. respondent ibi de fundo agi, quem testator alienari prohibuit, ac deinde restitui vltimo morienti mādauit. Quamobrem necesse est intelligere totum fundum restituendum esse, sicut de toto fundo prohibitio alienationis intelligitur. Quare non rectē ex re particulari infertur potest ad hæreditatem.

Ego aliter in proposita specie respondendū puto: Sic enim statuo non videri reciprocam substitutionem factam inter hæredes institutos, sed hanc fuisse mentem testatoris, vt si hęreditas tota perueniret ad eū, qui vltimus moreretur, eam substituto restitueret. Porrò vero

autem poterat ex legitima successione, & hoc est, quod dicit Iurisconsultus in l. vel singulis. ff. de vulg. Cum vltimo morienti substituitur, testatorem voluisse ius legitimarum successionum inter filios integrum conseruari. Si verò tota hæreditas ad eum, qui nouissimus moreretur, non perueniret, tunc suam portionem hæreditatis restitueret, quia nihil proponitur, cur hæreditatis appellatio ad vnum ex hæredibus relata, non de portione eius tantum intelligenda sit.

Et pro huius sententiæ cõfirmatione vnum perpendo, quod mihi omnem difficultatem videtur auferre, nimirum quod habetur in d. l. Si Titius ex parte, de leg. 3. *Diuus Antoninus consulenti rescripsit, non debere restituere, quia appellatione hæreditatis neque legata, neque fideicommissa continentur.*

In ea specie alter ex hæredib. rogatus erat suam partem cohęredi Titio restituere: Titius autem Mæuio rogatus erat hæreditatem restituere. Quęsitum est, an Titius Męuio restituere deberet non solùm partem suam hæreditatis, verùm etiam partem cohæredis, quam ex fideicommisso consecutus erat, & respondetur, non debere restituere; quia Titius rogatus erat hæreditatem Mæuio restituere; vt in principio legis. Appellatione autem hæreditatis fideicommissa non continentur.

Ex hoc loco sic argumentor ad rem nostrã. Testator vltimo morienti mandauit, vt hęreditatem restitueret substituto. Ergo non intelligitur mandasse, vt partem hæreditatis cohæredis sui (etiam si reciproca esset inter eos fideicommissaria substitutio facta) restitueret, quia hæreditatis appellatione fideicommissũ non continetur? Si sic est, ergo frustra fingimus atque imaginamur inter hæredes a testatore factam esse reciprocam substitutionem ad hunc effectum, vt ex fideicommisso tota hæreditas perueniat ad nouissimum, & ab eo ad substitutum. Frustrà, inquam, id conamur asserere, quoniam etsi facta esset reciproca substitutio, appellatione tamen hæreditatis restituendæ fideicommissum non contineretur, quod ad vltimò morientem ex reciproca illa substitutione perueniret.

Dices, si hæc vera sunt, etiam ab omnib. receptam sententiam falsam esse, qua dicitur reciprocam intelligi factam, cum vltimo moriẽti facta est substitutio in tota hæreditate; quia semper illa ratio vigẽt: Appellatione hæreditatis fideicommissa non contineri. Respondeo aliud esse in oratione vniuersali constitutum; tunc enim appellatione hæreditatis etiam fideicommissa continentur. l. Cum virum. C. de Fideicommiss. ibi. *Etiam legata huiusmodi fideicommisso contineri, id est, vbi hæres rogatus fuerit, quicquid ex hæreditate ad eum peruenerit, post mortem restituere.*

CAPVT LXXXI.

Alia controuersia de reciproca substitutione, an præsumatur facta cum pluribus hæredibus institutis post mortem omnium testator aliquem substituit?

SEd rursus controuertitur, testator pluribus institutis hæredibus, post mortem omniũ aliquem substituit; vtrum videatur ipsos hæredes inuicem substituere? Communior est sententia non videri: vt patet ex notatis per Gabrielum lib. 4. commun. concl. tit. de substitutionib. concl. 4. n. 1 Manticam de Coniectur. vltim. volunt. lib. 7. tit. 5. n. 6 Menochium de Præsumpt. li. 4. Præsumpt. 62. n. 30. Couuar. ad cap. Raynucius. §. 8. n. 4. de Testam.

Sed cõtrarium docuit Castr. in l. Titia Seio. §. Seia libertis. de leg. 2. & in cons. 404. Duo videntur lib. 1. & 271 Quanquam multa. lib. 2. Curtius iun. in cons. 11. n. 5. vers. Secundo principaliter. & alij a Gabriel. Menoch. & Mantica citati locis annotatis.

Fundamentum communis sententiæ positum est in aliquibus legibus, quæ iudicio meo id non dicunt, ad quod allegantur in l. Pater filium. §. vlt. ff. ad l. Falcid. in l. Qui duos. ff. de vulg. in l. Lucius. §. Caio. ff. ad Trebell. legantur, nihil probant.

Sed verissima tamen mihi videtur ipsa cõmmunior sententia ea ratione, quia visus est Alba. in cons. 31. Fideicommissum censeri onus. l. Si arrogator. ff. de Adopt. l. Cohæredi § Cum filiæ. ff. de vulg. ac proinde non esse pręsumendum, nisi verba id contineant, vel necessaria aut valde vrgens coniectura id suadeat. l. Titia. §. Caius. l. Lucius Titius. §. pen. de leg. 2. Cùm ergo nec verba testatoris in proposita specie reciprocam contineant fideicommissariam substitutionem, nec coniectura talis subsit, meritò dicendum est, reciprocam substitutionem præsumendam non esse.

Coniecturam talem non subesse patet ex eo, quòd cum substitutio sit post mortem omnium, æstimare possumus factam hoc modo, vt singuli hæredes videantur portionem suam grauati post mortem restituere substituto, & pluralitas resoluatur in singularitates, iuxta l. Falsa. §. vlt ff. de cond. & demonstr. 2. ff. de cond. instit. ad finem.

Nec difficile est ad argumenta respondere, quibus contraria sententia nititur. Primum argumentum est ex l. Codicillis. de vsufr. legat. vbi post mortem plurium domus fuit relicta reipub. & tamen fideicommissum ei non debe-

debetur, donec aliquis ſuperſit ibi : *Reſpondi quoad aliquis eorum viuat fideicommiſſum reipublicæ non deberi*, quod argumento eſt, inter ipſos reciprocum eſſe fideicommiſſum.

Reſpondeo, in ea ſpecie ita conſtitutum fuiſſe, quia teſtator ita ordinauit, *vt qui ab his deceſſerit* (ſunt verba textus in d. l. Codicillis) *portio eius reliquis accreſcat, ita vt ad nouiſſimum pertineat, &c.*

Et licèt illa verba teſtatoris ad fundum referantur, tamen rectè etiam domui adaptantur, de qua ſtatim teſtator mentionem fecit, dicens : *Hoc amplius libertis libertabuſq; meis habitationes in domo, quamdiu viuant ; &c. Quam domum poſt mortem eorum ad rempublicam pertinere volo.* Ex quo apparet, ſimiliter hoc teſtatorem voluiſſe, vt ſi vnus decederet, portio eius in domo aliis accreſceret.

Secundum argumentum eſt, cùm ſit ſubſtitutio poſt mortem plurium, eſt perinde, ac ſi vltimo morienti fieret, vt probatur in l. Qui duos. ff. de vulg. Sed cùm fit vltimo morienti, intelligitur reciproca ſubſtitutio. l. Titia Seio. §. Seia libertis. de leg. 2. Ergo etiam intelligitur reciproca ſubſtitutio, cùm ſit poſt mortem plurium.

Reſpondeo, negari poſſe maiorem propoſitionē; quoniam illa lex id non dicit, & non de fideicommiſſaria ſubſtitutione, ſed de directa loquitur: Hoc tantùm vult ibi Iuriſconſultus, ſubſtitutum pupillariter ea conditione: *Si ambo filij impuberes mortui eſſent*, ſi pueri diuerſis temporibus vita decedunt non obtinere amplius, quàm ſex vncias; quia videlicet vltimò defunctus ab inteſtato ſucceſſit priori qui defunctus erat; nec ſubſtitutus admitti poterat, niſi poſt mortem omnium, quia teſtator inter eos voluit ſeruare ius legitimarum ſucceſſionum.

Sed nec minor illa propoſitio ſatis probatur ex d. §. Seia libertis. Neque enim loquitur in hæreditate, ſed in re particulari, nempe, in fundo, quem alienari teſtator prohibuerat, & poſt nouiſſimi mortem voluerat ſubſtitutis reſtitui. Non poterat autem à nouiſſimo reſtitui totus niſi is partem præmorientis accepiſſet. Alia ratio eſt in hæreditate, in qua rectè ſumi poteſt interpretatio, vt ſingulis hæredib. teſtator, quoad eorum portiones, ſubſtituere intelligatur, eóſque rogare vt ſubſtituto reſtituant, poſt mortem, quod exequi omnes poſſunt, licet aliorum præmortuorum portiones minimè conſequatur.

Tertium argumentum eſt, quia cùm fideicommiſſa inducātur ex coniecturis. l. Cum proponebatur. de leg. 2. hæc videatur eſſe legitima coniectura, vt quandoquidem nō voluit teſtator, vt hæreditatem ſubſtitutus haberet prius, quàm omnes morerentur hæredes, idcirco voluiſſe credatur, reciprocam inter ipſos hæredes ſubſtitutionem inducere: vt ſic hæreditas ab vno hærede ad alium perueniat, & demum eis defunctis ad ſubſtitutum.

Reſpondeo, ſumi quidem poſſe eam interpretationem, eámque coniecturam nō omnino alienam eſſe : ſed tamen, quia rectè etiam alia ſumi poteſt interpretatio, verbis ipſis, & naturæ rei conſona, hanc potius certā & perſpicuam ſequendam eſſe, quam obſcuram & incertam. Eſt autem illa interpretatio verbis & ordinationi defuncti patrisfamilias conſentanea, vt voluerit in propoſita ſpecie ſubſtitutum ſuccedere poſt mortem omnium, quemadmodum expreſſit, citra onus reciprocę ſubſtitutionis inter grauatos, quia id non expreſſit. Quamobrem altero decedēte ad eius portionem vocabitur ſubſtitutus, etiam non expectata aliorū morte. argu. l. Lucius. §. Caio. ff. ad Trebell. Qua in re notandus eſt lapſus Iacobi Mandelli in conſ. 31. n. 7. exiſtimantis hoc in caſu ſubſtitutum non ſuccedere, niſi poſt mortem omnium : atque interea portionem decedentium in pendenti eſſe, & ad ſuccedentes ab inteſtato tranſire, vt demùm omnibus defunctis ſubſtituto reſtituantur. Non eſt ita. Nam cùm reciproca ſubſtitutio non intelligatur eſſe facta inter grauatos vno mortuo, ſtatim in eius portione ſubſtitutus ſuccedet, vt in d. l. Lucius. §. Caio. & declarat optimè Couuar. d. c. Rainutius. §. 8. n. 4. de Teſtam.

CAPVT LXXXII.

Quid ſi in ea ſpecie, de qua diſſeruimus in præcedenti capite, perſona ſubſit magis dilecta, & quæ ex præſumpta mente teſtatoris ſubſtitutum excludat?

AMplius & illud controuertitur: ſi perſona ſubſit, quæ ex præſumpta mente teſtatoris ſubſtitutum excludat, vtpote magis dilecta: nunquid tunc inter vocatos hæredes reciproca ſubſtitutio præſumatur, & conſequenter is, qui poſt mortem omnium ſubſtitutus eſt, tunc demum ſuccedat, cùm omnes hæredes fuerint defuncti, & quoad aliquis eorum ſupereſt, excludatur, altero hærede alteri inuicem ſuccedente ex quadam tacita reciproca ſubſtitutione? Affirmant multi, & multi negant, ſubſtitutionem reciprocam intelligi inter hæredes ipſos grauatos : ſed in eo conueniunt omnes: ſubſtitutum non niſi poſt mortem omnium ſuccedere poſſe, vt videre licet ex Couuar. ad c. Rainucius § 8 n. 4. de Teſtament. Alba. in dict. conſ. 31. & 32. & aliis quamplurimis a Menochio citatis libr. 4. de Præſump. in 62. Præſumpt. n. 35.

Qui reciprocæ substitutioni fauent, adducuntur in hanc sententiam, ex eo, quod habetur in l. pen. C. de impub. & aliis substitut. in l. Cum auus. ff. de cond. & demonstr. in l. Cum acutissimi, C. de Fideicommiss. in l. Si is qui ducenta. §. Item si pater. ff. de reb. dub.

Qui verò aduersantur huic sententiæ tria potissimum mihi videntur afferre. Primum si habēda esset ratio personæ magis dilectæ, raro accidere posse, vt communioris & verioris sententiæ ratio habeatur, quam in præcedenti capite asseruimus: nempe cum post mortem omnium siue plurium hæredum substitutus vocatur, non censeri factam inter grauatos reciprocam substitutionem. Nam vix vnquam accidere potest, quin hæredum personæ, qui primo loco sunt instituti, chariores existāt testatori, quin etiam plerumque sint maiori necessitudinis vinculo cōiuncti, aut filij, aut nepotes, aut cognati. Secundò dicunt semper militare argumentum illud, quo suprà vsi sumus, nempe substitutionem tanquam fideicommissum, & per consequens onus continentem inducendam non esse, nisi expressum sit à testatore, aut coniecturis legitimis deprehensum.

Tertiò allegant, & hoc vnum me in eorum sententiam impellit, leges, quæ pro contraria sententia adferuntur ad reciprocam substitutionem probādam nequaquam pertinere: sed hoc tantum demonstrare, substitutum nō nisi post mortem omnium succedere posse. Hoc, inquam me potissimum mouet, vt posteriori huic sententiæ calculum adijciam meum: Animaduerti enim cōtrariam illam sententiam originem traxisse ex traditis a Bartolo ad l. Hæredes mei. §. Cū ita. in 1 col. ff. ad Trebell. qui leges suprà dictas ad hoc tātum attulit, vt ostenderet substitutum non admitti, nisi post mortem omnium grauatorum hæredū, non autem ad eum finem, vt reciprocam illam substitutionem imaginariam introduceret. [illegible]

Quod sanè ita est: Nam audi verba l. pen. C. de impub. & aliis substitut. *Nos eiusdem Sabini [illegible] non [illegible] substitutum admittendum esse [illegible] nisi vterque eorum in prima ætate decesserit.* Nullum hic verbum de reciproca substitutione.

Ecce textum in d. l. Si is qui ducenta. §. Item si pater [illegible] *Sed [illegible] est sententiam testatoris [illegible] esse interpretandam, siue filius [illegible] extraneus non admittatur.* Hic nullum verbum ad rem nostram.

Porrò coniectura, quæ in fauorem nepotū magis dilectorū subsistebat à Papiniano perpensa est in l. Cum auus. ff. de cond. & demon stat. cuius meminit Imperat. in l. Cùm acutissimi. C. de Fideicommiss. non eò pertinet, vt videatur ipso nepotes testator parentib' substituisse, sed ita demùm substitutum voluisse admittere, si filij vel nepotes absque liberis morerentur. Nam si morerētur liberi relictis, *fideicommissi conditione fecisse, quòd minus scriptum, quàm dictum fuerat, inueniretur.* Quare re cum reciproca substitutione, quam doctores venati sunt, nil profectò commune habet.

CAPVT LXXXIII.

Si testator secundùm hanc formulam substituat, vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum, possitne in electione substituti succedere ex quacunque velit substitutione?

Sileat controuersia & contentio doctorum in l. Centurio. ff. de vulg. & alij in locis, quo refert copiose Menochius de Præsump. lib. 4. præsumpt. 63. vtrum electionem habeat substitutus succedendi, ex qua velit substitutione, cùm ea formula vsus est testator, Vulgariter, pupillariter & per fideicommissum. Sileat, inquam hæc dispositio, quoniam apertis legibus definita est ac decisa. Concurrere non possunt eodem tempore vulgaris & pupillaris substitutio; quia aut hæreditas est adita, aut non; si adita est, vulgaris expirat. l. [illegible] post aditam. C. de impub. Si adita non est, pupillaris locum habere non potest: quoniam illa locum habet, cùm hæres adiuit & in pupillari ætate decessit. Quod si patris hæreditas adita non fuerit, & sic hæres non adiuit pupillare testamentum (id est pupillaris substitutio) euanescit. l. 2. §. Adeo. ff. de vulg. Quamobrem tractari non potest, vtrum substituto competat electio succedendi ex vulgari, an verò ex pupillari. Electio enim competit quoties plura sunt remedia, non si vnum duntaxat sit refugium.

Concurrunt autem commodè vulgaris & fideicommissaria. Item pupillari & fideicommissaria & in his aperto iure vtimur, ac proinde quid statuendum sit, iure in dubium vocari non potest: si vulgaris & fideicommissaria substitutio cōcurrant; electionem substituto dari, author est Vlpianus in l. Recusare. [illegible] ff. ad Trebell. his verbis: *Titius hæres institutus Sempronio substituto* (vulgariter) *rogatus est ipsi Sempronio hæreditatem restituere* (Vide hic fideicommissariam substitutionem) *quæritur, an cogendus sit adire & restituere hæreditatē* (est ac si quæratur, vtrū substituto competit electio & fideicōmissio succedēdi) *& deliberari potest: sed verius est cogendum eum: quia interesse Sempronij potest ex institutione, quam ex substitutione habere*

bere hæreditatem, vel legatis, vel libertatibus onerata substitutione.

Idē probat text. in l. vlt. C. de codicill. quod si pupillaris & fideicommissaria simul concurrant, manifestum est, electionem substituto non dari, neque. n. substitutus eligere potest hanc viam, vt in bonis patris succedat per fideicommissum, & non in bonis filij per pupillarem substitutionem. Vlpianus in l. Sed si plures. §. Filio impuberi. ff. de vulg. *Filio impuberi,* inquit, *hæredi ex asse instituto substitutus quis est, extitit patri filius hæres: an possit substitutus separare hæreditates, vt filij habeat, patris non habeat. Non potest, sed aut vtriusque debet hæreditatem habere, aut neutrius, iuncta enim hæreditas cæpit esse.*

Certè si electio detur substituto, poterit patris tantùm hæreditatem petere ex fideicommisso, eo enim facultates filij non continentur. l. Cohæredi. §. Cum filiæ. ff. de vulg. Sed non potest, vt Vlpianus docet, ergo nec electio talis ei competit.

CAPVT LXXXIV.

Vtrum in fideicommissis filius ingrediatur in locum patris?

SIleat iam quæso inter eos, qui æqui & boni notitiam profitentur, omnis contentiosa disputatio. Vtrum in fideicommissis filius ingrediatur locum patris: sic enim ratiocinemur. Hic agitur de testatoris voluntate, qui fideicommissum ordinauit, interpretanda; Vtrum videlicet ea fuerit voluntas, vt filius loco patris defuncti succederet. Ergo eam interpretari debemus iuxta legum præscripta, legis autem sententia hæc est. Modestinus in l. Cùm ita. §. In fideicommisso, de leg. 2. *In fideicommisso, quod familiæ relinquitur, ij ad petitionē eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad vlteriores voluntatem suam extenderit.*

Primo gradu autem (est idem quod proximus, imò litera communis habet proximo), is dicitur, quem nemo antecedit. l. Proximus. 92. ff. de verb. sig. nec interest vnus solus sit, an ex duob. prior pluribúsve, an duo pluresve ab eodem gradu venientes, qui vel cæteros antecedant, vel soli sint. l. 2. §. Legitimæ ff. de suis & legit. hæred. Ergo is, quem nemo antecedit, tanquam proximior vocatus intelligitur, siue vnus, siue plures sint.

Ergo filius in locum patris admittitur, quia is defuncto patre, in locum eius succedit, & nemo illum antecedit, quia locum patris tenet, cùm agitur de successione aui, vel patrui, & similium. §. Cùm filius. in Instit. de hæred. quæ ab intest. deferunt. §. Reliquum. in Auth. eod. tit. & in Auth. Vt fratrum filij. in principio.

Et quoniam ista repræsentatio patris, ac in locum eius successiō collata est filiis solum, cùm agitur de aui vel patrui hæreditate, vt in locis allegatis expressum est, sequitur, vt si de aliorum hæreditate, ac successione agatur, aliter existimandum sit, nempe filium in locum patris non succedere in fideicommissis, sicut nec in cætera intestati hæreditate. Obstrepant hic, quantum velint, qui vel defuncti affectionem diuinant, vel mille doctorum nomina comminiscuntur: ego paucis his ex fontibus mihi puram iustitiam haurio, qui non est cōtentus, legat Manticam de coniect. vlt. volun. lib. 8. tit. 9. & Menochium de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. 95. num. 14.

CAPVT LXXXV.

Vtrum in fideicommissis, in quibus à testatore proximiores vocantur, intelligantur vocati proximiores ipsius testatoris, an verò grauati.

SÆpe accidit, vt testatores hæredibus institutis, ac substitutis mandent bona sua in familia conseruari, & proximioribus deferri. Quamobrem in controuersiam venire solet, vtrum proximiores defuncti testatoris vocati esse censeantur, an verò proximiores grauati, qui videlicet post mortem fideicommissum restituere tenetur. Et quoniam relatis quidē copiosè authoritatibus, rationibus autem leuiter perpensis tractatur hæc controuersia à Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 8. tit. 10. & ab Antonio Tessauro decis. Pedemont. 65. conabor ipse argumentorum in vtramq; partem vim, ac momenta discutere; & ex his sententiam meam pro viribus stabilire.

Qui grauati hæredis proximitatem spectādam esse censuerunt, adducti in eam sententiam fuere his potissimùm argumentis. Primum est ex l. Cùm ita. §. In fideicommisso, de leg. 2. Modestinus: *In fideicommisso quod familiæ relinquitur, q̄ ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore, quo testator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati sunt, nisi specialiter defunctus ad vlteriores voluntatem suam extenderit.*

Ex sententia igitur Modestini ad fideicommissum primò admittuntur nominati. Secundo loco proximiores (scilicet nominatis) & ex his, qui in primo gradu sunt.

Sed non hic est sensus verborum Modestini, hoc enim vult, vt primò admittātur nomi-

nati, secundò illi, qui ex familia defuncti fuerunt, cùm testator moreretur, & ij nõ omnes, sed duntaxat ij, qui primo gradu procreati sunt. Si igitur qui erant proximiores ex familia testatoris, cum is moreretur, secundo loco admittuntur, sequitur dicendum non esse rationem habendam proximitatis grauati, sed proximitatis testatoris: & sic proximiores intelligi vocatos, scilicet testatoris proximiores, non autem grauati.

Secundum argumentum est, Testatoris voluntas sic interpretari debet, vt iuri sit conformis, vt notatur in l. Hæredes mei. §. Cum ita ff. ad Treb. Sed ius ita disponit, vt aliquo moriente is, qui proximior eius est, succedat, l. 2. §. Legitima. ff. de suis & legit. hæred. Ergo & voluntas testatoris sic interpretari debet, vt vocatus esse censeatur proximior eius, qui grauatus est.

Responderi potest non esse bonam consequentiã, quoniam potius concludi debet, sic interpretandam esse voluntatem testatoris, vt succedat ex fideicommisso is, qui proximior est ipsi testatori, non autem grauato, neque .n. per fideicommissum testator successores constituit grauato, sed sibi. Et quod dicitur hæreditatem alicui quæsitam, eo mortuo, deferri eius proximiori, ad rem non pertinet, quia in specie nostra hæreditas absolutè quæsita non est grauato, sed cum onere eam restituendi proximiori ex fideicommisso testatoris, ac proinde restituere debet proximiori ipsius testatoris.

Tertium argumentum est ex cap. 1. de Natura success. feudi. vbi ita constitutum est, vt si feudum paternum, quod deuoluitur ad descendentes masculos, iuxta c. 1. de success. feudi, per diuisionem vni ex fratrib. obuenerit, donec superest aliquis ex linea ipsius fratris, pertineat ad superstitem ex ea linea, licet alij extent ex linea alterius fratris proximiores primo acquirenti.

Sed nihil ad rem facit, quia ibi de feudo agitur, quòd absolutè & absque onere restitutionis deuenit ex diuisione ad vnum ex fratribus; nos autem loquimur de re, quæ ad grauatum peruenit non absolutè, sed cum onere restituendi, vt dictum est.

Quartum argumentum. Hæres vocatus grauatúsque in fideicommisso prædilectus est à testatore alijs, qui vocati non fuere, vt pater. Igitur & eius descendentes censentur etiam prædilecti. argum. l. Cum auus. ff. de cond. & demonstr. & l. Cum acutissimi. C. de Fideicommiss.

Sed responderi potest ex dictis legib. non rectè sumi propositionem illam generalem, quia loquuntur in casu illo speciali, ne videatur testator suæ soboli alienam anteponere & nihil inde cõcludit, quia hic testator expressit, ad quos voluerit bona peruenire post mortem vocatorum, nẽpe ad proximiores, quod intelligendum est scilicet ipsius defuncti testatoris.

Quintum argumentum ex eo deducitur, quod plerunque accidit, vt post grauati mortem extent proximiores defuncto testatori, qui tempore mortis eius non extabãt, ac proinde tanquam nec nati, nec cõcepti tempore mortis non succederent, iuxta l. lege duodecim tabularũ. C. de legitim. hæred. quamobrẽ nec a testatore videri potest habita eorum ratio fuisse: nullã enim erga eos affectionem habuit, ideo potius respexisse videtur ad successionem sanguinis, vt sic grauato decedente succederet proximior eius, qui ad successionem ab intestato vocatur.

Sed responderi potest, hæc esse dissimilia: Nam verum quidem est non natos, nec conceptos tempore mortis intestati defuncti ad successionem non admitti, sed ratio est, quia tũc alij extant, qui ad successionem vocantur, ac succedũt. Sed hic tempore mortis grauati, quo tempore ex fideicommisso delata est successio proximioribus, extant proximiores vocati à testatore, & nullus alius eos antecedit, ergo admitti debent. Etsi enim affectionem particularem erga hũc vel illum testator non habuerit, in genere tamen habuisse videtur ex generali fideicommisso in familia relicto. Itaque ad proximitatem suam respexit, nõ autem hæredis grauati.

Postremum argumentum sumitur ex l. Codicillis. ff. de vsufruct. leg. sed quoniam friuolum prorsus est, cùm illa lex ad rem istam non pertineat, vt declarat Menoch. in consil. 114. nu. 51. lib. 2. ideo nec confutatione indigere videtur.

Quod igitur proximitas defuncti in proposita quæstione spectãda sit, longè probabilius mihi videtur. Probatur primò hæc sententia ex d. l. Cum ita. § In fideicommisso. de leg. 2. ibi: *Qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore, quo testator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati sunt*: atque idem ferè probãt, licèt non tam clarè l. Peto. §. Fratre. ff. eo tit. & l. vlt. C. de verb. sig.

Respõdet Roland. a Valle, in cõs. 100. n. 23. li. 1. ex hoc non inferri testatoris proximitatem esse spectãdã, quia ille textus sibi contradiceret, si hoc vellet, cùm immediatè velit proximitatẽ vltimi decedentis admissi ad fideicommissum esse inspiciendum: debet igitur (inquit Rolandus) textus intelligi, quod tempus mortis in eo inspiciatur, vt ij soli vocẽtur, qui tempore mortis erant in familia, sed inter eos dicendum est, quod admittendi veniant, qui erant proximiores nominatis. Hactenus ille.

Sed

Sed non rectè, quia quod ſupponit, non probatur, nempe textum velle, proximitatem vltimi decedentis admiſſi ad fideicommiſſum eſſe ſpectandam. Vbi quæſo textus hoc dicit? Nullibi ſanè, niſi textum inducas, vt ſuprà in primo argumento contrariæ opinionis reſponſum eſt, ſed iam ibi oſtenſum eſt, non rectè id fieri.

Secundò hæc ſententia probatur, quia in fideicommiſſis ſucceditur defuncto teſtatori, non autem hæredi grauato. Ergo inſpicienda eſt proximitas ipſius, non autem grauati. Antecedens probatur ex l. Cohæredi. §. Cùm filiæ. ff. de vulg. Conſequens autem patet, quia ſi non ſucceditur in bonis grauati, cur deberet haberi ratio proximitatis eius? Ratio enim proximitatis habetur reſpectu eius, de cuius ſucceſſione agitur. l. 28. §. Proxima. ff. de ſuis & legitim. hæred. & ſatis certum & indubitatum eſt.

Reſpondet Socin. iun. in conſ. 126. n. 49. lib. 1. negando veram eſſe propoſitionem illam: In fideicommiſſis ſucceditur teſtatori, aut iure probari. Nam text. qui adfertur in l. Cohæredi. §. Cum filiæ. ff. de vulg. nihil aliud dicit, niſi proprias filij facultates fideicommiſſo non teneri. Veram autem non eſſe patet: Nám cùm bona defuncti teſtatoris ad grauatum deuenerint, fideicommiſſarius dicitur illi ſuccedere in dictis bonis ex diſpoſitione ſcilicet teſtatoris.

Secundò reſpondet: Id quod dicitur fideicommiſſarium teſtatori ſuccedere, intelligendum eſſe mediante perſona grauati (vtor eius verbis) de cuius manu accipit, & cui immediatè dicitur ſuccedere, nec inconuenit ſic dicere, cùm hæres hæredis teſtatoris, & primi morientis ſit hæres. l. vlt. C. de hæredibus inſtituendis.

Replicari poteſt, imò veram eſſe propoſitionem, quæ in argumento aſſumitur, nempe fideicommiſſarium teſtatori ſuccedere. Si enim propriæ grauati facultates fideicommiſſo non tenentur, vt in d. l. Cohæredi. §. Cum filiæ. ſequitur non ſuccedere fideicommiſſariũ ipſi grauato, ſed potius teſtatori, ſi enim grauato ſuccederet, in eius bonis ſuccederet. Sed probatur eadem ſentẽtia, quoniam fideicommiſſarius bona ex manu grauati conſequitur ex fideicommiſſo teſtatoris, igitur ex ipſo teſtatore illa conſequi videtur, argum. l. Vnum ex familia. §. 1. de leg. 2. vbi Papinianus ait, electum ab eo, cuius fidei teſtator id commiſit, cenſeri electum ab ipſo teſtatore. Sed quid opus eſt emendicatis hac in re ſuffragiis? nónne Trebelliano Senatuſconſulto cautum eſt, vt ei & in eum qui hæreditatem recipit ex fideicommiſſo, vtiles actiones competant, quaſi hæredi & in hæredem. l. 1. ff. ad Trebell. §. Reſtituta. in Inſtitut. de fideicommiſſ. hæreditat. Ergo Fideicommiſſarius eſt loco hæredis defuncti teſtatoris, & ſic cùm ſuccedat teſtatori, actiones ei, & in eum dantur, quæ aliás hæredi & in hæredem darentur, & quæ defuncto & in defunctum competunt. Quis hic negare audeat eum teſtatori ſuccedere? aut quis affirmare non erubeſcat eum ſuccedere grauato, quoniam ex eius manu accipit bona? Verius dixerit ſuccedere poſt grauatum tanquam ſubſtitutum ipſi teſtatori.

Quod autem ſubdit fideicommiſſarium teſtatori ſuccedere mediante perſona grauati, vt verum ſit, quid ſanè ad rem facit? *De cuius manu* (inquit Socin. iun.) *accipit, & cui immediatè dicitur ſuccedere* Hoc poſtremum nego, de eius quidem accipit manu hæreditatem, ſed non ei dicitur ſuccedere, verùm teſtatori, qui eum vocauit: *Nec inconuenit*, inquit, *ſic dicere: cùm hæres hæredis teſtatoris ac primi morientis ſit hæres.* Imò non conuenit ſic dicere, quia verum non eſt, & non eſt hæres hæredis fideicommiſſarius, id eſt hæres ipſius grauati. Hęres grauatus reſtituit quidem ex fideicommiſſo bona, ſed ea reſtitutio non facit eum, cui reſtituuntur, hæredem eius, qui reſtituit, ſed quoad vtiles actiones teſtatoris defuncti. Ipſius autem reſtituentis, nec quoad vtiles nec quoad directas, reſpectu bonorum teſtatoris defuncti.

CAPVT LXXXVI.

Vtrum in pupillari ſubſtitutione frater vtrinque coniunctus præferatur fratri cõſanguineo?

Teſtator duos filios habens ex prima vxore, & duos ex ſecunda, eos hæredes inſtituit, ac inuicem ſubſtituit vulgariter, pupillariter: & per fideicommiſſum, vt fieri plerunq; ſolet in Italia. Vnus eorum moritur: quæſtio eſt, qui ex ſubſtitutione ei ſuccedat, ſolúſne frater eius vtrinque cõiunctus, an verò omnes æqualiter, etiam conſanguinei vna cum fratre vtrinque coniuncto ſuccedant? Et ſiquidem ex ſubſtitutione vulgari ſuccedatur, inter omnes conuenit, omnes fratres æqualiter ſuccedere, tam vtrinque cõiunctum, quàm cæteros ex vno latere tantùm coniunctos. Cæterùm ſi ex pupillari ſuccedatur, non eſt eadem omniũ ſententia. Etenim ſolum fratrem vtrinque cõiunctum ſuccedere, ac reliquis præferendum Bartol. ſenſit ad l. Re coniuncti. n. 62. de leg. 3. Bald. in conſ. 424. libr. 5. Socin. ſen. ad l. Si cognatis. nu. 38 verſ. Quarta concluſio. ff. de reb. dub. Ruin. in conſ. 90. nu. 8. & 107. nu. 6. lib. 2. Curt. iun. in conſ. 125. n. 3.

Sed contrariam ſententiam habuerunt Aretinus & Ripa & Alciatus ad l. Lucius. circa fi-

nem.ff.de vulg. idem Alciatus ad l. Cohæredi. §. Qui discretas.num.5.ff.eod.tit.& alij quos commemorat Menoch. in cons. 193.n.3.4.li.2. & de Præsumpt.lib.4.Præsumpt.75.n.2.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia frater vtrinque coniunctus est potior in successione intestati fratris, ac præfertur consanguineo, vt in Auth. Itaque.C.commun.de success. Est ergo iustum & æquum, vt & in substitutione ista præferatur, quia testatoris voluntas ac dispositio interpretari debet, vt sit iuri consentanea.l.Hæredes mei.§.Cum ita.ff. ad Trebell.& notatur in l Cum ita §.In fideicommisso. ff. de leg.2. & hic agitur de succedendo ipsi pupillo defuncto. vt patet.

Posterioris autem sententiæ illud est fundamentum, quod in pupillari substitutione non sit habenda ratio personæ pupilli, sed affectionis ac voluntati testatoris. Nam si ratio pupilli hac in re habenda esset, pupillaris substitutio matrem non excluderet pupilli, quam tamẽ excludit, vt supra conclusimus hoc eod. lib.cap.42. Et ratio est, quæ colligitur ex l Papinianus.§.Sed neque impuberis.ff.de inoffic. testam.quia scilicet pater est, qui testamentum fecit.

Sed mihi hanc sententiam magis probat id, quod habetur in l.Qui liberis.§.Hæc verba.ff. de vulg.in illis verbis: *Partes quoque eadem ad substitutos pertinent, quas in ipsius patrisfamilias habuerunt hareditate.* Si enim substitutio interpretanda est ex institutione, vt substituti easdem partes habeant ex substitutione, quas habuerunt ex institutione, manifestum est omnes fratres æqualiter ex substitutione admittendos esse, quemadmodum æqualiter fuerunt instituti, quod sanè argumentum vir doctissimus non perpendit Iacobus Menochius loco suprà citato.

Excipio tamen ab hac sententia illam speciem, in qua testator tam filios ex prima vxore separatim instituit, ac substituit, quàm etiã filios ex secunda vxore: tunc enim vno decedente ex eis, alter ei coniunctus succedet, vt in d l.Cohæredi.§.Qui discretas.ff.de vulg. vbi præclarè Papinianus: *Qui discretas portiones coniunctis pluribus separatim dedit, ac post omnem institutionis ordinem ita scripsit Quos hæredes meos inuicem substituo Coniunctos primo loco vice mutua substituere videtur, &c.*

Quod attinet ad argumentum contrariæ opinionis, illud haberet locum, si de intestati pupilli successione ageretur, sed cùm agatur de pupillo, cui testamento patris datus est substitutus, iam non ex regula intestatæ successionis, sed ex voluntate ac sententia patrisfamilias interpretatio sumi debet.

Nõ obstat, quod dicitur patrisfamilias sententiam ac voluntatem ita esse interpretandã, vt legi sit cõsentanea. Nam id locum sibi vindicare potest, vbi testatoris verba sunt obscura & ambigua. Sed cùm in proposita specie nullo discrimine adhibito omnes filios æquè substituerit, nulla est dubitatio, quin eos æqualiter succedere voluerit, qui erant omnes æqualiter filij, æqualiter coniuncti testatori, & æqualiter ab eo in institutione honorati.

CAPVT LXXXVII.

Quid si retenta præcedenti facti specie agatur de fideicommissaria substitutione.

DVo sunt potissimùm argumenta, ex quibus euincitur idem & in fideicommissaria substitutione respondendum esse, quod suprà in præcedenti capite de pupillari responsum est, nempe, substitutione facta inter filios tam ex primo, quàm ex secundo matrimonio, & altero corũ absque liberis defuncto ad successionem admittendos omnes fratres æqualiter, tam vtrinque coniunctum, quàm ex vno latere tantùm. Primum argumentum est ex l. vlt.ff ad Trebell.Paulus: *Iulius Phœbus testamento facto cùm tres liberos hæredes institueret, Phœbum & Heracliam ex eadem matre, Polycratem ex alia æquis portionibus, petiit à Polycrate minore fratre, vt accepto certo pretio hæreditatem fratribus concederet & inuicem eos, qui ex eadem matre erant, si quis eorum hæres non fuisset, substitueret* (hæc erat vulgaris, quæ nil ad rem) *Polycrati, si intra pubertatem decessisset: secundas etiam tabulas fecit, quas matri eius commendauit aperiendas, si impubes obijsset.* (Nec ista pupillaris ad rem pertinet) *Deinde petiit à prioribus* (hæc ad rem) *vt si quis eorum sine liberis decederet, portionem suam exceptis bonis maternis eorum & auitis ei vel eis qui superessent restitueret. Heraclia soror mortua sine liberis fratrem suum Phœbum instituit hæredem. Polycrates fideicommissum petierat & obtinuerat apud Aurelium Proculum Proconsulem Achaiæ. Appellatione facta cùm solus Phœbus egisset, victus est, quia ei, vel eis verba vtrumque fratrem complecterentur, &c.*

Igitur & in proposita specie idem respondendum videtur, quoniam cum testator inuicem filios tam primi, quàm secundi matrimonij per fideicommissum substituit, omnes filios, & sic tam fratrem defuncti vtrinque coniunctum, quàm ex vno latere tantùm comprehendit. Sicut ergo apud Paulum ea interpretatio non admittitur, vt frater vtrinque coniunctus præferatur, ita nec admitti debet in hac nostra specie: quanquam non diffiteor aliam fuisse à Paulo circumstantiam perpensam voluntatis testatoris, ex eo, quod exceperat bona eorum materna, vt ibi dicitur.

Alterum

Alterum eſt argumentum, quoniam per fideicommiſſariam ſubſtitutionem ſucceditur teſtatori, vt ſuperius oſtenſum eſt cap. 85. Ergo non eſt alia habenda ratio, quàm proximitatis teſtatoris: Omnes autem filios conſtat teſtatoris æqualiter eſſe coniunctos, quam ob rem nihil refert, an defuncto filio alter frater altero ſit coniunctior.

Huc accedit regula, quam in præcedenti capite commemorauimus ex l. Qui liberis. §. Hæc verba. ff. de vulgar. & idem probat l. 1. C. de inſtitutionib. & ſubſtitut. & aliæ ſimiles, nempe, ſubſtitūtionem ex inſtitutione interpretandam eſſe ac metiendam. Quare cùm omnes filij fuerint æqualiter ſubſtituti. Atque ita docent Ruinus in conſ. 107. numero ſexto, lib. 2. Decius in conſ. 304. nu. 2. Alciatus ad. l. Cohæredi. §. Qui diſcretas. numero 5. ff. de vulg. & ad l. Lucius. n. 48. eod. tit. Crauetta in conſ. 43. num. 1.

Contraria verò ſententia, quàm ſecuti ſunt Socinus ſenior ad l. Si cognatis. num. 4. ff. de rebus dub. Ruin. in conſ. 166. num 5. lib. 2. Curtius iunior in conſ. 125. nu. 4. 5 6. & ſi qui ſunt alij, illo ſatis infirmo nititur argumento, quod in fideicommiſſis ſpectāda ſit proximitas grauati, non autem teſtatoris, & ea inſpecta, tunc ſucceſſionem deferendam eo ordine, qui à lege conſtitutus eſt, vt ſic teſtatoris diſpoſitio ex eo videatur interpretationem accipere. Sed cum hoc fundamentum corruat ex his, quæ ſuprà latè diſſeruimus, cap. 85. vt omnis, qua hæc ſententia ſuſtinetur, machina ſimul ruat, neceſſe eſt.

CAPVT LXXXVIII.

In fideicommiſſo conditionali, vtrum nati poſt conditionis euentum admittantur, vt concurrant cum ijs, qui euenientis conditionis tempore extabant & admiſſi fuerunt?

VT vocati per fideicommiſſum conditionale, tempore euenientis conditionis extent neceſſe eſſe, inter omnes conſtat ex l. Cum pater. §. Hæreditatem. de leg. 2 l. Interuenit. ff. de legat. præſtand. & ex alijs locis: & hęc eſt celebris illa ſententia Ioannis Andreæ in additione ad Specula. tit. de Teſtament. quā ab omnibus probari reſpondit Alciatus in conſil. 5. 4. num. 1. Tiraquell. de retractu conſang. §. 1. Gloſ. 9. n. 97. Curt. iun. in conſ. 58. num. 5. & alij paſſim.

Cæterùm quandoque accidit, vt voluntas teſtatoris in familia ordinantis fideicommiſſum, ac inter deſcendentes poſteros & agnatos, etiam quandocunque natos & exiſtentes admittat, quod cùm certum eſt, neminem puto iure dubitaturum, quin ſuperior illa regula & concluſio deficiat, quoniā in conditionibus primum locum ſibi vindicat voluntas teſtatoris. l. In conditionibus. ff. de cond. & demonſtrat. ac ſanè hac in re nulla fere controuerſia eſt. Illud maximè dubium mihi & controuerſum videtur: In ea ſpecie, in qua cōſtat etiam naſcituros poſt conditionis euentum ex voluntate teſtatoris admittendos eſſe, vtrū admitti debeant, ſi tempore conditionis euenientis alij extabant, qui tanquam proximiores admiſſi fuerint, ac fideicommiſſum vindicauerint, ad eum effectum, vt poſtea nati, ſi priores gradu exiſtant, auferre poſſint bona fideicommiſſo ſubiecta iis, qui ea iam vindicaſſent ex fideicommiſſo, aut ſi in pari gradu ſint, cum eis concurrant, & participare debeant fideicommiſſum.

Eſt, inquam, hac de re controuerſia non ignobilis, ſi quidem contraria extant reſponſa magni nominis Iuriſconſultorum Hippoliti Riminaldi in conſ. 564. lib. 4. & Iacobi Menochij in conſ. 413 lib. 5.

Et quanquam de ea conſultatione, cuius veritas ex aliis circumſtantiis pendet, mihi animus non eſt aliquid ſtatuere, præſertim cùm in Ciuitate Placentina ſub iudice ſit adhuc indeciſa: tamen, vt in hoc articulo, quem propoſui, iudicium interponam meum, quando vltimarum voluntatum controuerſias tractandas ſuſcepi, faciendum eſſe iudicaui.

Quod igitur poſtea nati admittendi ſint, vt concurrant cum iam natis & admiſſis, vt ſupra reſpondit Paulus Caſtrenſ. in conſ. 247. In cauſa, quæ vertitur Sauonę, lib. 1. vbi inter cætera ſic ait: *Nam teſtator non cenſetur plus ſenſiſſe de illis, qui reperirentur nati tempore alienationis quam poſt. cùm ad omnes pariter habuerit affectionem. Praterea ſi aliqui fuiſſent nati, fateor, quod ipſi ſoli fuiſſent admiſſi ad reuocandum, ſed alijs poſtea naſcentibus teneretur participare cum illis, nam ſi legarem eis, & aliqui eſſent nati tempore teſtamenti vel mortis aliqui naſcerentur poſt. quis dubitat, quod omnes participare deberent. ſi conſtaret, quod de naſciturıs ſenſit? l. Si duobus. § fi. & l. ſeq. de leg. 1. &c.*

Caſtrenſem ſecuti ſunt Ruin in conſ. 22. lib. 2. Natta in conſ. 675. n 6. Rolan. à Valle in con. 60. num. 47. li. 3. alios citat Hippolit. Riminal. in d. conſ. 564 lib. 4.

Contrarium autem reſponderunt Alciat. in d. conſil 5. 4 num. 6. Alexander in conſ. 13. lib. 4. Caſtrenſ. in conſil. 16. lib. 2. ſed clarius his Alba. in conſil. 106 & Petrus Antonius Anguſciola lib. 6. conſil. 67. & poſt Menochius d. conſil. 413. lib. 5.

Poſterioris ſententiæ argumenta ſunt iſta. Primum, Dominium rerum in pendenti eſſe non poteſt. l. Si ex duobus. §. Sed & Marcellus. ff. de in diem addict. l. vlt. in fine ff. commun.

præd. Sed si postea nati admitterentur, dominium staret in pendenti: quia priores qui tempore existentis conditionis aderant, illud non haberent firmiter & certò, sed ex futuro euentu, si videlicet alij non nascerentur, id penderet: ergo postea nati admittendi non sunt.

Secundum argumentum est, quia si postea nati admitterentur, auferrent partem, vel totum illis, qui iam admissi fuissent; & rursus si alij nascerentur, aliam partem auferrent, & sic semper incerta esset portio admissorum, & sæpius fieret variatio in eodem negotio, quæ omnia videntur absurda.

Tertium. In conditionibus habetur ratio primæ existentiæ, non autem eius, quod postea interuenit. l. Si quis hæredem C. de instit. & substit. Ergo si tempore euenientis, seu existentis conditionis aliqui vocati existunt, eorum est habenda ratio, nec mutari res debet ex eo, quod postea alij nascuntur, & sint in pari vel priori gradu.

Quartum argumentum. Cùm hic agatur de substitutione, quæ iam effectum habuit in persona natorum & admissorum, qui successerunt, ea dicitur esse iam prorsus extincta & euolata. [illegible] l. Si mater. §. 1. ff. de vulg. & l. Cum in testamento ff. de hæred. instit. Consequenter alij postea nati, qui eiusdem substitutionis vigore petunt se admitti, minimè admittendi sunt.

Quintum argumentum est ex l. Cùm ita. §. In fideicommisso. de leg. 2. vbi ad fideicommissum primò admittuntur, qui erant tempore testamenti, & post eos, qui tempore mortis erant: ergo sic & in proposita specie prius admitti debent illi, qui nati erant tempore euenientis conditionis; & post eos extinctos illi, qui postea nati sunt. Quod si inter natos tempore euenientis conditionis admittitur is solum, qui proximior est, vt ibi dicitur, multò magis debet natus præferri non nato.

Verùm istis nil morantibus contrariam sententiam probabiliorem esse iudico & amplector: & quanquam sciam multa adferri argumenta, & inter alia adferri textum in l. Peto §. Fratre. de leg. 2. nihil tamen illa me mouet. Nam textus in §. Fratre. admittit quidem proximum, qui existit tempore conditionis, si paratus sit cauere se familiæ restituturum, sed hoc intelligi post eius mortem potest, vel post alienationem, quia proximus iam est admissus, & consequenter alij de familia sequuntur, non autem præcedunt vel concurrunt, quare & textus dicit: *Nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in posterum lædi debet, sed ita proximus quisque admittendus est, si paratus sit cauere, &c.* Quanrobrem locus ille ad quæstionem nostram non pertinet.

Argumentum igitur, quod me mouet, est Pauli Castrensis in d. consi. 247. lib. 1 quod tamen ego clarius deducam in hunc modum: Si testator legatum vel fideicommissum relinquat tā nato, quam posthumo nascituro post eius mortem, sine dubio posthumus quandocunque natus partem suam habebit, & concurret cum eo, qui iam natus & admissus fuit. l. Si duobus. §. vlt. & l. Sequenti. ff. de leg. 1. Sed in proposita specie ita est in facto, quia fideicommissum relinquitur omnibus de familia secundum gradus prærogatiuam & ordinem tam natis, quam nascituris: ergo nascituri quandocunque partem suam habebunt, & concurrent cum iis, qui iam admissi fuerunt, aut totum habebunt, si proximiores erunt ipsi postea nati: sicut enim partem vindicant, si sint in pari gradu, ita & totum vindicabunt, si fuerint in priori gradu.

Et ideo illud potissimum perpendi debet in hac specie, verum scilicet testator voluerit eum, qui natus non sit tēpore euenientis conditionis, puta alienationis vel mortis admitti. Nam si voluerit admitti, nil nocere ei potest, quod alter, qui erat tempore mortis, vel alienationis admissus fuerit, quia ille totum haberet, si alij non fuerint postea nati, vt in d. l. Si duobus. §. vlt. sin autem nati fuerint, partem duntaxat habere debebit, aut etiam penitus excludi, si postea natus erit proximior. Ratio est, quia hæc duo se inuicem consequuntur, vt si testator proximiores vocauerit ad fideicōmissum tam natos, & existentes tempore cōditionis, quam postea, illud etiam voluisse intelligatur, vt postea nati concurrant cum iam natis & existentibus. Et hoc est quod dicebat Paulus Castrens. in verbis quæ suprà nos retulimus. Cui sanè argumento responsum a nemine vidi ex his, qui contrariam sententiam amplexi fuēre.

Nec difficile est ad argumenta in contrarium respondere. Nam quod attinet ad primum, respondeo, in hac materia fideicommissorum nouum non esse, vt dominia aliquo modo sint in pendenti ad hunc videlicet modum, vt vni reuocabiliter dominium rei acquiratur: Id est, vt reuocari possit, & ab alio post diem vel conditionem reuocari. l. pen. §. Sin autem sub conditione. C. commu. de lega. Et in hoc ipso, de quo agitur articulo, nónne constat posthumo relinqui posse legatum & hæreditatem. l. Placet. ff. de li. & posthum. Ergo antequam nascatur, nónne in suspenso erit in hoc sensu dominium rei relictæ?

Ad secundum respondeo, absurdum non esse, vt natus det suam portionem posthumo, cùm natus erit, vt probatur in d. l. Si duob. §. vlt. & l. seq. de leg. 1.

Ad tertium respondeo, regulariter id verū esse,

eſſe, quod in argumento aſſumitur, & nos etiam amplius id fatemur, poſtea natos excludi, quia tempus euenientis conditionis inſpicitur, ſed ſupponimus ita voluiſſe teſtatorem, vt & futurorum, & quandocunque natorum, etiam poſt conditionem ratio haberetur.

Ad quartum reſpondemus, ſubſtitutionem effectum ſuum & conſummationem habuiſſe quo ad exiſtentes, & natos tempore conditionis pro parte ex portione eorum, non autem pro futurorum portione, aut ad eorum excluſionem, ac præiudicium: Eorum enim cauſa lædi non debet, propter natos tempore cōditionis: alioqui, ſi locus eſſet argumento, illud concluderet, prorſus excludendos eſſe naſcituros etiam poſt extinctos iam natos: quod tamen eſt abſurdum.

Ad quintum reſpondeo, præferendos quidem eſſe eos, qui ſoli extant tempore teſtamenti, vel etiam tempore euenientis conditionis ſecundùm iuris regulas, ſed non vbi teſtator parem eorum rationem habuit, atque exiſtentium tempore conditionis, tunc enim etiam poſtea nati ſuam obtinere debent portionem, etſi proximo in gradu ſint, totam ſibi ex fideicommiſſo vindicare ſucceſſionem. Ita cenſeo in hac difficili controuerſia, nec meæ me pœnitet ſententiæ.

CAPVT LXXXIX.

Ventre inſtituto hærede, an is filius qui ex ea natus eſt vxore, quæ erat tempore teſtamenti, inſtitutus eſſe intelligatur, an vero, qui ex alia etiam vxore natus erit?

TEſtator ventrē vxoris ſuæ inſtituit, quęritur vtrum inſtitutus eſſe intelligatur filius, qui ex ea vxore, quam tūc habuit naſceretur, an verò etiam is, qui ex alia vxore, quam poſtea duxiſſet, procreatus eſſet? Et quidem interpretes noſtri in diſcrepantes abierūt ſententias. Nam eum duntaxat inſtitutum videri qui ex vxore tunc prægnante naſceretur, non autem ex alia docuerunt Paulus Caſtrenſis, Raphael Cumanus, & Aretinus ad l. Placet. ff. de lib. & Poſthum. Quorum illud eſt fundamentum, quod his verbis. *Ventrem vxoris meæ &c.* Videatur teſtator de poſthumo, ſiue de filio ex certa perſona naſcituro intellexiſſe: quo in caſu certum eſt inſtitutionem nō poſſe extendi ad eum, qui ex alia perſona naſceretur. l. Filius. §. Si quis ex certa. ff. de liber. & poſthum. Triphoninus: *Si quis ex certa vxore natum ſcribit hæredem in periculum rumpendi teſtamentum deducit ex alia ſuſceptis liberis.* Etenim venter dicitur, qui prægnans eſt. l. Vētre. ff. de acquirendis hæredibus. l. 1. §. Inſpiciendo. ff. de ventre inſpiciend. Ergo, dum teſtator inſtituit ventrem vxoris ſuæ, inſtituere videtur filium, qui ex ea prægnante naſciturus eſt, non autem ex alia: perinde, ac ſi diceret: Inſtituo poſthumum meum, vel poſtremum quem habeo, quo caſu non trahitur inſtitutio ad filium ex alia vxore natum, vt dicebat Glo. in l. 5. ff. de lib. & poſthum.

Cæterùm in propoſita quæſtione omnem poſthumum etiam ex alia vxore natum, inſtitutum videri, reſponderunt Alex. & Socin. in d. l. Placet. ff. de lib. & poſthum. & alij, quos refert & ſequitur Mantica de Coniecturis vlt. volūt. li. 4. tit. 9. n. 6. & Menoch. de Præſumpt. lib. 4. Præſumpt. 21. n. 14.

Fundamentum eſt in l. Placet. ff. de liber. & poſthum. illis verbis: *Nam & cùm maritus poſthumum hæredem ſcribit, non vtique is ſolus poſthumus ſcriptus videtur, qui ex ea, quam habet vxorem, ei natus eſt, vel qui tunc in vtero eſt, verum is quoque, qui ex quacunque vxore naſcatur.* Et licet in quæſtione noſtra teſtator ventrem inſtituerit, eſt tamen idem, ac ſi poſthumum inſtituiſſet, argumēto l. 3. §. Nominatim. ff. de iniuſto, rupto, &c. teſta.

Ad argumentū contrariæ opinionis reſpōdent, ita ventris accipiendam eſſe inſtitutionem, vt ad tempus mortis referatur, quaſi teſtator eum inſtituerit, qui tempore mortis in ventre erit, & naſcetur: & ideo nil refert, ſiue ex ea naſcatur vxore, quam teſtator tunc habet, ſiue ex alia.

Ego poſteriorem hanc ſententiam amplector, & pro eius confirmatione perpendo Vlpiani reſponſum in d. l. Placet. in hūc modum: Certum eſt Vlpianum de poſthumo loquentem, accipiendū eſſe generaliter, ſiue poſthumus ſit in ventre vxoris, quam tunc habet teſtator, ſiue non ſit, ſic enim ait Iuriſconſultus: *Dùm maritus poſthumum hæredem ſcribit, &c.* Si dicamus ergo vxorem eſſe prægnantem, & teſtatorem poſthumum inſtituere, ſine dubio videtur ſe referre ad poſthumum ex ea vxore quæ prægnans eſt, naſciturum, & tamen, *non vtique is ſolus poſthumus ſcriptus videtur, verùm is quoque, qui ex quacunque vxore naſcatur,* inquit Triphoninus: ratio eſt, vt teſtamētum ſuſtineatur, ne ex alia vxore natus præteritus videatur, atque ideo teſtamētum ſit irritum.

Nec dicatur, vt dicebat Paulus Caſtrenſis, Triphoninum nō eſſe intelligendum de teſtatore ſciente vxorem eſſe prægnantem, quaſi tunc videatur ſe reſtringere ad eum tantum poſthumū. Quoniam hæc interpretatio vim facit verbis, & merum continet vaticinium. Imò abſurda eſt hæc interpretatio: quia plerūmque accidit, vt qui vxorem habet, & ventrem ſiue poſthumum inſtituit, ſciat vxorem eſſe prægnantem, aut certè ita imaginetur &

iudicet. Cur enim ventrem quis institueret, si non cogitaret vxorem prægnantem, quam habe? Quare secundum illam interpretationem Iurisconsultus eo tantùm casu accipiendus esset quo testator ventrem, vel posthumum instituens, non tamen cogitaret de filio ex ea vxore, quam tunc haberet nascituro, quod sanè absurdum est.

Ad textum verò l. Filius. §. Si quis ex certa. respondeo, locum habere, cùm nominatim fit institutio filij nati ex certa vxore, puta ex Titia vel Seia, nos verò loquimur de ventre instituto vxoris testatoris, nulla certa persona nominata.

CAPVT XC.

Quid si testator posthumum, siue ventrem vxoris instituerit, si prægnans esset.

CÆterùm cùm testator ventrem non simpliciter instituit, sed ea conditione adiecta, si vxor prægnans esset, videtur manifestè loqui de filio, qui nascetur ex ea vxore, quam tunc habuit, & ideo non intelligitur is hæres scriptus, qui ex alia vxore nascetur. argum. d. l. Filius. §. Si quis ex certa. ff. de liberis & posthum. atque ita respondit Angelus in cõs. 51. Simon notarius. Sed hanc sententiam reprobat Alex. in d. l. Placet. ff. eod. tit. Purpuratus latè in cons. 318. n. 3 lib. 2. & alij à Mantica citati de coniect. vlt. volunt. lib. 4. tit. 9 n 6. & Menoch. de Præsumpt. libr. 4. Præsumpt. 21. nu. 20. vers. Sextus est casus; quibus & ipse assentior: Placet enim, vt valeat testamentum, benignam adhibere interpretationem, vt & alibi adhiberi solet in l. vlt. C. de posthum. hæred. instit. in l. Titius. §. Lucius. ff. de li. & posthum. atque ita dicendum erit testatorem instituisse eum ventrem, qui tempore mortis suæ prægnans esset, & posthumum eum, qui tũc nasceretur. Quare siue ex ea vxore nascatur, quam tunc habuit, siue ex alia, quam post cõditum testamentum duxit, talis posthumus hæres instiututus esse videbitur, iuxta l. Placet. ff. eod. tit.

CAPVT XCI.

Si testamentum fratris, in quo turpis persona est instituta, contineat clausulam codicillarem, vtrum frater, qui tanquam præteritus illud rescindit, teneatur scriptis hæredibus restituere hæreditatem legitima sibi retenta? & quid de legatis.

COntrouersia est, si fratris testamentum, in quo turpis persona instituta est, rescindatur: Vtrum frater hæreditatem nihilominus scripto hæredi restituere teneatur, legitima sibi retenta, propter clausulam codicillarem in testamento adiectam, & negant Paulus Castrensis ad l. Si patroni. §. vlt. ff. ad Trebell. Decius in cõs. 561. & alij, quos commemorat Vasquius de successionum creatione §. 10. & alij multi, quos commemorat Antonius Tessaurus decis. Pedemont. 118. Fundamentum est, quia tale testamentum videtur esse factum a demente, & consequenter nec legata nec fideicommissa valent l. Titia. ff. de inoffic. test. Et cùm frater prohibeatur præterito fratre turpem & infamem personam hæredem instituere, non debet id ei concedi via quadam indirecta, nempe per clausulam codicillarem testamento adiectam. c. Cum quid vna via. de reg. iur. lib. 6.

Sed contrariam sententiam amplexi fuêre Alex ad d. l. Si patroni. §. vlt. & Cagnolus in l. 1. nu. 13. ff. de inoffic. testam. & alij ab Antonio Tessauro citati loco annotato, & ita decisum est apud Afflict. decis. 115. nempe fratrem vigore clausulæ codicillaris restituere oportere hæredi scripto hæreditatem retenta sibi legitima portione.

Probatur hæc sententia, quia hoc operatur clausula codicillaris, vt directa institutio conuertatur in fideicommissariam. l. Quærebatur. ff. de milit. testam. l. Ex ea §. 1. ff. de Testam. Quamobrem etiam in testamento, quod est nullum ob præteritionem filij, id receptum est, vt filius præteritus teneatur hæredib. scriptis restituere hæreditatem, retenta sibi legitima, & hoc vigore clausulæ codicillaris testamento insertæ, vt tradunt Bartol. ad l. 1. n. 9. ff. de iure codicill. & alij, vt per Iulium Clarum §. Testamentum. quæst. 46. & Anton. Gabriel. commu. concl. ti. de clausulis. concl. 7. quanto magis ergo & in fratre idem erit respondendum, cui certum est plus iuris non competere in bonis fratris, quam filio in bonis paternis, imò minus?

Nec valet illa responsio, aliam esse rationem in filio, quia pater instituto filio in legitima potest reliquam hæreditatem relinquere, cui velit, in fratre autem id non procedit, quia omnino prohibetur instituere turpem personam, & fratrem præterire, nec eum in legitima tenetur instituere, quoniam fratri legitima non debetur. Replicatur enim, imò fratri legitimam deberi, quando turpis persona instituta est. Id probatur ex § 1. in Authent. de Hæred. & Falcidia. vbi Imperator ita scribit: *Primùm itaque illud est cogitandum, quia testantibus alijs quidem imponit lex necessitatem distribuere quandam partem personis quibusdam, tanquam hoc secundum ipsam naturam eis debeatur, quale est filijs. & nepotibus, & patribus atque matribus. Interdum verò etiam fratribus.* Gloss. ibi in verbo, *fratribus*

vt. §. 2

vt ſi frater meus, inquit, *instituit turpem perſonam.*

Sicut ergo liceret fratri instituto fratre in legitima ſibi debita reliquam hæreditatē, cui vellet, relinquere, & frater eo in caſu teſtamētum impugnare non poſſet. (Nam nec filius in legitima institutus illud impugnare poteſt vt in Authent. vt cum de app.l.cognoſ.§. Aliud quoque capitulum. l. Omnimodo. C. de inoff.teſtam.) ita nec conqueri poterit, ſi ſuam legitimam conſequatur, licet reliquam hæreditatem ab inteſtato per fideicommiſſum hæredi ſcripto reſtituat.

Ad argumentum reſpondent negando videri factum à demente teſtamentū, & propter clauſulam codicillarē ſuſtineri dicunt ea, quæ defunctus ordinauit, licet inteſtatus videatur deceſſiſſe. Et regula illa generalis huc pertinere non poteſt, quia nec totam hæreditatem obtinet turpis perſona, nec illud quod ex hæreditate conſequitur, ex teſtamento dicitur obtinere, verùm iure fideicommiſſi, vt dictum eſt propter clauſulam codicillarem, quæ id ipſum operatur.

Sed his non obſtantibus contrariam ſententiam veriorem eſſe iudico, & fundamentum meum eſt in his, quæ ſuperius deduxi, hoc eodem lib. c. 11. cùm de patris teſtamento inofficioſo, diſſerentem, quòd tanquam à demente factum, & ideo in vim fideicommiſſi non valere dixi ex l. Titia. ff. de inoff. teſtam. Hæc autem ratio locum habet etiam in fratris teſtamento inofficioſo. Nam & illud videri à demente conditum, probari poteſt ex generali regula, quam ponit Scæuola in l. Patronus. §. vlt. de leg. 3 ibi: *Claudius notat: Nec fideicōmiſſa ab inteſtato data debentur ab eo, cuius de inofficioſo teſtamento conſtitiſſet, quia crederetur quaſi furioſus teſtamentum facere non potuiſſe, &c.* Idem probat l. 2. iuncta l. 1 ff. de inoff. teſtam. Cùm igitur ille color, vt quaſi a demente factum præſumatur, hoc efficiat, vt nihil valeat, quod in eo teſtamento ſcriptum eſt; ſequitur dicendum nihil operari clauſulam codicillarem.

Nec obſtat, ſi dicatur nouo iure ex Nouella Iuſtiniani, vt cum de appell. cognoſ. hæc eſſe ſublata, dum conſtituit, vt teſtamento reſciſſo propter exhæredationem vel præteritionem nihilominus legata & fideicommiſſa valent: Quoniam, vt concedamus eam Nouellam etiam ad fratris teſtamentum, de quo nō loquitur, trahi poſſe, nihil tamen obſtat: quia non loquitur de institutione hæredis, ſed de cæteris legatis & fideicommiſſis, quæ in teſtamento continētur. Illa valere & præſtari mandat Imperator, quia teſtator in eo non peccauit, ſed vt etiam ipſa institutio cōſeruetur ex clauſula codicillari, in qua teſtator maximè peccauit, non poteſt ex eo inferri, cùm n sit res diuerſa & diſpar ratio, nec id eo in loco Iuſtinianus ſtatuerit.

Eſt enim magna controuerſia de legatis, in eo teſtamento relictis, quod fratris querela propter turpem perſonam institutam reſciſſum eſt, vtrum ſint præſtanda, vt videre licet ex Antonio Teſauro, qui nouiſſimè authores prolixè commemorat, d. deciſ. Pedemont. 118. num. 6. In ſumma difficultas omnis in eo verſatur, quod Iuſtinianus Imperator in Nouel. Vt cum de Appell. cognoſc. dum præcepit legata & Fideicommiſſa præſtari ex teſtamento reſciſſo propter exhæredationem vel præteritionem, non de teſtamento fratris inofficioſo locutus ſit, ſed parentum & filiorum ac proinde in teſtamento fratris inofficioſo antiquæ leges manere videantur incorrectæ, quibus probatur legata & fideicommiſſa non valere, iuxta l. Titia. ff. de inoffic. teſtam. Sed iuſta ſanè & menti Iuſtiniani conſentanea mihi videtur interpretatio, vt idem etiam in teſtamentis fratrum ſtatutum eſſe intelligatur, quaſi minus ſcriptum & plus dictum fuerit. Nam nulla eſt ratio diuerſitatis. Et ratio legis in teſtamento etiam fratris militat, & ex lege de inofficioſo teſtamento parentum ac filiorum loquitur, etiam fratrum teſtamenta inofficioſa normam & formam accipere æquum eſt.

CAPVT XCII.

De reuocatione teſtamenti prioris continentis clauſulam derogatoriam, controuerſia vna.

Hermogenianus in l. 22. de leg. 3. ſcribit in hunc modum: *Si quis in principio teſtamēti adſcripſeris. Cui bis legauero, ſemel deberi volo, poſtea eodem teſtamento vel codicillis ſciens ſæpe eidē legauerit, ſuprema voluntas potior habetur. Nemo enim eam ſibi legem poteſt dicere, vt à priori voluntate ei recedere non liceat. Sed hoc ita locum habebit: ſi ſpecialiter dixerit prioris voluntatis ſe pœnituiſſe: & voluiſſe, vt legatarius plura legata accipiat.*

Ex hoc textu docēt interpretes noſtri, teſtamentum, quod clauſulam derogatoriam cōtinet, ad alia teſtamenta (ita enim ipſi loquūtur) non reuocari per aliud poſterius teſtamentum, niſi mentio ſpecialis fiat prioris teſtamenti & clauſulæ derogatoriæ: Vt puta teſtator proteſtatus eſt ſe velle, vt primum ſuū teſtamentum valeat, etiamſi aliud fecerit teſtamentū: & vt plerumque adiicitur, niſi poſterius cōtineat hæc vel illa verba. Prius ergo teſtamento poſteriore non reuocatur, niſi fiat ſpecialis mentio clauſulæ derogatoriæ, quod perinde valet, ac ſi cum Iuriſconſulto diceremus, *niſi ſpecialiter prioris volūtatis ſe pœni-*

tuerit, & voluerit valere posterius testamentum, reuocato priore.

Cæterùm est controuersia: quando videatur esse facta specialis mentio prioris testamẽti, vt proinde reuocatum esse intelligatur. Et controuersiæ status est in eo positus, qui vnũ duntaxat testamentum fecit & non plura: Nã etsi clausulã derogatoriã contineat, si tamen aliud fiat, posteriori censetur reuocatũ, licet nulla specialis mentio prioris fiat, sed tantùm generalem prioris testamenti posterius reuocationem contineat. ita docuit Bart. in d.l. Si quis in principio. nu. 9. de leg. 3. quem multi alij sunt secuti, quos commemorat Mãtica de coniect. vltimar. volunt. lib. 12. tit. 8. n. 8. Sed contrarium docuère Angelus, Paulus Castrens. Alexander & alij. & ad l. 2. ff. de li. & posthum Couuar. ad rub. de Testam in 2. parte, nu. 19. vers. Tertium. & alij, quos citat Mantica loco superius allegato. egregiè D. meus Cephalus in cons. 375. lib. 3. nouissimè alios citans Menochius de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. 166. n. 25. 26. in 2. parte.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. 2. ff. de lib. & posthum. Vlpianus: *Nominatim exhæredatus filius & ita videtur. Filius meus exhæres esto, etsi nec nomen eius expressum sit, si modò vnicus sit.*

Ex hoc textu colligitur argumentũ; Specialem mentionem factam videri generalibus verbis, quoties generalia verba ad vnum duntaxat referri possunt. Cùm itaque vnicum testamentum præcessit, Generalis reuocatio ad illud tantùm relata esse intelligitur, & proinde specialis reuocationis vim obtinet.

Respondent contrariæ sententiæ authores, Si hoc argumentum aliquid valeret, nunquam necessariam fore specialem reuocationem testamenti clausulam derogatoriam habentis, licet plura quis testamenta cõfecisset, quia etsi plura cõficiat quis testamenta, vnum tamen solum valet, semper prius tollitur à posteriore: Hoc autem videtur omnino falsum, quod nunquam specialis reuocatio requiratur.

Cæterùm huic responsioni replicant, qui Bartolum secuti sunt, ac priorẽ illam sententiam fieri quidem non posse, vt mortuo testatore, plura testamenta valeant: Vnum enim duntaxat valere debet, & non plura: sed tamẽ, eo viuente, non ita certum esse, quod potissimùm ex pluribus testamentis valere debeat. Etsi enim posteriore tollatur prius, fieri tamẽ potest, vt prius adhuc confirmetur posteriore sublato. Quamobrem dũ testator viuit, ratio omnium testamentorum haberi debet, ideoq; rectè conclusum, cùm plura extant testamenta, requiri specialem illam reuocationem, secus si vnum tantùm præcesserit testamentum, quia generalis reuocatio facta de illo tantùm intelligitur, cùm de nullo alio intelligi possit.

Adderunt & quædam alia pro refutatione dictæ responsioni: sed videtur mihi omnium clarissima hæc replicatio.

Posterioris autem sententiæ fundamentũ est in d.l. Si quis. in principio, cuius legis verba superius retulimus.

Et in hanc sententiam posteriorẽ ego sanè sum procliuior. Illud enim in Iuris quæstionibus dicendis obseruare soleo, & seruandum existimo, vt cum lex & ratio extat, quæ specialiter ad quæstionem propositam pertineat, eis sanè adhærendum potius, quàm generalibus quibusdam vel regulis, vel pronunciatis ad aliam materiam pertinentibus putem. Iam verò cum textum habeamus ad rem nostrã pertinentem, ex eo potiùs ius à nobis statuendum reor. Hoc vult Iurisconsultus, vt quoties testator aliquid protestatus est in futurum, non aliter valeat, quod aduersus eam protestationem fit, quam si appareat specialiter eũ prioris voluntatis pœnituisse, & voluisse, vt omnino posterior voluntas locum habeat posthabita priore voluntate. Huc enim pertinent illa verba textus: *Si specialiter dixerit prioris voluntatis se pœnituisse, & voluisse vt legatarius plura legata accipiat.* Erit ergo prior voluntas reuocanda, & omnino declarandum à testatore se velle, vt posterius testamentum locum habeat: priore voluntate seu testamento cum suis protestationibus & clausulis infirmato.

Argumentum porrò contrariæ opinionis hoc tantùm probat: ex generali reuocatione testamenti prioris actum censeri de testamẽto illo, quod, clausulam habet derogatoriam, quoties illud duntaxat, & non aliud testamẽtum præcessit: Sed hoc non sufficit ad tollendum illud primum testamentum, sed requiritur vt specialiter appareat testatorem prioris testamenti pœnituisse, & vt hoc dixerit testator, quod fit per specialem, non autem per generalem derogationẽ testamenti prioris. Confirmatur hæc interpretatio. Nam cùm testator in principio testamenti dicit, & quodammodo protestatur, *Si cui bis legauero, semel deberi volo.* & postea in eodem testamento, vel codicillis sæpiùs legat, sine dubio hæc tanquã vltima voluntas, videtur esse preferẽda priori: sed tamẽ, quia prior voluntas sequenti derogauit requiritur, vt specialiter dicat, se prioris voluntatis pœnituisse & voluisse: vt plura legata darentur. Quamobrem sola prioris voluntatis reuocatio non sufficit: sed necesse est, vt appareat testatorẽ id velle, vt valeat posterior voluntas, & non prior, & sic speciali opus est derogatione, non autem generalis illa sufficit: sicut nec Iurisconsulto sufficit prioris voluntatis testatorem pœnituisse, (hoc sanè æquiualet generali

generali reuocationi testamenti prioris) sed requirit etiam, vt testator voluerit contrarium eius, quod prius ordinauerat, nempe plura legata dari, licet antè dixisset, *semel debere volo.* Et hoc est, quod paucioribus verbis dixit Couuar. loco superius annotato, cùm dixit, nō solùm necessariam esse mentionem testamenti prioris, sed etiam clausulæ derogatoriæ in eo contentæ, quod nō est necessarium inquit in l.2. ff. de lib. & posthumis: quia scilicet nulla præcesserat derogatoria dispositio testatoris.

CAPVT XCIII.

Vtrum frater fratris testamentum tanquam inofficiosum impugnare possit, si in eo spurium instituerit.

QVæ paulò antè de fratris testaméto inofficioso diximus, in memoriam reuocant aliam inter doctores controuersiam, quæ vt silentio prætereatur æquum non est: Si frater testamento facto spurium aliquem hæredem instituerit, fratre prætèrito; vtrum liceat fratri testamentum impugnare tanquam inofficiosum: Duæ sunt contrariæ doctorum sententiæ; Altera non posse. Altera verò posse. Prioris authores sunt Cagnolus ad l.1.n.14. ff. de inoff. testam. Ill.mus & R.mus Cardinalis Paleottus de nothis & spuriis c 55.n. 5. Rolandus à Valle, in consi. 87. lib. 3. Posterioris Azo in summa. Tit. Ex quibus caus. infamia irrogetur. n. 4. Bartol. Bald. & Alexan ad l. Etsi pepererit. ff. de lib. & posthum. Iason in cons. 154. nu 5. lib. 1. & alij, quos commemorat Antonius Tessaurus decis. Pedemontana 127. Sed longè latius Harmanonus Pistorius quæst. Iuris Romani. lib. 1. c 30.

Prioris sententiæ fundamentum est; quia tunc frater impugnare potest fratris testamētum tanquam inofficiosum, cùm in eo turpis vel infamis persona instituta est. l. Fratres. C. de inoff. testam. Sed Spurius non est infamis, neque turpis person. ; Ergo testamentum, in quo Spurius institutus est, impugnari non potest.

Assumptio probatur multis testimoniis Primùm ex l. Spurij. ff. de Decurionib. Papiniānus: *Spurij decuriones fiunt, & ideo fieri potest ex incesto quoque natus: Non enim impediendā est dignitas eius, qui nihil admisit.* Secundò ex l. Crimen ff. de Pœnis. Callistratus: *Crimen vel pœna paterna nullam maculam filio infligere potest.* Tertiò ex l. Legem. C. de Naturalib. liber. ibi: *Mouente misericordia, qua indigni non sunt, qui alieno laborant vitio.* Quartò, *quia nasci ex adulterio non est culpa nascentis, sed generantis.* ca. Nasci. distinct. 56. & Ioan. Chrysostomus: *Nunquam de vitijs*, inquit, *erubescamus parentum, sed illud vnum quæramus, & semper amplectamur, virtutem videlicet*, c. Nūquam. eadem distinct. & diuus Hieronymus inquit: *Dominus noster Iesus Christus voluit non solùm de alienigenis commixtionibus, sed etiam de adulterinis nasci, nobis magnam fiduciam præstans, vt qualicunque modo nascamur, dum tamen vestigia eius imitemur, ab ipsius corpore non separemur, cuius per fidem membra effecti sumus.* ca. Dominus. eadem distinct. Denique satis constat, multos, qui spurij fuerunt, viros egregios & insignes extitisse, & ad maximas dignitates euectos fuisse, vt in c. Osius. d. distin. 56. & prosequitur Illustrissimus Paleottus vbi supra. Et quod attinet ad rem nostram, satis constat nulla lege spurios à successione extraneorum excludi, sed tantum à parentum successione, vt in Auth. Ex complexu. C. de incestis nupt.

Fundamentum autem posterioris sententiæ illud est; quoniam vt fratris testamentum impugnari possit tanquam inofficiosum, sufficit, si in eo hæredes scripti fuerint infames, vel turpes personæ, *vel leuis nota macula aspergantur.* vt in d. l. Fratres. C. de inoffic. testam. Sed spurij videntur esse saltem tali macula aspersi. Ergo testamentum, in quo spurius institutus est hæres, à fratre impugnari poterit.

Assumptio argumenti probatur; primò, quia scriptum est in sacris literis: *Adulterorum filij abominatio sunt Deo*, vt Sap. cap. 3. *& adulterina planta non dabunt radices altas nec stabilem sedem ponent.* Sapientiæ 4. Et scribit Bonifacius Marty: 3 genus hoc nec bello forte, nec fide constans, nec Deo amicum esse. vt in c. Si gens. distinct 56 & Calixtus Pontifex. *Nos*, inquit. *sequentes patres nostros infamia eos notamus, & infames esse censemus quia infamiæ maculis sunt aspersi.* in cap. Coniunctiones. 35. quæst. 2. Denique, vt dicebat Innocentius III. *tam lex Mosaica, quàm canonica sobolem susceptam ex adulterio detestatur, testante Domino, quòd ait, quod manzeres & spurij vsque ad decimam generationem in ecclesiam non intrabunt, canone verò vetante, tales ad sacros ordines promoueri secularibus quoque legibus non solùm repellentibus eos à successione paterna sed negantibus ipsis etiam alimenta*, vt in c. Per venerabilem. Qui filij sint legitimi. Et ideo S. Augustinus: *Sanctius est*, inquit, *defungi sine liberis, quàm ex illicito concubitu stirpem quærere*, vt c. Sicut. 32. quæst. 4.

Testimoniis autem in contrarium allatis respondent posterioris sententiæ authores, illa esse accipienda, quoad vitam æternam, & bona spiritualia, non autem quoad iuris effectus: Sed & proximè relatis authoritatibus respondēt prioris sententiæ defensores: eas locū sibi vindicare, cùm filij spurij paterna flagitia imitantur, authoritate Gratiani, in cap. Cono-

manensem in fine 56. distinct. *Adulterorum filij abominatio sunt domino, sed sicut suprà dictum est* (inquit Gratianus) *de presbyterorũ filiis, ita & hoc de filiis adulterorum intelligendum videtur; vt illi dicantur esse abominatio domino, ad quos paterna flagitia hæreditaria successione descendunt.* Hactenus Gratianus. & idem in c. 1. §. 1. eadem distinct. *Sed hoc intelligendum est de illis,* inquit, *qui paterna incontinentia imitatores fuerint.* Eandem interpretationem secutus est Innocẽtius III. in c. Nisi. §. Personæ. de renun. *Quod scriptum est,* inquit, *Ego sum Deus Zelotes, vindicans peccata patrum in filios vsque in tertiam & quartam generationem in his, qui oderunt me, intelligitur in illis, qui contra me parentum odium imitantur.*

Ego hac in re inprimis animaduerti nullam legem, nullũ canonem extare, qui spurios ea, de qua agitur, macula notatos significet. Obseruaui quoque non vsquequaque eos integræ opinionis esse, sicut legitimè natos. Negari enim non potest, quin aliquam saltem leuem maculam habere videantur, quò fit, vt in dignitate adipiscenda, si competitorem habeant legitimè natum, illis præferatur, vt in l. Generaliter. §. Spurios. ff. de Decurionib.

Ego igitur existimarem (quod ad propositam quæstionem attinet) distinguendum esse, vt, siquidem spurij re & vita honesti sint, tunc nulla infamia, nulla macula aspersi esse intelligantur, ideóque tutò possint hęredes institui; Secus autem, si paterna vitia sectẽtur. moueor argumento sumpto ex verbis Iurisconsulti in d. l. Generaliter. §. Spurios. ff. de Decurionib. ibi: *Cessantibus verò his etiam spurij ad decurionatum & re & vita honesti recipientur.* & ex verbis S. Ioan. Chrysostomi in cap. Nunquam. 56. distinct. *Natus ex meretrice,* inquit, *si propria virtute decoretur, parentum non dedecoratur opprobriis.* & in c. Apostolica. & seq. eadem distinct. *Quamuis filius sacerdotis sit, si cæteræ virtutes in eum conueniunt, illum non reijcimus, sed suffragantibus meritis patienter suscepimus.*

CAPVT XCIV.

In materia iuris accrescendi examinatur controuersia Doctorum de coniunctis re & verbis, an ab initio partes faciant, ad similitudinem coniunctorum verbis tantùm?

Communis est & vera doctorum sententia, coniunctos re, & verbis ab initio partes non facere; sed per concursum. Exempli causa: si testator dicat, Titio & Mæuio fundũ relinquo, vel Titium & Mæuium hæredes instituo. Videtur relictus fundus cuilibet in solidũ ex verbis testãtoris, & similiter ambo in solidum hæredes instituti: sed per concursum partes faciunt ex mente testatoris: quia si ambo ad legatum concurrant, vel hæreditatem, fit diuisio, & quilibet eorum dimidiam tãtum habet. Ita docet Bartol. ad l. re coniuncti. n. 23. Iason ibid. n. 88 Ripa nu. 74. Vasquius lib. 3. de successionũ progressu. §. 21. n. 58. Antonius Fumeus Parisiensis in tract. de Coniunctionibus, c. de Coniunctione mixta.

Probatur verò hæc sententia ex l. Quidam relegatus. §. vlt. & ll. seqq. ff. de reb. dub. Caius: *Si tibi & posthumo suo, vel alieno hæreditatem restituere quis rogauerit: Vtrum ita posthumus partem faciat, si natus sit, an etsi natus non sit, quæritur? Ego commodius dici puto, siquidem natus non est, minimè eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto.*

Item ex l. Coniunctim. de leg. 3. Celsus. *Coniunctim hæredes institui, aut coniunctim legari, hoc est, totam hæreditatem, & tota legata esse singulis data, partes autem concursu fieri.*

Huc etiam pertinet l. si mihi & tibi. de leg. 1. ibi: *Et si voluero eam rem ex meo legato ad me pertinere, vt tota mea sit, &c* Et l. si duobus. §. vlt. eod. tit. in verbo, *Vindicabit.*

Denique ita docet Imperator Iustinianus in §. Si eadem. in Insti. de legatis, dicens. *Si eadem res duobus legata sit, siue coniunctim, siue disiunctim: Si ambo perueniant ad legatum, scinditur inter eos legatum, &c. Coniunctim autem legatur, veluti: Si quis dicat Titio & Seio hominem Stichum do, lego.*

Hoc exemplum pertinere ad coniunctionem re & verbis factam, qua de agitur, probat l. Triplici. ff. de verb. signif.

Contrarium docent Zasius prolixè admodum & accuratè lib. 1. singul. responsor. cap. 8. Franciscus Duaren. de iure accrescendi, lib. 1. c. 11. & vt mihi videtur, Alciatus quoque ad d. l. Re coniuncti. num 38. de leg. 3. nec non Antonius Goueanus lib. sing. de iure accrescendi, non procul à principio. Isti volunt coniunctos re & verbis partes ab initio habere; non autẽ solidum. Et pro hac sententia tria potissimum adferunt argumenta. Primum est, quia coniunctio ista mixta est, nec facit nouam speciẽ ab aliis separatam, sed in totum vnam, aut alteram prorsus imitari debet, nempe aut coniunctionem, quæ re tantum vocatur, aut quæ verbis tantum. Sed magis similis est verbali coniunctioni, in qua constat ab initio partes fieri, ergo in coniunctione ista, quæ mixta est re & verbis, partes ab initio fieri videntur: nõ autem per concursum tantum. Assumptio sic probatur: *Nam coniunctio verbalis* (inquit Zasius) *ita contingit, vt etiam à re non prorsus separet. l. Re coniuncti. 2. responso quod etiã ex iure accrescendi patet. Sed coniunctio realis à re ita contingit,*

coniungit vt oratione & verbis omninò separet: in huiusmodi enim coniunctione necesse est orationes esse separatas: d.l. re coniuncti, in princip. id quod etiam expressa euidentia cognoscitur. Cùm autem coniunctio re & verbis, quam mixtam nominauimus, sit complexus nominis & rei. d.l. Triplici. apparet, quod plus communicat cum verbali coniunctione, quæ rem à se non prorsus separat, quàm cum reali, quæ verborum nexum prorsus abhorret, & separat. Ea ergo coniunctio, quæ est mixta re & verbis sequetur naturam coniunctorum verbis, non coniunctorum re: Imo impossibile per naturam positiuam est, quod verbalis & realis colligatio vllo pacto purè reali accedat, quando illa complexum habet nominis & verbi, hæc verò à complexu verborum est alienissima. Hactenus ille.

Secundum argumentum est ex l. Planè. §. Si coniunctim. de leg. 1. vbi Iurisconsult. *Si coniunctim res legetur, constat ab initio partes fieri.*

Nec valet illa responsio, textum loqui siue accipiendum esse, de coniunctione verbali, quia exemplum adfert, quod pertinet ad coniunctionem mixtam qua de agitur, vt puta: *Si Titio & seruo proprio sine libertate, &c.* Hæc enim est mixta coniunctio.

Tertium argumentum est, quia si cõiuncti re & verbis solidum ab initio haberent, vnius portio deficientis ad alterum coniunctũ transiret sine onere, vt declarat textus in l. Vna. §. Vbi autem. C. de Caduc. tollend. ibi: *Sin autem ad deficientis personam hoc onus fuerit collatum, hoc non sentiat is, qui non alienum sed suũ legatum imminutum habet.* Sed transit cum onere, vt docet Glos. ibi in verbo: *Non sentiat,* authoritate textus eiusdem legis in §. Vbi autem. in illis verbis: *Sin verò pars quædam ex his deficiat, sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere accrescere.* quæ sententia est communiter recepta, vt per Ripam in d.l. Re coniuncti. n. 195. Igitur coniuncti re, & verbis non faciunt partes per concursum, sed statim ab initio ex verbis testatoris.

Ad primum argumentum respondetur, coniunctionem re & verbis constituere tertiam speciem diuersam ac separatam, vt patet ex l. Re coniuncti. de leg. 3. & l. Triplici. ff. de verb. sig. in quibus legibus fit mentio triplicis coniunctionis, & licet in aliquibus videatur imitari naturam coniunctionis verbalis, nõ tamẽ potest negari, quin imitari debeat etiam aliqua ex parte naturam realis cõiunctionis: Cur enim re & verbis diceretur, si non participaret aliquo pacto etiam naturam realis coniunctionis? Quare valde infirmum est illud argumentum, ex quo infertur, coniunctionem hanc mixtam in hoc participare naturam verbalis coniunctionis, vt partes ab initio vnicuique attribuat. Nã id statim ac meritò negari potest, quia cùm contraria sit in hoc natura realis cõiunctionis, nobis exploratum esse non potest, vtrum in hoc ipso sequatur eius naturam necne: Quamobrem rectè dicebat Parisius in commentariis d.l. Re coniuncti. n. 47. Cõiunctos re & verbis tanquam mixtos participare naturam simplicium, *Sed non in omnibus.*

Ad secundum argumentum respondeo, Exemplum illud, quod adfertur in l. Planè. §. Si coniunctim: *Si Titio & seruo proprio sine libertate, &c.* non pertinere ad verba præcedentia textus, quibus dicitur, si coniunctim aliquid legetur, partes ab initio fieri: Sed ad verba sequentia, quibus dicitur: *Nec solum ij partem faciunt, in quorum persona consistit legatum, vt puta, Si Titio & seruo proprio sine libertate legetur.*

Quamobrem Iurisconsultus non declarat ibi, vtrum Titio & Seruo legatum simpliciter relictum sit, an verò æquis portionibus, quoniam eo exemplo id tantùm voluit docere, eos quoque partem facere, in quorum persona legatum non consistit. Proinde summa ratione illa interpretatio recipienda est, vt dum dicit: *Si coniunctim res legetur, constat partes ab initio fieri,* intelligatur, si res cõiunctim legetur non simpliciter (quo pacto coniunctio designatur re & verbis simul) sed æquis portionibus, ad quem modum cõstat fieri verbalem coniunctionem, vt in l. Re coniuncti. & in d.l. Triplici. Cur ita? ne Vlpianus in d. §. Si coniunctim. pugnet cum Celso in l. Coniunctim. de leg. 3. Ait Vlpianus: *Si coniunctim res legetur constat ab initio partes fieri.* Rectè, si de verbali coniunctione agatur. Ait Celsus: *Coniunctim hæredes institui, aut coniunctim legari, hoc est totam hæreditatem, aut tota legata esse singulis data, partes autem concursu fieri.* Rectè, si loquatur Celsus de coniunctione reali, aut mixta re & verbis facta.

Ad tertium argumentum respondeo, negando ad coniunctum re & verbis rem transire cum onere. Et quod attinet ad textum, qui adfertur in d.l. Vna §. Vbi autem. & in §. Præcedente. Respondeo, accipiendum esse Iustinianum de verbali coniunctione, sicuti olim dicebat Petrus Bellapertica. Quę sententia manifestè probatur hac ratione. Iustinianus in d. §. Vbi autem. in vers. Sin autem ad deficientis. dicit, portionem deficientis transire absque onere, quoties ab initio cuilibet res in solidum relicta est, licet per concursum partes faciant, cõiungẽdo versiculũ: *Sin autem ad deficientis,* cum verbis præcedentibus, ibi: *Quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum assignare videtur, aliis superuenientib. partes à priore abi-*

strahentibus, vt ex alterum quidem concursu prioris legatum minuatur.

Sed in coniunctione mixta, re & verbis, ab initio solidum assignatur coniũctis, & per cõcursum partes fiunt, vt probatum est. Ergo, res non transit in coniunctum re & verbis cum onere: Et consequenter, dum idem Iustinianus dixit, transire cum onere in coniunctum, intelligendus est, vt loquatur de eo, qui verbis coniunctus est.

Et licet Imperator in d. §. Vbi autem. vers. Sin autem ad deficientis. loquatur de disiunctis siue separatis, qui tamen aliàs re coniũcti appellantur: eadem tamen ratio est in coniũctis re & verbis, si sententia ista admittatur, nempe solidum ab initio assignatum videri singulis coniunctis. Nec enim quidem in contrarium efficere potest ratio coniũctionis in eadem oratione: quia hunc quidem effectum Bartolus attribuit orationis coniũctioni & copulæ, sed nulla lege id probat. Neque enim huc pertinet l. Seiæ. §. Caio. ff. de fundo instr. quam adfert Bart. vt dicebat Ripa in d. l. Re coniuncti. num. 195. & patet ex verbis eius legis. Qualis verò est Ripæ eo in loco ratiocinatio: *Si testator volebat onus accrescere, facile erat coniunctim ea disponere. Ergo si coniunctim disposuisset onus etiam accreuisset?* Nego enim illud sequi in coniunctis re & verbis, aut re tãtũ, quia istis solidum legatum ab initio assignatur. Quare dum in fine dicit Iustinianus (quæ verba ponderantur à Ripa, licet non citentur) *nam si contrarium volebat* (scilic. rem cum onere accrescere) *nulla erat difficultas coniunctim ea disponere.* Ego existimo accipiendum Imperatorem non de omni coniuncto: repugnaret enim superioribus, sed de cõiuncto verbis tãtum, ad eum enim, vtpote ab initio vocatum ad partem tantum, meritò con iuncti portio transire debet cum onere adiuncto. Post hæc scripta legi Iacobum Cuiacium ad tit. de Caducis tollend. non procul à fine commentarij constituentem differentiam, vtrum coniunctis re & verbis legatum per vindicationem relinquatur, an verò per damnationem: vt priore casu, non nisi concursu partes faciant legatarij. l. Coniunctim. de leg. 3. posteriore autẽ ab initio quoq. partes faciant. l. Planè. §. si cõiunctim. de leg. 1. Sed cùm hæc verborum solennitas sublata, vt patet ex Iustiniano in Inst. de legatis. §. Sed olim. & nihil hac de re sit constitutum in legibus, quas Cuiacius adducit, nullaque mẽtio talis in proposito differentiæ, dubito, vt viri doctissimi iudicium probari possit.

CAPVT XCV.

Quo modo accipiendum, quod dicit Iustinianus in l. Vna. §. Vbi autem. C. de Caducis tollend. vnius portionem deficientem aliis coniunctis accrescere pro virili portione.

AVsim affirmare Paulum Castrensem magis acutè vidisse hac in re, quam Franciscum Duarenum. Cum enim in materia iuris accrescendi inter omnes constet, portionem deficientem non accrescere omnibus coniũctis æqualiter, sed pro portione tantum hæreditatis vel legati, ex l. liber homo. 59. §. Cum quis. ff. de hæredibus instit. ex l. Mæuio. 42. de leg. 2. notat Bartolus ad l. Re coniuncti. num. 56. de leg. 3. Ripa ibidem, nu. 197. Augustinus Berous in consil. 11. num. 25. libero 2. Cum, inquam, hęc sit vera & communis omnium sententia, in dubium reuocatur, cur Imperator Iustinianus qui in l. Vna. §. His ita. de Caducis tollend. de hæreditate verba faciens, dixit: *Hoc quod fuerit quoquo modo vacuatum, si in parte hæreditatis vel partibus consistat, alijs cohæredibus cum suo grauamine pro hæreditaria parte, etiam si iam defuncti sunt, adquiratur.* Cur, inquam, in sequenti §. Vbi autem. de legatariis loquens, dixerit, pro virili portione accrescere. [illegible] *Vbi autem legatarij vel fideicommissarij duo forte vel plures sunt, quib. aliquid relictum sit, siquidem hoc coniunctim re inquatur, & omnes veniant ad legatum pro sua quisque portione, hoc habeat: sin autem pars quædam ex his deficiat sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere accrescere, &c.*

An quia sit cõstituenda inter hæredes & legatarios differentia? nequaquam. Franciscus Duarenus lib. 2. de iure accrescendi, cap. 3. virilem portionem accipit pro parte virili cuiusque, etiamsi æqualis nõ sit, vt notatur in l. Virilis. ff. de verb. sign. & sic pro portione legati. Sic & Cuiac. ad Tit. C. de cad. tollend. circa finem.

Sed cùm Iustinianus in eadẽ constitutione ad aliud propositum explicauerit, quid pro virili portione intelligat in §. Sed vt manifestetur, vbi: *Pro virili omnimodo portione*, inquit, *id est, pro numero personarum*, parum verisimile videtur eum aliter intellexisse in dict. §. Vbi autem. aut si aliter intellexisset, non explicasse.

Verùm Paulus Castrensis in commentariis d. §. Vbi autem. Sic rem istã explicat: *In textu ibi pro virili portione* (verba sunt ipsius) *dic hoc, si viriliter fuerunt honorati, æqualiter eis relictum: aliàs pro portionibus, quas habent in re legata.*

Quod igitur alibi scriptum est accrescere pro portione legati, vt in d. l. Mæuio. rectè procedit,

cedit, & accipiendum est, cùm coniunctorum legatariorũ portiones inæquales sunt. Quod verò dicit Iustinianus, pro virili portione accrescere, accipiendum est, cùm omnium legatariorum portiones sunt æquales, vt in d. §. Vbi autem. Recta mihi videtur expositio literalis & vera.

CAPVT XCVI.

Ius accrescendi an locum habeat, cùm non ipso iure, sed ope exceptionis deficit portio?

REctè, vt mihi videtur, docet Franciscus Duarenus lib. 2. de iure accrescendi, cap. 19. iuri accrescendi locum esse, siue deficiat portio ipso iure, siue ope exceptionis, quoniã secundum iuris antiqui regulã nihil interest, vtrum ipso iure actionem quis non habeat: an verò ope exceptionis excludatur. l. Nihil interest. de reg. iur.

Contrariæ sententiæ fundamentum est in l. Si duo patroni. ff. de iureiurand. Vlpianus: *Si duo patroni essent, & libertus altero deferente iurasset se libertum eius non esse; Vtrum alteri sibi debitæ portionis an verò dimidia debita et. & suæ partis bonorum possessio competeret. Iulianus quærit, & ait. Si is cui iuratũ est patronus fuisset, alteri suæ partis bonorum possessionem competere; nec ei prodesse, quod aduersus alterum libertus iurasset.*

Accursius ibi in verbo *Iurasset* opponit l. Communi. ff. de bonis libertorum. Iulianus: *Communi liberto* (inquit) *si ex duobus patronis alter iusiurandum exegerit, ne vxorem ducat; siue viuo liberto decesserit is, qui intra hanc culpam fuerit vel si peruixerit, partem vtrique debita bonorum possessionem solus habebit.* Solutionem affert istam, nempe Iulianum loqui eo in casu, quo alter patronus ipso iure patronatum amiserat, vnde alteri accrescere potest, quod omnino est amissum; Vlpianum verò loqui, cum ius patronatus non omnino est amissum per delationem iurisiurandi; obstat enim tantum exceptio.

Ex his sumpta est illa traditio, ius accrescẽdi locum habere, quoties ipso iure portio deficit; Secus si deficiat ope exceptionis. Ita Bartolus ibi notat & Zasius, Ripa ad l. Re coniuncti n. 176 de leg. 3. Hippolytus Riminaldus in cons. 244 n. 31 lib. 3.

Adhiret etiam Zasius pro confirmatione l. Hæreditas C. de his quibus vt indig.

Sed quod attinet ad l. Si duo patroni. ratio decisionis non est illa, quam Accursius commemorat; Sed quia iusiurandum alterius (nẽpe liberti) alteri neque prodest, neque nocet. l. 3. ff. de iureiurando. Quare nec alteri patrono prodesse debet, si actio, nec conuentio inter alios facta aliis prodest. l. Si vnus §. Ante omnia. ff. de Pactis. Cùm itaque liberti iusiurandum alteri patrono non prosit, nihil mirum, si patroni, qui iusiurandum detulit, portio non accrescit alteri patrono.

Cur autem apud Iulianum in d. l. Communi. portio iuris patronatus vnius accrescat alteri, illa est ratio; quia verè deficit in persona illius. Deficit enim ius patronatus, si patronus viuo liberto decesserit, si libertum nõ aluerit, si ad iusiurandum adegerit ne vxorem ducat, l. Si patronus. 33. ff. de bonis libertor. l. 5. l. Qui contra. ff. de iure patronatus. Iulianus autem loquitur in casibus scilicet; *Si ex duobus patronis alter iusiurandum exegerit, ne vxorem ducat siue viuo liberto decesserit.* Quare deficiens portio alteri meritò accrescit.

Quod verò attinet ad l. Hæreditas. illa nihil facit: ibi enim vnius hæredis portio alteri non accrescit, sed a fisco vindicatur; quia erat indignus, & ideo pœnæ obnoxius, de qua in toto illo titulo. Quæ enim indignis auferuntur, sicut olim, sic & hodierno iure ad fiscum pertinent, vel ad alias personas: Intacta enim ea iura Iustinianus seruauit, vt in d. l. Vnica. §. Quæ autem. C. de Caducis tollendis.

CAPVT XCVII.

Is, qui non admittitur ad partem an faciat partem ad impediendum ius accrescendi?

IMperator Iustinianus: *Si eadem res duobus legata sit, siue coniunctim, siue disiunctim, si ambo perueniunt ad legatum, scinditur inter eos legatum si alter deficiat: quia aut spreuerit legatum, aut viuo testatore decesserit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet.* §. Si eadem. in Instit. de legatis.

Idem Iustinianus in constitutione, quam edidit de Caducis tollendis Codici inserta statuit, vt quocunque modo deficiat pars rei legatæ, ea accresceret coniuncto, iis exceptis, quæ vt indignis auferuntur, & fisco applicantur, iuxta l. Vnicam. §. Quæ autem. C. de Caducis tollendis.

His authoritatibus adductus ego sic statuo; antiquas leges locum non habere, in quibus dicitur eum, qui ad partem non admittitur, partem tamen facere coniuncto, atque impedire, ne totum habeat. Nam cùm ipsius portio deficiat, nec eã capere ipse possit, videtur potius cõiuncto debere accrescere ex lege Iustiniani. Exemplum: cũ Titio & Mæuio legatus est Stichus, qui Titij erat. l. Huiusmodi. §. Si Titio de leg. 1. Si Titio & Seruo proprio sine libertate legetur. l. Plane. §. Si coniunctim eo. tit. Item cum duobus legatum est, quorum alter non fuit in rerum natura. l. si duobus ff. eo. tit. & alia eiusmodi. His casibus portionẽ ac-

creſcere coniuncto ex noua Iuſtiniani Cõſtitutione, tametſi veteres leges aliter ſtatuerint, puto, Authorem habeo Duarenum, lib. 2. de iure accreſcendi, c. 18.

Quamobrem & Bartolum ad l. Huiuſmodi. §. Si Titio. de leg. 1. & poſt eum Zaſium lib. 1. ſingul. reſponſor. c. 19. & Ripam ad l. Re coniuncti. nu. 140. de leg 3. & Cagnol. ad l. Vn. C. quando non petentium partes, &c. n. 57. Et ſi qui ſunt alij fruſtrà laboraſſe contendo in diſtinguendis caſibus, in quibus is, qui non admittitur ad partem, facit partem; Cum ea lege Iuſtiniani partem non faciat amplius cõiuncto, nec locus antiquis legibus eſſe queat, qua tamen in re doctiſſimorum virorum ſententiam libenter audirem, præſertim verò Huberti Giphanij collegæ mei, cuius acre iudiciũ ac ſummam in legum nodis explicandis peritiam, eruditionémque variam ac planè ſingularem iamdiu admiror ac ſuſpicio.

CAPVT XCVIII.

Quæ ſit ſententia l. Re coniuncti. ff. de leg. 3.

PAulus. *Re coniuncti videntur non etiam verbis, cum duobus ſeparatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re Titio & Seio fundum æquis partibus do lego: quoniam ſemper partes habent legatarij. Præfertur igitur omnimodo cæteris, qui & re & verbis coniunctus eſt: Quod ſi re tantum coniunctus ſit, conſtat non eſſe potiorem ſi verò verbis quidem coniunctus ſit, re autem non, quæſtionis eſt, an coniunctus potior ſit: & magis eſt, vt ipſe præferatur.*

Exploſa veterum ſententia, amplector eam, quam Alciatus, Duarenus & alij recentiores amplexi ſunt, hanc verbis Pauli interpretationem adhibẽdam, vt poſtquam explicauit, qui dicantur re coniuncti: item qui verbis, tres quæſtiones proponat ac decidat verbis ſequẽtibus. Prima quæſtio eſt, ſi aliqui ſint coniuncti re, aliqui verbis, aliqui re & verbis ſimul, & vnius portio deficiat, ad quem pertineat ex coniunctis eius, in cuius perſona deficit, vtrũ ad coniunctum verbis, an re: an potius ad eum qui re & verbis cõiunctus eſt. Paulus reſpondit re & verbis coniunctum cæteris omnibus præferri. Secunda quæſtio eſt vtrum is, qui re tantùm coniunctus eſt, præferatur ei, qui verbis tantum coniunctus eſt. & reſpondit Paulus non præferri: *Quod ſi re tantùm, inquit, coniunctus ſit, conſtat non eſſe potiorem*, ſcilicet coniuncto verbis tantùm, quod enim potior non ſit coniuncto re & verbis, in prima quæſtione declaratum eſt: quia dictum & concluſum eſt re & verbis coniunctum cæteris præferri. Tertia quæſtio eſt, vtrum cõiunctus verbis tantum præferatur ei qui re cõiunctus eſt: & reſpondit Paulus præferri: *Si verò verbis quidem, inquit, coniunctus ſit, re autem non, quæſtionis eſt an coniunctus potior ſit, & magis eſt, vt ipſe præferatur.*

Aduerſus hanc interpretationẽ opponitur primò l. ſi quis. 66. ff. de hæred. inſtituend. ſecundò l. Mæuio. 42. de leg. 2.

Si ita quis (ait Pomponius) *hæredes inſtituerit: Titius hæres eſto. Caius & Mæuius ex æquis partibus hæredes ſunto: quamuis & ſyllaba coniunctionem faciat, ſi quis tamen ex his decedat, non alteri ſoli pars accreſcit: ſed omnibus cohæredibus pro hæreditarijs portionibus: quia non tam coniunxiſſe, quàm celerius dixiſſe videatur.*

Mæuio (ait Priſcus Iabolenus) *fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego: eundem fundum Titio lego. Si Seius deceſſerit: pars eius vtrique accreſcit: quia cùm ſeparatim & partes fundi, & totus legatus ſit, neceſſe eſt, vt ea pars, quæ ceſſat, pro portione legati cuique eorum, quibus fundus ſeparatim legatus eſt, accreſcat.*

Reſpondeo, quod attinet ad locum Pomponij, cauſam adferri a Iuriſcõſulto, ob quam is, qui verbis coniunctus eſt, cęteris non præfertur; ſed portio deficiens omnibus coniunctis accreſcit: *Quia*, inquit, *non tam coniunxiſſe, quàm celerius dixiſſe videatur.* Hoc eſt; licet videatur teſtator hæredes coniunxiſſe Caium & Mæuium, cùm dixit, *Caius & Mæuius ex æquis partibus hæredes ſunto*, quoniam ſyllaba, & coniunctionẽ facit, & ſic videantur illi verbis coniuncti, ac proinde, ſi alterius portio deficiat, alteri ſoli accreſcere debere: quoniam verbis coniunctus potior eſt, ac præfertur: re coniuncto tamen non præfertur; quia non ea fuit teſtatoris voluntas, vt eos cõiungeret, ſed vt ſeparatim inſtitueret, hoc modo: Titius hæres eſto, Caius hæres eſto, Mæuius hæres eſto. breuitatis autem cauſa celerius dixit: Caius & Mæuius ex æquis partibus hæredes ſunto.

Ad textum autem Iaboleni reſpondeo, rationem ibi adferri a Iuriſconſulto, quare portio deficiens omnibus accreſcat: quia ſcilicet *ſeparatim & partes fundi, & totus fundus legatus ſit*. quaſi dicat non eſſe hic quærendum, an vnus ex coniunctis, nempe verbis, coniunctus aliis potior eſſe debeat. licet enim coniuncti verbis dicantur, quibus eadem res relinquitur pro æquis portionibus: tamen id intelligitur cùm in eadem oratione fit, non in diuerſa, id eſt, cùm coniunctim id fit, nõ ſeparatim. quare cùm *ſeparatim & partes fundi & totus fundus legatus ſit*, verbalis coniunctio ceſſare debet; ideóque pars decedentis omnibus accreſcit pro portionibus hæreditariis, quia vnus alio magis coniunctus non eſt.

His breuem, & vt arbitror, perſpicuam ac ſolidam

solidam obscuræ ac difficilis controuersiæ explicationem habes, quę mihi non paruo labore constat.

CAPVT XCIX.

Quæ sit sententia l. Mulieri & Titio ff. de cond. & demonstrat.

PApiniani verba hæc sunt: *Mulieri & Titio vsusfructus, si non nupserit mulier, relictus est. Si mulier nupserit: quamdiu Titius viuet, & in eodem statu erit: partem vsusfructus habebit. Tantum enim beneficio legis ex legato mulieri concessum esse intelligendum est, quantum haberet si conditioni paruisset. Nec si Titius, qui conditione defectus est, legatum repudiet, ea res mulieri proderit.*

Malè generalem ex hoc loco Bartolus infert conclusionem; cessare ius accrescendi, quoties portio legati ex iure quodam speciali acquiritur contra voluntatem testatoris, sicut hic mulier partem suam vsusfructus habet, licet non paruerit voluntati testatoris ex quodam iure speciali; quia videlicet illa conditio *si non nupserit*, non valet. Malè, inquam, generalis regula hinc statuitur, sicut ostendit Alciatus li. 6 Paradoxorum. cap. 8. & sanè nihil est periculosius, quàm ex vno casu, qui suas habet circumstantias, & rationes, regulam generalem constituere.

Quod verò attinet ad ipsam legis sententiam, non idem omnes sentiunt, vt videre licet ex Socino seniore in commentariis eius loci. Ripa ad l. Re coniuncti. nu. 145. de leg. 3. Cagnolo ad l. Vnam. C. quando non petentiũ partes. n. 68. Vasquio de Successionum creatione, lib. 1. §. 10. num 130. Duareno de iure accrescendi, lib. 2. c. vlt.

Ac sanè de duobus est controuersia. Vnum est, an Papiniani hæc sit sententia, vt Titius suam obtineat portionem dum vixerit, & in eodem statu mãserit. Alterum, an Titio mortuo, vel capite minuto portio ipsius mulieri accrescat. Quod attinet ad primũ, Duarenus grauiter deceptus est, existimauit n. Titium quoquè suam legati partem obtinere, contra l. 1. C. de indicta viduitate tollenda. vbi Imperator Gordianus ita scribit: *Legatum a'ij sub conditione sic relictum, si vxor nuptui se post mortem mariti non collocauerit, contractu nuptiis conditione deficit, ideoq; peti legatum nequaquam potest.*

Et hoc est quod Papinianus dicit; Titium conditione defectum nil prodesse mulieri, licet repudiauerit legatum, nam ei nõ debetur, & ideo repudiatione sua mulieri non prodest, vt totum habeat.

Quod verò attinet ad alterum, existimo Socinum falli docentem, Titio mortuo vel capite minuto eius portionem mulieri accrescere, argumento ex illis verbis sumpto à contrario sensu, *quamdiu Titius viuet & in eodem statu erit*, igitur eo mortuo vel capite minuto, totũ mulier habebit: Fallitur, inquam, nisi ego cum Duareno fallor, quoniam textus dicit, mulierem plus consequi non posse nubendo, & sic conditioni non parendo, quam consecuta esset, si conditioni paruisset, & sic nequaquam nupsisset. Tunc enim dimidiam tantum vsusfructus habuisset, quia Titius suam quoque legati portionem obtinuisset.

Quod autem Papinianus ait: *Quamdiu Titius viuet, & in eodem statu erit*, non eò pertinet, vt eo mortuo, vel capite minuto totum legatum mulier habeat, quia statim Iurisc õsultus docuit, plus eam habere non posse, quàm habuisset, si cõditioni paruisset, sed eò spectat, vt intelligamus, viuente Titio & in eodẽ statu manente, rationem dubitandi fuisse, vtrum mulier totũ haberet vsumfructum, dimidiam videlicet ex sua persona, & dimidiã ex persona Titij: quia cum Titius cõditione defectus nihil posset petere, dicendum videbatur, ob eam causam mulierem totum petere posse, vt scilic. ipsa in locum Titij substituta (erat enim ei coniuncta) quodammodo videretur, ita vt saltem quoad Titius viueret, idem iuris haberet, quod Titius, si non fuisset conditione defectus, haberet. Cæterùm, quia conditioni nõ paruit, vt dictum est, Papinianus respondit, non posse eam plus habere. Quod si mortuus esset Titius, vel capite minutus, non erat illa ratio pro muliere: quia morte vel capitis diminutione constat vsumfructum finiri. §. Finitur. in Instit. de vsufruct. Sicut ergo, si Titio pars vsusfructus deberetur, illa deficeret, & ad proprietatem rediret eo mortuo vel capite minuto; ita nullo modo dubitandum videbatur, quin si Titius iam conditione defectus moreretur, vel capite minueretur, mulier prorsus exclusa foret, vsufructu scilic. tunc finito, & ad proprietatem reuertente. Atque ego sic existimo, nec huius me sententiæ pœnitet.

CAPVT C.

Vtrum Fideicommissi & alienationis prohibitio extendatur vltra quartum & decimum gradum? Item vltra centum annos?

COronidis loco huius cẽturiæ ac libri insignem tractabo controuersiam: Vtrum extendatur fideicommissum, alienandiq; prohibitio vltra quartum gradum, qua de re extat Iustiniani Nouella 159. de Restitutione fideicõmissi. Varię sunt atque dissidẽtes interpretũ sententiæ. Vna est eorum, qui simpliciter dicunt, non extendi. Ita Angelus in Auth.

de Restitutione Fideicommissi. nu. 4. Ioannes Bertachinus in suo repertorio in verbo, *Alienatio*. ver. 80. Decius in cons. 321. n. 1. Bartholomæus Socinus in consil. 43. n. 11. lib. 3. Iason ad l. vlt. n. 5. C. de hæred. instit. Ioannes Crotus in repet. l. Filiusfamilias. §. Diui. nu. 174. de leg. 1. Alciatus ibid. num. 52. Nicolaus Valla variarum quæst. cap. 3. Bartholomæus Romuleus de Testatorum præceptis. n. 181. Franciscus Hottomannus in cons. 61. nu. 12. & sequentibus.

Secunda est sententia, regulariter quidem vltra quartum gradum non extendi, sed hoc non habet locum, si testator illam adiecerit rationem prohibitioni alienationis, quia voluit bona sua ad suos descendentes perpetuò peruenire. Ita omniũ primus docuit Iacobus Beluisius in d. Nouell. de restitutione fidei commissi, & sequitur Bartolus ibi. nu. 3. Alexander in cons. 56. n. 1. lib. 1. & in consil. 59. n. 4. lib. 3. Decius in cons. 481. n. 9. cons. 516. n. 6 consil. 635. n. 8. Iason ad l. Filiusfamil. §. Diui. in prima lect. nu. 113. & in 2. lect. n. 155. de leg. 1. Rui. in cons. 123. n. 17. lib. 2. & in cons. 124. n. 2. eod. Curtius iunior. in cons. 88. nu. 2. D. meus Cephalus in cons. 114. num. 35. consil. 137. num. 38.

Tertia est sententia, non esse discrimẽ statuendũ, vtrum testator vsus fuerit verbo familiæ, an verbo descendentium: sed fundamentum esse ponendum in verbis, quib. testator dixit se velle, vt bona sua *perpetuò* in familia conseruarentur, tunc enim prohibitio alienationis ad fideicommissum vltra quartũ gradum porrigitur. Ita Ripa ad l. Filiusfam. §. Diui. nu. 112. de leg. 1. Socinus iunior in cons. 81. num. 23. lib. 2. Parisien. in consil. 88. num. 23. libro 2.

Quarta est sententia, Nouellam Iustiniani prohibitionem restringere ad quartum gradum, etiã si testator voluerit bona sua perpetuo conseruari in familia, sed tamen seruandam non esse dictam Nouellam, quoties ex coniecturis percipere possumus, testatorẽ voluisse eam prohibitionem perpetuam esse, & maximè ex moribus regionis. Ita Didacus Couuar. lib. 3. variar. resol. cap. 5. post n. 4. vers. Verum Iustiniani. Et ab hac sententia non videtur multum dissentire Mantica de coniecturis vltimar. volunt. lib. 8. tit. 2. n. 22. dum ait se subsistere, nec temerè à communi doctorum interpretatione vsu recepta recedendum esse, quoniam nec leges ipsæ alia ex causa nos tenent, quam quod iudicio populi receptæ sunt & leges ipsæ firmantur, cum moribus vtentium approbantur.

Postrema est sententia Iacobi Cuiacij in expositione d. Nouellæ 150. *Generaliter* (vtor eius verbis) *ex ea Nouella constituendum esse, prohibita alienatione extra familiam, & ex ea causa vocatiuis, qui sunt ex ea familia iure fideicommissi, fideicommissariam substitutionem non extendi vltra quartum gradum. videlicet, si extraneus extiterit hæres per medium impuberem, vt mater per abnepotem in pupillari ætate decedentem in proposita specie, quæ est summa Nouellæ, non temere extendenda ad omnes species. Nam etiam si priora, quæ dixi, detrahas, non est tamen detrahenda hæc adiectio: Si per medium impuberem extraneus extiterit hæres, quæ non magnam rationem habet, nam ius ita est, vt liceat in infinitum substituere. Et videtur hæc Nouella ex earum numero esse, quas Hermanopulus Tribonianum compesuisse narrat obscurè & ambiguè corruptum, vt & Nouellæ 2. & 116. & recantata pleraque.* Hactenus Cuiacius.

Hæ sunt aliorum sententiæ. Vt autem quid statuendum sit, quæ nam potior sit, & eligenda ex dictis sententiis interpretatio sit intelligatur, operæ precium duxi ipsius Nouellæ verba hic apponere: etsi. n. prolixa sit, erit tamen valde commodum lectori habere ante oculos ipsa verba legis, ex quibus quæ sit reiicienda, quæ probanda sententia facilius intelligat. Apponam autem Nouellam secutus Haloandri translationem, quoniam Iuliani translatio multos continere dicitur errores, & intricata & obscura esse.

Imperator Iustinianus, &c. Tantum nobis benignitatis adest, vt ne priuatas quidem causas quæ iudicium nobis inquisitionem superare videntur legibus nostris definire indignum putemus, ne si quando priuata causa audientiam ad iudicium deferri solitam excedat longa mora eos, qui in iure controuerso hærent, atterat. Aliquoties itaque gloriosiss. vir Alexand. ad nos retulit, gloriosæ memoriæ patrem suum Hierium, cùm testamenti tabulas conscriberet, hisce verbis vsum esse, volo & iubeo, vt hæredes mei, Constantinus quidem clarissimus vir, deputatam sibi domum cum omnibus, (vt præscriptum est) cohærentibus illi iuribus, & Suburbium in Ceparys appellatum. Item cum omnibus (vt præscriptum est) iuribus ad ipsam pertinentibus, & domũ Antiochiæ sitam emptam ab Ammiano: Anthemius verò dulcissimus suburbium in Blachernis dictum, redemptum à gloriosæ memoriæ viris Eugenio & Iuliano, & suburbium in promontorio sinus Sostheny, quod olim in dominio Ardaburij gloriosæ memoriæ fuit: Callipius autẽ clarissimus vir suburbium Bitharium siue Philorhes nuncupatum: & Alexander clarissimus vir suburbium in Venetis, neque per venditionem, neque donationem neque permutationem, neque quocunque tandem titulo in alium transferant, reijciantue, aut eam domum, seu præscripta quinque suburbia, è meo nomine & mea familia alienent:

alienent : ſed ſi quidem (quod Deus faxit) naſcantur filij , & relictis poſt ſe filiis aut nepotibus , ſiue legitimis , ſiue etiam naturalibus moriantur : vt pro ſe quiſque deputatum ſibi ſuburbium , aut domos tam in hac regia vrbe , quàm Antiochia poſitas filijs ac nepotibus legitimis , aut etiam naturalibus ſuis relinquant. Perſuaſum etenim habeo , quod neque in naturalibus liberis ac nepotibus diſpoſitionem , voluntatémque hanc meam negligent. Si verò in vniuerſum omnes , aut aliqui , aut vnus ex iis (quod abominor) ſine liberis decedat , volo & iubeo , vt qui liberis orbi aut orbus mortem obierit , ſuperſtitibus aut ſuperſtiti ex ipſis fratri præſcriptas domos , tam quæ in hac vrbe , quàm quæ Antiochiæ eſt , & item prius declarata quinque ſuburbia cum omnibus eorum iuribus , & omnibus denique rebus , & perſonis , quæ iis continentur , citra vllam exceptionem reſtituat , ceſſante videlicet inter eos fideicommiſſorum ſeu legatorum ſeruandorum cauſa ſatiſdatione. Volo etenim ac iubeo , ne quiſquam ab alio huius generis ſatiſdationem expetat : iis vel eo , qui præter paternam & pietatis erga ipſos pleniſſimam intentionem meam à fratribus ſuis ſatiſdationem in rebus abalienari prohibitis expetere pertentauerint , vel pertentauerit : omni modo eius fideicommiſſi amiſſionem ſuſtinentibus vel ſuſtinente. Atque hæc quidem ipſum protuliſſe in teſtamento : conſcripſiſſe autem & codicillum , in quo talibus propemodum verbis vſus ſit : Manifeſtum planè facio , quòd pridem teſtamentum per ſcripturam fecerim , & quæ in eo conſcripta ſunt , ex animi mei ſententia compoſuerim : volóque ac iubeo , vt omnia , quæ in eo teſtamento continentur omni modo firmitatem obtineant : his ſolis exceptis , per quæ fortè in hoc meo codicillo , vel aliquid mutauero , vel relicta alicui legata ademero. Volo igitur ac iubeo , vt ſuburbium illud meum , quod Ceparia appellant , quod in propoſito teſtamento magnificentiſſimo filio meo Conſtantino reliqui , detur & pleno proprietatis atque poſſeſſionis iure ad clariſſ. pariter & generoſiſſ. nepotem meum Conſtantini magnificentiſſ. filij mei filium Hierium ſimul vniuerſum pertineat , cum omnibus prætoriis , quæ in eo ſunt , & omnibus ſcalis , & quæ vel intra vrbem , vel extra vrbem pro penſione elocantur , ædibus atque officinis , & balneo & hortis tam intra quàm extra muros exiſtentibus , & hippodromo , neque non horto , qui in ipſo eſt , & ciſterna , atque omni denique iure , quod vllo modo in eo mihi ſuburbio competit. Id ipſum verò ſuburbium tunc demum , prædicto clariſſ. nepoti meo Hierio dari volo , cùm primum poſt meam mortem patris ſui poteſtate ſolutus , per emancipationem ſui iuris factus erit , nulla licentia eidem generoſiſſ. nepoti meo concedenda , vt præfinitum rei terminum excedat , aut iis qui vel ex hoc meo , vel eiuſdem clariſſimi nepotis teſtamento in eadem iura ſucceſſerint , vt idem ſuburbium , vel partem eius aliquam , vel ius diuidant , permutent , ve aut alicui donent , aut quocunque modo denique abalienent. propterea quod hoc ipſum ſuburbium , & ædes ſitum ſitáſue intra portam muri ficulnei , quà via ducit ad ſacroſanctum martyreium ſanctæ Tecle , per omnia & perpetuò velim permanere in familia mea , neque vnquam de meo nomine egredi. Volo autem & iubeo , ſi quidem eueniat , vt generoſiſſ. nepos meus Hierius , vel intra pubertatem , vel etiam poſt pubertatem , ſine liberis tamen legitimo matrimonio procreatis , moriatur , vel eius ſuburbij , ſiue ædium poſſeſſio , ſimul & proprietas perueniat , & deferatur , aut reſtituatur magnificentiſſ. patri eius Conſtantino ſub eadem conditione , ne vnquam de familia mea , meóque nomine abalienentur. His ita confectis ipſum quidem è rebus humanis abijſſe. Hierium verò glorioſæ memoriæ domum quidem Theopoli ſitam , quæ ſucceſſione paterna ad ipſum peruenerat alius perſonis vendidiſſe , ipſam autem domum , quæ in hac alma vrbe eſt , & inſuper ſuburbium , quod illi Codicillo datum erat , in quibus omnibus interdicta fuerat alienatio , ad Conſtantem glorioſæ memoriæ filium ſuum tranſmiſiſſe , illúmque rurſus prægnante vxore relicta vitam finijſſe . ſcripto prius teſtamento , in quo diſpoſuerit , vt ſi puer vel natus non eſſet , vel natus ante pubertatem mortuus eſſet , tam glorioſiſſima eius mater Maria , quàm inclyta etiam vxor eius altera Maria ad ſucceſſionem eius vocarentur. Poſtea verò quàm nata filia in ipſa infantia , & teneram adhuc ætatem agens humanis rebus exceſſit , cùm reliquarum ſubſtantiæ partem , tunc etiam domum in ampla hac vrbe , & inſuper ſuburbium , quod expreſſis verbis Hierio glorioſæ memoriæ in codicillis relictum fuit , ad inclytas mulieres deuoluta eſſe , meritóque tam ex teſtamento , quàm ex verbis codicilli , domum iuxta & ſuburbium vindicandi ſibi locum datum , vtpote qui ſolus hoc tempore ex Hierij glorioſæ memoriæ liberis ſuperſtes permanſerit , & primum gradum in nomine familiæ obtineat. Verùm qui pro Maria & Maria glorioſiſſ. fœminis faciebant verba , ij aiebant , neque teſtamenti verbis vllum locum factum eſſe. Neque enim Conſtantem glorioſæ memoriæ abſque liberis ex rebus humanis abijſſe , vt vtrarumque ædium reſtitutioni locus ſit. Sed neque ſuburbij nomine ritè ſecundúmque leges Alexandrum glorioſiſſ. nostrum virum hanc adoriri : cùm & ipſe ſuburbium , quod ipſi relictum fuerat , in quo communis pater æquè vt in cæteris alienationem illi prohibuit , ante id tempus alienauerit , ſed & alios fratres idem hoc feciſſe. Et leges noſtras ſi quidem omnes ordine , in quibus huiuſmodi aliquid defini-

tum sit, defuncti voluntatem transgrediantur: ex æquo omnibus restitutionem a[c]mere: nisi vicissim alter alterum mutua petitione in ius vocent, multis in una causa [ex]ibilantur iudicijs. leges quæ de hoc propositas nobis reuocarunt in memoriam. Alexander autem gloriosissimus rectè se actionem intentare aiebat, & maximè de vtrisque ædibus, defunctum n. satis manifestè suam in codicillis sententiam de his rebus declarasse, cùm res familiæ conseruari voluerit, sed multò [p]otioribus rationibus se niti in suburbio. Neque enim rectè illas sibi alienationem exprobrare, cui ex imperiali iussione hoc facere indultum fuit. Ac prolixis in ea causa disputationibus vtraque pars vsa est, nunc testatoris interpretando voluntatem nunc nostras vsurpando leges, quas in rem quæque suam facere arbitrabatur. Nos igitur ciuium & legum, & testamenti interpretationem perspectam haberemus: non nuda sententia, sed lege eius causæ decisionem complectendam duximus, simul vt præsentem dirimeremus controuersiam, simul vt cæteris mouendæ de his contentionis ansam præriperemus. Vnde subtilius pariter & exactius testamenti verbis innixi, deprehendimus ipsis quidem filijs hæreditatem capessentibus alienationem interdictam, si sine liberis vita functi essent, non alterius verò his etiam, qui eis succederent: sed contentum fuisse defunctum, si inter filios duntaxat alienationis interdictum consisteret, neque n. si & ipsi rei [...] plijs decederent, maiore ipsum cura perquisiuisse, cui aut quomodo res relinquerentur: nec voluisse alienationis interdictum, vltra filiorum vitam extendere. Enimuero codicillum, qui de suburbio duntaxat factus fuit, interdixisse ijs etiam, qui ex testamenti gloriosæ memoriæ Hierij (de iuniore loquimur) res per successionem cepissent, ne suburbium alienarent, & quod consequenter inducitur, in his quoque defunctum voluisse, vt id quoque perpetuo in familia permaneret. Et quidem, quæ in controuersiam deducta sunt, eiusmodi fuerunt. Nos verò cùm totam causam cum diligentia qua decet, penitius intueremur, in alijs quidem reb. quarum sanè Constantinus gloriosæ memoriæ, Hierij senioris filius, ex paterni testamenti tabulis dominus factus fuit, præclarè nullam quæstionem excitandam ratiocinamus, arcendumque in his actione non solùm Alexandrum gloriosiss. virum, sed etiam omnem reliquam familiam: cùm & testamenti verba prohibitionem inter solos constituant filios. & ipsi gloriosæ memoriæ Hierij filij per quos, qui post eos illius familiæ portio extiterunt, Hierij sibi iura vindicant, nonnullas apud se constitutas res alienauerint, perinde quasi ex vna voluntate substitutionem interdixerit. Quod autem ad suburbium attinet, cuius dominum codicillus ostendit esse gloriosæ memoriæ Hierium, præter modum scrupulosa nobis diligentia plenum visum est, si post quatuor demum generationes huiusmodi quæstionem produceremus in medium. Nunc certè cum Maria & Maria gloriosiss. fœminæ etiamnum supersint, quas alicubi & ipsas nostras leges in familiam reponunt, vt quæ sponsas quoque hac appellatione dignentur: neque rectè, neque ordine Alexander gloriosiss. vir litem à se prætentam instituit. Quia vt maximè hæ decessissent, tamen quod quatuor iam generationes præterijsse viderentur, haud sustineremus tam obsoletam causam denuò tradi iudicijs, & maximè cum Constantis filia in pupillari adhuc ætate vitam finierit. Vnde tametsi testamentum ille non confecisset, suburbium tamen ad matrem eius peruenisset: non ipsa pupilla, sed ipsa quodammodo lege horum causa existente: quamuis nemo successorum gloriosæ memoriæ Hierij circa voluntatem eius deliquisset, licet enim Constans cum testamenti tabulas conscriberet, substitutiones quasdam fecerit, filia intra pubertatem mortua: nihil tamen inde excellens introducitur: cùm & ipsa lex pupillæ substantiam matri, quasi ea sine testamenti tabulis decessisset, per se præbitura esset. Sancimus igitur, vt neque gloriosiss. vir Alexander, aut eius filij, neque reliqui senioris Hierij gloriosæ memoriæ liberi, neque alius quisquam omnium, qui genus suum in eorum familiam referunt, vel Mariam & Mariam gloriosiss. fœminas occasione rerum apud ipsas consistentium, vel alios, apud quos aut hoc tempore res existant, aut ad quos sequenti tempore peruentura sint, in quibus alienationem fortè Hierius gloriosæ memoriæ prohibuit, adorientur iudicio, aut omnino mentionem de cætero prohibitionis & familiæ nominis faciant: & aliquod sibi exinde ius adquirant: verùm, cùm & alij Hierij gloriosæ memoriæ filij res suas abalienauerint, & reliquorum quodammodo alienationibus consenserint, ac per eas, neque non aliæ, quas prædiximus, rationes, quæ ad huiusmodi iudicationem & legislationem abundè nobis sufficiunt, sibi pariter & successoribus suis, actiones, quæ ipsis potuissent competere, sustulerint.

Atque hæc non tantum præsentis causæ decisio esto, sed & reliquorum, in quibus huiusmodi prohibitione facta, tot successiones præterierint, & vltimus hæredum, per interuenientem aliquem in medio impuberem hæreditatem capessat. Hactenus Nouella.

Iam igitur positis ante oculos verbis Nouellæ, breuiter discutiamus, quæ sit ex iam relatis sententia probabilior. Atque in primis apparet, priorem sententiam recipiendam non esse, quæ habet fideicommissum & prohibitionem alienationis simpliciter & absolutè ad quartum gradum restringendam, & illum excedere non posse. Confutatur hæc sententia ex Nouellæ verbis, ex quibus duo colligere licet. Primum, Imperatorem quidem innuere vltra quartam generationem extendendam non esse prohibitionem, sed tamen non hoc absolutè

docere:

docere: nec ea ratione duntaxat uiti eius deciſionem ac legem Id patet ex verbis deciſionis poſitis in ipſa concluſione, quæ maximè ſpectanda mihi videtur, illis, inquam, verbis: *Vtpote cùm & alij Hierij glorioſæ memoriæ filij res ſuas abalienauerint, & reliquorum quodammodo alienationibus conſenſerint, ac per eas, neq. non alias, quas prædiximus rationes, quæ ad huiuſmodi iudicationem & legislationem abundè nobis ſufficiunt, &c.*

Ex quibus verbis patet, non vnam hanc rationem de prohibitione non extendenda vltra quartum gradum Imperatorem mouiſſe, ſed etiam alias. Quod ſi hæc ratio ſola ſufficeret, atque ea eſſet mens ac intentio Iuſtiniani, vt nullum fideicommiſſum, nulla prohibitio quartum excederet gradum, cur non id dixiſſet? Cur alias rationes adduxiſſet?

Alterum, quod ex Nouella colligitur, illud eſt, Iuſtinianum poſtquam cauſa deciſa legem propoſuit generalem ad alias ſimiles cauſas pertinentem, non abſolutè hoc dixiſſe ac ſtatuiſſe, atque generalem legem propoſuiſſe, vt nullum fideicōmiſſum à teſtatore ordinatum, nulla alienationis prohibitio quartum gradum excedere poſſit: ſed deciſionē ſuam Imperator extendit ad alias cauſas, in quibus huiuſmodi prohibitio facta ſit, & tot ſucceſſiones præterierint, & vltimus hæredū per interuenientē aliquem in medio impuberem hæreditatem capeſſat. Sic enim ait Imperator: *Atque hæc non tantùm præſentis cauſæ deciſio eſto, ſed & reliquarum in quibus huiuſmodi prohibitione facta tot ſucceſſiones præterierint, & vltimus hæredum per interuenientem aliquem in medio impuberem hæreditatem capeſſat &c.*

Si igitur in aliis caſibus non proponatur eiuſmodi prohibitio, & eædem ac ſimiles facti circumſtantiæ, nō erit idem iuris ſtatuendū, ac proinde nō ſimpliciter & abſolutè ſtatuendum erit, Fideicommiſſum, & prohibitionem extendi non poſſe vltra quartum gradū: quia Imperator eam legem ſtatuens requirit concurſum aliarum circumſtantiarum.

Et licet Rubrica ſeu Titulus Nouellæ generaliter ita dicat: *Vt reſtitutiones fideicommiſſi vſque ad vnum gradum conſiſtant, vel ſecundum Iuliani tranſlationem: De reſtitutione fideicommiſſi, & nomine familiæ quod vſque ad quartum gradum locum habet, &c.* Nihilominus ego magis inhærendum puto verbis legis, & præſertim iis, quę diſponunt, ac nobis pręcipiunt, quæ in futurum ſeruanda ſint, quoniam generalis Rubrica ſiue Titulus ex lege ipſa, quæ ſequitur, declarari debet. Vt ecce Titulus generalis eſt; *Negotiatores ne militent.* Cod. lib. 12. & tamen generalis illa prohibitio multis modis à lege reſtringitur, vt ibi patet, & declarat Alciatus, alia id genus argumenta proferens, lib. 2. Paradoxorum, c. 18. Dixeritne aliquis contra legem ſpecialiter declarantem verbis generalibus tituli adhærendum eſſe?

Secundò, ex Nouellæ verbis euincitur, reſpiciendā non eſſe ſecundam ſententiā, nempe prohibitionem vltra quartum gradum extendi, cùm teſtator illam adiecit rationem: *Quia voluit bona ſua ad ſuos deſcendentes perpetuò peruenire.* Nam vt illud omittam, quod cæteri ante me dixerunt, non eſſe aliquod diſcrimen, quantum ad rem, qua de agitur inter *familiam & deſcendentes*: nonne patet ex facti ſpecie, de quâ loquitur Nouella, teſtatorem vſum eſſe verbis ſignificantibus ſuam eſſe voluntatem, vt perpetuò bona in familia permanerent? id patet ex illis verbis: *Propterea quod hoc ipſum ſuburbium, & ædes ſitum ſitáſue intra portam muri ficulnei, quà via ducit ad ſacroſanctum martyreium ſanctæ Teclæ per omnia ac perpetuò velim permanere in familia mea neque vnquam de nomine meo egredi.* Et tamen vltra quartum gradum non extendi ſtatuit Imperator accedentibus aliis circumſtantiis, vt dictum eſt. Quamobrem diſtinctio illa, ac generalis doctrina extendi vltra quartū gradum volens prohibitionem ob dicta verba manifeſtè repugnat verbis Nouellæ, atque ideo recipienda non eſt.

Quod ſi ex verbis Nouellæ refellitur prædicta ſententia ac interpretatio, multò magis refelli debet tertia illa ſententia, quæ ita fundamentū ponit in verbo *perpetuò*, vt propterea velit, etiam vltra quartum gradum extendi fideicommiſſum ac prohibitionem. Perſpicuum enim eſt nullam eſſe rationem habendā eorum verborum, quibus teſtator declarauit ſe velle, vt ſua bona perpetuò in familia permanerent. Etenim dictis verbis vſus erat teſtator in ſpecie Iuſtiniano propoſita, & tamē ad quartum gradum prohibitionem & fideicommiſſum reſtrinxit, vt patet.

Quod autem quarta docet ſententia; non eſſe ſeruandam hanc Nouellam, vbi conſtiterit teſtatorem voluiſſe, vt bona perpetuò in familia ſeruarentur, & prohibitionem eſſe perpetuam, maximè ex morib. regionis, nequaquam nobis ſatisfacere poteſt: quia leges ſeruandas putamus poſtquam latæ ſunt, & ſecundum illas iudicandum dicimus vt in c. 3. diſtinct. 4. ex D. Auguſtino habetur. Quod ſi lex municipalis, vel iuſta regionis conſuetudo eam legem abrogauerit, tunc ſeruanda erit iuxta ea, quæ traduntur in l. De quibus. ff. de legibus. in cap. vlt. de conſuetudine. & in l. Omnes populi. ff. de iuſt. & iure.

Vnus ergo, vt tandem concludam, Iacobus Cuiacius, quem ſuprà retuli, in poſtrema ſententia videtur mihi propius ad veritatē acceſſiſſe; Idē. n. docuit, quod lex ipſa, vt ex collatio

ne verborum vtriuſque facilè intelligitur. Sic igitur ſtatuo, ſi omnes circumſtãtiæ, quæ propoſitam Imperatori ſpeciem comitantur, alienationis prohibitioni ac fideicommiſſo, quæ nobis proponentur ad decidendum fuerint adiunctæ, tunc rectè ac ordine facturum eũ, qui ad quartum generationis gradum alienandi prohibitionem ac fideicommiſſum reſtrinxerit. His ceſſantibus, antiquis legibus, quæ de fideicommiſſis, ac prohibitionibus loquuntur, nec ea ſic reſtringunt, acquieſcendum putamus.

Solet etiam dici, fideicommiſſa tempus centum annorum excedere non poſſe: neque decimum gradum inter agnatos, ſiue cognatos, quæ an ſint recipiẽda, diſpiciamus. Quod de centum annis dixi, affirmauit Deci. in conſ. 378. circa finem & ſecutus eſt D. meus Cephalus in conſ. 168. n. 25 lib. 2 Sed non rectè, quod ante me notauit Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 8 tit. 2. nu. 23. Fundamentum. n. illius ſententiæ primum eſt in d. Nouella de reſtit. fideicommiſſ. de qua multa diximus, vbi certè nullum verbum inuenias hac de temporis præfinitione centum annorum.

Secundò eſt in eo poſitum, quod legatum annuum centum annorum ſpatio extinguatur, vt notat Bart. ad l. Annua. §. vlt. ff. de annuis legat. Sed iure non probatur hæc ſententia, præterquàm in legato vſusfructus ciuitati relicto, vt in l. Si vſusfructus. ff. de vſu & vſufr. legato. Et denique conſtat, in infinitum olim licuiſſe ſubſtitutiones fideicommiſſarias facere. ex l. pen. §. Inſtituto. de leg. 2.

Quod verò adiunxi de decimo gradu, ex Petri Ancharani reſponſo 95. affirmauit Deci. in conſ. 321. n. 2. non rectè, vt viſum etiam eſt Didaco Couu. lib. 3. variar. reſol. c. 5. poſt n. 4. verſ. *Quinto hinc*, vbi dicit, eorum reſponſa minimè eſſe obſeruanda, æquiſſimè defendi poſſe, inſpecta teſtatoris voluntate, ſimul & conſiderata communi horum fideicommiſſorum interpretatione. Fundamentum. n. eorum eſt, quoniam vſque ad decimum gradum tantùm eſt ſucceſſio inteſtati agnatorum, vt in §. vlt. in Inſt. de legitima ſucceſſio. cognator. Et ideo ad hunc vſque gradum moderanda eſſe videtur teſtatoris ſubſtitutio proximiorum ſeu agnatorum. Sed non rectè hoc infertur: primò, quia teſtatoris fideicommiſſa, vel in infinitum ſe extendunt, ſi leges antiquas ſpectes, teſtatore ita iubente, vt dictum eſt: vel vſque ad quartum gradum duntaxat porriguntur ſecundùm Nouellam ſupradictam. Secundò, quia alia eſt ratio ſucceſſionis teſtati, alia inteſtati. Nam inteſtatorũ bona nullis exiſtentibus cognatis ad fiſcum pertinent, ſi nec vir exiſtat, nec vxor. l. 1. C. vnde vir & vxor; & ſic ad extraneos peruenire non poſſunt, quoniam illis fiſcus præfertur. Cæterum in ſucceſſione teſtati alia eſt ratio, quia ad eos bona perueniunt, ad quos peruenire voluit teſtator: Et ideo cùm ad omnes in infinitum peruenire vult agnatos, non debet aliquis excludi quocunque gradu defunctum contingat: quoniam nec extraneus excluderetur, ſi extraneum teſtator ſubſtitueret.

PARS





PARS SECVNDA,

CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER QVINTVS.

CAPVT PRIMVM.

Defensio c. Rainutius. de Testamentis. aduersus Francisci Hotomanni obiectiones.



RANCISCVS Hotomanus, natione Gallus, professione Iurisconsultus, ac eruditus vir, de iurisprudentia, deq; omni re literaria bene meritus dici posset, nisi hæretica prauitate imbutus, aliquã scriptorũ suorũ partem hæresis veneno aspersisset, ac proinde (id quod hæreticis hominibus cõmune est) omnẽ occasionẽ aduersus sacros Canones ac Romanum Pontificem scribendi perperam quæsiuisset, ac inter alia, eius scripta disputatio extat contra Innocẽtij III. decisionem positam in c. Rainutius. de Testamentis, qua demonstrare conatus est, Summũ illum Pontificem contra iuris regulas peccasse, multáque noua & iuri repugnantia statuisse. Ego verò operæprecium duxi, licet ab instituto hoc meo alienum, eius argumenta refellere, quanquam sacri Canones per se iustissimi alterius patrocinio & defensione non egeant. Erit igitur hæc mihi controuersia cum Hotomanno. Negat ipse Pontificem Maximum rectè ac iuri conuenienter respondisse: Ego autem affirmo atque contendo contrarium.

Argumenta Hotomanni sunt ista: Primum, summus Pontifex hoc vult in eo responso, vt ex bonis filiæ, quæ restitutioni obnoxia sunt, mater & auia paterna suas tertias detrahere possint, hoc est legitimas. Sed, hoc est absurdum: & contra leges pugnat. Ergo responsum illud defendi non potest, & absurda continet.

Maior propositio probatur ex illis verbis textus: *Cùm autem coram G. Diacono Cardinali audiendi à nobis concessio fuisset dictum litigantiũ, ipse de mãdato nostro sententiã supra dicti iudicis, videlicet in eo, quod dixit tertiam Clerà, & tertiam Adelasia integraliter deducendas, pronunciauit iniustam, & ab ea legitimè prouocatum, definiens, sic illas tertias deducendas, vt legitima portio iure natura debita, &c.*

Minor autem est manifesta, primò, quia vbi mater & auia paterna filio morienti supersunt, soli matri tanquam proximiori successio defertur, auia exclusa, vt habetur Nouella 118. §. 2. Si non debetur auiæ successio: ergo nec legitima: quia legitima portio est successionis siue hæreditatis ab intestato debitæ. l. Parentibus. C. de inoff. testam.

Secundò probatur, quia etiamsi mater & auia simul admitterentur, tamen non singulis tertia pars legitimæ nomine deberetur, sed ambobus vna tantùm tertia pars, siue triens. §. vlt. in Instit. de inoff. testam.

Tertiò, quia in specie, de qua loquitur Summus Pontifex, non agitur de bonis siue hæreditate filiæ Adiectæ, sed de bonis Rainutij patris ac testatoris, quæ per fideicommissum Alterochæ ea reliquerat, si Adiecta absque liberis moreretur, vt patet ex illis verbis: *Adiecta verò impuberi reliquit certa bona sua, adijciens, vt Alterocha & soboles, quam gestabat in vtero eidem impuberi succederent, si absque liberis moreretur.*

Cùm ergo non de bonis filiæ, sed de bonis patris agatur; nihil legitimæ nomine deberi potest matri, vel auiæ paternæ: legitima enim ei tantùm debetur, qui ad hæreditatem vocatur. Ad hæreditatem autem illam Rainutij non vocabatur mater & auia Adiectæ, vt patet, sed filiæ, quæ aderant.

Respondeo, Summi Pontificis responsum ac decisionem nihil absurditatis continere, quia loquitur non secundùm ius commune, sed secundum cõsuetudinem Ciuitatis, in qua causa agebatur. Id patet ex illis verbis textus: *Præcepit etiam idem index, de ijs rebus illas tertias deducendas, de quibus deduci poterant secundùm Tuscanæ consuetudinem Ciuitatis.* Id annotauit Glos. in verbo, *Tam tertia.* Neque verò credibile cuique videri potest, ex iure communi. ita respondisse Summum Pontificem; quis enim ignorat patrefamil. defuncto hæreditatem spectare ad filios, non ad matrem, vel vxorem defuncti? fuitne tam rudis ille, vt hæc iuris principia nesciret? Aut ignota sunt statuta Ciuitatum & Consuetudines, quibus est constitutum, vt præmoriente viro, vxor lucretur tertiam bonorum partem: sicut & è contrario, vxore præmoriente maritus tertiam partem dotis lucretur?

Hic aduersarius replicat hoc modo. *Cùm autem (inquit) Glossematarius huius decretalis interpres, tantam absurditatem animaduerteret, medicinam quæsiuit. Adscripsit enim probabilius sibi videri, duas illas matris & auiæ tertias non ex ciuili, sed potius ex Longobardico iure detrahi, propterea quod eo loco, vbi earum mentio fit, ita scriptum est: Illas tertias deducendas, de quibus deduci poterant secundùm Tuscanæ consuetudinem Ciuitatis. Sed videamus, ne si ex eo loco argumentari liceat tertias illas iure Longobardico detrahi, similiter concludi debeat, legitimæ detractionem, quæ Adiectæ deberi dicitur, ex eodem Longobardico iure attributam ei fuisse. Vbi enim de illa agitur, ita scriptum est: Legitimam retinendam de his rebus, de quibus secundùm Tuscanæ consuetudinem Ciuitatis fieri consueuit. Quod quàm absurdum sit nemo non videt. Verùm, vt illud omittamus, éstne verisimile tam barbaram, feram & inhumanam in vlla Tuscaniæ ciuitate receptam esse consuetudinem, vt mater & vxor patrisfamilias duos de ipsius patrimonio trientes auferant: neque ei liceat suis liberis, quantumuis multis, præter vnum trientem relinquere? &c.*

Respondeo, Glossæ interpretationem verissimam esse. Quod enim Summus Pontifex loquatur de iure municipali ciuitatis Tuscanæ, facile euincunt verba iam relata, & ipsa rei verisimilitudo. Quod verò iste dicit, etiam ea, quæ subiiciuntur in ea decretali de legitimæ detractione filiæ Adiectæ, secundùm eandem consuetudinem accipienda esse ex verbis relatis, & id absurdum esse, nil obstat, primò quia non dicit Summus Pontifex legitimam Adiectæ detrahendam tantùm propter consuetudinem Ciuitatis, sed dicit in hunc modũ: *Quia verò pater Adiectæ ipsam in legitima non potuit aggrauare, legitimã ipsam, videlicet eius partis, quæ sibi debebatur, ab intestato deducendam censuit, & etiam retinendam ita quod deductio fiat tantummodò de his rebus, de quibus secundùm consuetudinem Tuscanæ ciuitatis fieri consueuit.* Et paulò superius loquens de legitima in bonis matris & auiæ debitã, dixit eam iure naturæ deberi.

Ex his patet, legitimam deducendam esse ex iure communi, tanquam iure naturæ debitam. Sed ex certis duntaxat rebus, secundùm Tuscanæ consuetudinem ciuitatis. Vnde consuetudo iuri conformis in hoc erat, vt legitima deduceretur, sed ius eam detrahendi non concedebat ex omnibus rebus quæ sanè interpretatio ac sententia liberalis est, & verbis textus prorsus consentanea. Sed cùm agitur de legitima matris, & auiæ detrahenda, alia est ratio, neque enim illud accipi potest secundùm ius commune, quia iuri communi repugnat, vt mortuo patre filiis superstitibus mater & auia legitimam deducant: sed aduersarius nihil pensi habuit, vt Summum Pontificem absurda scripsisse in illa epistola iactaret.

Secundò, etsi dixerimus legitimam filiæ Adiectæ deducendam fuisse, atque illi attribuendam secundùm Tuscanæ consuetudinem Ciuitatis, nihil tamen absurditatis inde sequitur. Cur. n. absurdum videri possit, Ciuitatem idẽ statuisse, quod ius commune Cæsareum, vt nempe legitima filio assignaretur ex bonis fideicommisso subiectis? Quamobrem Hotomannus nec probat hanc absurditatem, nec vbi consistat indicare voluit. Rectè. nulla enim erat, ideo demonstrari non poterat.

Cum verò miratur tam barbaram esse consuetudinem, vt patrefamilias defuncto mater & auia duos trientes auferant, & vnus tantum triens filiis relinquatur, in eo sanè hallucinatur, quoniam in primis non de omnibus rebus deduci possunt trientes supradicti matris & auiæ, vt patet ex textu: deinde, quia & mater & auia dotes suas filiis conferre debent, neq; enim verisimile est eas & dotes præcipuas habere, & præterea trientes bonorum. Tertiò, quia & ex ipsis trientibus matris & auiæ legitima deducenda est filiorum defuncti patrisfamilias, vt patet ex verbis illis textus: *In eo, quod dixit tertiam Clera, & tertiam Adelasia integraliter deducendas pronunciauit, iniustam, & ab ea legitimè prouocatum, definiens, sic illas tertias deducendas, vt legitima portio iure naturæ debita Alterocha, illis salua sit in vtraque, &c.* Quartò, quia duæ sunt personæ: Rainutij vna, altera patris ipsius, quare mater eius tertiam deducere potest, ratione patris Rainutij: Vxor autem ratione Rainutij. nec rarò accidit, vt talia extent statuta Ciuitatum vel consuetudines, vt præmoriente

viro, vxor tertiam partem aliquorum bonorum lucretur: præſertim, quia contrà etiam ita diſponunt, vt præmoriente vxore vir lucretur tertiam dotis partem, vt ſuprà dictum fuit. Denique alia poſſunt conſiderari, ex quibus conſuetudinis illius ratio & iuſtitia eluceat. Et ideo non ſic temerè affirmare oportet illam barbaram eſſe, feram, & inhumanã conſuetudinem.

Tertiò dicit Hotomannus: *Si qua huiuſmodi conſuetudo in iſta Ciuitate valuiſſet, ſuperius in exponendæ cauſa mentio aliqua de tertio triente, de quo paterfamilias diſponere inter liberos poterat, facta ſine dubio fuiſſet: minimrum Rainucium trientem illum, de quo liberè ſtatuere poterat ſuis illis filiabus attribuiſſe.*

Reſpondeo, negando conſequentiam: neq; enim Summus Pontifex in exponenda cauſa mentionem vllam facere debuit, niſi eorum quæ ex facto proponebantur. Non proponebatur autem ex facto Rainucium filiabus ſuis vllum trientem attribuiſſe, ſed ita planè de rebus ſuis ſtatuiſſe, vt in epiſtola continetur. Ex facto enim propoſito ius oritur, nec reſpondens ad propoſitam facti ſpeciem, quid iuris ſit, debet factum immutare, vt notum eſt.

Quartò, ita pergit Hotomãnus: *Præterea locus eſt apertiſſimus, ex quo intelligi poteſt duarum illarum tertiarum detractionem de ſola hæreditaria Adiectæ portione petitam eſſe. Cùm enim Alterocha reſtitutionem poſtulaſſe dicitur, non dubium eſt, quin eorum tantùm bonorum reſtitutionem poſtularit, quæ Adiectæ attributa & relicta, & fideicommiſſo deſtinata à Rainutio fuerant. Atqui poſtea dicitur licere Petrucio de illis bonis ab Alterochã poſtulatis duas illas matris & auiæ tertias detrahere: ex quo perſpicuum eſt, eas non de vniuerſo Rainucij patrimonio, ſed præcisè de hac hæreditaria portione Adiectæ attributa detractas fuiſſe. Verba autem hæc ſunt. Coram quo Alterocha bona quondam Rainucij, tanquam ex cauſa fideicommiſſi vel ſubſtitutionis ſibi debita, petiit Tutore filiorum ex aduerſo dicente, quod de bonis illiſ tam tertia Cleræ & tertia Adelaſiæ vxoris eiuſdem: quàm quarta per Trebellianum nomine ipſius Adiectæ erant ante omnia deducendæ: quibus ex verbis perſpicuè intelligitur tres iſtas detractiones, de his ipſis bonis ſumi, quæ fideicommiſſi nomine poſtulabantur: neque aliunde duas Cleræ & Adelaſiæ tertias exigi, niſi vnde Trebellianica petebatur. nam eodem ex fonte omnes hauriri apparet: cum textus eas coniunctim de certis bonis poſtulari oſtendat, non autem duas ex iure Longobardico, tertiam ex iure ciuili.*

Reſpondeo, vitioſam eſſe Hotomanni argumentationẽ, hæc enim eſt: Duę tertiæ, quas detrahunt Clera mater & Adelaſia vxor ex portione Adiectæ detrahuntur, ſicut & Trebellianica ex eadem portione detrahitur: ergo eodẽ iure ciuili omnes detractiones fiunt, ſicut enim Trebellianica ex iure ciuili detrahitur, ita & aliæ duæ tertiæ. Nego conſequentiam, Hotomanne: quid enim prohibet, licet ex vnius bonis omnes detractiones fiant, quin diuerſis tamen ex fontibus, vt puta vna fiat detractio ex iure ciuili, aliæ ex iure Tuſcanæ Ciuitatis? Tollitne ius ciuile Conſuetudinem ciuitatis Tuſcanæ in ea parte, qua matri & vxori licet tertiam deducere? aut Thuſcana Ciuitas tollit Senatuſconſulti Trebelliani authoritatem? Cur ergo ita ratiocinaris, quaſi non liceat & iuris communis & Conſuetudinis patriæ iuribus vti inuicem non repugnantibus? Illud obiter monendi ſumus, mirum aut iniquum videri non poſſe, ex vnius Adiectæ portione deduci tertiam matris & auiæ: quoniam ſic ſtatuere debemus Alterochæ minus fuiſſe relictum, quæ erat altera filia teſtatoris Rainutij, ita vt ſuam duntaxat legitimã habitura eſſet, & ideo ex eius portione nihil detrahi potuiſſe: Vel matrem & auiam ex portione ſua conſecutas fuiſſe, quicquid conſequi debuerant trientis ſupradicti nomine: ita vt ex portione quoque bonorum Adiectæ reliquorum pro rata deductioni locus foret. Decet enim cùm de aliqua diſputatur, cætera rectè, vti conuenit, aut ſupponere, aut imaginari, de quibus nulla eſt diſputatio aut controuerſia.

Denique ita ſcribit Hotomannus: *Neque verò plura de Gloſſatorum interpretatione dicenda ſunt, præſertim cùm tota illorum in tertijs deducendis ratio nemini probari poſſit. Nam ſi ponamus in Rainutij bonis fuiſſe LIV. tres autẽ perſonas Cleram, Adelaſiam & Adiectam tertias ex eis petere: non ſic rationem inibimus, vt Clera de LIV. detrahat XVIII. poſt Adelaſia de reliquis XXXVI. auferat XII. ad extremum Adiecta de hiſce XII. quatuor abſtrahat. Cùm enim vnicuiq; earum eodem iure eodemq; temporis puncto legitima debeatur: quis non videt ex eadem quoq; ſumma ſingulis ſuam portionem attribuendam? Neq; Cleram Adelaſiæ, aut hanc illi anteferendam eſſe, ſed vnam ſimul omnibus illis tribus legitimam de toto Rainucij patrimonio attribuendam, quam pariter æquabiliterq; inter ſe partiantur, verbi gratia XVIII. omnibus quemadmodum ex §. vlt. de inoff. teſta. ſuperius demonſtratum eſt. Verùm, vt antea diximus, quæſitum emplaſtrum eſt, quod iſta vlcera non ſanaret, ſed tegeret, &c.*

Reſpondeo, rectè Gloſſatores rationem inire, & Hotomãnum neſcio quibus tenebris inuolutũ videri. Etenim ipſa Clera mater Rainucij, quæ fuit vxor patris ipſius Rainucij detrahere debet ante omnes alios tertiam par-

tem ex LIV. quæ ex patris hæreditate ad Rainucium peruenerunt: supposito enim statuto, quo sit cautum, vt præmoriente viro vxor lucretur tertiam partem bonorum eius, sequitur, vt mortuo Rainucij parente, qui Cleræ maritus fuit; ipsi Cleræ debeatur tertia pars bonorum. Postea Rainucius Adelasiæ vxori suæ præmoritur, & illa quoque tertiam partem habere debet, sed non omnium LIV. sed eius quod remanet detracta tertia parte matris Rainucij: illa enim tãquam anterior & potior prius deducere suam tertiam potuit ex LIV. quæ reliquit in bonis vir ipsius, qui fuit parẽs Rainucij. Detracta tertia parte Adelasiæ, tunc locus est detractioni legitimæ Adiectæ: quia & illa prius deducenda est, cùm ius Adelasiæ similiter antiquius sit, & ideo tanquam æs alienum deduci debeat ante filiorum legitimam. l. Papin. §. Meminisse. ff. de inoffi. testa. & hac ratione inita nulla est absurditas: imò iuri omnia sunt consona: quia prior tempore potior est iure: & priora ac potiora iura habẽti, prius est satisfaciendum. Prius itaque satisfit Cleræ vtpote anteriori, & ex LIV. assignantur illi XVIII. Secundò Adelasiæ, cui pro tertia assignãtur XII. ex XXXVI. quæ restant, & ex residuo fit detractio legitimæ Adiectæ; sicut præclarè docet Glossator. Et licet fiant eodẽ tempore omnes detractiones, non tamen fiunt eodem iure; sed ratio habetur anterioritatis iurium singularum mulierum, & diuisio fit, vt fieri debet, prius deducto eo, quòd prius deducendum est, sicut in rationibus supputãdis diuisionibusq; faciendis seruari oportet: neq; enim rusticano more æqualiter, vbi iura sunt inæqualia, diuisio fieri debet, sed iustè & geometricè, ac secundum vniuscuiusque iurium ac creditorum proportionem. Et ex his primũ quod attulit argumentum Hotomannus, satis, vt arbitror, confutatum est.

Secundum argumentum: *In ea Decretali nouum aliud ius constituitur.* (verba sunt Hotomanni) *Mater & auia paterna spem suæ legitimæ in bonis superstiti filiæ, quæ restitutioni obnoxia sunt vendere extraneo & donare possunt. Cùm enim Petrucij liberis hæc omnia & eorum tutoribus adiudicentur, perspicuum est, alienationes illas, quæ à matre & auia factæ dicuntur, confirmari, qua de re ita disputari potest. Primùm, quòd isto modo venditio hæreditatis viuẽtis confirmatur contra l. 1. cum similibus. ff. de hæred. & act. vend. vbi Vlpianus ait propterea non posse, quia venderetur res, quæ nulla est, & in rerum natura non est, quod autem de tota hæreditate dicitur, idem de legitima, quæ ipsius pars est, dicendum esse constat, ex vulgata l. quæ de tota. ff. de rei vind. Deniq; pacisci de legitima viuentis non licere nemo nescit ex l. Si quando 35. § 2. ff. de inoffic. testam. ex l. 1. §. Si impubere. ff. de collat. Præterea isto modo pactum, quod mali ominis est, id est, quo liberorum spes extinguitur, confirmatur contra l. Inter stipulantem. 80. §. Sacram ff. de verb. oblig. Nam istius duplicis trientis sperati, venditio non aliter rata esse potest, quàm si Adiecta sine liberis decesserit. Postremò absurdum videtur, quod isto pacto ius legitimæ, quod certis personis proprium est & in eas propriè conuenit, tamen extraneo ceditur, nimirum Petrucio Adiectæ marito; Cùm tamen ea, quæ certis personis propria sunt, cedi extraneo non possint, quemadmodum de vsufructu traditur in §. Finitur. de Vsufru. l. Si vsusfructus. 66. de iur. dot. de fideicommisso verò in l. Mulier. 59. §. Ex asse ff. eod.*

Respondeo breuiter: Nam iste toto errat cœlo, & cœlum suis ferit telis argumentorum frustrà sanè, & inutiliter: non hic matrem & auiam alienasse spem eis competentem in bonis filiæ restitutioni obnoxiis; sed alienasse ius, quod eis de præsenti cõpetebat post mortem Rainucij. Etenim mortuo parente Rainucij, mater Clera tertiam bonorum partem lucrata fuit ex statuto seu Consuetudine Tuscanæ Ciuitatis. Similiter & Adelasia mortuo Rainucio lucrata fuit tertiam partem bonorum eius, meritò illa donare potuit, hæc autẽ vendere. Nullo enim iure quis prohibetur hæreditatem, aut partem eius vendere, vt constat ex tit. de hæreditate & actione vendit. Quare omnia, quæ adferuntur ad probandum, non valere pactiones alienationis bonorum viuentis, ac legitimæ, frustrà adferuntur: nec ad rem pertinent, cùm, vt dixi, Clera mater & Adelasia vxor defuncti Rainucij non alienauerint viuentis Adiectæ hæreditatem, aut partem eius, sed tertiam bonorum partem, quam iam tempore alienationis ob mortem Rainucij & patris eius consecutæ fuerant; quæ quidem alienatio omni iure permissa est.

Tertium argumentum: *Cùm mater & auia paterna* (inquit Hotomannus) *suas legitimas de vnius filiæ bonis detraxerunt, altera filia de iisdem legitimis suam legitimam detrahit, quo iure constitutum video detractionem ex detractione concedi. Nam de matris legitima suam legitimam filia detrahit, quod quàm absurdum sit, nemo non videt: nam neque accessionis accessio, neque detractionis detractio vsquam conceditur: vtpote cùm hoc contra naturam sit: quemadmodum de vsuris vsurarum, aut vsuris fructuum, aut fructuum fructibus traditur in l. Placuit. 19 cum similibus. ff. de Vsuris & Falcidia. in l. Pœnales. §. Si Titio: ad leg. Falci. Eodem illud quoque accedit, quod ista Alterocha legitima præcisè & peculiariter de legitimis matris eius & auiæ detrahi dicitur: nam si quæ detrahenda fuit, non de illis particulis, sed vniuersè de*

totam

tota illarum hæreditate, quæ mortis tempore reperta eſt, illam deduci oportuit. l. Cum quæritur. 6 C. de inoffic. teſtam.

Reſpondeo, falſum eſſe fundamentum, quo iſte nititur, nempe matrem & auiam paternam ſuas legitimas de vnius filiæ bonis detraxiſſe. Nam eas detraxerunt ex bonis Rainucij defuncti, Clera quidem mater eam ob cauſam, quod vir eius, nempe Rainucij pater, fuerit præmortuus: Adelaſia autem eam ob cauſam, quod Rainucius eius maritus ſimiliter ante eam deceſſiſſet: & hæc vigore ſtatuti ſiue Conſuetudinis Ciuitatis diſponentis, vt mortuo viro vxor lucraretur tertiam partem bonorum eius. Ex bonis igitur Adictæ relictis à teſtatore Rainucio deducere potuerunt Clera auia paterna & mater Adelaſia tertias iſtas: & ſic Petrucius, cui donatæ & venditæ fuerunt dictæ tertiæ, cùm ad reſtitutionem vrgeretur Alterochæ faciendam ex ſubſtitutione, deducere poterat has tertias: ſed quoniam Alterocha actrix filia erat Adelaſiæ & Claræ neptis, meritò allegabat ex dictis tertiis deducendam eſſe legitimam ſibi debitam, neque enim obſcuræ ſunt leges, quibus eſt cautum cùm per inofficioſas largitates legitima læſa eſt, eas vſque ad legitimæ quantitatem reſcindi. l. 1. & 2. l. Si foras. C. de inoffic. donatione.

Sed quid de venditione dicemus, cùm non ſic illa retractari poſſit? Reſpondeo cum Gloſſatore, venditionem factam fuiſſe in fraudem & ſimulatè, vnde obeſſe non debuit Alterochæ, quantum ad legitimam. l. Nuda & imaginaria. ff. de contrahen. empt.

At inquit Hotomannus, tunc legitimam non ſolùm ex his tertiis deducere Alterocha debuit, ſed vniuersè de toto patrimonio: *Præterea* (inquit) vbi de inofficioſis donationibus, aut earum reſciſſione vlla in Conſultatione & toto Decretalis contextu vel minima ſuſpitio eſt? non enim, opinor, iudex huic controuerſię adhibitus potuit illas donationes nondum inofficioſi conuictas & damnatas ita obiter; & quaſi aliud agens reſcindere. Nam quod ad inofficioſæ venditionis querelam attinet, vbi vnquam eius audita mentio eſt?

Reſpondeo, ita nos ſtatuere oportere legitimam Alterochæ ex vniuerſo patrimonio Claræ & Adelaſiæ deducendam eſſe, ſed hoc ceſſat, ſi aliud illæ non reliquerint in bonis: Et dato, quod reliquerint, negari non poteſt quin etiam ex dictis tertiis, quæ donatæ & venditæ fuerunt, pro rata deduci poſſit Alterochæ legitima. Nam ſi ex toto patrimonio deducenda eſt, ſequitur, vt etiam ex hac parte bonorum deducenda ſit.

Quòd verò dicitur, nullam in tota decretali fieri mentionem de inofficioſa donatione & eius reſciſſione, nihil mouet, quia ex eo, quod vſque ad legitimam Alterochæ debitam illa reuocatur, ſatis manifeſtè colligere poſſumus inofficioſam fuiſſe donationem.

Denique quod iſte ſubdit, inofficioſæ venditionis querelam non dari, nihil obſtat: quia; vt iam dixi, ita præſupponere oportet eam venditionem fictam & imaginariam fuiſſe, vti optimè Gloſſa explicat.

Quartum argumentum Hotomanni verſatur circa fructus. Sic enim textus ait: fructus ex bonis reſtitutioni ſubiectis à tempore litis conteſtatæ in Trebellianicam imputandos. *Vbi* (inquit Hotomannus) *duplex dubitatio oritur. Primùm enim, ſi fructus ab hærede fiduciario quocunque tempore percepti, et in ſuam Pegaſianam imputantur. l. In fideicommiſſaria. 18. ff. ad Trebell. quanto magis ab eius ſucceſſore percepti, & ante, & poſt litem conteſtatam imputabuntur? Quanquam quoniam hic caſus eſt de primi gradus liberis, quibus priuilegium à Zenone tributum eſt, vt fructus illis in ſuam quartam non imputentur. l. Iubemus. 6. Cod. ad Trebell. propterea de his, qui Adiecta viuente percepti ſunt, nihil mutamus, ſed eius ſucceſſorem meliore eſſe iure, quàm quo ſunt hæredes fiduciarij extranei, nulla ratio eſt. Præterea ſingulare quiddam eſt in hoc controuerſiarum genere, vt locum non habeat, quod in hoc iudicio ſpectatum eſt: litis conteſtatione malæ fidei poſſeſſorem effici, ac proinde fructus ab eo poſtea perceptos mutari l. 2. cum ſimilibus. C. de Petit. hæred. Nam quemadmodum traditur in l. Si idum. 78. ff de legat. 2. ab ea regula excipiuntur cauſæ, in quibus Falcidia locum obtinet; Idque perſpicua æquitate: quia poſſeſſor non abſolutè & ſimpliciter reſtitutionem abnegat, ſed cum adiectione ſi totum reſtitui petitur: non enim tota hæreditas debetur, ſed cum detractionibus legitimis, eóque pertinet l. 3. ff de Vſuris.*

Reſpondeo, ideo ſucceſſorem Adiectæ fructus perceptos ante litem conteſtatam in Trebellianicam non imputare, quia eos percepit ex negligentia non petentis fideicommiſſum. Ait enim textus: mortua Adiecta Petrucium eius maritum ſuperſtitem aliquanto tempore eius bona poſſediſſe in pace, ex quo patet Alterocham negligentem fuiſſe in petendo ſibi bona reſtitui ex ſubſtitutione, nec enim quicquam petiit, donec ille viueret. Cõſtat autem fructus in Trebellianicam nõ imputari, quoties ab eo, qui reſtituere tenetur, percepti ſunt, ex negligentia non petentis, vt habetur in l. Mulier. §. Si hæres. ff. ad Treb. ibi: *Fructus enim qui percepti ſunt negligentia petẽtis, non iudicio defuncti percepti videntur.* Lite autem conteſtata imputari debent, quia ex eo

tempore possessor est in mora, & in mala fide. l. Certum. C. de rei vindicat.

Quod autem subdit aduersarius in hoc cōtrouersiarum genere singulariter constitutum esse, vt locum non habeat, quod in hoc iudicio spectatum est, litis contestatione malæ fidei possessorem effici, nec ad rem pertinet, & absolutè verum non est. Nam locum habere non potest, nisi eo in casu, quo possessor obiicit Falcidiam petēti fideicommissum, & actor totum petit, nec vult pati, vt detractio fiat: tūc enim hæres possessor in mora non dicitur esse, & hoc probat l. Qui solidum, de leg. 2. & l. 3. ff. de Vsuris. Sed quid si totum fideicommissarius petat, & possessor non ei falcidię detractionem obiiciat, sed excipiat nil ei deberi, obstare agenti præscriptionem, vsucapionem pro dote & alia, vt in ea specie, de qua agitur in c. Rainucius. nunquid idem dicēdum erit? Nequaquam: quia hic negat possessor simpliciter & absolutè restitutionem, quare ante litem contestatam bona fides ei proderit, post litem autem contestatam nullo modo, quantum ad restitutionem fructuū, vt in l. Certum. C. de rei vind. & in aliis similibus.

Quintum argumentum Hotomanni: *Cùm auia & mater, inquit, suas legitimas de bonis filia restitutioni obnoxiis detrahunt, ipsa quoque filia sibi detrahit, ac proinde tres legitima à tribus diuersis personis detrahuntur, quod cuiusmodi sit ex his, qua in prima enunciatione dicta sunt, satis intellectum est. Nam siue matri legitima debeatur, de filij hareditate, ei deberi intelligitur: siue rursus filio debeatur, de parentis. Vtrique autem de eadem haredit ate, & matri, in quam, & filia deberi non potest, propterea quod in intestatorum hareditatibus liberorum gradus parentes excludit Nouella CXVIII. §. 1. Quare cùm pateat hanc Rainucij hareditatem ā se, sola filia legitimam ab ea capiet, matrem vero & auiam prorsus excludet.*

Respondeo ex his, quæ dicta sunt ad primū argumentum, non iure communi ac Cæsareo niti responsum hoc Pōtificis Maximi, sed cōsuetudine siue lege particulari Tuscanę Ciuitatis, vt frustrà iste legem Cæsaream inculcet. Sic autem res habet: Mater Clera ex morte patris Rainucij lucrata est tertiam partem bonorum eius ex particulari lege ita statuente, vt præmoriente viro vxor lucretur tertiam partem bonorum; similiter & Adelasia vxor Rainucij tertiam est lucrata. Ex eo, quod superest, tertia debetur Adiectæ, pro sua tamen portione virili, & sicut Glossator optimè proponit casum. Erant in bonis, exempli causa, LIV. ex his deducit mater Clera, quæ est omnibus anterior XVIII. Restāt XXXVI. Ex his deducitur tertia Adelasiæ nempe XII. Restāt XXIV. Ex his tertia pars sunt VIII. Duę sunt sorores, Alterocha & Adiecta, ergo legitima Adiectæ erunt IV. & legitima Alterochę similiter IV. Restant XVI. Ex his deducitur quarta pars ex Trebelliano & sic IV. Restant XII. hęc restituuntur Alterochæ. Præterea Alterocha detrahit ex XVIII. quæ assignata sunt Cleræ auiæ suæ paternæ suam legitimam, videlicet III. Sunt enim duæ filiæ, & sic VI. Legitimam constituunt ambarum. Ex XII. autem matri Adelasiæ assignatis legitimam Alterocha deducit, nempe II. Quoniam IV. efficiunt legitimam ambarum filiarum. Et sic in totum habet Alterocha ex dictis LIV. quæ sunt in hæreditate XXI. nempe IV. pro sua legitima: V. pro legitima ex bonis matris & auiæ. Et XII. ex causa fideicommissi. Possessor autem bonorum habuit primò ex tertia parte Clerę donatricis XV. ex tertia parte Adelasiæ, quæ fictè vendidit X. Pro legitima Adiectæ IV. ex Trebellianica detractione IV. quæ omnia efficiunt XXXIII. iunge XXI. efficięs LIV.

Postremum Hotomanni argumentum eò tendit, vt ostendat detrahi non posse legitimam & Trebellianicam simul à filiis fideicommissaria restitutione grauatis. Sed quoniam hæc est celebris controuersia, vt ei caput sequens totum attribuerem, quò magis discutiatur, faciēdum putaui. Igitur lectorem ad sequens caput inuito, in quo de duabus detractionibus disputationem inueniet, simul Innocentij Pontificis Maximi defensionem aduersus Hotomanni argumenta.

CAPVT II.

Vtrum filius rogatus hareditatem restituere possit detrahere simul legitimam & Trebellianicam pro defensione c. Rainucius. de testamentis. contra Franciscum Hotomannum.

INsignis controuersia hęc est dignáque omnino diligēti & accurata disputatione. Tres sunt interpretum sententiæ. Prima filium detrahere posse tam legitimam quàm etiā Trebellianicam. Secunda, legitimam tantùm, vel Trebellianicam detrahendam esse iure ciuili, secus autē iure canonico. Tertia, distinguendum esse, vtrum purè, vel sub conditione filius restituere grauatus sit. Nam si purè, vnam tantùm detrahet, si sub conditione ambas detrahere poterit. Vide Glos. & cæteros canonistas ad cap. Rainucius, & ad c. Rainaldus. de testamentis. legistas ad l. Iubemus. C. ad Trebell. & ad l. Papin. §. Meminisse. vbi latè Cagnolus. ff. de inoffic. testament. Alexandrum in consil. 142. libr. 2. Couuar. ad d. c. Rainucius. §. 11. num. 5. Andream Geyll. libr. 1. obseru. 121. Francisc. Hotoman. quæst. Illustr. cap. 35. & in disputatione contra ca. Rainucius. nouissimè

Angelum

Angelum Mattheacium de via & ratione artificioſa iuris, lib. 2. c. 25. Iacob. Cuiac. lib. 8. obſeru. c. 3. Ergo ne diu ſuſpenſum lectoris animum teneam, in ea ſum ſententia, vt filius detrahere poſſit dimidiam hæreditatis: & ſic tã legitimã quàm Trebellianicam, ſicut habet prior opinio, quam initio retuli, nullo diſcrimine adhibito, vtrũ purè vel ſub conditione rogatus ſit reſtituere, nullaquè inter ius canonicum & ciuile conſtituta differentia. Etſi enim iure canonico id ſatis apertè declaratum ſit in d. c. Rainutius, & in d. cap. Rainaldus, tamen & iure ciuili id conſentaneum eſſe, & ex illius regulis & conſtitutionibus, ſi nõ expreſsè, ſatis tamen euidenter elici demonſtrabo. Itaque ſic ſtatuo: Cùm filius à patre rogatus eſt hæreditatem reſtituere, conſtituendas eſſe ex toto aſſe duodecim vncias, ex quib. regulariter hæreditas conſtare dicitur. Ex aſſe, atq; adeò ex duodecim vnciis detrahendas eſſe quatuor pro legitima filij, (eſt. n. legitima iam triens, vt notum eſt ex Nouella de Triente & Semiſſe) hunc trientem alio non eſſe reſtitutioni obnoxium, ſed exceptum ab ea: & cõſequenter octo vncias reſtitutioni ex fideicõmiſſo obnoxias eſſe. Ex quibus parta pars, nempe vnciæ duæ deducendæ ſunt à filio, pro authoritate ſenatuſconſulti Trebelliani, quia proinde in totũ ſex vncias habebit, & ſic dimidiam totius hæreditatis. Hanc ſententiam ego veram eſſe prius demonſtrabo, & vtrique iuri, vt pollicitus ſum, conſentaneam, deinde argumenta confutabo, quæ aduerſus eam afferuntur.

Et quidem quod attinet ad ius canonicum, minorẽ eſſe video difficultatem, cùm, vt dixi, apertè id probetur in d. cap. Rainutius, & in d. c. Rainaldus. de Teſtam. quatenus ibi Summus Pontifex confirmat & approbat ſententiam iudicis, qui pronunciauerat legitimam reſtitutioni obnoxiam non fuiſſe, & Trebellianicam detrahi potuiſſe. Et licet in ea ſpecie filius rogatus eſſet ſub conditione reſtituere, non autem purè, quæ cauſa fuit, vt multi, quãtum ad hoc, purum fideicõmiſſum à conditionali diſtinguerent: tamen Summus Pontifex in eo fundamento non potuit, quod filius ſub conditione rogatus eſſet: ſed in eo, quod in legitima grauari nõ potuit: quartam autem Trebellianicam quilibet extraneus reſtitutione grauatus deducere poteſt, quæ ratio locum habet, ſiue purè, ſiue ſub conditione filius reſtituere rogatus ſit. Porro ad alia argumenta, quibus illa diſtinctio nititur poſtea reſpondebo.

Quod verò attinet ad ius Ciuile, etſi maior ſit difficultas, id tamen verum eſſe patet, ſi nõ antiquas tantùm leges, ſed nouiſſimas, quoque perpendamus, atque in hanc rem adſero Nouellam de reſtitutionibus, & ea quæ parit, &c. §. Quamobrẽ. vbi Iuſtinianus ita dicit ſecundum antiquam trãſlationem: *Quamobrem præſentem ponimus legem, omnia quidem alia prioris à nobis poſita conſtitutionis rata manere volentes: hoc verò innouantes ſolummodo, vt ſi quis de cætero reſtitutionem fecerit ſuarum rerum: primum quidem ſeruet filio legitimam partem, non quartam, hoc enim emendauimus, inopiam eius plurimam reprehendentes: ſed tertiã modis omnibus aut mediam ſecundùm filiorum numerum, deinde ex reliqua ſubſtantia parte, ſi non ſuffecerit legitima pars ad dotis, aut antenuptialis donationis oblationem: honeſtè & ſecundùm perſonarum qualitatem, & merita excipere etiam hoc ad reſtitutionem, &c.*

His verbis Iuſtinianus clarè decernit legitimam filiorum excipiendam eſſe de reſtitutione, ex quo ſequitur, eam non eſſe reſtitutioni obnoxiã: cõfirmatur id ipſum, & alia ratione. Nam legitimam filius habiturus eſt etiam, ſi alius hæres inſtituatur. Ergo non continetur in reſtitutione fideicõmiſſi, argumento l. Sequens quæſtio. de leg. 2. ibi: *Et propterea fideicommiſſo non contineri, quia ea habitura eſſet, etiam alio hærede exiſtente.* Erit ergo duntaxat reſiduũm ſubſtantiæ, ſiue hereditatis obnoxiũ reſtitutioni, & ſic octo duntaxat vnciæ reſtituendæ erũt. Ex his octo vnciis, quas reſtituere filius rogatus eſſe intelligitur, aio detrahendam eſſe quartã partẽ pro authoritate Trebelliani ſenatuſcõſulti. quod ſic probo: Omnis hæres qui grauatus eſt vel totam vel partem hæreditatis reſtituere, poteſt quartam partẽ deducere. Sed filius eſt hæres rogatus reſtituere partem illam hæreditatis, quę excepta legitima ſupereſt, nempe octo vncias: Ergo detrahere poteſt quartam partem. Maior probatur ex §. Sed quia. in Inſtit. de fideicommiſſa. hæredit. & ex §. Nihil autem intereſt. eod. tit. in d. §. *Sed quia.* ſic ait Imperator: *ſed quia hæredes ſcripti cùm aut totam hæreditatem, aut penè totam plerumque reſtituere rogabantur, adire hæreditatem ob nullum vel minimum lucrum recuſabant, atque ob id extinguebantur fideicommiſſa, poſtea Veſpaſiani Auguſti temporibus Pegaſo & Puſione conſulib. Senatus cenſuit, vt ei, qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur.*

Et in §. Nihil autem intereſt, ita ſcribit: *Nihil autem intereſt, vtrum aliquis ex aſſe hæres inſtitutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte reſtituere rogatur tan ex parte hæres inſtitutus aut totam eam partem, aut partem partis reſtituere rogatur. Nam & hoc caſu eadem obſeruari præcipimus, quæ in totius hæreditatis reſtitutione diximus.*

Minor autem propoſitio certa eſt, & perſpicua, quia filius eſt hæres, & rogatus reſtituere hæreditatem, excepta legitima, illa enim excipienda eſt, de reſtitutione, vt ſtatuit Imperator in d. §. Quamobrem. cuius verba ſuprà recenſuimus.

Atque hoc eſt illud, quod perpendo in hac diſputatione: legitimam in hæreditate patris reſtituenda non inueniri: quia debet excipi de reſtitutione, legitimam ergo filius iure proprio habebit, veluti exceptam, & nõ comprehenſam in reſtitutione: Trebellianicam verò iure hæreditario. quia ſcilicet & hæres, & reſtituere grauatus. Et hoc eſt, quod Summus Pontifex dicit in cap. Rainaldus. illis verbis: *Quoniam idem R. habebat in bonis quondam Peponis patris ſui tertiam partem debitam iure naturæ, in qua grauari nequiuit, nec non quartam Trebellianicam, quam quilibet extraneus reſtitutione grauatus deducere potuiſſet.*

A qua ſententia non procul abeſt, quod reſpondit Papinianus in l. Pater filiam. 14. ff. ad legem Falcid. in illis verbis: *Falcidiam quidem iure hæreditario, dotem autem iure proprio filiam habituram reſpondi: quia dos in hæreditate patris non inueniretur.*

Videamus nunc, quantum habeât momenti argumenta, quæ ex iure Ciuili aduerſus hãc ſententiam adferuntur. Omnium autem diligentiſſimè ea Franciſcus Hotomanus refert, quæ nos ita ordine confutabimus.

Primum omnium (Hotomani ſunt verba) *Pontificali authoritati opponitur natura rerum & ſenſus communis: Aſſis enim ratio & natura hæc eſt, vt eius vna aliquâ parte nominata, altera neceſſariò intelligatur, quippe cùm ex eorum numero ſit, quæ Dialectici* [illegible] *nominant. Itaque quoties quadrantis detractio nominatur, toties dodrantis reliquatio intelligitur: neque quiſquam detrahere quadrantem dicitur, niſi is ſolus cui ſuperſtes ex aſſe dodrans relinquitur. Quod cùm ita ſit, quæro, ſi filius, qui iam legetimarium quadrantem detraxit, inſuper velit alterum Pegaſiani nomine detrahere; quemadmodum dodrans fideicommiſſario relinqui poſſit? Nam Falcidia lex relinqui omnino dodrantem volebat, ſummámque teſtandi libertatem lege* [illegible] *tabularum conſtitutam ea in parte confirmabat l.* [illegible] *ff. ad leg. Falcid: vt facilè appareat non tam quadrantis detrahendi, quàm dodrantis relinquendi rationem habendam eſſe, quippe cùm hæc reliquatio lege* [illegible] *tabularum primum inſtituta, poſt etiam Falcidia lege confirmata & conſtabilita ſit.*

Reſpondeo [illegible] Summum Pontificem, nec quemquam alium velle teſtandi facultatem lege 12. tabularum datam, & Falcidia lege cõfirmatam auferre, aut aliqua ex parte minuere, ſed hoc dicit Sũmus Põtifex, & vult, nóſq. ſequimur atque contendimus Patremfamilias legitimam filio debitam excipere debere, quoties filium hæredem reſtitutionis onere grauat. Id ſanè & Iuſtinianus ſtatuit, & æquiſſimum videtur, ne legitima onere aliquo prægrauetur. l. Quoniam in prioribus. C. de inoffic. teſtam. Dicimus præterea quadrantem ex Trebelliano detrahendum eſſe. Id quod Senatuſconſultũ iamdiu conceſſit, quare nihil hæc legib. repugnant. Nec verò hæc cũ natura rei & ſenſu cõmuni pugnant. Nam etſi quadrante detracto ex hæreditate dodrãs ſupereſſe intelligatur, nihil tamen prohibet, quo minus reſtitutioni obnoxius ſit dodrans tantùm hæreditatis, ſiue detracto triente, bes tantùm, & ex eo quarta pars Trebelliani nomine detrahatur. Tunc obſtaret rei natura ſenſúſque communis, ſi diceremus, totum aſſem hæreditatis obnoxium eſſe reſtitutioni: tunc.n. triente deducto, reſiduum reſtituendũ ſupereſſet. Sed non ita dicimus. Iam enim cõſtat filio rogato reſtituere hæreditatem, eam interpretationem adhibendam ab initio, vt cenſeatur rogatus reſtituere beſſem. tantùm hæreditatis, quia legitimarius triens excipi debet. Quare ſicuti, ſi expreſsè filius rogatus eſſet beſſem reſtituere, proculdubio detraheret ex eo quadrantem Trebellianicum, ita etiam reſpondendum eſt, vbi totum aſſem reſtituere quidem rogatus eſt teſtatoris verbis, ſed tamen non niſi beſſem reſtituere rogatus intelligitur authoritate legis iubentis, vt dixi, legitimarium trientem excipi de reſtitutione.

Secundum argumentum Hotomani. Eiuſmodi alterum argumentum, [illegible] *eſt: Nam cùm quadrantis detractio ſit priuatio, & priuatio præſupponat habitum, vt noſtri loquuntur, hoc eſt, detractio rem ſubeſſe arguat, ſatis conſtat, inde duntaxat quadrantem detrahi, vbi redundat, hoc eſt, ab eo, cui plus dodrante ſuperat. Quod ſi filius, qui legitimam detraxit Pegaſianum quadrantem petat, quæro, an ab eo petat, cui plus dodrante ſuperat? Ac nimirum hoc illud eſt, quod vulgo dicitur, quartæ detractionem ei demùm concedi, qui ſuprà dodrantem grauatus eſt.* [illegible] *Sed quia. de fideicommiſſ. hæredi. vbi dicitur Senatum cenſuiſſe, vt ei, qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem reſtituere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Quoties igitur hæres ſuprà dodrantem grauatus non eſt, ſed ei quadrans hæreditatis quoquo iure ſiue inſtitutionis, ſiue præceptionis, deductionis, retentionis, ſiue legati, ſiue mortis cauſa capionis relictus eſt, ſequitur, vt quartam petere non poſſit. l. In quartam. ff. ad leg. Falcid. Itaque cùm hæres legitimam adeptus eſt, ſatis conſtat, eum ſuprà*

prà dodrantem grauatum non esse, ac proinde petere Falcidia beneficium non posse.

Respondeo, propositionem, qua iste nititur veram non esse, ita simpliciter & absolutè, vti ponitur, videlicet, quoties hæres supra dodrātem grauatus non est, quartam partem detrahere non potest. Nam etsi partem tantùm hæreditatis, puta dodrantem solum vel minorē partem restituere grauatus sit, detrahere tamē potest quartam partem ex Trebelliano, quia nihil interest, vtrum quis totam vel partem hæreditatis restituere grauatus sit, vt in §. Nihil autem interest. in Instit. de Fideicommiss. hæredit. Hoc autem allegare potest Hotō. & puto etiam ita eum intellexisse, hæredem imputare debere in Trebellianica, quicquid vel præcipere, vel deducere, vel retinere iussus est, vt in d. l. In quartam. ff. ad leg. Falcid. & cōsequenter legitimarium trientem ipsum imputare oportere. Si igitur hoc velit, vt colligitur ex verbis eius, & ex lege, quam allegat, respondeo, legitimam imputandam non esse, quoniam in Trebellianicam ea tantum imputantur, quæ ex testamento hæres consequitur, non etiam ea, quæ iure suo extra testamentū hæres habet, vel ei debentur, vt probat textus in l. Pater filiam. ff. ad leg. Falcid. ibi. *Falcidiam quidem iure hæreditario, dotem autem iure proprio filiam habituram.* Et in l. Debitor. ff. ad Trebell. declarat post Bartolum, & alios optimè Ripa in d. l. In quartam. n. 84. vbi propterea docet bona emphyteutica & feudalia non imputari in Trebellianicam, quia non capiuntur ex testamento. Sed legitimam filius consequitur extra causam testamenti: Ergo illa in Trebellianicam imputanda non est. Hæc assumptio probatur, quia filio debetur legitima legis prouidentia, non autem patrįs beneficio. Cogitur enim pater illā excipere ex onere restitutionis, vt dictum est, & tenetur eam filio absq; omni onere relinquere institutionis titulo, Appellatúrque *debitum naturale*. in l. Scimus. §. Illud præterea C. de inoff. testa. & in l. 1. C. de imponen. lucra. descript. *Debitúmque bonorū subsidium*. in Nouella de Triente & Semisse. Et necessitatem imponit lex parentibus relinquendi legitimā filio, *taquam illa secundùm naturam ei debeatur*, inquit Imperator in Nouella de hæred. & Falcid. § 1. Quare ex his omnibus concluditur, rectè dici legitimam extra causam testamenti capi a filio, & nō patris iudicio, vt dictum est, sed legis prouidentia, vt alibi loquitur Vlpianus in l. Si arrogator. ff. de adoptio. Consequenter illa imputari non debet in Trebellianicum quadrantem, in quam ea imputantur, quæ patris iudicio & testamento perueniunt.

Tertium argumentū *ducatur*, inquit Hotomanus, *ex aliarum quartarum inductione, nam in reliquis omnibus hoc perpetuò videmus esse iuris, vt vnius adoptio alteram excludat. Cuius rei tria exēpla suppeditat l. Papinianus ff de inoffi. testam. Primum est in §. Quarta autem. vbi ple .s qui falcidiam ex legatis adeptus est, ab inofficiosi querela depellitur. Alterum in §. vnde si quis. vbi si ius Pegasianum ex fructibus consecutus, similiter ab inofficiosi actione excluditur. Tertium in §. Si quis impubes. vbi nepos ex filia impubes ab auo arrogatus & exhæredatus, quoniam ex constitutione D. Pij quartam habet, à querela remouetur. Cui consentaneum est, quod traditur in l. 1. §. pen. ff. Si cui plus quàm per leg. Falcid. vbi patronus, qui in liberti bonis partem habet legitimam si eam detraxit, à Falcidia petenda depellitur.*

Respondeo, vt & initio dixi non esse in hac disputatione obseruandum id, quod antiquis legibus est constitutum. Si enim secundum antiquas leges definiri debeat hæc cōtrouersia, facilè existimauerim vnā tantum quartam detrahendam esse, & hoc probant exempla aliarum quartarum adducta: sed hic postremæ leges perpendendæ sunt, quibus constitutum est, vt filio restitutione iniuncta, legitima excipiatur, aut pro excepta habeatur. Ex hoc enim sequitur, illam esse retinendam tanquam filio debitam, & residuum hæreditatis restituendum deducta quarta Trebellianica, in quam legitima non imputatur, vt dictum est: quia non iudicio testatoris, sed legis prouidentia ad filium peruenire dicitur. Quare argumentum ex aliarum quartarum inductione, in quibus hæc specialiter constituta non sunt, huc nequaquam pertinere potest.

Quartum argumentum Hotomani, est ex Nouella 39. de restitutionib. & ea, quæ parit: *cuius verba* (inquit Hotomanus) *Iuliano interprete, hac ferè sunt: Si quis vnum ex liberis hæredem instituerit, & rogauerit eum, vt cùm morietur, aliis restituat hæreditatem: primùm quidem legitimam portionem, nempe trientem sibi retineat, cæteras autem partes fideicommissario restituat integras Itaque Bartolus in eum locum scribens num. 1. Nota, inquit, filium fideicommisso grauatum non posse duas quartas detrahere, sed vnam tantum.*

Respondeō: maiorem me in viro docto fidem in referendis legibus desiderare. Nam si legatur tota illa Nouella, siue secundùm Iulianū, siue secundùm Haloandri interpretationem hoc non dicit. Verba superius proposui & totā hic Nouellam adscriberem, nisi id superuacaneum viderem. Hoc dicit quidem Nouella legitimam esse accipiendam de restitutione, sed non sunt in ea illa verba: *Cæteras autē partes fideicommissario restituat integras:* Videat lector Nouellam totam, & omnis ei scrupulus auferetur.

Sed nec fideliter Bartoli verba refert, etſi enim aliquod argumentum ex Nouella deſumat pro contraria ſententia, non tamen ita loquitur, vt ille refert: verba Bartoli hæc ſunt: *Nota ex hac l. in ver. Quamobrē: quia iſte textus optimè facit, quod filius rogatus de reſtitutione non poſſit habere, niſi vnā quartam. Nam hîc vides, quod filio de reſtituendo grauato ſolùm conſulitur in quarta debita iure naturæ, & tota reliqua ſubſtātia venit in reſtitutione fideicommiſſi, nec diminui poteſt, niſi ex cauſa dotis vel donationis propter nuptias. Sed ſi quartam Trebellianicam detrahere poſſet, deberet ex cauſa dotis, vel donationis propter nuptias conſtituere ſi debita iure naturæ nō ſufficeret. nam quod hac de reliqua ſubſtantia poſſit detrahi, & priuilegium dotis & donationis propter nuptias, ergo in contrarium eſt ius commune, quia propter nullam aliam cauſam reliqua ſubſtantia, quæ reſtat, poſſit detrahi vel minui. l. ius ſingulare. de leg.*

Reſpondeo ad iſtud argumentum. Nouellam non hoc dicere, detracta legitima totam reliquam ſubſtantiam in reſtitutionem venire, legantur verba, nō hoc inuenietur: ſed Bartolus id colligit ex duobus, primum: quia Nouella dicit detrahendam, ſiue excipiendā eſſe legitimam de reſtitutione, & nihil dicit de Trebellianica: videtur enim inferri ex hoc, reliquam ſubſtantiam reſtituēdam eſſe. Deinde, quia tantummodò dos & donatio propter nuptias hoc priuilegium habeant vt ex reſtitutione excipiantur. Reſpondeo ad primum, non, ſi textus Nouellæ legitimam excipiat, & nullam Trebellianicæ mentionem faciat, idcirco Trebellianicæ detractionem fieri poſſe negat. Legitimam enim excipit, quia non vult eam ſubiectam eſſe reſtitutioni. Cætera ſubſtantia ſubiecta eſt reſtitutioni, ſecundùm formam Trebelliani ſenatuſconſulti, quæ eſt, vt ſiue tota hæreditas, ſiue pars eius reſtituenda ſit, quarta pars detrahatur. Ergo non prohibet ibi detractionem: Ad ſecundum reſpondeo, dotem & donationem propter nuptias excipiendam eſſe de reſtitutione, quia pater tenetur filiæ dotem dare, & donationem propter nuptias pro filio conſtituere. l. vlt. C. de dotis promiſſio. Ergo non poteſt in hac parte filium grauare, ac per reſtitutionem iniunctam efficere, vt dotem & donationem propter nuptias non conſequatur. Reliqua ſubſtantia ſubiecta eſt reſtitutioni, ſed ſecundùm legis formam, vt fiat quartæ detractio ex Trebelliano Senatuſcōſulto. Itaque verum eſt, quod dicit Bartolus, ſolam dotem & donationem propter nuptias hoc priuilegium habere, vt in reſtitutionem non veniant, ſicut nec legitima venit iure naturæ debita, reliqua enim ſubſtantia in reſtitutionem venit, nec nos id inficiamur, ſed venit cùm ſua cauſa, vt ſcilicet patiatur quartæ partis detractionem.

Dices, ſi locus eſſet detractioni quartæ huius Trebellianicæ: ex ipſa dos & donatio propter nuptias erat conſtituenda, quatenus legitima non ſufficeret, non autem ex reliqua ſubſtantia reſtitutioni obnoxia. At hoc iniuſtum eſt, nam, vt dixi, pater tenetur dotem & donationem propter nuptias dare, & conſtituere filio: Ergo non debet filius ex ſua Trebellianica, quam, vt hæres grauatus conſequitur, ſupplere id, quod deeſt ad dotē & donationē propter nuptias: ſed id ex bonis & ſubſtantia patris ſupplendū eſt, ita, vt filius iure proprio dotem habeat, & donationem propter nuptias: & iure hæreditario, id eſt, tanquam hæres grauatus quartam ex Trebelliano. l. Pater filium, ff. ad leg. Falcid. ibi: *Falcidiam quidem iure hæreditario, dotem autem iure proprio, &c.*

Quintum argumentum eſt ex l. Iubemus 6. C. ad Trebell. vbi Zeno ſtatuit, vt filius portionem ſuam hæreditariam fratri reſtituere rogatus, retenta ex Senatuſconſulti beneficio quarta, dodrantem reſtituat: *Quo* (inquit Hotom. ibi) *quid apertius dici poteſt? Neque nos moueat, quod ſupra diximus, Iuſtinianum de legitima ſtatuiſſe, cum enim eius ſummam auxiſſet, & ex quadrantaria trientariam feciſſet, non dubium eſt, quin ſi iam non ampliùs Pegaſianam, ſed legitimam potius petituri ſint.*

Reſpondeo, ſi Zenonis tempora ſpectemus, vnam tantum quartam detrahi potuiſſe, nempe Trebellianicam, ratio eſt, quia non dū Nouella Iuſtiniani erat lex edita, qua conſtitutum eſt, vt legitima filiorum non veniat in reſtitutionem. Cùm enim tempore Zenonis etiam legitima in reſtitutionem veniret, meritò non erat locus detractioni eius, ſed tantùm quartæ Trebellianicæ, ſed cùm hodie legitima in reſtitutionem non veniat ex Nouella, ſequitur, vt illa ſit excepta, & ſalua filio, nec ſubiecta reſtitutioni: ex reſidua verò hæreditate reſtituenda, quartam partem detrahere filius poſſit authoritate Trebelliani Senatuſconſulti, quod nullibi prohibetur hoc in caſu locum habere. Id verum eſſe, quod diximus, nempe tempore Zenonis legitimam in reſtitutionem veniſſe, patet tum ex lege Zenonis, tum ex Nouella Iuſtiniani: Ex lege quidē Zenonis, quatenus dicit: *Retēta quarta pro authoritate Senatuſconſulti Trebelliani* reſtituendum eſſe dodrantem. Nouella autem id probatur, quia Iuſtinianus ind. §. Quamobrem, dicit ſe hanc legem nouam ponere: *Præſentem*, inquit, *ponimus legem omnia quidem alia prioris à nobis poſita conſtitutionis rata manere volentes, hoc verò innouantes ſolummodo, &c.*

do, &c. Quibus verbis apparet, ipsum de nouo id statuisse, vt legitima in restitutionem non veniret.

Sextum argumentum sumitur ex l. Quoties. de reg. iur. *Quoties duplici iure defertur alicui successio, repudiato nouo iure, superat vetus: non enim duæ causæ lucratiuæ in eundem hominem, & eandem rem conueniunt.* §. Si res aliena. de legat. l. Omnes. l. Ex promissione. ff. de act. o. & oblig. *& non vt ex pluribus causis deberi nobis potest, ita ex pluribus causis, peti idem potest.* l. Non vt ex pluribus. de reg. iur. Cum igitur quadrans successionis nomine, à lege attribuatur, qui cum semel ex vna causa adeptus est, si eundem ex alia causa petat, doli exceptione rectè remouebitur; habet enim quod petit. l. 1. ff. de doli except.

Respondeo, argumentum hoc supponere vnum tantum quadrantem deberi, & idcirco non posse nisi semel peti, sed nos id negamus: quia dicimus, & legitimam detrahēdam, quia in restitutionem non venit, & Trebellianicam esse detrahendam authoritate senatusconsulti Trebelliani. Quare duæ causæ lucratiuæ nō pertinent ad vnam & eandem rem, sed ad res diuersas, quo casu regula non obstat.

Hæc & alia his similia attulit argumenta post Franciscum Hotomanum, nouissimè Angelus Matthacius lib. 2. c. 25. de via & ratione iuris artificiosa. quæ sanè, vt mihi videtur, iam sublata sunt.

Superest, vt argumenta diluamus eorum, qui dixerunt eodem tempore deduci nō posse legitimam & Trebellianicam. Illa verò duo sunt potissimum; primum, quia non videtur iuri conueniens, vt duæ causæ lucratiuę eodem tempore locum habeant. Alterum, quòd legitima in Trebellianicam sit imputanda; vel è contrariò Trebellianica in legitimam: & sic effectu non habebit filius præter legitimam vel Trebellianicam.

Respondeo ad primum, iam responsum esse superius; quia cùm ex diuersis causis procedāt ambæ detractiones, absurdum non est, vt eodem tempore locum habeant. Ad alterum autem argumentum respondeo, negando imputationem illam. Nam legitima non debet imputari in Trebellianicam, cùm in eam imputentur ea tantùm, quę capiuntur ex testamento. Legitima verò capiatur extra causam testamenti, vt suprà latius dictum est. Trebellianica verò in legitimam imputari non potest; quia in legitimam haudquaquam imputantur ea, quæ filius aduentitio quodam iure habet, non autem ex ipsa testatoris voluntate. l. Scimus. §. Repletionem. C. de inoffic. testam. Trebellianica verò extrinsecus aduenit filio, nempe ex Trebelliano senatusconsulto, vt patet.

CAPVT III.

Vtrùm Trebellianicæ detractioni sit locus cùm legitima est semis?

ADmissa hac vera sententia, quam in præcedenti capite probauimus, filium hęreditatem restituere grauatum, detrahere posse præter legitimam etiam quartam Trebellianam, alia oritur controuersia: Sitne idem respondendum etiam eo in casu, quo legitima filiorum est semis, puta si quinque fuerint, aut plures filij, qui restituere hæreditatem sint rogati: Etenim Baldus in cons. 94. lib. 2. respondit, hoc in casu non esse locum detractioni Trebellianæ, & Baldum secutus est Couuar. ad c. Raynucius §. 11. n. 6. de Testamentis. Decius in cons. 218. circa finem. Fundamentum est, quia videtur absurdum, vt grauati filij restituere hæreditatem aliis, plus consequantur ex hæreditate, quàm is, cui hæreditas ex fideicommisso restituenda est. Plus autem consequerentur: quia semissem in primis detraherent pro legitima, & ex alio semisse adhuc quartam partem. Sed contraria sententia mihi videtur verior & communior, filios etiam in proposita specie præter legitimam posse Trebellianicam detrahere. Ita docuerūt Crauetta in cons. 50. & ibid. Stracca in annotationibus. Cagnol. ad l. Papinianus. §. Meminisse. n. 19 ff. de inoff. testam. Alba in cons. 41. & multi alij, quos refert & secutus est Antonius Tessaurus decis. Pedemontana 252. dicens, ita senatum iudicasse. quibus adde Marcum Antonium Eugenium in consil. 11. & in consil. 33. nu. 75.

Fundamentum verò satis firmum ac solidum illud est; quia etiam ad hanc speciem, in qua semis detrahitur ratione legitimæ, legis verba, & ratio eius adaptantur. Verba quidem, quia generaliter lex dicit, filium in legitima grauari non posse, ac proinde deducendam & excipiendam esse de restitutione: Trebellianicam autem detrahi, sicut & quilibet extraneus detrahere potest. Ergo de quacunque legitima lex loquitur, siue illa sit semis, siue sit triēs. Ratio verò legis, quia nunquam legitima grauari potest, etiamsi sit semis, propter numerum liberorum; & consequenter etiam si sit semis, in restitutionem venire non potest.

Porrò fauor, quo prosequuntur leges numerum liberorum, & ipsa rei æquitas facit, vt non videatur absurdum, si plus liberi retineāt atque deducant, quàm fideicommissario restituant. Etenim si quinque sint filij, quilibet partim habebit, tum ratione semissis legitimarij, tum ratione quadrantis Trebelliani, quippe qui in quinque partes diuidendi sint, &c

ſic plus habebit fidei commiſſarius, quàm habiturus ſit quilibet ex filiis, qui grauati ſunt, quamobrem nihil inde abſurditatis oriri exiſtimo.

CAPVT IV.

Vtrum prohiberi Trebellianica detractio poſſit à teſtatore.

PErcurremus & alias de Trebellianica controuerſias, inter quas illa non eſt ignobilis: Poſsítne Trebellianica prohiberi a teſtatore. Affirmant Bartolus ad l. Marcellus. ff. ad Trebell. & Iaſon ibidem. Aretinus in conſ. 37. & alij apud Gabrielium comm. concluſ. tit. ad Trebell. concl. 1. Adde Couuar. ad c. Rainaldus. §. 3. n. 6. de Teſtam. Andr. Geyl. lib. 2. obſer. 138. n. 15.

Fundamentum eſt, quia Falcidia prohiberi poteſt, vt patet ex Nouella de hæredib. & Falcid. §. Si verò expreſſim. Ergo & Trebellianica. Nam æquiparantur Falcidia & Trebellianica. l. Marcellus. §. Quod autem. ff. ad Trebel. imò ad exemplum legis Falcidiæ Trebelliana detractio inducta eſt. §. Sed quia. in Inſtit. de fideicommiſſariis hæredit. Imò Falcidiæ appellatione venit etiam, & ſæpe intelligitur Trebelliana. l. Pater filiam. l. Titia. ff. ad leg. Falcid. l. Iubemus. C. ad Trebel. & videtur eſſe eadem ratio in Trebelliana, quæ eſt in Falcidia. Illa enim ratio eſt, quantum ad Falcidiam, quia aut hæres, cui detractionis commodum aufertur, adibit hæreditatem, aut illam repudiabit. ſi adibit, pium opus faciet exequendo teſtatoris voluntatem, licet nullum commodũ habiturus ſit: ſi verò repudiabit, hæreditas ad alios pertinebit, nempe ſubſtitutos vel Fideicommiſſarios, vel alios legitimos hæredes, vt latè explicat Imperator in d. §. Si verò expreſſim.

Verùm iſtis nil morantib. contrariam ſententiam amplector, quam amplexi fuere Bartolus ſibi parum conſtans in l. Nemo poteſt. de leg. 1. Alex. ad d. l. Marcellus. ff. ad Trebell. & ibi etiam Ripa eam defendit, licet non putet a communi recedendum ſententia. Alciat. lib. 5. Paradoxorum, cap. 19. & alij, apud Couuar. & Gabrielium locis proximè annotatis.

Moueor hoc argumento. Certum eſt ante Nouellam Iuſtiniani de hæredibus, & Falcidia. Trebellianicam prohiberi non potuiſſe: quia nemo poteſt facere, quin leges in ſuo teſtamento locum habeant. l. Nemo poteſt. de leg. 1. & ſatis id luculenter probatur in l. Si vt allegas. C. ad Treb. in l. Titia. ff. eod. & aliis in locis. Sed per Nouellam Iuſtiniani ſupradictam de hæredibus & Falcid. contrarium non eſt conſtitutum, ergo manet ius antiquum, vt nequaquam a teſtatore prohiberi valeat detractio quartæ, quæ fit ex Trebelliano ſenatuſconſulto, quam Trebellianicam appellamus.

Aſſumptio argumenti certa eſt & manifeſta, quia Iuſtinianus in dicta Nouella de Falcidia lege loquitur, quæ ex legatis detractionem concedit, quoties vltra dodrantem legatis hæreditas onerata eſt.

Omnis difficultas in eo eſt poſita, vtrum illa conſtitutio extendi debeat etiam ad Trebellianicam: & ſanè inficiari nemo poteſt, quin magna ſit Falcidiæ, & Trebellianicæ affinitas, & ſimilitudo, ſed tamen non ſi in vno ſimili corrigatur ius antiquum, ſtatim etiam in alio correctum cenſetur, vt notari ſolet in Auth. quas actiones. C. de ſacroſanct. eccl. Præterea cõſiderari poteſt duplex ratio diuerſitatis inter Falcidiam & Trebellianicam. Prima eſt, quia Trebellianicæ detractio competit hæredi grauato reſtituere per fideicommiſſum, qui cogi a fideicommiſſario poteſt adire hæreditatem, & reſtituere etiam inuitus. l. quia poterat. ff. ad Trebell. Falcidiæ autem beneficium datur hæredi grauato, ad legata præſtãda, qui quidem a legatariis inuitus cogi nõ poteſt ad adeundam hæreditatem: Ergo cùm hæres fideicommiſſo grauatus hæreditatem reſtituere in eo ſit deterioris cõditionis, quam alter, qui legatis oneratus eſt, meritò debet in altero melioris eſſe conditionis, vt Trebellianicæ commodo priuari à teſtatore non poſſit, licet alter priuari poſſit.

Reſpondet Socinus in d. l. Marcellus. ff. ad Trebell. non eſſe rationem habendam huius grauaminis hæredis, quod poſſit cogi adire hæreditatem, quia id intelligitur periculo fideicõmiſſarij, cui reſtituit, vt in d. l. Quia poterat: Et ratio quartæ detrahendæ illa eſt, vt hæredes inuitentur ad adeundam hæreditatẽ, vt in §. Sed quia. in Inſtit. de fideicommiſſ. hæredit. non autem, quia cogi poſſet ad adeundum.

Iaſon Socino replicat, & Ripa Iaſoni. Ripa inquam, in l. Nemo poteſt. num. 44. de leg. 1. & mihi ſanè videtur non bona reſponſio Socini, quia licet hæres compellatur damno & periculo fideicommiſſarij, multis tamen moleſtiis & periculis expoſitus eſt, licet ei ſit cautum à fideicommiſſario. argum. l. Cogi. §. Si pater. ff. ad Treb. ibi: *Non oportere ſub incerto cautionis ſe committere.*

Altera diuerſitatis ratio hæc eſt, quia dum Iuſtinianus cauit Falcidiam prohiberi poſſe, ſic ait: *Si verò expreſſim deſignauerit* (teſtator) *non velle hæredem retinere Falcidiam, neceſſarium eſt teſtatoris valère ſententiam, & aut volentem eum parère teſtatori, forſan etiam quadam iuſtè & piè relinquenti, lucrum non in per-*

in percipiendo, sed solummodo piè agendo habentem, & non vi iuris lucro huiusmodi esse haeredi eatim: qui si parere noluerit, eum quidem recedere ab eiusmodi institutione, locum vero fieri sicut dudum prædiximus, substitutis & cohæredibus & fideicommissariis, & legatariis & seruis, & iis, qui ab intestato sunt, & aliis secundum prius inuentam à nobis in talibus viam.

Hæc ratio locum non habet in hærede fideicommisso grauato, quia datur tertium: quoniam cogi potest adire hæreditatem & restituere, vt dictum est. Itaque non in eo verificari potest illud dilemma. Aut adibit, aut repudiabit: quia si repudiare velit, cogi potest adire. quam pro compensatione talis incommodi dignus omnino esse videtur Trebelliani quadrantis commodo, sic enim facilè adducetur ad hæreditatem adeundam absque vlla coactione, quæ causa fuit detractionis inducendæ, vt dictum est.

Ex quibus responsum patet ad argumentum contrariæ opinionis, etsi enim magna sit similitudo Falcidiæ & Trebellianicæ, aliqua tamen diuersitatis ratio inter vtramque considerari potest, & vt maximè in omnibus conuenirent, inhærendum iuri antiquo videtur, donec expressè sublatum sit, nec per vllam consequentiam, ac tacitam quandam interpretationem nobis licere debet illud emendare ac tollere.

CAPVT V.

Quid in liberis primi gradus, vtrum eis Trebellianica prohiberi possit à testatore?

Controuertitur præterea, vtrum filiis primi gradus Trebellianicæ detractio prohiberi possit. Etenim affirmant multi, quos late refert ac probat Menoch. in consil. 271. lib 3. Negant verò Baldus, Salycetus & Corneus ad l. Iubemus: C. ad Trebell. & multi alij, quos ipse Menochius commemorat, vbi supra n. 33. Fundamentum affirmantis sententiæ illud est præcipuum, quod Trebellianicæ detractio prohiberi possit. Ex hoc enim sequitur, etiam filiis primi gradus prohiberi posse, in quibus nihil specialiter in contrarium constitutum est, & quibus pater legitimam portionem relinquere tenetur, ac de reliquis suis bonis pro libitu disponere, vt in Nouella de Triente & Semisse. Quod autem Trebellianicæ detractio prohiberi possit, probatur ex §. Si verò expressim. in Auth. de hæredib & Falcidia. argumento sumpto de Falcidia ad Trebellianicam, tum quia æquiparari videantur, tum quia sit eadem ratio in vtraque. Sed quoniam contrariam sententiam in præcedenti capite probaui, nimirum Trebellianicam prohiberi non posse, & illud argumentum de Falcidia ad Trebellianicam improbatum, non video quo modo huic sententiæ assentiri debeam, aut possim, quare cum filiorũ causa sit fauorabilior, quàm aliorum hæredum, ac pro eis antiquarum authoritas legum pugnet, quibus constitutum est Trebellianicæ detractionem prohiberi nõ posse, quia nemo potest facere, quin leges in suo testamento locum habeant. l. Nemo potest. de leg. 1 affirmantem sententiam valere iubeo, & negantem: quæ etiam communior est, in hac quæstione amplector.

CAPVT VI.

Verum Trebellianicæ detractio prohibita esse intelligatur, cùm testator alienationem bonorum prohibuit?

Non assentior iis, qui putãt testatore prohibente bonorum alienationem, videri prohibuisse Trebellianicę detractionem. Nam præterquam, quod illa prohiberi etiam expressè non potest, vt in cap. 4. conclusi supra, illud accedit, quod sententia ista minus solido nititur fundamento. Nititur enim textu Nouellæ Iustiniani sub tit. Vt sponsalitia largitas specialis sit contractus, & c. §. vlt. Verba textus hæc sunt: *Si quando autem aliquis testamentum faciat, & aliquam rem immobilem suæ familiæ, aut alteri cuiquam personæ nomine legati reliquerit, & specialiter dixerit, nullo tempore hanc rem alienari: sed aut apud hæredes, aut apud successores illius, cui relicta est permanere, in hoc legato iubemus Falcidiam legem locum penitus non habere, quoniam alienationem eius testator ipse prohibuit.*

Hic loquitur Imperator de Falcidia, quę ad legata pertinet, & de re particulari legata alienari prohibita, non autem de generali prohibitione alienationis bonorum, quæ ex fideicommisso restituenda sint. Huc accedat, quod obseruandum est: Nam cum de vna re particulari agatur, facilè concedi potest, vt ex ea nõ possit aliquid deduci Falcidiæ nomine, quin ex aliis reb⁹ hæreditatis deduci poterit, quæ ratio cessat, vbi generalis est prohibitio, tunc enim nulla ex re detractioni Falcidiæ locus esset, quod in obscura testatoris voluntate dicendum non est: quare generalem illã conclusionem reiicio, quæ docet, prohibita alienatione censeri prohibitam Trebellianicæ detractionem, etsi authores habeat non paucos, quos refert Gabuelius commun. concl. tit. ad Trebell. conclus. 9. Mantica de Coni. & vltimar. volunt. libr. 7. tit. XII. Hippol. Riminaldi in consil. 131. Et aliorum accedo sententiæ, qui docuerunt, ita demùm ex prohibitione alienationis prohibitam hanc detractionem vi-

deri, si de re particulari prohibita alienari agatur, quoniam ex aliis bonis detrahi poterit Trebellianica. Ita docuerunt August. Berous in cons. 93. n 15. lib. 2. Alciatus responso 113. lib. 9 Socin. iur. in cons. 170. lib. 2. Roland à Valle in cons. 9. lib. 4. D. meus Cephal. in cons. 315. n. 43. lib. 3. Mantic. vbi suprà post n. 2.

CAPVT VII.

Trebellianicam an fideicommissarius restituens alteri fideicommissario detrahere aliquando possit?

CVm secundus heres, hoc est fideicommissarius, cui à primo hærede grauato hæreditas restituta est, eam restituit alteri fideicōmissario, quartam ex Trebelliano deducere non potest. l. Si patroni. §. Qui fideicommissariam. ff. ad Treb. causam adferunt Iason ad l. 1. §. Denique ff. eod. tit. & Ripa ad l. 1. §. Sed & quoties. n 6. ff. eod. Nisi proponatur ex facto, primum hæredem, qui restituit quartam, ideo non detraxisse, quod eam donare volebat fideicommissario, tunc enim fideicommissarius postea restituens hæreditatem sequenti fideicommissario, iustè eam detrahit. l. 1. §. Denique. ff. ad Treb. In his omnes conueniunt. Illud controuersum est, an in dubio præsumatur hæres totam hæreditatem restituēdo, absque vlla detractione, donare voluisse huiusmodi quartam fideicommissario, cui hæreditatem restituit. Et Bartol. in d. l. 1. §. Denique. ff. ad Treb. quem ibi multi alij sunt secuti, affirmat donare voluisse, & hanc coniecturam donationis hoc in casu sumendam ex illa iuris regula. Qui scienter indebitum soluit, donare præsumitur. l. 1. ff de Cond. indeb. l. Cuius per errorem. de reg. iuris. Hic autem hæres scienter indebitum soluit, quia totam restituit hæreditatem, cùm tamen quartam retinere posset.

Sed contraria sententia mihi magis probatur, quam amplexi fuēre Castrensis, Iason, Ripa & Ruinus in commentariis d. l. 1. Denique. ff. ad Trebell. Fundamentum est satis firmum in l. Si sponsus. §. Si quis rogatus. ff. de donat. inter virum & vxorem. Vlpianus: *Si quis rogatus sit percepta certa quantitate vxori sua hæreditatem restituere, & is sine deductione restituerit, Celsus lib. 10 Digestorum scripsit, magis pleniore officio præstanda fidei functum maritum, quàm donasse videri. & rectam rationem huic sententia Celsus adiecit, quod plerique magis fidem exoluunt in hoc casu: quàm donant, nec de suo putant proficisci, quod de alieno plenius restituunt voluntatem defuncti secuti nec immeritò: sæpe enim credimus aliquid defunctum voluisse, & tamen rogasse: Quæ sententia habet rationem magis in eo, qui non erat deducta quarta restituere rogatus, & tamen integram fidem præstat omisso senatusconsulti commodo.*

Respondet Alexander, dictionem *Magis* comparatiuè ibi accipiendam, non electiuè, quasi maritus etiam donasse videatur, sed tamen magis fidem impleuisse. Non rectè: quia nullo modo donasse maritus intelligitur, vt patet ex verbis textus. Præcipua enim intentio spectanda est. l. Si quis nec causam. ff. si certum petatur, quæ fuit exequendi voluntatem testatoris, vt ibi dicitur.

Ad argumentum contrariæ sententiæ respondeo: regulam, quæ adfertur ex l. 1. ff. de cond. indeb. locum habere, cùm nulla alia potest capi coniectura, secus si alia capi possit coniectura, vt in hac specie, illa nempe, vt hæres totam restituens hæreditatem, quartā non detracta, hoc fecisse videatur, quo pleniore officio præstandæ fidei fungeretur. Etsi enim totam hæreditatem non teneatur restituere, ex quadam tamen obligatione naturali tenetur, quę facit, vt solutum non repetat. l. 1. C. ad leg. falcid. Et declarat Guido Papę ad l. 1. n 24. de leg. 1 Iason ad l. Cum quis. C. de iuris & facti ignoran. quare coniectura donationis, cùm alia iam subsit, cessare debet ex traditis per Decium ad l. Donari. de regulis iuris.

CAPVT VIII.

Quarta Trebellian. detractio sitne facienda ex tota hæreditate defuncti, an verò ex eo, quod superest, deductis legatis?

EXemplum est: Paterfamilias habet quadringenta, legauit centū, cætera per fideicommissum restitui ab hærede mādauit. Hæres quartam ex Trebelliano deducit, quæritur, sitne ex tota hæreditate deducenda, & sic ex quadringentis, quo casu centum detrahentur: an verò ex trecentis tantùm, quæ legatis deductis superant.

Respondeo, adhibendam esse distinctionem, quæ sequentibus continetur conclusionibus. Prima conclusio. Hæres purè rogatus restituere hęreditatem, quartam ex Trebelliano deducet habita ratione totius hæreditatis & quantitatis bonorū, quæ reperiuntur non autem ex eo, quod superest, deductis legatis: & ideò secundùm supradictam hypothesin centum detrahere poterit. Huius cōclusionis duplex ratio adferri potest. Prima, quia legatorum onus non ad hæredem grauatum, sed ad fideicommissariū, cui restituta est hæreditas, spectat. l. 1. §. vlt. ff. ad Trebell. l. vlt. C. eod. tit. Sed si quarta deduceretur ex eo, quod superest deducen-

deductis legatis, hæres aliquo modo ſentiret onus legatorum: quia ipſius quarta ex eo eſſet diminuta: ergo ex tota quantitate deduci debet eiuſmodi quarta Trebellianica. Altera eſt ratio: quoniam hæres grauatus reſtituere potior eſt legatariis, quantum ad ſuæ quartæ detractionem. l. Titia. ff. ad legem Falci. & declarat optimè Ripa ad l. 1. § Is qui quadringenta. n. 4. ff. ad Treb. Sed ſi legata prius deducerentur, ac ex reſiduo Trebellianica deduceretur, ipſa Trebellianica diminueretur propter legata, vt patet: Igitur ex tota quātitate patrimonij deducenda eſt, non ex reſiduo. Et ita reſpondit Crauetta in conſ. 16.

Secunda concluſio: Cum fideicommiſſum eſt purum, ſed legata nominatim ab ipſo hærede grauato relicta ſunt, tunc non ex tota hæreditate ſed ex eo, quod ſupereſt, legatis deductis, detrahenda eſt. Ita reſpondit Crauetta in conſ. 16. poſt Rotam Romanā, quam citat deciſ. 870. quædam mulier. in antiquis. Fundamentum eſt: quia cùm legata ab hærede relicta ſunt, onus ſoluendi non ad fideicommiſſarium, ſed ad hæredem ipſum grauatum ſpectat. l. Marcellus. ff. ad Treb. Ergo non debet fieri deductio Trebellianicæ ex tota ſumma: quia id oneraret fideicommiſſarium.

Sed vt huic ſententiæ non accedam, duæ rationes ſunt in cauſa. Vna, quia etiam in caſu, quem mox ſubiiciā, teſtator noluit ad fideicommiſſarium onus legatorum ſpectare, & tamen hæres grauatus ex omnibus bonis habet quartam, nō autem ex fideicommiſſo duntaxat. Altera eſt ratio, quia non eſt in poteſtate teſtatoris, vt hæredi præiudicet quoad quartam ei debitam onerando eum legatis. l. 1. ff. ad legem Falcid. quod ſi ſuperior ſententia obtineret, liceret teſtatori legatis nominatim ab hærede datis ita hæreditatem exhaurire, vt vel nihil, vel minimum ex hæreditate commodum hæres conſequeretur, & ex fideicommiſſo quod reſtitueret. Ipſe igitur opinor idem hoc in caſu ſtatuendum, quod in ſequenti, vt quia teſtator onus legatorum ſpectare noluit ad fideicommiſſariū, ex omnibus bonis quarta ex Trebelliano detrahatur contributione facta à legatariis & à fideicommiſſario. quam ſententiam probat textus in l. 2. ff. ad Treb. vt notat ibi Iaſon num. 5. & 10. & in l. Marcellus. quæ eſt l. 3. & ibi Caſtrenſ. notat. eod. tit. Verba legis hæc ſunt: *Marcellus autem apud Iulianum in hac ſpecie ita ſcribit, ſi ad hæredis onus eſſe teſtator legata dixerit, & hæres ſponte adijt hæreditatem, ita debere computationem Falcidiæ iniri, ac ſi quadringenta per fideicommiſſum eſſent relicta: trecenta verò legata, vt in ſeptem partes trecenta diuidantur, & ferat quatuor partes fideicommiſſarius, tres partes legatarius, &c.* His verbis patet, hæredem centum ſalua habere, & reliqua trecenta diuidi inter legatarios & fideicommiſſarium, qui cōtribuere dicuntur: quia minus accipiunt, quàm eis ſit relictum. Teſtator enim in ea ſpecie quadringenta habebat, & trecenta legauit, & trecenta diuiduntur in ſeptem partes, quarum tres legatarius, quatuor fideicommiſſarius habet.

Tertia concluſio: quoties adductis legatis hæreditatem reſtitui teſtator voluit, quarta Trebellianica non ex fideicommiſſo tantùm deducitur, ſed ex vniuerſis bonis, & ex legatis. l. Marcellus. §. Idem Pomponius. ff. ad Treb. cuius verba hæc ſunt: *Idem Pomponius ſcribit, ſi deductis legatis reſtituere quis hæreditatem rogetur, quæſitum eſſe, vtrum ſolida legata præſtanda ſint, & quartam ex ſolo fideicommiſſo detrahere poſſit, an verò & ex legatis, & ex fideicommiſſo quartam detrahere poſſit: & refert Ariſtonem reſpondiſſe ex omnibus detrahendam, hoc eſt, & ex legatis, & ex fideicommiſſo.*

Quarta cōcluſio, quoties hæres rogatus eſt hæreditatem reſtituere, non purè ſed ſub conditione, de fideicommiſſo ſolo quarta Trebellianica detrahenda eſt, ſecundum Bartol. in l. Marcellus. §. Idem Pomponius. ff. ad Treb. Crauettam conſ. 16. Ancharā. quæſt. familiari 6. D. meum Cephalum in conſ. 189. lib. 2. & 423. lib. 3 qui & alios citant. Sed contrarium docuerūt Salyc. Socin. ſen. Paulus Caſtrenſ. & Iaſon in d. §. Idem Pōponius. nempe deducendā quartam, & ex fideicommiſſo, & ex legatis. Quamobrem videamus vtriuſque ſententiæ argumenta, eáque, vt decet, expendamus.

Prioris ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primum ex l. pen. §. 1. ff. ad leg. Falcid. vbi quarta detrahitur ex ſolo fideicommiſſo, non autem ex legatis alimentorum, ratio adferri poteſt: quia hæc videtur eſſe voluntas teſtatoris, dum legata purè relinquit, & fideicommiſſum ſub conditione.

Secundum argumentum eſt: quia cùm fideicommiſſum eſt conditionale, vt ſciatur quid, & quantum hæredi debeatur pro ſua quarta, expectandum eſt tempus euenientis cōditionis, non autem tempus mortis teſtatoris. l. Sed etſi in conditione. §. Solemus. ff. de hæred. inſt. Cùm ergo tempore cōditionis euenientis ſoluta ſint legata, ex ſolo fideicommiſſo, quod tunc ſupereſt, detrahenda eſſe Trebellianica videtur. Huc accedat, quòd tanta eſſe poſſunt legata, vt ſi ex legatis, & ſimul ex fideicommiſſo quarta ſit deducenda ab hærede, is quandoque plus ſit habiturus, quàm ille cui reſtituere iuſſus eſt hæreditatem, quod videtur eſſe contra mentem teſtatoris, qui plus fideicommiſſarium dilexit, quàm hæredem.

Tertium argumentum. Verba debent accipi

eo respectu, quo prolata sunt (sunt verba Crauettæ) l. Debitor. §. vlt. ff. ad Treb. Sed Trebellianicæ detractio consideratur, ac inducitur à lege respectu bonorũ, quæ ex fideicommisso sunt restituenda, non aliorum: ergo debetur habita ratione dictorum bonorum duntaxat, quæ restituenda sunt, non etiam aliorum quæ non sunt restituenda.

Quartum argumentum. Trebellianica & Fideicommissum vniuersale correspectiua sunt, quia cessante dicto fideicommisso, non est dare quartam Trebellianicam, sed ea, quæ sunt correspectiua (inquit Crauetta) non debent diuerso iure censeri. l. Etiam. §. Ex causa. ff. de minorib. Diuerso autem iure censerentur, si Trebellianicæ detractio minueret fideicommissum. Hoc autem accideret, si deducẽda esset tam ex fideicommisso, quàm etiam ex aliis bonis.

Quintum argumentum Crauettæ. Quælibet dispositio restringitur ex causa finali. l. Cùm pater. §. Dulcissimis. de leg. 2. Sed causa inductiua detractionis Trebellianicæ est fideicommissum tantùm, ergo deduci debet ex fideicommisso tantùm.

Postremum argumentum, Priuatio, inquit Crauetta, præsupponit habitum. l. Decem. ff. de verb. oblig. Igitur lex permittens detractionem Trebellianicæ intelligi debet de bonis existentibus tempore ipsius detractionis, non de aliis, quæ non sunt in hæreditate, puta de legatis iam solutis: nec enim est verisimile legem voluisse etiam detractionẽ fieri ex bonis, quæ non sunt in hæreditate, & restitui non debent.

Sed istis nil morantibus contrariam sententiam probabiliorem esse iudico. Moueor primum ex d. l. Marcellus. §. Idem Pomponius. vbi disertè dicitur, quartam esse deducendam tam ex legatis, quàm ex fideicommisso. Et licet non agatur ibi de fideicommisso conditionali, nulla tamen afferri potest ratio, cur in conditionali fideicommisso aliter sit respondendum.

Secundò, moueor ex l. Ita tamen. §. Hæres ex asse. ff. ad Treb. vbi fideicommissum partim erat purum, & partim conditionale, & tamen quarta detrahitur tam ex fideicommisso, quã ex legatis.

Tertiò, moueor hoc argumento. Certum est quartam, quæ hæredi debetur, auferri, aut minui non posse per legata. l. 1. ff. ad l. Falcid. Sed si ex fideicommisso duntaxat, non etiam ex legatis detrahenda esset quarta, illa per legatum minueretur: Esset enim in arbitrio testatoris tot legatis onerare hæreditatem, vt in fideicommisso minima esset pars bonorum, atque ita efficeret contra legem Falcidiam, vt quartã partem hæres non haberet: Ergò tàm ex Fideicommisso, quàm etiam ex legatis deducenda est Trebellianica.

Respondet Crauetta, absurdum videri legatorum solutionem factam ante restitutionem fideicommissi ex casu superueniente irritari, nempe ex restitutione fideicommissi postea facta. Et ad leges allegatas respondet eas locum habere, vbi constat de voluntate testatoris, puta cùm voluit, legata omnia æqualiter præstari tam pura, quàm conditionalia: Sed non constat, testatorem hoc voluisse, vt legata diminuerentur iam soluta propter Trebellianicæ detractionem.

Respondeo, solutionem legatorum legitimè factam non irritari, sed diminutionem fieri pro rata, propter quod etiam cautio præstari solet à legatariis de restituendo, si quid plus acceperint, quàm per legem Falcidiam liceret, vt in d. l. Ita tamẽ §. Hæres ex asse. ff. ad Treb. & in l. 1. §. Si legata. ff. Si cui plus quàm per legem Falcid. Quod verò Crauetta subdit de testatoris voluntate, nihil mouet: quia nullum verbum in d. §. Idem Pomponius, apparet, ex quo illa voluntas testatoris deprehendatur, vt videlicet legata diminuerentur propter quartæ detractionem.

Ad primum argumentum cõtrariæ sententiæ ex l. pen. §. 1. ff. ad legem Falcid. respondeo nihil fuisse pro alimentis in ea specie legatũ, sed à testatore debebatur alimenta, & in consequentiam ab hærede, sicuti optimè declarat ibi Paulus Castrensis & Socinus in d. §. Idem Pomponius. nec repugnant, imò fauent huic interpretationi verba textus.

Quod verò dicitur eã videri testatoris voluntatẽ, vt ex solo fideicommiss. Trebellianica deducatur, quia legata purè, & fideicommissum sub conditione reliquit, nihil obstat, quia non licet testatori, etiamsi velit, minuere legatis quadrantem hęredis, vt in l. 1. ff. ad leg. Falc. vt iam suprà diximus. Nisi expressè detractionem Trebellianicæ fieri prohibeat, in qua specie nec versamur: & fortasse idem respondendum est, ex traditis suprà cap. 4.

Ad secundum, nego inspiciendum esse tempus euenientis conditionis. Est enim potius tempus mortis spectandum, vt in l. In quantitate. ff. ad leg. Falcid. §. Cum ratio. in Instit. eod. tit. *Cùm ratio, inquit, Falcidiæ initur quãtitas bonorum, quæ erat tempore mortis, attenditur.* Nec contrarium probat l. Sed etsi cõditioni. §. Solemus. ff. de hære. instit. licet perperam à Crauetta adferatur. Porrò cum legatis erit hæreditas grauata tunc non ex solo fideicommisso fit deductio, sed contribuunt etiam legatarij, adeò, vt illud absurdum non sequatur, quia hæres quartam habebit: inter fideicommissarium verò & legatarios distributio fiet, vt in l. 2. & 3. ff. ad Treb. & in d. §. Idẽ Põ-

ponius.

ponius. Et in ſumma, ſi tot legatis onerabitur hæreditas, ſi modò non vltra dodrantem, non poterit fideicommiſſarius conqueri, quia teſtatori licuit ita diſponere.

Ad tertium argumentum concedo Trebellianicam reſpectu fideicommiſſi, & ſic reſpectu bonorũ, quæ fideicommiſſo ſubiecta ſunt, conſiderandam, & ideò cum ſimul ex legatis, & ex fideicommiſſo quarta deducitur, dicimus quidem eam deduci tam ex fideicõmiſſo, quam ex legatis, ſed non eodem iure. Nam quatenus ex fideicommiſſo detrahitur, hoc fit authoritate Trebelliani, quatenus ex legatis, id ex lege Falcidia conceſſum eſt, licet quantum ad modum loquendi totam deductionẽ, quæ & ex fideicommiſſo, & ex legatis fieri dicitur, appellemus Trebellianicam: neq; enim multum refert, quo pacto loquamur, ſi res ipſa intelligatur & ſufficiat. Quæ reſponſio valet ad quartum & quintum argumentum etiam.

Ad vltimum argumentum reſpondeo, legatis ſolutis actionem tamen ſupereſſe ad petendum id, quod ſolutum eſt, ſi cui plus quàm per leg. Falcidiam ſolutum fuerit ex cautione ob id præſtita, qui autem actionem habet, rem ipſam habere videtur. l. Qui actionem. de reg. iuris.

CAPVT IX.

Fructus in Trebellianicam ſintne imputandi, cùm verſamur in liberis primi gradus qui præter Trebellianicam etiam legitimam detrahunt?

IMperatoris Zenonis clara extat conſtitutio in fauorem edita liberorum, qui hæreditatẽ reſtituere rogantur, vt quartam partem ex Trebelliano detrahant, in quam fructus antea percepti non imputentur, in l. Iubemus. C. ad Trebel. Sed controuerſia eſt: Cùm filius detrahit non ſolùm quartam Trebellianam, verum etiam legitimam, ſitne illi conſtitutioni locus. Et non eſſe locum reſponderunt Paulus Caſtrenſis ad l. Scimus C. de inoff. teſtam. & in conſ. 188. lib. 2. Alex. in l. Mulier. §. Cùm proponeretur. ff. ad Treb. & alij multi apud Antonium Gabrielium lib. 4. comm. concl. tit. ad Trebellianum. concl. 1. nu. 10. quibus adde Dominum meum Cephalum in conſ. 153. n. 70. lib. 2.

Fundamentum eſt, quia filius hoc in caſu legitimam detrahit tanquam filius, Trebellianam verò tanquam extraneus, vt patet ex c. Rainaldus. de teſtam. ibi: *Nec non quartam Trebellianicam, quam quilibet extraneus reſtitutione grauatus, deducere potuiſſet.* Sed extraneus in Trebellianicam fructus imputat, vt conſtat inter omnes: ergo & filius imputare debet hoc in caſu, quo loco extranei habetur.

Sed contrariam ſententiam amplexus eſt Bartolus ad l. Quod de bonis. §. Quod auus. ff. ad legem Falcid. & ibi l. etiam Alexander, & multi alij, quos commemorat Gabrielius loco proximè citato, nu. 2. quibus & ipſe aſſentior, & addo Couuar. ad c. Rainucius. §. 11. n. 8. de Teſtam. Menoch. de arbitr. iudicum, caſu 256. n. 35.

Probatur hæc ſententia ex l. Iubemus. C. ad Trebell. vbi apertè conſtitutum eſt fructus in Trebellianicam non imputari in liberis primi gradus, ſicut nec in legitimam imputãtur. ex l. Scimus. §. Repletionẽ. C. de inoffi. teſtam. Item probatur hæc ſententia ex c. Rainucius. de teſtam. vbi patet, fructus non imputari in Trebellianicam, niſi à tempore litis conteſtatæ, & nulla fit mentio fructuum antea perceptorum a grauata filia, quod videlicet imputari debeant, quod ſanè par erat exprimere, ſi imputari debuiſſent.

In his itaque legibus, cùm ſit optimè fundata hæc ſententia, ad contrariæ ſententiæ argumentum ita reſponderi poteſt, negando filiũ quartam Trebellianam deducere tanquã extraneum: nec enim id verum eſt, nec Summus Pontifex id dicit in d. c. Rainucius. Cùm filius reſtituere rogatus eſt, legitimam ſaluam habet, quæ in reſtitutionem non venit, quia nec grauari poteſt, & filio debetur abſque omni onere, atque ad. ò illam detrahit, Trebellianicam verò etiam detrahit, ſed non tanquam extraneus, ſed hac ratione, quia omnis, qui reſtitutione grauatus eſt, etiamſi ſit extraneus, quartam detrahit: Ergo multò magis filius, qui non eſt extraneus, ſi reſtitutione grauatus ſit, illam poteſt detrahere. Hæc eſt Pontificis Maximi ſententia, dum dixit: *Quam quilibet extraneus reſtitutione grauatus, &c.*

Non obſtat, ſi dicatur Zenonem in d. l. Iubemus. loqui quando filius dod. antem reſtituit, & ſic in eo caſu quo vnam tantum quartam detrahit: quia, reſpondeo, Zenonis tempore non fuit conſtitutum legitimam excipiendam eſſe de reſtitutione: Id enim poſtea Iuſtinianus ſtatuit in Nouell. de reſtitutionibus, & ea, quæ parit, vt ſuprà diſputatum eſt latè hoc eodem lib. cap. 2. Quare Zeno meritò præſupponit dodrantem reſtitui. Cùm igitur poſtea conſtitutum fuerit, vt legitima excipiatur de fideicõmiſſo, nec filiis ademptum fuerit beneficium, quod extraneis etiam competit, Trebellianam conſequendi, & fructus in eam non imputandi, certè nihil proponitur, cur Zenonis conſtitutio etiam hoc tempore manere non debeat in ſuo robore, quo filij præter quartam Trebellianam etiam legitimam, ex reſtitutione meritò excipiunt, atque deducunt. Quod enim ... mutatur, cur

stare prohibeatur. l. Præcipimus. C. de appellationibus, atque ita sentio.

CAPVT X.

Alia explicatur controuersia ad interpretationem dict. l. Iubemus. C. ad Trebell. an fructus imputentur in Trebellianicam, quando filius restituere hæreditatem iussus est extraneo?

POstquam Imperator statuit in Trebellianicam fructus haudquaquam imputãdos, quoties filius a patre rogatus est hæreditatem restituere cæteris filiis, & quædam alia de cautione non præst inda hoc in casu fideicommissorum præstandorum causa, tandem in §. vlt. d. l. Iubemus. C. ad Trebel. subiecit hæc verba: *Illud etiam admonemus, ea quæ de Falcidia portione, non per reditus, sed per ipsas res hæreditarias retinenda, & de satisfactione fideicommissorum sicut supra dictum est, concedenda diximus, non vlterius, quam in iis p rsonis & casibus, quorum superius mentio facta est, oportere produci.*

Quæ verba controuersiam pepererunt. Nã aliqui ita sunt Zenonis legem interpretati, qua de fructibus in Trebellianicam non imputandis est constitutum, vt locũ non habeat, cùm filius hæreditatem restituere rogatus est extraneo, vel aliis, qui non sint ex liberis testatoris, propterea, quod illa constitutio ad alios casus & personas produci non possit. Certum autem sit, eam loqui, *Quoties pater vel mater filio seu filia, filiis vel filiabus hæredibus institutis inuicem seu simpliciter quosdam ex iis, aut quendam rogauerit, qui prior sine liberis decesserit portionem hæreditatis suæ superstiti seu superstitibus restituere*, vt in principio legis habetur. Quare cùm ad alios casus & personas extendi id non possit, sequitur dicendum, extendi etiam non posse ad eum casum, quo filius vel filij non cæteris filijs, sed alijs extraneis puta, vel cognatis iussi sunt hæreditatem restituere.

Huius sententiæ authores commemorat late Antonius Gabrielius lib. 4. commun. concl. tit. ad Trebellianum, concl. 11. n. 5. & simul etiam cõtrariæ sententiæ refert assertores, quibus sanè ego potius assentio. Hæc enim mihi videtur esse Zenonis sententia, vt constitutio sua ad alias personas non extendatur; quia ad solos filios primi gradus eam pertinere voluit. Quamobrem alij, qui filij non sunt, restituere grauati fructus interea perceptos imputabunt in Trebellianicam, & in aliis casibus locus erit satisdationi fideicommissorum seruandorum gratia, cùm videlicet persona rogata restituere hæreditatem non erit filius primi gradus, sed alius, quàm filius; Hæc interpretatio ideo mihi probabilior videtur, quia cùm filius rogatur restituere hæreditatem extraneis vel cæteris, qui non sint filij testatoris, nulla est ratio, cur fructus tunc imputare debeat in Trebellianicam, imò minus tũc, quàm eo in casu, quo restituere debet filiis, imputare deberet: ne melioris sint conditionis extranei, quàm filij testatoris, quibus hæreditas restituenda est. Quare prior interpretatio nullam rationem habet, & verbis tantùm nixa, verum & rationi consentaneum sensum euertere non debet, quem posterior continet sententia, quam nos toto pectore amplectimur.

CAPVT XI.

Cùm pars hæreditatis legatur, vtrum in tali legato locum habeat lex Falcidia: an verò Trebellianum Senatusconsultum?

HÆreditatis partem legari posse palam est ex l. Mulier. §. vlt. ff. ad Trebell. Sed controuersia est, an, si vltra dodrantem hæreditas sit legatis onerata, quartæ deductioni in tali legato sit locus secundùm leg. Falcidiam: an verò secundùm Trebellianum Senatusconsultum. & Raphael Cumanus ac Socinus senior ad Rubr. ff. ad Trebell. secundùm legem Falcid. deductionem fiendam docuerunt, quorum sententia mihi verissima videtur. Falcidia enim locum habet in legatis, & Trebellianum in fideicommissis, vt dixit Imperator in leg. 2. §. Quintus. C. de veteri iure enucl. & patet ex §. Sed quia. in Instit. de fideicommissar. hæred. Ergo in legato partis hæreditatis locum habebit lex Falcidia, non Trebellianum Senatusconsultum. Semper enim locus est Falcidiæ, cùm vltra dodrantem legata dantur. l. 1. ff. ad leg. Falcid. Huc accedat, quòd textus dicit: *Quantam quisque pecuniam cuique legare volet ius potestásque esto, dummodo ita detur legatum, vt apud hæredem quarta pars hæreditatis remaneat.* Pecuniæ autem appellatione omnes res continentur, & omnia iura. l. Pecuniæ. ff. de verbor. signific. l. vltim. C. de constit. pecu. & hæreditatem etiam contineri probat locus Marci Tullij 2. de legib. vbi docet, ad quem pecunia patrisfamil. perueniret, teneri sacra eadem celebrare, pecunia ibi accipitur pro hæreditate.

Contrariam sententiam habuerunt Glos. & Castrens. ad Rubr. ff. & C. ad Treb. & Ruin. ibidem. Ripa ad l. In quartam. non procùl à princip. ff. ad l. Falcid. Vasquius de successionum resolutione, lib. 2. §. 11. Fundamentum est, quia legatum partis hæreditatis videtur habere naturam fideicommissi: fiunt enim in fideicommissum, cui hæreditatis fit restitutio.

ſtitutio, tranſeunt iura hæreditaria l.1.§.Reſtituta.ff. ad Trebell. ita & in huiuſmodi legatarium hæreditas. l. Si quis ſeruum. §. vlt. de leg.2.

Reſpondeo, non eſſe bonam conſequentiam. Habet legatum naturam fideicommiſſi: Ergo locus eſt Trebelliano. Nam legata & fideicommiſſa ſunt exæquata.l.1.de leg.1.l.2.C. commu. de legatis & fideicommiſſ. & tamen nemo dixerit in legatis locum eſſe Trebelliano, & in fideicommiſſis legi Falcidiæ.

Pro eadem ſententia Ruinus adfert alia argumenta. Primum eſt, quod lex Falcidia ad particularia tantum legata pertineat, non autem ad vniuerſalia, ſicut eſt legatum hæreditatis.l.1.ff.ad Treb.dum tex.ait: *Explicito tractatu, qui ad fideicommiſſa ſingularium rerum pertinet, &c.* quaſi ſignificet tractatum Falcidiæ ad legata ſingularium rerum pertinere, non autem vniuerſalium, qualis eſt pars hæreditatis. Reſpondeo, Iuriſconſultum reſpexiſſe ad id quod erat principium. Nam in præcedentibus præcipuè egit de legatis particularibus: non tamen negari poteſt, quin & de vniuerſalibus egerit in tit. de legatis. de condi.& demonſtr. & in ipſo tit. ad legem Falcidiam: In eo enim plurimæ ſunt leges pertinentes ad fideicommiſſa vniuerſalia, & ad ipſum Trebellianum Senatuſconſultum accipiendo, vt ſæpe fit, Falcidiam pro Trebelliano.

Secundum argum.eſt, quia in legatis vniuerſalibus ratio ceſſat, ob quam Falcidia fuit inuenta. Nam cùm hæres obligatus remaneret creditoribus, & omnia bona legatariis dare deberet, recuſabat hæreditatem adire, ideo lex Falcidia prohibuit vltra dodrantem legari. Hæc ratio ceſſat in legatis vniuerſalibus: quia legatarius partis hæreditatis obligatus eſt creditoribus pro rata, non autem hæres.

Reſpondeo, non eam fuiſſe cauſam introducendæ legis Falcidiæ? ſed quia hæres pro nullo, vel minimo lucro recuſabat hæreditatem adire, ideo ſancitum eſt; vt quartam habere poſſit, vt habetur in Inſtitut. de lege Falcidia in principio, quæ ratio locum habet, ſiue legatis particularibus exhauriatur hæreditas ſiue vniuerſalibus. Semper.n.pro nullo, vel minimo lucro recuſabit hæres, niſi adire quartã obtineat, ſicut lege Falcidia conſtitutũ eſt.

Tertium argumentum, quia ſi locus eſſet legi Falcidiæ, in eam non imputarentur hoc in caſu niſi ea, quæ iure hæreditario hæres haberet, iuxta l. In quartam.ff.ad legem Falcidiam. Sed hoc eſt iniquum; Nam cum hæres tali legato vniuerſali oneratus non ſit, pro eius rata obſtrictus oneribus hæreditariis (iſta enim in legata immeritò tranſeunt) æquum eſſe videtur, vt in quartã omnia imputet, quæ etiam non iure hæreditario conſequitur, ſicut ea ratione in Trebellianicam imputari ſolẽt, quia videlicet hæres grauatus fideicommiſſo, non eſt oneribus hæreditariis obſtrictus, vt tradit Gloſ.in d.l.In quartam. Ergo locus non erit in propoſita ſpecie Falcidiæ: ſed potius Trebelliano Senatuſconſulto.

Reſpondeo, exploratum nõ eſſe, cur in Trebellianicam imputentur ea, quæ hæres conſecutus eſt etiam non iure hæreditario, ſecus autem in Falcidiam. Rationem illam Gloſſæ multi damnant, & aliæ aſſignantur rationes, vt per Ripam in d.l. In quartam.n.13.& 14. Imò verò nullam differentiam eſſe circa eiuſmodi imputationem inter Falcidiam & Trebellianicam, probat Iacobus Cuiacius libro octauo obſeruationum, cap. 4. de quo tamen infrà diſſeremus, cap.15.

Poſtremum argumentum eſt, quia pecuniæ verbum ſignificat corpus, non autem ius, ſecundùm Paulum Caſtrenſ. in l. Nam quod.§. vlt.ff.ad Trebell. Textus autem in l.1. ff. ad legem Falcid.dicit; *Quantam quiſque pecuniam legauerit.* Ergo loquitur de corpore legato, non autem de parte aliqua hæreditatis: & cõſequenter in legato partis hæreditatis locus legis Falcidiæ non eſt.

Reſpondeo argumentum hoc eſſe contra l.Pecuniæ.222.ff.de verb.ſig. vbi textus dicit: *Pecuniæ nomine non ſolùm numerata pecunia, ſed omnes res tam ſoli, quàm mobiles, & tam corpora, quàm iura continentur.* Imò & in d.l. Nam quod.§.vlt. ff. ad Trebell. pecuniæ verbum hæreditatem ſignificat, & refert Alciatus ad d.l. pecuniæ. Diuum Auguſtinum in libro de doctrina Chriſtiana dicentem: *Totum quod homines in terra debent, & quorum domini ſunt, pecunia dicitur, quia antiqui quod habebant, in pecoribus habebant.* Nec contrarium docet Caſtrenſis à Ruino citatus in argumento, nec Bartolus.

Nec valet Ruini interpretatio, ac reſponſum, pecuniæ appellatione iura etiam contineri, cum generaliter, vel indefinitè verbum pecuniæ profertur: ſecus autem, cùm ſit mentio partis pecuniæ. Nam, vt maximè vera ſit hæc declaratio, certè in l.1.ff. ad legem Falcid. textus loquitur generaliter de pecunia: *Quantã quiſque pecuniam legauerit &c.* Quod ſanè verbum pecuniæ, ſi non etiam iura comprehenderet, legi Falcidiæ fraus fieri poſſet: cùm videlicet quis legaret vltra dodrantem iura hæreditatis. Hoc autem abſurdum eſt, contra textum in leg.1.§.Non ſolum. ff. ad legem Falcidiam. Denique, ſi pecuniæ verbum generaliter prolatum iura etiam complectitur, verbum pars pecuniæ?

CAPVT XII.

Lex Falcidia vtrum habeat locum in fideicommiſſis ſingularibus?

LEgem Falcidiam locum habere in fideicommissis singularibus, censuerunt Iason in rubr. ff. ad Trebell. & ibidē etiam Ruinus, nec non Ripa ad l. In quartam, non procul à principio. ff. ad legem Falcid. Vasquius de successionum resolutione. lib. 2 §. 1. Fundamentū ponitur in l. 1. ff. ad Treb. *Explicato* (inquit Vlpianus) *tractatu qui ad fideicommissa singularū rerum pertinet, transeamus nunc ad interpretationem senatusconsulti Trebelliani.* Quibus verbis indicat tractatum Falcidiæ, qui præcessit, ad fideicommissa singularum rerum pertinere. Huic accedat ratio. Nam antequam ex Pegasiano liceret quartam ex fideicommissis detrahere, sine dubio detractio fieri potuit ex lege falcidia, ne fideicommissis exhausta hæreditate redderetur legis falcidiæ elusoria constitutio. Atque hæc extensio ad fideicommissa tanto magis admittenda videtur, quia fideicommissum venit legati appellatione. l. 2. de leg. 2. Et ratio legis Falcidiæ locum habet, etiam in fideicommissis particularibus. Hæc & similia profert argumenta Ruinus.

Verùm istis ego non assentior: existimo enim ex fideicommissis particularib. deductionem fieri secundum Pegasianum siue Trebellianum senatusconsultum vna cum Raphaele Cumano & Barthol. Socino ad rub. ff. ad Trebell. Nam præter quam quod satis clarè Iustinianus dixit in l. 1. §. Quintus. C. de veteri iure enucl. Falcidiam locum habere in legatis, Trebellianum in fideicommissis. extat hac, de qua re agimus, locus præclarus in Institut. de fideicommissariis hæredi. §. Sed quia. *Sed quia* inquit Iustinianus *hæredes scripti cum aut totam, aut penè totam plerumque hæreditatem restituere rogabantur, adire hæreditatem ob nullum, vel minimum lucrum recusabant atque ob id extinguebantur fideicommissa. postea Vespasiani Augusti temporibus Pegaso & Pusione consulibus senatus censuit, vt ei qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est.*

His postremis verbis apparet, ex singulis rebus per fideicommissum relictis (hæc sunt fideicommissa particularia, de quibus nostra est disputatio) permissam fuisse eandem detractionem, quæ permittebatur ex vniuersalib. fideicommissis, quando scilicet vel totam hæreditatem, vel partem eius restituere hæres grauatus erat. Et quidem ex Pegasiano senatusconsulto fuisse permissam ad exemplum eius quartæ quæ detrahi ex legatis per legem Falcidiam poterat.

Respondet Iason: illa verba referenda esse ad legem falcidiam, vt sensus sit, ex lege falcidia permissam esse retentionem ex singulis rebus per fideicommissum relictis.

Sed contra repugnant verba textus, quibus apparet Vespasiani Augusti temporibus Pegaso & Pusione consulibus senatum censuisse, vt qui rogatus esset restituere hæreditatem, quartam ad exemplum legis falcidiæ retinere posset, & eandem retentionem permissam fuisse etiam ex singulis rebus per fideicommissum relictis.

Respondet secundo loco Ripa, ex singulis rebus per fideicommissum relictis permissam esse retentionem, scilicet ex singulis rebus particularibus contentis in fideicommisso vniuersali, quo hæreditas restituenda est.

Non rectè, quia verba repugnant: Ait enim textus. *ex singulis quoque rebus per fideicommissum relictis*, quorum verborum sensus est, singulas res relictas fuisse per fideicommissum, non autem; vti in vniuersali fideicommisso comprehensas, præstandas esse.

Tertiò respondet Vasquius, Iustinianum nō declarare quonam iure ex singulis rebus per fideicommissum relictis permissa sit illa quartæ retentio, quare intelligendum hoc est iure legis falcidiæ, non iure Pegasiani, quia textus dicit, *permissa est*; aliàs deberet dicere, *introducta est*.

Hæc responsio nihil valet, quia clara sunt verba textus, quibus dicitur eandem retentionem permissam esse ex singulis rebus per fideicommissum relictis, quæ permissa erat ex hæreditate per fideicommissum relicta. Hæc autem ex Pegasiano fuit permissa ad exemplum legis falcidiæ. Et nulla est differentia, vtrum dicatur, *retentio permissa est, an verò introducta est*, quia Pegasianum permisit, & simul introduxit quartæ retentionem ad exemplum legis falcidiæ.

Ad argumenta contrariæ opinionis respondeo, quod attinet ad l. 1. ff. ad Trebell. Vlpianum respexisse ad præcipuam intentionem, & maiorem partem tractatus. Nam & in præcedentibus titulis multæ sunt leges pertinentes ad fideicommissarias hæreditates, & contrà in ipso tractatu Trebelliani multæ sunt leges pertinentes ad fideicommissa rerum singularum, quare non rectè sumi potest argumentum ex eo loco, legē Falcidiam pertinere ad fideicommissa singularum rerum: neque verò tanti hæc leuis coniectura faciēda est, vt a verbis claris Iustiniani recedere debeamus.

Ad alterum argumentum respondeo, legem falcidiam nec directè, nec per extorsionem, siue interpretationem pertinuisse ad fideicom-

missa:

missarum quia, cùm lex Falcidia lata est, non dum erat ab Augusto authoritas data fideicõmissis, tum quia tunc non opus fuisset Pegasiano senatusc̃ōsulto, quo ad exemplum legis Falcidiæ quartæ retentio ex fideicommissis permissa est. Nec verũ est appellatione legati fideicommissum contineri antiquo iure: sed iam propter exæquationem legatorum & fideicommissorum verum est. Et quod dicitur, rationem legis Falcidiæ locum habere etiam in fideicommissis, conceditur. Nam & hæc fuit causa, vt ad exemplum eius retentio permitteretur ex fideicommissis.

CAPVT. XIII.

Vt cesset Falcidia, an tacita prohibitio sufficiat?

CVm Falcidiam expresse prohiberi posse perspicuum sit ex Nouella de hæredibus & Falcidia, illud in controuersiam venit, an tacita prohibitio sufficiat, an verò expressa requiratur. Tacitæ prohibitionis exempla sunt multa, puta si testator totam rem præstari mandauit, & absque diminutione. Et quidem tacitam hanc prohibitionem sufficere, authores sunt Alexander in cons. 5. lib. 3. Angelus Aretinus in tractatu de Testamentis. Vers. Itẽ sciens vires patrimonij. Boëtius decis. 44. nu. 31. Menochius alios citans in cons. 374. n. 14. lib. 3.

Fundamentum est, quia satis videtur expressum, quod ex mente & coniecturis colligitur. l. Gallus. §. 1. ff. de lib. & posthum. Ripa ad l. 1. n. 50. ff. de vulg. Tiraquell. de leg. Connubia. lib. Glos. 7. n. 85. vers. expressum. Afflictus decis. 41. n. 15.

Cæterum Castrensis in Auth. sed cum testator. C. ad l. Falcid. quem sequitur Hieronymus à Monte, quæst. 1. distinctione vtitur, vt si quidem verba testatoris necessariò prohibitionẽ inducant Falcidiæ, tunc sufficit, aliàs secus.

Verùm istis ego non assentior. Existimo enim tacitam prohibitionem non sufficere, sed expressam requiri, sicut Bartolus docet in §. Si vero expressim. in Authen. de hæred. & Falcid. nec non Angelus ibidem. Oldradus in cons. 248. Socin. senior in cons. 33. lib. 1. Socinus iunior in consil. 170. nu. 24. lib. 2. Couuar. ad ca. Rainaldus. §. 3. n. 6.

Fundamentum illud mihi solidum videtur, quod nititur textu d. Nouellæ de hæred. & Falcidia. cuius verba hæc sunt: *Hæc autem dicimus, vbi errans testator de sua substantia hoc agit, aut fortè cùm debuisset etiam ampliorem quantitatem hæredi relinquere, pro minore disposuit: Etenim etiam hoc errantis sententia est, & non pura & integra designationis. Si verò expressim designauerit, non velle hæredem retinere Falcidiam, necessarium est testatoris valere sententiam, &c.*

Ex his verbis ego sumo argumentum huiusmodi: Cum testator ita legatis onerat hæredem, vt debita portio apud eum non remaneat, præsumitur id fecisse per errorem, fortè quod existimauerit, se plus in bonis habere, quàm haberet? Sæpe enim de suis facultatibus plus aliquando sperant homines, quàm in eis sit, vt in Instit. quibus ex causis manumittere non licet, ideo Falcidiæ locus est, si hæres inuentarium confecerit, vt in dicta Nouella. Sed hæc ratio locum habet etiam in casu, quo testator mandat integra legata præstari: & absque diminutione, & sic videtur tacitè prohibere detractionem, quæ fit ex lege Falcidia: Ergo & hoc in casu locus erit legi Falcidiæ; si hæres inuentarium fecerit, non obstante tacita prohibitione.

Assumptio argumenti facilè probatur. Nam si, v. g. quis in bonis habeat CCCC. & leget variis personis vltra CCC. vel etiam vltra ipsa CCCC. eáque legata integra præstari velit, sine dubio, existimari potest errasse, & plus putasse in facultatibus habere, quàm re vera haberet. Hæc autem erroris præsumptio capienda est ex sententia Iustiniani, & ideo necessaria est expressa prohibitio, vt statim subdit textus dicens. *Si verò expressim &c.*

Ad argumentum responsio patet, quia tacita hic nõ æquipollent expressis, propter errorem, qui præsumitur, sicut & aliàs nonnunquam accidere solet, vt expressa noceant, non expressa non noceant. l. Nonnunquam. ff. de condit. & demonstrat.

CAPVT. XIV.

De interpretatione l. Si hæres. §. Item si reipub. ff. ad leg. Falcid.

DEcepti sunt interpretes antiqui in huius loci interpretatione, qui cùm multa alia acutè viderint, non idcirco abiiciendi sunt. Verba textus hæc sunt: *Item si reipublicæ in annos singulos legatum sit, etiam de lege Falcidia quæratur, Marcellus putabat tantum videri legatum, quantum sufficeat sorti ad vsuras trientes eius summæ, quæ legata est, colligendas.* Arbitrati sunt vsuras trientes eas esse, quæ triennio sortem æquant, ac propterea legatis decem annuis idem esse dixerunt, ac si legata essent XXX. Non rectè: quia sunt trientes vsuræ cùm quatuor pro centenario dantur. Est enim tertia pars vsuræ centesimæ, quæ est, cùm duodecim in singula centena numerantur annuatim, hoc est, vnũ singulo mense: solebant enim veteres singulis mensibus vsuras soluere, sicut latè explicat Alciatus lib. 3. dispunct. ca. 1. Antonius Augustinus lib. 2. Emẽdationum, cap. 10. nu. 21. quod tamen Bartho-

lomæus Socinus vnus ex antiquioribus non ignorauit, vt videre licet ex commentariis eius in d. §. Item ſi reipub. Idem & poſteriores poſtea adnotarunt, Duarenus, Cuiacius, Goueanus, Budæus, Gonnanus, & alij, quibus & nos adſtipulari ꝑa eſt: quare ſic erit ratio ineũda, vt ſi quatuor annua reip. relicta ſint, perinde ſit, ac ſi centum relicta eſſent: ſi octo, ac ſi ducenta, & ſic deinceps ita ſupputando, vt ſemper quatuor reddant centum. Decem. fac relicta annua, dicas legata videri CCL. Hæc eſt ſententia dicti §.

CAPVT XV.

Ad interpretationem l. In quartam. ff. ad legem Falcidiam, controuerſia diſcutiuntur.

MArtianus: *In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam hæres habere debet, imputantur res, quas iure hæreditario, non quas iure legati vel fideicommiſſi, vel implendæ conditionis cauſa accipit. nam hæ in quartam non imputantur. Sed in fideicommiſſaria hæreditate reſtituenda ſiue legatum, ſiue fideicommiſſum datum ſit hæredi, ſiue præcipere, vel deducere, vel retinere iuſſus eſt: in quartam id imputatur. Pro ea verò parte, quam accipit à cohærede extra quartã, id eſt, quod à cohærede accipitur, ſed etſi acceptã pecuniã hæreditatem reſtituere rogatus ſit id quod accipit, in quartam ei imputatur, vt diuus Pius conſtituit. ſed & quod implendæ cõditionis cauſa fideicommiſſum hæredi datur, in eadem cauſa eſſe admittendum, ſciendum eſt. ſi quid verò implendæ conditionis cauſa hæres accipiat à legatariis in Falcidia computationem nõ prodeſſe, & ideo, ſi certum prædium legaueris defuncto, ſi quinquaginta legatarius hæredi dederit: centum legatis computationem fieri, & quinquaginta extra hæreditatem haberi, ne in quartam ei computentur.* Hactenus ille.

Hic ſunt quatuor potiſſimùm controuerſiæ: Prima, ſitne admittendum, quod vulgò aſſeritur diſcrimen inter Falcidiã ac Trebellianum, vt nimirum in eam imputentur ea duntaxat, quæ iure hæreditario hæres accipit, in iſtam verò etiam ea, quæ iure legati vel fideicommiſſi. Secunda, ſi admittendum ſit hoc diſcrimẽ, quænam ratio eius adferri queat. Tertia, vtrum verba illa: *Pro ea verò parte, quam accipit à cohærede, &c.* referenda ſint ad Falcidiam, vel ad Trebellianam, & ſi ad Trebellianã referenda ſint, quænam ſit eius deciſionis ratio. Quarta ac poſtrema, an ea, quæ hæredi cauſa conditionis implendæ dantur, imputari debeant in Trebellianam nec ne?

Vide præter antiquos & recentes interpretes Alciatum lib. 6. Paradoxor. ca. 4. Iacobum Cuiacium lib. 8. obſeruat. c. 4. Antonium Goueanum in commentariis d. legis, & lib. 1. animaduerſionum, c. pen. Franciſcum Duarenum lib. 2. anniuerſar. diſputat. cap. 10. Angelum Mattheacium lib. 2. de via & ratione iuris, cap. 22.

Quod ad primam difficultatem & controuerſiam attinet, Iacobus Cuiacius loco annotato exiſtimauit nullum eſſe diſcrimen hac in re inter Falcidiam & Trebellianicã, eo argumento, quod per omnia exæquata ſint legata fideicommiſſis. l. 1. de leg. 1. quod intelligendum eſt etiam reſpectu legis Falcidiæ & Trebelliani ſeu Pegaſiani ſenatuſconſulti. Et quia in Trebellianicã non imputentur ea, quæ iure legati vel fideicommiſſi capiuntur, vt probat l. Filium. C. famil. herciſcund. *Et quod ait l. In quartam.* (inquit) *ſed in fideicommiſſaria, &c. generalis ſententiæ prioris explicandæ cauſa ſubiectum opinor, vt in fideicommiſſaria hæreditatis reſtitutione imputet hæres in quartam ea, quæ præcipere, retinere, deducere iuſſus eſt, tanquam ex hæreditate ea capiat, & legatum ſiue fideicommiſſum ei datũ pro ſua ſcilicet parte, quoniam pro ea parte res legata iure hæreditario capitur: pro ea verò parte, quam accipit à cohærede, vt conſequenter lex ſubijcit extra quartam, id eſt, quod à cohærede accipitur, id non imputatur in quartam, quia iure legati capitur.* Hactenus Cuiacius.

Cæterùm hæc ſententia, ſicut nec aliis, ita nec mihi placere poteſt. Etenim eam clarè refellunt verba textus: ait enim Martianus: *In quartam hæreditatis, quam per legem Falcidiam hæres habere debet, imputantur res, quas iure hæreditario, non quas iure legati, vel fideicommiſſi, &c. Sed in fideicommiſſaria hæreditate reſtituenda, ſiue legatum, ſiue fideicommiſſum datum ſit hæredi, &c. in quartam id imputatur.*

His verbis aperta conſtituitur differentia, quantum ad huiuſmodi imputationem inter Falcidiam & Trebellianam. Et quartæ Falcidianæ, in quam non imputantur ea, quæ iure legati vel fideicommiſſi hæres capit, ſtatim opponitur quarta Trebellianica, in quam ea imputantur.

Nec valet argumentum Cuiacij, legata & fideicommiſſa exæquata eſſe, quia non ſunt exæquata, quoad huiuſmodi imputationem, ſed in aliis iuxta l. 2. C. commun. de leg. & fideicommiſſ. Nec quidquam probat l. Filium quem. C. famil. herciſcundæ nullum verbum in ea lege, quod probet legata & fideicommiſſa in Trebellianicam non imputari.

Quod verò Cuiacius ſcribit illa verba, *ſed in fideicommiſſaria, &c.* adiecta fuiſſe generalis ſententiæ prioris explicandæ gratia, non videtur verum eſſe: nam poſita ſunt ad declarandam differentiam in hoc inter quartam legis Falcidiæ,

Falcidiæ, & quartã Trebellianici siue Pegasiani Senatusc õsulti, vt patet ex verbis ipsis, quæ satis clara sunt. Denique quòd dicit hæredem fideicommissaria hęreditatis restitutione grauatum imputare in quartam legatum, siue fideicommissum ei datum pro sua parte, quoniã pro ea parte res legata iure hæreditario capitur; pro alia verò parte non, quæ à cohærede capitur, quia iure legati capitur, istud, inquã, nihil obstat; quia satis est pro differentia constituenda inter quartã legis Falcidiæ, & quartam Trebelliani Senatusconsulti, in quartam legis Falcidiæ indistinctè non imputari, quia iure legati vel fideicommissi hæres accipit: at in quartam Senatusconsulti imputari ea, quæ iure legati vel fideicommissi hęres accipit, saltem pro parte sua, licet non pro parte cohęredis: quæ verò sit ratio, ad rem nunc non pertinet inquirere: nec tamen ea est vera ratio, quam affert Cuiacius, vt postea dicetur in tertiæ difficultatis seu controuersiæ examine.

Quod attinet ad causam seu rationẽ huius discriminis inter Falcidiam & Trebellianam, (quæ secunda erat controuersia) dicam quid sentiam. Nã quid alij dixerint, lõgum & otiosum esset recensere in quæstione nonnihil aliena à forensi vsu. Hanc opinor causam esse: quia hæredi grauato vltra dodrãtem legatis, verba legis fauent, nec voluntas testatoris aduersatur. Declaro: Verba legis Falcidię statuũt, vt apud hęredẽ quarta pars hęreditatis remaneat, l. 1. ff. ad leg. Falc. ergo si quid hæres retinere præcipere possit, vel iure legati, aut fideicommissi accipere, id non imputabit in quartam hęreditatis, quia legatum, fideicommissum, & alia his similia, ab hęreditate differunt, nec continẽtur hęreditatis appellatione, quare cùm debeat habere quartam partem hæreditatis, non hęc imputabit: quia hęc non sunt pars hęreditatis, sed ab hæreditate differunt. Non aduersatur voluntas testatoris, quia is non mandauit alicui dari, restitui, quę hęredẽ iure legati vel fideicommissi, seu retentionis aut præceptionis habere voluit. At hæredi fideicommissaria hęreditatis restitutione grauato, vt maximè verba Senatusconsulti non repugnent, aduersatur tamen legis dispositio & testatoris volũtas: Voluntas testatoris, quia dum voluit hæreditatem ab eo aliis restitui, voluisse quoque cẽsetur eum restituere suam legati vel fideicommissi partem, l. In fideicommissaria. §. vlt. ff. ad Treb. vbi Vlpianus ita dicit: *Si legatum sit hæredi relictum & rogatus sit portionem hæreditatis restituere, id solum non debere eum restituere quod à cohærede accipit. Cæterùm quod à semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit. & addiuus Marcius decreuit.*

Huius rei ratio est perspicua. Nam legatum pro parte ipsius hæredis non valet, quia à se ipso sibi ipsi legari non potest. Remanet ergo in hæreditate, sed hæreditas est restituenda, ergo & id restituendum est, quod in legato continetur. Quia ergo restituendum est, meritò in quartam imputari debet, dum retinetur siue accipitur ab hærede.

Legis dispositio aduersatur hęredi, quia lex non consentit, vt legatum valeat, pro parte hęredis: Et ideo vult, vt in hęreditate maneat, & restituatur fideicommissario, aut si non restituatur, computetur ipsi hæredi in quartam, cùm sit pars hęreditatis.

At cùm agitur de lege Falcidia, hæc ratio vim non habet: etsi enim legatum non valeat pro parte hæredis, illud tamẽ remanet in hæreditate, nec alteri restituẽdum est. Et cùm in hęreditate remaneat nulli obnoxium restitutioni, cedit lucro hęredis, nec imputatur in quartam; quæ aliàs ex hæreditate apud eum manere debet: Cum enim legatum sit nullum pro parte ipsius hæredis, illud accedit hæreditati aduentitio quodam iure, ipséque hęres illud consequitur tam ex voluntate defuncti, quam ex legis dispositione, argumento l. qui filiab. §. vlt. cum l. seq. de leg. 1.

Circa tertiam difficultatem omnis controuersia est in eo posita, quòd superiorib. verbis textus dixit, in fideicommissaria hæreditatis restitutione legata & fideicommissa hæredi relicta in quartam imputari, & iam subdit pro ea parte, quam accipit à cohęrede non imputari, quod videtur perinde, ac si diceretur legata non imputari, quia id, quod hæres accipit, à cohærede dicitur accipere iure legati. Deinde oritur in eo controuersia, quod pro parte ipsius hæredis legatum vel fideicommissum imputandum esse videtur, non solùm in quartam Trebellianam, verùm etiã in Falcidiam, quia illud habet hęres iure hæreditario, non autem iure legati, siquidem pro parte ipsius hęredis grauati non valet legatum, vt dictum est, quia nemo grauari potest, vt sibi ipsi soluat ac præstet legatum.

Ad tollendam igitur omnem difficultatem Duarenus cẽsuit illa verba textus; *Pro ea verò parte, &c.* non esse referenda ad quartam hæredis fideicommissaria hęreditate grauati, sed ad quartam, quæ per legem Falcidiam deducitur; quasi Martianus orationem conuertat ad eandem Falcidię legis quartam, dicens non imputari in eam id, quod à cohęrede accipitur. Sic enim cessabit omnis difficultas, vt patet.

Sed obstant huic expositioni legis verba, sic enim habent: *Pro ea verò parte, quã accipit à cohærede: extra quartam, hoc est quod à cohærede accipitur* Hic modus loquẽdi pertinet ad declarationem eius, quod proximè dictũ fuit

circa imputationem. Nam cum proxime dixerit iurisconsultus in quartam imputari, quæ iure legati vel fideicommissi accipiũt in fidei cõmissaria hæreditate restituenda, statim subdit declarationem, ac moderationem, vt scil. id non intelligatur pro ea parte, quam accipit à cohærede: quia illud, quod a cohærede accipitur, extra quartam est. Hæc sanè declaratio & moderatio applicari non potest iis, quæ dixerat primum de lege Falcidia, quia dixerat Martianus imputari in eam quartam, ea duntaxat: quæ iure hæreditario percipiuntur, non autem, quę iure legati vel fideicommissi. Quę ergo aut necessitas, aut occasio erat subiiciendi hanc moderationem, siue declarationem, vt pro ea parte, quæ a cohærede accipitur, id non esset in quartam eiusdem Falcidiæ imputandum? Nam quæ iure legati percipiuntur in quartam dictę falcidiæ legis non imputantur: Quod autem à cohærede accipitur, sine dubio iure legati, vel fideicommissi accipitur. Non ergo necesse erat id exprimere, & quidẽ in modum declarationis & limitationis, nempe *pro ea verò parte, &c.*

Puto igitur illa verba: *Pro ea verò parte, &c.* pertinere ad Trebellianicam, & referenda esse ad id, quod proximè dictũ erat, de quarta hæredis qui restituere hæreditatem sit grauatus, temperetúrque iis verbis sententia supra dicta, vt nimirum in quartam, quam deducit hęres restituere grauatus, imputentur quidem ea, quæ iure legati, vel fideicommissi accipit hæres, non tamẽ pro parte cohæredis, sed pro sua duntaxat parte. Ex qua interpretatione nullum sequitur absurdum. Neque enim absurdum est aliquid generaliter asserere, deinde exceptione addita illud restringere ac temperare. Quod verò dicebatur etiam in quarta Falcidiana idem statuendum esse, vt nimirum pro parte cohęredis data non imputentur, pro parte verò ipsius hęredis grauati imputari debeãt, quia id iure hæreditario percipitur, nullo modo concedendum est: quia Martianus in eo constituit differentiam inter quartam Falcidiæ legis & Trebellianicam, vt in eã absolutè nõ imputentur legata vel fideicommissa: in istam verò imputentur pro parte ipsius hæredis grauati: nec obstat, quod pro parte ipsius hæredis non videantur iure legati vel fideicõmissi accipi, sed iure hæreditario. quia legatum non valet. Nam etsi non valeat legatum pro parte ipsius hæredis, non tamen pars hæreditatis, vel hæreditas dici potest: aliud enim esse legatum, aliud hæreditatis portionẽ indicat l. Marcellus. §. Quia liberis ff. ad Trebellian. ibi: *Quia non portionem hæreditariam testator commemorauit, sed significet portionem* Idem probat l. Si Titius ex parte. de leg. 3 & l. Titia. ff. ad leg. Falcid. lex autem Falcidia hoc voluit, vt quarta pars hæreditatis apud hæredem maneat. Eiusmodi legatum vel fideicommissum cedit lucro ipsius hæredis, tanquam ei adueniens ex voluntate testatoris, vt supra dictum est.

Et ratio huius rei hęc est: quia etsi legatum non valeat, nõ tamen sicut in fideicommissaria hæreditate restituẽda debet alicui restitui sed potius accrescit heredi ac proinde legatariis ad legem Falcidiam prodesse non potest. Prodesset autem, si in Falcidiam imputaretur.

Restat postrema controuersia ac difficultas, illa verò hæc est: Dicit Martianus fideicommissum hæredi relictum causã conditionis implendæ in quartam ex Trebelliano imputari. Contra Martiani eiusdem pugnat responsum in l. In ratione. § Tametsi ff. ad leg. Falcid. vbi de Falcidiã, quam pro Trebellianica ibi sumit, ita scribit: *Tametsi ante legis Falcidiæ rationem, quæ conditionis implendæ causa heredi sunt data, in quartam non computantur, &c.*

Respondet Iacob. Cuiacius, illa verba in l. In quartam: *Sed & quod implendæ conditionis causa, &c.* Spuria esse, & nõ extare in Basilicis, quod ego sanè, vt credam, facilè adduci patior. Primùm grauissimi Doctoris Cuiacij testimonio & authoritate. Deinde, quod nullũ suppetat argumentum, quo duo illa Martiani loca cõciliari possint. Nam quæ scribit Alciatus lib. 6. Paradox. cap. 4. explicant quidem illa verba, sed non conciliant cum l. In ratione. §. Tametsi. Tertiò, quoniam post illa verba: *Sed & quod implendæ conditionis causa, &c.* Statim Martianus subdit in d. l. In quartam: *Si quid verò implendæ conditionis causa, &c.* Quæ sanè verba manifestè indicãt superius nihil dictum fuisse de eo, quòd hæredi datur causa conditionis implendę. Hanc postremam coniecturam habeo ex Huberto Giphanio, viro clarissimo & honorando Collega meo, cuius eruditionem singularem, & iudicium acerrimum semper magni æstimare soleo. Sed hæc sufficiant de his.

CAPVT XVI.

Prælegata an veniant in restitutionem fideicommissi?

Explodenda distinctio est antiquis probata Doctoribus, sed recentioribus damnata. Aut præcessit prælegatum, & subsecuta est hæredis institutio, & fideicommissum, & tunc in restitutionem venit etiam prælegatum: aut præcessit hæredis institutio & fideicommissum, & postea prælegatum est, & tunc non venit. Nam nec prædictorum responsa, quæ de his loquuntur speciebus, ratione præcedentis vel subsequentis fideicommissi nituntur, & nullum prorsus illa distinctio solidum fundamentum habet. Vis videre?

Primum

Primum audi Vlpianum in l. Marcellus §. Quidam liberis. ff. ad Trebell. *Imperator noster* (inquit) *rescripsit praeceptiones quoque fideicommissi contineri, quia portionem haereditariam testator commemorasset, sed simpliciter portionem: in portionem autem & praeceptiones videri cecidisse.* Audi eundem in l. In fideicommissari. §. vlt. eod tit. *Si legatum sit haeredi relictum* (inquit) *& rogatus sit portionem haereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod à cohaerede accepit: Caeterùm quod à semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit, & id D. Marcus decreuit.* Vides ex his Vlpianum distinguentem, vtrum quis portionem suam, an portionem hæreditatis rogatus sit restituere. Priore in casu prælegata veniūt in restitutionē, posteriore nō item. Ratio est, quia hæreditatis appellatione neque legata, neque fideicommissa continentur, vt in l. Si Titius ex parte. de leg. 3. Si tamen quis rogetur restituere quicquid ex hæreditate ad eum peruenerit, prælegata quoque restituet, vt in l. Cum virum. C. de fideicommiss. Denique ex coniectura voluntatis quæstio ista pēdet, vt patet ex l. Cum pater. §. Fidei tuæ. de leg. 2. ex l. Titia. ff. ad legem Falcid. & ex aliis legibus, ex quib. nullam inuenias, quæ antiquorū distinctioni faueat, vt meritò reiecta sit à posterioribus, vt dixi. Vide Dom. meū Cephalum in con. 259. lib. 2. Dominum meū Decianum in consl. 1. n. 147. lib. 1. ante eos Decium in cons. 80. Socin. iun. in cons. 107. lib. 3 & post istos Manticam de Coniecturis vltimar. volunt. lib. 7. tit. 7. n. 1.

Sed controuersia est in foro celebris ac frequēs: Testator Titio & Caio prælegata dedit, postea *in omnibus aliis bonis* eos hæredes instituit: & si absq; liberis decesserint, Sēpronium eis per fideicommissum substituit. Quæritur vtrum eueniente conditione Sempronio restituenda sit hæreditas vna cum prælegatis, & sic vtrum in proposita specie substitutus Sempronius etiam prælegata petere possit? Et prælegata restituenda non esse, neque fideicommisso contineri illis verbis ordinato, responderunt Iason in cons. 171. lib. 4. Parisius in cons. 79. n. 21. lib. 2. Socinus iunior in cons. 107. num 45. lib. 3. & in cons. 89. lib. 4. Alciatus in cons. 480. num. 16 Emilianus in cons. 39. & cons. 44.

Fūdamētum est quia institutio & substitutio refertur in hac specie non ad omnia bona testatoris, sed ad alia bona, quæ deductis legatis supersunt. Sic. n testator post legata data dixit: *In aliis autem bonis instituo & substituo &c.* Si in aliis bonis: Ergo nō in illis, quę prælegata sunt, intelligitur facta esse institutio & substitutio, & consequenter, prælegata non videntur esse comprehensa, imò verò ex verbis testatoris excepta ex fideicommisso.

Sed cōtrarium responderunt Alexander in cons. 25. lib. 1. Natta in cons. 321. Alciatus sibi contrarius in cons. 604. n. 5. & alij, quos refert & sequitur Marzarius in Epitome de Fideicōmissis. q. 3. Iacobus Menoch. de Præsumpt. lib. 4. in 2. parte Præsumpt. 194. n. 6.

Fundamentū est primum in antiqua distinctione, si præcessit prælegatum, & subsecutum est grauamē fideicommissi, tunc in fideicommisso prælegatum continetur. Deinde in eo, quòd certum sit, quoties hæres portionem suā restituere rogatus est, etiam prælegata restituenda, vt in l. Marcellus. § Quidam liberis. ff. ad Trebellia. Ergò multò magis prælegata in restitutionem venient, cum hæredi simpliciter facta est substitutio. Illa enim apta est comprehendere etiam singularia prælegata. l. Ab eo. C. de Fideicommissis.

Ad argumentum verò sumptum ex illis verbis testatoris: *In omnibus autem aliis bonis, &c.* respondent nil obstare, quia illa verba nō illum habent sensum, quòd in aliis duntaxat bonis institutio facta sit, imò in omnib. bonis institutio facta esse intelligitur, cum onere tamen legatorum præstandorum. Et solent Notarij ea verba in testamento apponere, ex quadam consuetudine, non autem, quia significent hæredis institutionem ad vniuersa bona trahendam non esse.

Ego sanè inprimis animaduerto, fundamētum huius sētētiæ posterioris valde infirmū esse. Nam distinctio illa ex ordine præcedentis, vel subsequentis fideicommissi, vt iam dictum est, nigros iam tulit calculos, & alterum argumentum non satis est solidum. Nam, vt maximè verum sit verbum, *Substituo*, atque adeò substitutionem in genere etiam ad legata adaptari, & sic etiam legata particularia comprehendere posse. Siquidem etiam in particularib. legatis & fideicommissis, substitui potest. l. Vt hæredibus l. Titia Seio. §. Seia libertis de leg. 2. l. Ei cui. ff. de donatio cau. mortis. non tamen sequitur in hac ipsa specie: de qua agitur, eam esse vim substitutionis, vt etiam prælegata comprehendat. Nam aut intelligitur facta esse substitutio in hæreditate, & tunc prælegata pro parte alterius cohæredis non cōtinebit, vt in d. l. In fideicommissaria. §. vlt. ff. ad Trebell. in l. Si Titius ex parte. de leg. 3. aut facta esse intelligitur in portione, & tunc cōtinebit etiam prælegata. l. Marcellus. §. quidam liberis. ff. ad Trebellianum. Hoc igitur inquirendū est in quæstione ista, an substitutio simpliciter & indefinitè facta, intelligatur esse facta in hæreditate siue hæreditaria portione, an verò in portione simpliciter: Id est, vtrum hæredes videantur esse rogati Sempronio substituto restituere portionem hæredita-

tis, vel portionem ſimpliciter. Et ſanè ego exiſtimo ſubſtitutionem obſcurã ex inſtitutione interpretandam eſſe, nõ ex præcedentibus legatis: & ſic ſubſtitutionem videri factam in hæreditatis portione, non autem in legatis. Cùm ergo teſtator proponatur duos inſtituiſſe hæredes ex æquis portionibus, aut etiã inæquis, nil. n. id refert, ac eis ſimpliciter ſubſtituiſſe per fideicommiſſum, ego ſic interpretor ſubſtitutionem, vt ad portionem hæreditariam referatur, & ſic pro ea hæreditatis portione quiſque ſubſtitutum habeat, in qua inſtitutus eſt. Ac proinde in quæſtione, quã habemus in manibus, idẽ reſpondendum putarem, quod reſpõderetur, ſi hæredes rogati eſſent ſuam quiſque hæreditatis portionem reſtituere. Quo caſu ex l. In fideicommiſſaria. §. vlt. ff. ad Trebell. didicimus hæredem rogatũ *id ſolum non debere eum reſtituere, quod à coheręde accepit, cæterùm quod à ſemet ipſo ei relictum eſt, in fideicommiſſum cadere.*

Huic ſententiæ adſtipulantur pronunciata quædã iuris vulgaria. Primùm, interpretationem illam ſumendam, ex qua hæres minus grauatus eſſe intelligatur. Secũdum: Relationem ad proximiora faciendam. Item: Non loquitur de hoc ſubſtitutio tua. Fauet denique natura fideicommiſſariæ ſubſtitutionis, per quam plerumq; hæreditas reſtitutioni fit obnoxia, non autem res ſingulares. Sunt. n. ſeparati Tituli de fideicommiſſariis hæreditatibus, & de ſingulis reb. per fideicommiſſum relictis. Sed eſto cuique liberum iudicium hac de re longè difficillima. Mea ſanè hæc eſt opinio.

CAPVT XVII.

In legatis & fideicommiſſis ad pias cauſas relictis, ſitne locus detractioni, quartæ ex lege Falcidia, vel ex Trebelliano Senatuſconſulto?

Videtur communiter receptum in legatis ad pias cauſas legem Falcidiam locum nõ habere, & idem multi de Trebelliano Senatuſconſulto reſponderunt, aliis tamen reluctãtibus, vt videre licet ex Antonio Gabrielio libro 4. commun. cõcl. tit. ad Trebell. concl. 11. Sed mihi legum tenorem ex ipſis authorit. cõtemplanti, non legem Falcidiam, nec Trebellianum Senatuſconſultum in legatis & fideicommiſſ. ad pias cauſas relictis ceſſare videtur, niſi hæres in mora fuerit præſtandi legatum. Hęc ſententia fuit interpretum antiquorum, quos commemorat Accurſius in l. ſi quis ad declinandam. in verbo. *Minus.* C. de Epiſcopis & Clericis. & nouiſſimè eam amplexus eſt Iacobus Cuiacius in expoſitione Nouellæ 131.

Videamus leges ipſas, ex quib. pendet & in hoc, & in aliis articulis ſententia noſtra. In primis ex antiquiorib. occurrit l. 1. §. Ad municipum. ff. ad legem Falcid. Paulus: *Ad municipum quoque legata, vel etiam ad ea, quæ Deo relinquuntur, lex Falcidia pertinet.* Ex Iuſtiniano l. Si quis ad declinandam. C. de Epiſcopis & Cleric. *Si quis ad declinandam* (inquit) *legem Falcidiam, cùm deſiderat totam ſuam ſubſtantiam pro redemptione captiuorum relinquere, eos ipſos captiuos ſcripſerit hæredes, &c.* Sẽtit Imperator ad declinandã legem Falcid. hoc eſt, vt per legem Falcidiam nihil minuatur ſcribẽdos eſſe hæredes ipſos captiuos, ſiue pauperes, quia ſi alius hæres inſtitueretur cũ onere reſtituendi per Fideicommiſſum ipſis pauperibus, vel captiuis, quarta per legẽ Falcidiam, hoc eſt, per Trebellianum (ſæpe. n. hæc confunduntur) detraheretur ab hærede grauato. Ex quo argumentum ſumi poteſt, & in huiuſmodi fideicommiſſis locum eſſe Falcidiæ legi, ſiue Trebelliano Senatuſconſulto. nam ſi locus non eſſet, nullo opus eſſet ad eam legem declinandem cõſilio ac remedio, quod & Paulus Caſtrenſis annotauit in commentariis eius loci. Nec quenquam moueant illa eiuſdem legis verba: *Si enim propter hoc à ſpeciali hærede receſſum eſt, vt non Falcidia ratio inducatur, quo modo ferendum eſt hoc, quod in lucro venerit, per Falcidiam vel aliam occaſionem minui?* Non. n. ſenſus eſt, in huiuſcemodi relictis ceſſare legem Falcidiam: ſed talia minuenda non eſſe ab Epiſcopo vel Oeconomo, quaſi illis tanquam hæredib. quartæ detractio competat, vt patet ex præcedentibus verbis. ibi: *nullo penitus hoc ex lucro vel œconomo, vel Epiſcopo, vel ſacroſancta Eccleſia relinquendo. Si enim, &c.* quod ſanè & inferius ſæpe repetitur, ibi: *Si enim hæredem eis* (ſcil. Epiſcopo & œconomi) *& ius & nomen dedimus, ſine Falcidia tamen legis emolumento, &c.* Et rurſus ibi: *Pro tempore œconomus ſacroſanctæ Eccleſiæ, vel Epiſcopus hæreditatem accipiat, & ſine Falcidia ratione pauperibus, qui in ciuitate ſunt, vel penitus mendicantibus, vel alia ſuſtentatione egentibus eadem pecunia diſtribuantur.* Et denique ibi: *Sin autem in perſonam certam, venerabilémve certam domum reſpexerit, ei tantummodo hæreditatem vel legatum competere ſancimus, nulla Falcidia, nec in hac parte intercedente.* Ex quibus verbis apparet, non hanc eſſe Imperatoris ſententiam, vt hæres in huiuſmodi legatis amittat Falcidiæ emolumentum, ſed vt œconomus, vel Epiſcopus, vel alij amittant, licet hæredes eſſe videantur. Et ratio eſt, quia hæredes verè & immediatè ſunt ipſi captiui vel pauperes, quos directè teſtator inſtituit eo

consilio, vt totam substantiam obtinerent absque vlla diminutione, seu Falcidiæ detractione, quam alioqui passi fuissent, si alio hærede instituto hæreditas eis restituenda fuisset.

Denique audiamus Nouellas ipsas constitutiones: vnus est locus, qui ad hanc rem pertinet in Nouella 131. aliàs in Auth. de Ecclesiasticis tit. §. Si autem hæres. vbi Iustinianus ita scribit: *Si autem hæres, quæ ad pias causas relicta sunt, non impleuerit, dicens relictam sibi substantiam non sufficere ad ista præcipimus omni Falcidia vacante, quidquid inuenitur in tali substantia proficere pro iussione sanctißimi locorum Episcopi ad causas quibus relictum est.*

Hic non dicit Iustinianus generaliter & absolutè se constituere, vt in legatis ad pias causas, vt vocant, lex Falcidia cesset. Sed cùm superius hæredi non adimplenti voluntatem testatoris in præstandis huiusmodi legatis, pœnam imposuisset, idem argumentum tractás, de eo loquitur hærede, qui negligit legata præstare ad pias causas relicta eo colore ac prætextu quod dicat, ad hæc præstanda non sufficere bona testatoris, & tunc ita Imperator statuit, vt in pœnam suæ negligentiæ tota substantia defuncti cedat in solutionem legati, nihil ex propriis bonis hærede soluente, sed & nihil ex lege Falcidia detrahente. Cæterùm, si hæres non fuerit negligens in soluendo legato piis locis, quò minus ex lege Falcidia detrahere possit aliquid, vt quartam partem habeat, nullo modo Iustinianus statuit, quod sanè, vt apertè decerneretur, æquum erat, si veteres leges corrigendi animus Iustiniano fuit, sicut in aliis non absque præfatione solitum esse Imperatorem obseruare non ignorant ij, qui Nouellas legibus antiquis derogantes perpendunt.

Cùm itaque legibus, nec Constitutionibus aliter sit cautum, quàm nostra præmonstret sententia, vt legum potius Authores, quam Commentatores sequeremur, faciendum esse iudicauimus.

Huc vsque dictâueram, cùm legi Cuiacium ad lib. 4. sententiarum Pauli tit. 3. diuersa sententem ab iis, quæ docet in expositione Nouellæ suprad. ctæ 131. Verba Pauli hæc sunt: *Lex Falcidia itémque S.C. Pegasianum, deducto omni ære alieno Deorúmque donis quartam residua hæreditatis ad hæredem voluit pertinere.* Ad hæc Cuiacius *Deduci prius oportet omne æs alienum, & Deorum dona, deinde Falcidianam aut Pegasianam quartam. Ex hoc loco in notis ad Iustiniani Institutiones testatus sum malle me in l. 1. §. Ad municipum. D. ad legem Falcid. sic legere: Ad municipum quoque legata, non etiam ad ea, quæ Deo relinquuntur, lex Falcidia pertinet, nec muto sententiam. Vt enim constitutio iuris ciuilis, quæ inter coniuges donationem prohibet, in Deorum donis non valet. l. si sponsus... Proinde. D. de donation. inter virum & vxorem. ita Dei cultus postulat, vt nec in eis valeat lex Falcidia, idque nouissimis constitutionibus comprobatur.*

Sed Cuiacio & Robertum oppono, & Fornerium, cuius elegantissima verba; quin adscribam, mihi temperare non possum. Etenim & ad rem istam illustrandam & nostram sententiam confirmandam & Cuiacium confutandum multùm valent. Is lib. 2. selection. cap. 25. scribit in hæc verba. *Exhausta legatis aut fideicommissis, vel mortis causa donationibus hæreditate, auxilio Falcidiæ institutus hæres quadrantem retinere potest, ne nullo ad adeundam hæreditatem præmio inuitatus testamentum deserat. l. . D. ad legem Falcid. . 1. Instit. eod. Paul. lib. . tit. vltim. sent. 1. Nec vllum ferè legati genus à quarta detractione immune est, cùm in legatis Principi relictis lex Falcidia locum habeat. l. 4. C. de leg. Falcid. & in iis, quæ Deo relinquuntur. Sunt tamen, qui dona Deorum excipiant, vt solida sit ne onere Falcidiæ præstentur ab hærede, mutatáque apud Paulum affirmatione in negationem, sic legant: Ad municipum quoque legata, non etiam ad ea, quæ Deo relinquuntur lex Falcidia pertinet. Adducuntur alio Pauli loco, in quo est lex Falcidia, Itemque sic Pegasianum, &c. Quam equidem emendationem probare nullo modo possum. Cur enim Pauli sententiarum libros ab Alarico & Aniano interpolatos sequemur, vt tot exemplarium fidem in Pandectis etiam Florentinis constantem eleuemus? Nec verò eorum, qui pusillo ei corpori næuos multos asperserunt, sententia suffragatur religionis prætextus, cuius causa strictam iuris rationem insuper habemus. l. 4. . sunt personæ. D. de religios. & sumpt. funerum. Nego legatum Deo tolli, cùm admodum legitimum reuocatum aliquot vnciis delibatur: nego legis Falcidiæ, quæ testatoris cæterorúmque ius tuetur rationem esse stricti iuris, l. penultim. C. de lege Falcid. Testamenta conseruari è Repub. est. l. 5. D. Testament. quemadmodum aper. Itaque legis Falcidiæ æquitas S.C. adiectis, constitutionibus, Principum producta & interpretatione dilata est. At lex quæ donationes inter coniuges inhibuit, vxorem viro in honorem & cultum Dei donare permittit. l. 5. . Proinde. D. de donat. inter virum & vxorem. Quid mirum, cùm id modò senatus in ea lege sancienda spectauerit, ne mutuo amore coniuges sese bonis nudarent, & alter alterius spoliis locupletior euaderet? sed quod in dict. §. Proinde donatur, mox in Dei cultum confertur, nec donatarij rem auget. Itaque eadem lege permissum est vxori, vt viro in honorem donet dignitatis adipiscendæ nomine, in processum viri,*

& in cauſam laticlauij. l. 40. cum ll. ſeqq. ff. de donat. inter vir. & vxor. Altus eſt legis Falcidiæ ſcopus: quæ, quia fauore digna eſt, non facilè coarctari interpretatione ac reſtringi debet. Nec ad rem pertinet, legato libertatis hæredis quadrantem minui l. 8. §. Quartam. D. de inoffic. teſtam. quod eius immenſa æſtimatio ſit, vt nulla ratione dodrantis ac quadrantis calculus ſubducatur. l. Libertas de reg. iur. Nec ſimilis prælegata ſeu relegata dotis cauſa eſt. l. Sed etſi vſusfructus. D. ad leg. Falc. Meritò enim extra legis Falcidiæ rationem eſt, cùm mulier nihil lucretur, cui non tam legari, quàm ſuum reddi videtur. l. Cùm pater. §. Fides tua de leg. 2. Quod ius nouiſſimis conſtitutionibus abrogatum quibuſdam hodie perſuaſum eſt, quo in errore verſati ſunt & Græci Baſilicôn interpretes, quos vt Iuſtiniani mentem non aſſecutos Photius notat, Nomoc. tit. 2. c. 1. Nec enim Nouella 131. ſimpliciter Falcidiam à legatis in piam cauſam relictis excludit: ſed ita demum ſi dolum in his præſtandis adhibeat heres, affirmétque patrimonij vires non ſufficere, omni legis Falcidiæ beneficio priuatur. Hactenus Fornerius.

CAPVT XVIII.

In fideicommiſſis vel legatis vtrum appellatione filiorum veniant nepotes?

NOn puto me operæpretium facturum, ſi Doctorum authoritates, qui vel affirmãtem, vel negãtem ſententiam in hac quæſtione amplexi ſunt, attulero: quoniam ante me illas attulit Antonius Gabrielius comm. cõcl. lib. 6. tit. de verb. ſignif. concluſ. 1. & poſt eum Franciſcus Mantica de Coniecturis vltim. volunt. lib. 8. tit. 8 nec non Iacobus Menochius in conſ. 215. lib. 3 & de Præſum. lib. 4. Præſum. 94. Zaſius pulchrè ad germanicum idioma rẽ accommodans in conſ. 7. li. 1. Quare quid ipſe ſentiam paucis declarabo. Equidem ex authoribus noſtris duo nobis manifeſta ſunt. Vnum filiorum appellatione non contineri nepotes ſi propriam vim ac naturam verbi ſpectemus. Alterum ex iuſta quadã interpretatione contineri. Ex his quid in propoſita quæſtione reſpondendum ſit, facilè apparebit.

Prior propoſitio probatur ex l. Quod ſi nepotes. ff. de teſtam. Tutela. Vlpianus: *Aliter, inquit, filij, aliter nepotes appellantur.* ex l. Filium habeo. ff. ad Macedon. ex §. vlt. in Inſtit. Qui teſtam. tuto. dari poſſ. & declarat optimè Cuiacius in commentariis ad l. 2. ff. de Excul. tutor.

Altera verò propoſitio probatur ex l. Iuſta. ff. de verb. ſignif. ex d. l. Filium habeo. ff. ad Macedon. ex l. Senatuſconſulto. ff. de ritu nupt. Non obſtat l. Filij. & l. Liberorum. ff. de verb. ſig. quia quod ibi dicitur: *Filij appellatione omnes liberos contineri*, intelligendum ex iuſta interpretatione, vt puta: *Fundum cum villico & contubernali eius, & filiis do lego.* Continentur etiam nepotes. l. Vxorem. §. Concubinæ. de legat. 3. & d. l. liberorum. verſic. *Sed & Papyrius.* Iuſta eſt illa interpretatio, ne fiat dura ſeparatio, iuxta l. Quæſitum. §. Sed an inſtrumentum. ff. de fundo inſtrum. & inſtr. leg.

Hęc cum ita ſe habeant, facilè apparet, quid reſpondendum ſit ad propoſitam quæſtionem. Nam reſpondendum erit in legatis & fideicommiſſis filiorum appellatione nepotes nequaquam contineri, quia aliter filij, aliter nepotes appellantur: ſed tamen ſi contrarium ſuaſerit voluntatis coniectura, vel ratio, vel æquitas, & aliæ circumſtantiæ, reſpondendum erit, ex iuſta illa interpretatione contineri. Exemplum eſto in d. l. Vxorem. §. Concubinæ. Alia exempla & coniecturas ex Menochio de Præſumptionibus loco annotato petere poſſumus.

CAPVT XIX.

Heres eius, qui bona reſtitutioni obnoxia alienauit, poſſitne eam vindicare?

EXiſtimo hęredẽ eius, qui bona fideicommiſſo ſubiecta alienauit, ea vindicare non poſſe: licet ex fideicommiſſo vocatus ex perſona propria actionem intendere velit. quàm ſententiam amplexus eſt Pinellus ad l. 1. in 3. part. n 81. C. de bonis matern. & Iacobus Menochius in conſ. 89 li. 1. licet contrarium multi docuerint, puta Paulus Caſtr. vel potius Saluſtius quidam inter Caſtrenſis conſilia, in conſ. 197. lib. 2. cui & Abbas Panormitanus ſubſcripſit. Natta in conſil. 470. Grammaticus deciſ. 93. & alij à Marzario citati in epitome de fideicommiſſis, quæſt. 46.

Hæc autem ſententia tam luculenter ex authoribus noſtris vera eſſe demonſtrari poteſt, vt mirum ſit viros doctos vllos repertos, qui contrarium docuerint.

Inprimis adfero textum in l. Filiusfamilias. §. Cùm pater. de leg. 1 Martianus: *Cùm pater filio herede inſtituto, ex quo tres habuerat nepotes, fideicommiſiſſet, ne fundum alienaret, & vt in familia relinqueret, & filius decedens duas heredes inſtituiſſet, tertium exheredaſſet, fundúmque extraneo legaſſet: Diui Seuerus & Antoninus reſcripſerunt, verum eſſe nõ permiſſe voluntate defuncti filium. Sed etſi cùm duos exheredaſſet, vnum haeredem inſtituiſſet, fundúmque extraneo legaſſet, putat Marcellus poſſe exheredatos petere fideicommiſſum.* Hactenus ille.

Cur

Cur non etiam filios hæredes institutos fideicommissum petere posse Martianus respondit? quia ij non possunt illud petere: Non enim hæres impugnare potest defuncti voluntatem & factum.

Secundò adfero textum in l. Vnum ex familia. 6. Sed si vno. de leg. 2. in illis verbis: *Verum is, qui hæres scriptus est, ratione doli exceptionis cæteris fideicommissum petentibus facere partem intelligitur.*

Sensus est, fideicommissum peti non posse ab eo, qui hæres institutus est, (erat autem fundus extraneo relictus, qui ex fideicommisso peti potuit, vt ex textu patet in superioribus verbis) sed tamen eum partem facere, atque adeò impedire, ne alij totum fundum consequantur: quia pars hæredis instituti deduci debet.

Tertiò adfero l. 1. ff. de exceptio. rei vend. & traditæ. Vlpianus: *Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris, & tuum postea factum petas, hac te exceptione rectè expellendum, sed etsi dominus fundi hæres venditoris existat, idem erit dicendum.*

Obstat ergo doli mali exceptio hæredi vindicare volenti rem suam ab eo vẽditam, cuius est hæres. Idem rescripserunt Dioclet. & Maximin. in l. Cum a matre. C. de rei vind. in l. Venditrici. C. de reb. alienis non alien. Idem respondit Imperator Gordianus in l. Siue possessio. C. de euiction. & text. in l. Polla. C. de his, quib. vt indig. quibus adstipulatur & Aureliani rescriptum in l. Si ab eo. C. de liber. caus.

Postremò adfero hoc argumentum: Is qui bona vendidit & alienauit, non potest eas alienationes reuocare: ergo nec hæres eius. Consequens probatur ex l. Ex qua persona. de reg. iur. & ex §. 1. in Auth. de iureiur. à moriente præstito. Antecedens autem, quia nemo potest proprium factum infringere ac impugnare. l. Si creditorib. C. de ser. pigno. dato manumisso. l. Filius. C. de reuoc. his quæ in fraud. cred. l. Cùm profitearis. C. de reuoc. donation.

Sed videamus, quantum argumenta contrariæ sententiæ habeant momenti. Primum argumentum. Quilibet impugnare potest factũ suum, & contra illud venire, quoties nullum est, vt notatur in l. Post mortem. ff. de adopt. l. Quemadmodum. C. de agric. & Censit. ergo multò magis illud impugnare poterit hæres, & successor eius. Sed alienatio rei fideicommisso subiectæ est nulla, eueniẽte conditione, vel die fideicommissi. l. pen. §. Sin autem sub Conditione. C. commu. de leg. Ergo reuocari poterit ab hærede eius, qui alienauit.

Respondeo, maiorem propositionem veram non esse absolutè, sed tunc veram esse, cùm actus est nullus iure publico, prout loquitur l. Quemadmodũ. & loquuntur aliæ leges, quas adfert Glos. in d. l. Post mortem. Alienatio verò, de qua agitur, est nulla iure priuato, quia videlicet is, cui fideicommissum debetur, rem potest vindicare, in irritum deducta alienatione: sed cùm est hæres alienantis non potest, vt patet ex l. Cùm à matre. C. de rei vind. & aliis legibus suprà allatis.

Secundum argumentum: Cùm defunctus voluit hæredem priuare iure sibi debito, tunc potest hæres contra eius factum venire, l. 2. C. de inoff. donatio. Sed hic defunctus voluit hæredem priuare iure sibi debito, nempe fideicommisso. Ergo, &c. Respondeo, maiorem propositionem ita simpliciter prolatam veram non esse. Hoc tantùm dicit d. l. 2. C. de inoff. donatio. filium posse inofficiosam patris donationem reuocare, vt legitimam sibi debitam consequatur, quod nihil ad rem nostram pertinet.

Tertium argumentum. Quoties defunctus aliquid facit in fraudem hæredis, potest hæres eius factum impugnare. l. 2. ff. si quid in fraudem patroni. l. 1. & 2. C. si in fraudem patroni à liberis alienatio facta sit.

Respondeo, leges, quæ in argumento adferuntur, loqui cùm alienatio facta est in fraudẽ legitimæ patrono debitæ, qua de re nostra nõ est disputatio. Agitur enim hic de re alienata, contra voluntatem testatoris, qui fideicommisit, quæ alienatio fieri nec debuit, nec potuit: sed hæres alienantis eam impugnare non potest.

Quartum argumentum sumitur ex eo, quod hæres in proposita specie ex sua persona petere fideicommissum potest, & rem vindicare, cui proinde impedimentum adferre non potest factum defuncti. l. vlt. C. de Euictionib. in illis verbis: *Factum eius, cui successit ex sua persona dominium vindicare non impedit.* Respondeo, illam legem non loqui de hærede eius, qui rem vendidit, siue alienauit, sed de hærede fideiussoris, qui videlicet pro vẽditore promisit de euictione. Cùm versamur in hærede vẽditoris, ille vindicare non potest rẽ venditã, etiam ex sua persona, vt puta si res sit ipsius hæredis propria. l. Cum à matre. C. de rei vind. Ratio est, quia tanquã hæres tenetur præstare factũ defuncti, imò de euictione tenetur, & ideo, quẽ de euictione tenet actio, eundẽ agentẽ repellit exceptio. l. Vindicantẽ. C. de rei vindicatio. Cæterùm in hærede fideiussoris aliud est constitutum, & ratio est, quia ille non vendidit, sed pro vẽditore se obligauit: Ergo emptor actionem habet euictionis nomine, si res vindicetur ab hærede fideiussoris aduersus ipsum venditorem, qui precium recepit, & principaliter tenetur, & aduersus etiam fideiussorem, vt patet ex verbis d. l. vlt. ibi;

Scilicet euictionis causa durante actione. Sed fideiussori consultum erit actione mandati cōtra venditorem. Dices, quæ est ratio, cur hæres venditoris ex sua persona rem vindicare non possit? hęres autem fideiussoris possit? Respondeo, hanc adferri rationem posse, quia venditoris hæres inuenit precium rei venditæ in hæreditate defuncti, aut conuersum illud fuit in vtilitatem ipsius defuncti, quare iniquum videtur, vt ipse hæres, qui rei venditę precium habet, aut certè ex eo sentit vtilitatem, rem vindicet à defuncto alienatam. Fideiussoris autem hæres non inuenit precium rei in hæreditate, nec illud conuersum ęst in vtilitatem eius, sed venditor illud accepit, qui proinde ipsius hæredis indemnitati satisfacere poterit, quatenus euictionis actione ipse hæres condemnabitur, quæ ratio prorsus in hærede venditoris cessat.

Quintum argumentum: hypothecaria actio non confunditur ex aditione hęreditatis. l. debitor. ff. ad Trebell. sed hæres habet actionem hypothecariam pro reb. per fideicommissum relictis. l. 2. C. commun. de legat. ergo illa non confunditur ex aditione hæreditatis, & consequenter hæredi salua manet, & competit aduersus possessores. Respondeo hypothecariam non confundi ex aditione hæreditatis, quoties illa competit hæredi in bonis ipsius defuncti, cui succedit, & aliis hæreditatem restituere is debet. Nam tunc hæres retinere sibi potest res obligatas, cùm restituit fideicommissum, ita loquitur l. Debitor. ff. ad Trebell. Hoc autem à specie & quæstione nostra quàm longissimè abest.

Cæteris argumentis satisfacit optimè Menochius in d. consl. 89. li. 1. Nos hîc consultò ea pretermittimus, quia leuissima sunt, & ex iuribus feudalibus deducta, quę & dissimilia sunt, & vim non habent in rebus non feudalibus.

CAPVT XX.

An per diuisionem cum clausula, de non faciendo aliquid contra eam, vel aliàs, cum generalibus, & vt loquuntur, pregnantibus verbis censeatur renunciatum fideicommisso?

SCæuola in l. Qui Romæ. §. Duo fratres. ff. de verb. oblig. in hæc verba respondit: *Duo fratres hereditatem suam inter se diuiserunt, & sibi cauerunt nihil se contra eam diuisionem facturos: & si contra quis fecisset pœnam alter alteri promisit: post mortem alterius, qui superuixit, petiit ab heredibus eius hereditatem, quasi ex causa fideicommissi sibi à patre relicti debitam, & aduersus eum pronunciatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset, quæsitum est, an pœna cōmissa esset, respondi pœnam secundum ea, quæ proponerentur commissam.*

Ex hoc responso controuersia oritur, an per diuisionem censeatur renunciatum esse fideicommisso, si ea cautio sit adiecta, nihil contra eam factum iri. Et rursus alia oritur controuersia, quid si verbis amplioribus concepta sit eadem cautio, vt puta, promisit alter alteri nihil amplius se petiturum, nihil contra diuisionem facturum, ex quacunque causa, ex quocunque iure, quo cogitari possit. Et quidem quod ad priorem attinet, notæ sunt omnibus doctorum sententiæ in commētariis dicti loci. Aliqui enim censuerunt bene iudicatum fuisse in ea specie, de qua loquitur Scæuola, atque adeo per diuisionē eo modo factam videri renunciatum fideicommisso. Aliqui verò malè iudicatum, & idcirco per illam diuisionem fideicommisso renunciatum non videri. Ego quod ad responsum Scæuolæ attinet, magis probo sententiā Iacobi Cuiacij in cōmentariis eius loci, & Francisci Conani li. 6. comment. iuris ciuilis, cap. 3. n. 8. Illi docent in specie Scæuolæ proposita sic accidisse, vt & de fideicommisso quoque trāsactum esset, & ideo quæsitū fuisse id duntaxat, vtrum pœna commissa esset, & respondit Scæuola commissam. Vt huic acquiescā expositioni illud facit, quia nec proposita hæc quæstio fuit Scæuolæ, verū per diuisionem ita factam videtur de fideicōmisso quoq; transactum esse, nec eam ille definit, sed narrat aduersus eum pronunciatum fuisse, qui fideicommissum petebat. Et ideo de pœna quæsitum. Itaque illa verba, *quasi de hoc quoque transactum fuisset*, possunt quidem dupliciter accipi: Primùm scilicet, quia per talē diuisionem, *de hoc quoque* (nēpe de fideicommisso) *transactum esset*, sed non est probabilis expositio, nusquam enim cautū est diuisionē inter fratres ita simpliciter factam hoc efficere, vt renūciatum esse fideicommisso ac de eo transactum videatur, imò repugnat ratio, lex quoque, & non ita ieiunè tractādum id erat à Scæuola. Altero modo accipi possunt illa verba, nempe præter diuisionem factam ea adhibita cautione ac pœnali substitutione, transactum quoque fuisse de fideicommisso. Et ideo quæsitum, an is, qui fideicommissum petiisset, in pœnam incidisset. Videbatur pœnam non fuisse commissam, quia illa promissa fuit, si cōtra diuisionem aliquid fieret. At petens hæreditatem ex fideicommisso non facit contra diuisionem, sed contra transactionem factam de fideicommisso. Respondit Scæuola commissam. Ratio est, quia transactio de fideicommisso facta fuit in ipsa diuisione hæreditatis, atque adeò pars diuisionis fuit, & ad diuisionem pertinuit.

Quod attinet ad alteram controuersiam, multi censuerunt, propter illa verba generalia renun-

renunciatum videri fideicommisso, nec amplius peti posse. Eorũ antesignanus Io. Andr. fuit ad Specul. tit. de Testamẽtis. §. Inprimis. n. 27. Curt. iun. in consil. 49. n. 2. qui alios citat, alij verò nec tunc renunciatum censeri fideicommisso responderunt. Ita Decius in consil. 495. Ruinus in consil. 138. lib. 2. & alij, quos cõmemorat Gabrielius lib. 4. com. concl. tit. de Fideicommissis. concl. 1. n. 21. Marzarius in Epitome de Fideicommissis in 3. parte, quæ. 59. Omnis difficultas his duabus iuris propositionibus tollitur. Prior propositio: Generalis clausula transactioni adiecta, siue pactioni & obligationi, restringitur ac refertur ad eam causam solam, de qua actum est. l. Si de certa. C. de Transact. l. Iubemus. C. ad Velleian. l. vlt. §. Idem quæsiit. ff. de condict. indeb. l. 2. de iudicijs. Altera propositio: Si adeò generalia sint verba, vt citra manifestam calumniam restringi non possint, verbis ipsis standum est. l. Sub prætextu specierum. C. de transact. Quapropter temperare quisque sibi à tam effuso sermone admonetur, ne in promptum incidat periculum. l. vlt. C. de dotis promiss.

Ex his, ni fallor, perspicuum euadit, quid respondendum sit in proposita quæstione. Ita enim respondendum erit, vt per diuisionẽ renunciatũ esse videatur fideicommisso, si cautio, ac promissio diuisioni adiecta tam generalibus verbis concepta sit, vt restringi salua ratione recti sermonis nequeat ad solã diuisionem. Exemplum: si quis promittat se nil facturum contra diuisionem, & nullam moturum cõtrouersiam, nihilq; petiturum ex quacunq; causa, quocunq; tempore: Tunc fideicõmissi scientia supposita non dubitarem cum Iohanne Andrea pronunciare fideicõmisso renunciatum videri: Si verò verba salua ratione recti sermonis, ac citra calumniam restringi ad solam diuisionem possint, tũc ad eam restringenda erunt, sicut docet prior propositio.

CAPVT XXI.

Vtrum matri vel auiæ, cùm relinquunt filio vel nepoti legitimam portionem, vel etiam hæreditatem, liceat eam conditionem, quantum ad legitimam adijcere, vt vsusfructus patri non acquiratur?

PRoponebatur ex facto in Auditorio Collegij huius inclytæ facultatis iuridicæ Ingolstadiensis, Auiam testamento instituisse nepotem ex filio in legitima portione, & aliis quibusdam rebus, ea adiecta conditione, ne vsusfructus patri acquireretur, & responsum petebatur, an ea conditio rectè etiam, quoad legitimam adiecta esset, ac proinde valeret. Aderant clarissimi viri ac consultissimi, qui responsa nõnisi summo studio, & summa grauitate cõsulentibus communicare soliti sunt, ac proinde re maturè discussa visum fuit controuersam esse hanc quæstionem: Nam Accursius in Auth. Vt liceat matri & auiæ, in principio. vers. *Participium*, respondit eam conditionem adiectam valere etiam, quoad naturale debitum, hoc est, quoad legitimam, & Accursium secuti fuẽre Angelus ibi, nec non Baldus ad l. Filiæ. C. famil. hercisc. & alij, quos refert & sequitur Fernandus Vasquius de successionum creatione, in Tractatu primæ partis. lib. 1. §. 10. n. 234.

Cæterùm non valere talem prohibitionem, ac conditionem, quantum ad legitimam docuerunt Bart. Castr. & Corn. in Auth. Excipitur. C. de bonis, quæ liberis. alios commemorat Vasquius loco proximè citato.

Fuit ergo dictum, fundamenta vtriusque sententiæ perpendenda esse. Fundamentum Accursij in eo est positum, quod ea conditio nullum onus, nullum grauamen inferat legitimæ, ac proinde valere debeat. argumento l. Filius matrem. C. de inoff. testam. ibi: *Neque ei nomine filiorum inofficiosi eo modo actionem posse competere, quibus nullam iniuriam fecerit mater, sed potius putauerit prouidendum. &c.*

Huc accedat tex in Auth. Excipitur. C. de bonis, quæ lib. *Excipitur, inquit, quod eis datur,* (scilicet filiis) *ab aliquo parentum conditione hac adiecta, ne ad patrem perueniat vsusfructus.*

Fundamentum autem contrariæ sententiæ est in text. Auth. Vt liceat matri & auiæ, vbi ita dicitur: *Sancimus igitur licentiam esse matri, & auiæ, alijsque parentibus postquam reliquerint filijs partem, quæ lege debetur, quod reliquum est suæ substantiæ, siue in solidum voluerint siue in partem filio, vel filiæ, nepoti vel nepti, & deinceps descendentibus donare, aut etiam per vltimam relinquere voluntatem, sub hac conditione ac definitione si voluerint, vt pater, aut qui omnino eos habet in potestatẽ in his rebus, neque vsumfructum, neque quodlibet penitus habeant participium. Hoc enim & extraneis relinquere poterant, vnde nulla parentibus vtilitas nasceretur.*

Ex his verbis Iustinianus indicat, prius relinquendam esse legitimam iure debitam, nulla adiecta conditione, sed in eo, quod vltra legitimam relinquitur, eam conditionem adiici posse, vt pater non habeat vsumfructum. Non licebit ergo eam adiicere conditionem in legitima portione debita.

Respondit Vasquius, sensum Nouellæ hunc esse: *Licere matri & auiæ legitima portione filio, vel nepoti relicta, residuam hæreditatis etiam extraneo dare, prohibere autem, ne id patri acquiratur, quoad proprietatem, & etiam quoad vsumfructum, id est generaliter*

licet, non solùm in eo, quod est vltra legitimam, sed etiã in ipsa legitima quasi dicat: extraneis concedere in praeiudicium filij non licet, nisi id tantùm, quod vltra legitimam est. In vtilitatem autem filij vetare, ne patri penitus quidquam etiam quoad legitimam acquiratur, id matri testanti licitum est, vtpote ipsi filio fructuosum, vtile, conducibile. Sic fere Vasquius.

His ita discussis: vnanimi omnium consensione Bartoli & sequacium sententiam, ego & collegæ mei amplexi fuimus, vti probabiliorem ac iuri magis consentaneam. Nam hæc est Iustiniani sententia in dicta Nouella, vt quoniam id, quod vltra legitimam filio relinquitur vel donatur, extraneis etiam relinqui poterat, ita vt nullam inde pater vtilitatem acquireret: idcirco etiam relinqui posse ac donari filio vel nepoti ea conditione adiecta, vt vsusfructus patri non acquireretur. Cum enim hæc ratio locum nõ habeat in legitima filio debita, quandoquidem mater & auia tenetur eam filio ac nepoti relinquere, non autem eis auferre, & extraneo dare, sicut dari potest id, quod vltra legitimam est, rectè infertur in ipsa legitimâ illam conditionem adiici non posse, vt nimirum eius vsumfructum pater non habeat.

Sic itaque ex ratione legis argumentum sumitur satis perspicuum. sed & ex verbis ipsis Iustiniani manifestum est, eam conditionem in legitima non esse adiiciendam: quia, si & in legitima adiici posset, æquum erat id exprimere. Perperámque id Imperator reticuisset.

Nec quicquam Vasquij responsio valet: quia repugnant verba textus. Fateor hoc velle Iustinianum, licere matri & auiæ legitima portione filio vel nepoti relicta residuum hæreditatis etiam extraneo dare. Nego quæ Vasquius subdit: *Prohibere autem, ne id patri acquiratur, quoad proprietatem, & etiam quoad vsum fructum, id est generaliter licet, non solùm in eo, quod est vltra legitimam, sed etiam in ipsa legitima.* Non enim ita loquitur Iustinianus, sed ait, quod reliquum est vltra legitimã, relinqui & donari posse filiis ac nepotibus, ea cõditione adiecta, ne patri vsusfructus acquiratur: quia hæc etiam extraneis *relinqui poterant, vnde nulla parentibus vtilitas nascere-tur.*

Quòd verò dicitur, vt patri vsusfructus nõ acquiratur etiam in legitima, id esse filio vtile, fructuosum, & conducibile, & ideo licere matri & auiæ eam conditionem adiicere, etiã in legitimam, argumento l. Filiis. C. de inoff. testam. nihil obstat: quia cùm legitima filio debeatur, ita vt non sit in potestate matris vel auiæ non relinquere eam filio, nõ eis licet vllam legem, vllam conditionem adiicere, sicut nec alicui licet de re aliena disponere, etiam si in meliorem statum commutare eam velit. l. vlt. ff. de vsu & habita. l. 7. in fine. & l. 8. ff. de vsufr. Nec tex. in allegata l. Filiis matrem. C. de inoffic. testam. loquitur in terminis legitimæ cui aliqua adiiciatur conditio etiam in vtilitatẽ filij. sed loquitur de generali institutione filij facta sub conditione emancipationis: & ait patri filiorum nomine inofficiosi actionẽ competere non posse, quia nullã eis iniuriam mater fecit, imò prouidendum putauit.

Et obseruandum est rationem illius legis hanc esse, quia eo tempore hæreditas matris delata filio acquirebatur patri, tã quoad proprietatem, quam quoad vsumfructũ. Vt enim non acquiratur, quoad proprietatem, postea cõstitutum est in l. 1. C. de bonis matern. Quare sub ea conditione relicta hæreditate pater nullam causam conquerendi habuit. Nam aut filium emancipauit, & tunc hæreditatem obtinere potuit filius; aut noluit emancipare, & tunc meritò excluditur pater ab omni emolumento, nec filij nomine agere potest de inofficioso: quia filius est institutus sub ea conditione, quæ illi erat vtilissima. Nec ex parte filij dici potest, cum debuisse sine illa conditione hæredem institui: quia si absque illa conditione hæres instituτus fuisset, pater omne emolumentum acquisiuisset, de cuius moribus ita malè mater suspicabatur, vt vereretur, ne omnia prodigeret, ita vt filio post mortem patris nihil superesset.

Hodierno autem iure, quo bona materna filiis acquiruntur quoad dominium, vix putarem eam conditionem, quoad legitimam, admitti posse: ratio est, quia grauamen continet. Nam etsi filius non emancipatur, ei tamẽ proprietas acquiritur, & non patri. l. 1. C. de bonis matern. Quare necessaria filio esset emancipatio ad acquirẽdam hæreditatem, cùm tamen absque emãcipatione dominium saltem, siue proprietas filio acquiratur. Neque enim negari potest, quin grauamen sit, onúsque nõ leue, vt id, quod purè & simpliciter filio per legem acquiritur, tunc demùm acquiratur, si pater eum emancipauerit.

Non obstat sententiæ nostræ textus in Authent. Excipitur. C. de bonis, quæ lib. quia desumptus est ex Nouella supradicta, Vt liceat matri & auiæ. quamobrem ei non est standum, sed Authentico, vnde sumptus est. Ex prædictis autem constat Authenticum ipsum huic sententiæ nostræ magnopere adstipulari.

CAPVT XXII.

Sitne donatio causa mortis, cùm quis sanus existens, & nullo mortis periculo exterritus post mortem suam donat?

Triplex

TRiplex est Doctorum sententia hac de re. Vna donationem causa mortis nō videri, sed inter viuos: Ita Oldradus in cons. 139. Bald. ad l. 2. C. de iure dot. Gul. [illegible]inus Benedictus ad c. Rainutius, in verb. Testamentum. 4. n. 23. de Testament. Fundamentum est in legibus, quibus est constitutum, contractus inter viuos, siue obligationes conferri posse in tempus mortis, vt si quis post mortem suam promittat se daturum. l. Nam si cùm moriar. ff. de cond. indeb. §. Post mortem. in Instit. de inutilib. stipul. l. 1. C. vt actiones ab hæredibus, & contra hæredes incipiant. l. Scrupulosam. C. de contrah. & committen. stipul.

Altera est sententia, donationem causa mortis videri, non autem inter viuos. Ita Albericus ad d. l. Nam si cùm moriar. ff. de cond. indeb. Iason ad l. Quæ dotis. num. 43. ff. solu. matr. & in cons. 6 [illegible].

Fundamentum est, quia donatio causa mortis est, cùm quis rē mauult habere, quam eum cui donat: eum autem cui donat, quam hæredem suum. l. 1. ff. de donat. caus. mortis. Sed ita est in specie ista, quia donans mauult rem habere, non enim donat, nisi post mortem suam. Mauult autem eum, cui donat, habere, quam hæredem suum, vt patet, quia ei donat. Adstipulari videtur l. Mortis causa ff. de manumissio. ibi: *Quemadmodum cùm rem ita tradiderit, vt moriente eo, fiat accipientis*. Et in l. Seia ff. de dote prælég. ibi, *Videri eum in eum casum qui morte mulieris extitit, ita mortis causa stipulatum.* & ibi Gloss. in verb. *In eum casum.*

Tertia est sententia distinguens. Aut mortis tempus adiectum est substantiæ donationis, aut eius executioni, puta præstationi ipsius rei donatæ. Priori casu est donatio causa mortis: Posteriori autē est donatio inter viuos, cuius executioni post mortem confertur. Ita post Dynum Alexander in cons. 14. li. 1. Socin. senior in cons. 53. li. 1. Boerius dec. 353. n. 12. Couuar. de Testam. in 3. parte rubr. n. 25.

Hanc sententiam ac distinctionem & ipse probo. Primum membrum eius probatur ex l. 2. ff. de donat. caus. mor. Vlpian. *Iulianus lib 17 Digestorum, tres esse species mortis causa donationum ait: vnam cum quis nullo præsentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat*, & hic est casus quæstionis nostræ: nam ita verba textus intelligo, cùm scilicet sola cogitatione mortalitatis quis donat post mortem suam. Cum enim faciat mentionem mortis, videtur aliquo modo de ea cogitare, licet nullo tunc præsenti mortis periculo terreatur.

Posterius autem distinctionis membrum probatur ex eo, quòd verba præstationis siue executioni adiecta non faciunt actum conditionalem esse. l. Ex his verbis. C. quando dies legati cedat. Et ideo, si quis ita dixerit: Titio centum dono præstanda post mortem meam, erit donatio inter viuos, & tempus adiectum videbitur differendæ solutionis causa: ideoq; non erit donatio causa mortis, nec sub conditione mortis facta.

Argumentum prioris sententiæ non obstat, quia & nos dicimus donationem obligationémque, & contractum ab hæredibus & sic post mortem incipere posse, sed talem donationem mortis causa appellabimus, quidquid de cæteris obligationib. & contractibus statuatur.

CAPVT XXIII.

Mortis causa, si quis donet & promittat, se non reuocaturum eam donationem, an sit mortis causa donatio?

EXistimo non esse donationem causa mortis, cùm quis ita donat, vt nullo casu donatio reuocetur, authoritate textus in l. Vbi ita donatur. ff. de mortis causa donatio. Martianus: *Vbi ita donatur mortis causa, vt nullo casu reuocetur, causa donandi magis est, quàm mortis causa donatio: & ideo perinde haberi debet atque alia qualibet inter viuos donatio.* Authores habeo Bartolum in comment. eius loci Angelum in cons. 179. n. 6. Clarum in §. Donatio. q. 4. Couuar. de Testam. in 2. parte rub. n. 12. vers. Prima conclusio.

Alij donationem mortis causa esse responderunt, eam verò cōditionem siue promissionem, de non reuocando, accipiendam esse rebus sic stantibus, videlicet nisi donatorem pœnituerit. argum. l. Quod Seruius. ff. de cond. caus. data. l. Quæro. §. Inter locatorem. ff. locat. ita Baldus ad l. Cum quis ff. de condict. causa data. Decius in cons. 305. n. 4.

Sed huic sententiæ obloquitur Martianus l. Vbi ita donatur. ff. de mortis caus. donat. Nec ad rem pertinent leges allegatæ: Et contra rationem est ex pronunciatis quibusdam generalibus expressas legum decisiones euertere. Quid quæso commune habet cum re nostra generale illud axioma, quælibet promissio intelligenda est rebus sic stantibus? cùm posse pœnitere & reuocare donationem, & non posse reuocare, sint pugnantia?

Alij distinguunt, verum promissio non reuocandi adiecta sit substātiæ donationis, an verò executioni: priore casu inter viuos dicitur, posteriore causa mortis: quia clausulæ executioni adiectæ non mutant speciem, vt in C. [illegible] 1. de præbend. Decius d. cons. 305. nu. 7. Natta in cons. 1[illegible]4 Couuar. loco proxime citato. nu. 13. versi. Tertia conclusio. Non rectè: neque enim ea distinctione indigemus, qui claram legis decisionem habemus. Valeant generalia & brocardica. Adhæreamus singularibus decisio-

nibus. Nam secundum Aristotelem sermones generales sunt faciliores, Particulares autem veriores.

Non obloquitur Marciano in d.l. Vbi ita donatur. Iulianus in l. Si alienam. § Marcellus. ff. [illegible]. *Per si vigentis sic quoque donari mortis causa vt nullo casu sit eius repetitio.* Quia verba [illegible] aperiunt. Subdit enim Iulianus: *Id est, nec si conualuerit quidem donator.* Et licet secundum aliam literam sic dicatur: *Et ideo nec si conualuerit quidem donator, reuocabitur*, apparet tamen Iurisconsultum non noluisse, vt donatio causa mortis ita fieri possit, vt nunquam absolutè reuocetur, sed vt nullo casu sit rei donatæ repetitio, scilicet etiamsi donator conualuerit: Vel dicendum est, ita donari quidem posse causa mortis, vt nullo casu absolutè reuocari possit: sed talis donatio non erit mortis causa, verùm inter viuos, vt in d.l. Vbi ita donatur. sicut explicat Accursius in d. §. Marcellus. in ver. Nullo casu. vel dicas, *nullo casu* id est, ex supradictis in præcedentibus verbis.

Cæterùm non dubito quin verior sit lectio prior, quæ habet, *id est, nec si conualuerit quidem donator.* Nam & huic lectioni concordat l. Senatus. §. Sic quoque. ff. eod. tit. vbi Paulus: *Sic quoque potest*, inquit, *donari mortis causa vt nullo casu sit repetitio, id est, ne si conualuerit quidem donator.*

CAPVT XXIV.

De donatione causa mortis filijfamilias controuersia, an requiratur patris consensus ad integrandam personam filij, vt loquuntur, siue pro solennitate actus: an verò propter patris præiudicium?

Filiusfamilias donare causa mortis patre consentiente potest. l. Tam is. §. 1. ff. de donat. caus. mortis l. Filiusfam. ff. de donat. Sed cōtrouertitur primo, cur sit necessarius patris consensus, an pro solennitate actus quasi filiusfam. non sit idoneus, & vt loquuntur nostri, integram ac sufficientem personam non habeat ad donandum causa mortis: an verò propter patris præiudicium. Secundò, vtrum ipsimet patri consensum accommodanti donare possit.

Quod attinet ad primum, consensum patris esse necessarium propter eius præiudicium, responderunt Paulus Castr. ad l. Senium. n. 7. C. qui testam. facere poss. Alex. ad l. 1. § Fuit quæsitum. n. 7. ff. ad Treb. & ibid. Ripa n. 3.

Argumenta sunt ista. Filiusfam. absque cōsensu patris donare potest mortis causa bona Castrensis peculij, & quasi Castrensis. l. Filiusfam. § vlt. ff. de donat. Non aliam ob causam, nisi quia in iis bonis nullū ius pater habet, ea enim bona pleno iure filio acquiruntur. Ergo in cæteris reb. quæ patri acquirūtur, aliter cōstitutum est, quia patri fieret præiudicium, & ideo consensus & eius voluntas requiritur.

Secundum argumentum est, quia non dicit lex authoritatem patris esse necessariam in huiusmodi donatione, sicut dicimus in contractibus pupilli necessariam esse tutoris authoritatem, sed requirit tantùm patris consensum siue voluntatem ac permissum, vt in d.l. Tam is. §. 1. ff. de donat. caus. mort. & in d.l. Filiusfam. §. vlt. ff de donat. Ideo non videtur pro solennitate requiri, sed propter patris præiudicium.

Tertium argumentum. Si pro solennitate actus requireretur patris consensus, istud esset: quia filiusfam. non haberet integrū animi iudiciū, ac sufficiens ad donandū, sicut pupillus non habet ad se obligandum, & ideo tutor adhiberi debet: sed hoc est absurdum dictu quia filiusfamil. potest esse triginta & quadraginta annorū, & prudens & rerum peritus, & ideò per se sufficiens ad omnia gerenda. Ergo requiritur patris consensus ratione præiudicij ipsius patris, non ratione solennitatis.

Quartum argumentum est, quia sic videmus & in iudicijs. Nam sine patris consensu filiusfamil. in iudicio esse non potest. l. vlt. §. Necessitate. C. de bonis, quæ liberis. & tamen requiritur huiusmodi consensus ratione præiudicij patris, quod patet: quia si nullum vertatur patris præiudicium, vt puta, si agatur de rebus, quarum vsusfructus patri non acquiritur, filius in iudicio esse potest absque patris consensu, vt notat Barr. in d. §. Necessitate, arg. cap. vlt. de iudiciis lib. 6.

Cæterùm contrariam sententiam amplexi fuêre Bartholom. Socin. ad leg. 1. §. fuit quæsitum. ff. ad Treb. & in cons. 112. lib. 1. Oouuar. ad rubr. de Testam. in 3. parte, n. 6. & alij, quos refert & sequitur Clarus. §. Donatio. q 6. ver. Habes ergo. Isti docent consensum patris requiri pro solennitate actus.

Fundamentum est, quia si ratione præiudicij consensus patris requireretur, & non solennitatis causa, dicendum esset, consensum nō requiri in casibus, in quibus pater nullū ius habet in bonis filij, etiam extra bona castrensia, vel quasi. tunc enim non posset aliquod patris præiudicium considerari & allegari: Sed consequens est falsum, quia lex generaliter dicit, filiumfam. donare non posse mortis causa absque patris consensu, & sic generaliter comprehendit omnia bona prorsus, etiam quæ patri non acquiruntur (exceptis tamen Castrensibus vel quasi) ergo & antecedens est falsum, quod scilicet ratione præiudicij talis consensus requiratur.

Confir-

Confirmatur hoc argumentum: quia ſi verbi gratia, filiusfamil. rem patris donaret, ſaltem in præiudicium ipſius filij valeret donatio rei alienæ, licet non in præiudicium patris. Et tamen lex abſolutè dicit donare non poſſe filiumfam.

Ego exiſtimo priorem ſententiam longè probabiliorem eſſe, licet poſterior ſit magis communiter recepta. Et moueor duabus legibus, quæ ſi rectè perpendantur, manifeſtè probant hanc ſententiam. Prima eſt l. Filiusfamilias ff. de donat. Altera l. vlt. §. Filiis. C. de bonis, quæ liberis: *Filiusfamilias* (inquit Vlpianus) *donare non poteſt, neque ſi liberam peculij adminiſtrationem habeat. Non enim ad hoc ei conceditur libera peculij adminiſtratio, vt perdat.* Et paulò infrà: *Item videamus*, inquit, *ſi quis filiofamilias liberam peculij adminiſtrationem conceſſerit, vt nominatim adijceret, ſic ſe ei concedere, vt donare quoque poſſit, locum habeat donatio. & non dubito donare quoque eum poſſe.* Tandem ſubdit textus: *Pari autem ratione qua donare filiusfamilias prohibetur, etiam mortis cauſa donare prohibetur. Quamuis enim ex patris voluntate donare quoque mortis cauſa poſſit: attamen cùm ceſſat voluntas, inhibebitur hæc quoque donatio.*

Ex hoc loco ſic argumentor: Filiusfamilias ea ratione prohibetur ſine patris conſenſu donare mortis cauſa, qua prohibetur inter viuos donare. Hoc probo ex §. Pari autem ratione. Sed filiusfam. donare prohibetur inter viuos propter præiudicium. Hoc probo ex verbis illis textus: *Non enim ad hoc conceditur libera peculij adminiſtratio, vt perdat.* Id enim vergeret in præiudicium patris, vt patet, quia liberam filio peculij adminiſtrationem conceſſit. Ergo filiusfamilias prohibetur donare cauſa mortis, nec rem perdat in præiudicium ipſius patris, ad quem pertinet res donata, inſpecto tempore Vlpiani authoris dictæ legis.

Venio ad §. Filiis. eius verba hæc ſunt: *Filiis autem filiarum in iis duntaxat caſibus, in quibus vſusfructus apud parentes conſtituetur eſt, donec parentes viuunt, nec de eiſdem rebus teſtari permittimus, neque citra voluntatem eorum, quorum in poteſtate ſunt, vlla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentes alienare, vel hypothecæ titulo dare, vel pignori adſignare. Melius enim eſt coarctare iuueniles calores, ne cupidini dediti triſtem exitum ſentiant, qui eos, poſt diſperſum expectat patrimonium. Cùm enim, ſicut dictum eſt, parentes alere eos ſecundùm leges & naturam compellantur, quare ad venditionem rerum ſuarum proſilire deſiderant?*

Ex hoc etiam loco ſic argumentor: Si pro ſolennitate patris cõſenſus requireretur, quaſi filius integram perſonam non haberet ad donandum cauſa mortis, non autem ratione præiudicij, tunc prohibitio locum ſibi vindicaret, etiam in iis rebus, quarum vſusfructus patri non acquiritur; nulla enim ratio aſſignari poteſt, cur in iis rebus, quarum vſusfructus patri acquiritur, filius non habeat integram perſonam, in aliis autem habeat. Sed prohibitio loquitur de iis duntaxat rebus, quarum vſusfructus patri acquiritur. Ergò inde argumentum oritur, id eſſe conſtitutum propter patris præiudicium, vt filius ſine voluntate patris aliena re non poſſit: conſequenter etiam nec mortis cauſa donare.

Confirmatur hæc ſententia, quia textus dicit, filium non habere poteſtatem alienãdi ea bona, ne triſtem exitum ſentiat, qui poſt diſperſum matrimonium ſequitur. Et quia, cùm pater eum alere teneatur, non eſt permittendum, vt res alienentur. Ratio eſt: quia patri, qui alere tenetur, & ex rebus aduentitiis fructus percipere poteſt, ex quibus filium aliqua ex parte alat, præiudicium ex tali alienatione generatur.

Ex quo fundamentum corruit contrariæ ſententiæ, neque enim concedimus, filium mortis cauſa donare non poſſe abſque conſenſu patris res, in quibus nullum ius acquiritur parenti. Sed quoniam id quoque controuerſum eſt, vt diligentius diſcutiatur, ſequens caput totum huic aſſignamus diſputationi.

CAPVT XXV.

Poſſitne filiusfamilias mortis cauſa abſque patris conſenſu res donare aduentitias, in quibus parens nullum habet vſumfructum?

HÆc eſt controuerſia, de qua diximus in fine præcedentis capitis: Filius quædam bona aduentitia habere poteſt, in quibus patri vſusfructus non acquiratur, puta ſi ea lege ſint ei relicta, vt nullum vſumfructum pater habeat, vt in Auth. vt liceat matri & auiæ. in principio. Vnde ſupra eſt Auth. Excipitur. C. de bonis, quæ liberis. Eſt igitur controuerſia: Vtrum ea donare mortis cauſa poſſit filiusfã. abſque patris conſenſu. Affirmant Paulus Caſtrenſis & Iaſon ad l. Senium. C. qui Teſta. facere poſſunt. Idem Iaſon in l. pen. C. eod. tit. Negant Alexand. in d. l. pen. & Couuar. ad rubr. de Teſtam. parte 3. n. 8

Fundamentum huius poſterioris ſententiæ illud eſt: quoniam conſenſus patris requiritur ad ſolennitatem donationis, cum filius non habet integram perſonam ad donandum abſque patris conſenſu. Deinde, quia is, qui teſtari non poteſt, nec dare cauſa mortis poteſt. l. 1. §. 1. ff. de tutel. & rationibus diſtrahẽ. l. Diſcretis. C. qui teſtam. facere poſſunt, Sed filiusfamilias teſtari nõ poteſt de bonis aduẽtitiis;

etiamſi pater in eis vſumfructum nō habeat. l. pen. C. qui teſtam. facere poſſ. Ergo nec ea bona donare cauſa mortis poterit: Præſertim, quia ſi donare poſſet ea bona mortis cauſa, eluderetur legis prohibitio, per quam teſtari non poteſt: Sic enim filius teſtari prohibitus donaret cauſa mortis.

Adiungit his Couuar. argumentum ex l. Filiusfamilias. §. vlt. ff. de donat. vbi pater, filium familias donare bona Caſtrenſis peculij poſſe, quia de illis teſtari poteſt: Igitur, ſi teſtari non poſſit, nec donare cauſa mortis poterit. Sed filiusfamilias teſtari non poteſt, vt dictum eſt, de huiuſmodi rebus, quarum vſusfructus patri non acquiritur, d. l. penult. C. qui teſtam. facere poſſunt. Ergo nec donare cauſa mortis poterit.

Sed primum argumentum locū habere non poteſt, ſi eam ſententiam amplectamur, quam defendimus in præcedenti capite. Poſterius autem argumentum nequaquam ſolidum videtur: quia non eſt vera illa propoſitio ita generaliter: qui non poteſt teſtari, nec donare poteſt cauſa mortis: ſed vera eſt in eo caſu tātùm, quo quis teſtari nō poteſt, quia ſit pupillus, vel mutus aut ſurdus. Eadem enim ratio defectu perſonæ, quæ a teſtamenti factione prohibet, etiam a donandi facultate prohibere videtur. Et patet filiumfam. nec quidem patre conſentiente teſtamentum facere poſſe, cùm tamen donare cauſa mortis cum eiuſdem patris conſenſu poſſit, vt in d. l. Tam is. §. 1. ff. de donat. cauſa mortis.

Quòd verò deducitur argumentum ex d. l. Filiusfa. §. vlt. ff. de dona. nullius eſt momenti: quia non ita loquitur ibi Iuriſconſultus, vt velit ex teſtandi poteſtate pendere poteſtatē donandi: ſed argumentatur à maiori ad minus: *Cæterùm, qui habent Caſtrenſe peculium,* inquit, *vel quaſi Caſtrenſe, in ea conditione ſunt, vt & donare mortis cauſa, & non mortis cauſa poſſint, cùm teſtamenti factionem habeant.* Quare non licebit econtrariò ſic argumentari: Non habet factionem teſtamenti: Ergo nec poteſtatem donandi cauſa mortis: quia a maiori ad minus argumentari, argumentum non valet ad negandum, ſed ad affirmandum duntaxat.

Ego igitur exiſtimo, contrariam ſententiā probabiliorem eſſe. Etſi enim lex generaliter prohibeat filiisfam. donare cauſa mortis abſq; conſenſu patris, tamen iuſta interpretatione reſtringi debet, vt habeat locum in iis duntaxat rebus, quarum vſusfructus parentibus acquiritur: non autem in aliis. Iuſta, inquam, mihi videtur hæc interpretatio: quia donatio inter viuos, & donatio cauſa mortis in hoc caſu à lege æquiparantur, vt ſcilicet vtraque ſit filio interdicta ſine patris voluntate & conſenſu, & quidem pari ratione, vt patet ex l. Filiusfam. §. Pari autem ratione. ff. de don. ſed nouo iure, quo vſusfructus patri duntaxat acquiritur in bonis aduentitiis, ita conſtitutum eſt, vt in illis duntaxat caſibus, in quibus acquiritur vſusfructus patri, filiis ſit omnis bonorum alienatio prohibita abſque conſenſu patris, vt patet ex d. l. vltima. §. Filiis. C. de bonis, quæ liber. Ergo in aliis, quorum vſusfructus patri non acquiritur, prohibitio locum non habebit: atque adeò licebit filio etiam abſq; patris conſenſu ea bona alienare.

Et licet quoad teſtamenti factionem alia ſit interpretatio facienda ex l. pen. C. qui teſtam. facere poſſunt, tamen id ita expreſſum & declaratum eſt a Iuſtiniano in teſtamenti factione, non autem in donatione, vel alia alienatione. Et ſanè, ſi voluiſſet Imperator id etiā in donatione & alia quapiam alienatione locum ſibi vindicare, æquum erat exprimere, ſicut in teſtamenti factione expreſſum eſt: ſic enim ait Imperator in d. l. pen. *Nemo ex lege, quam nuper promulgauimus in rebus quæ parētibus ac patri non poſſunt, exiſtimet aliquid innouandum & permiſſum fuiſſe filijsfam. &c. teſtamenta facere, nullo etenim modo hoc eis permittimus. &c.*

Lex autem à Iuſtiniano promulgata intelligitur l. vlt. §. Filiis. C. de bonis, quæ liber. vbi dicit Imperator. *Filij autem fam. in iis duntaxat caſibus, in quibus vſusfructus apud parentes conſtitutus eſt, nec de eiſdem rebus teſtari permittimus.*

Ex hac lege meritò quis exiſtimare poterat, filio interdictam à contrario ſenſu non eſſe teſtamenti factionem in iis rebus, in quibus nullum ius patri acquiritur. Et ideo Iuſtinianus edidit illam l. pen. C. qui teſtamen. facere poſſ. declarantem non ex hoc permiſſam eſſe filiisfa. teſtamenti factionem.

Quòd ſi voluiſſet etiam, quantum ad alienationes, & obligationes antiquas leges obtinere, præſertim verò quoad donationes, vt nimirum filijfam. abſque patris conſenſu alienare ac donare non poſſent, etiam ea bona, in quibus parentes nullum ius habent, æquum, vt dixi, erat id exprimere: quod cùm expreſſū non fuerit, nobis ſanè licebit ita legem priorem interpretari, nempe l vlt. §. Filiis. vt inde colligamus de iis rebus, quæ parentum acquiſitionem prorſus effugiunt, licere filiisfam. diſponere, vel alienando, vel donando, vel obligando abſque conſenſu parentum.

Confirmatur hæc interpretatio ex Nouella eiuſdem Iuſtiniani, vt liceat matri & auiæ. illis verbis: *Sancimus igitur licentiam eſſe matri & auiæ alijſq; parentibus poſtquam reliquerint filijs partem, quæ lege debetur, quod reliquum eſt ſuæ ſubſtantiæ, &c. filio vel filiæ, &c.* dona-

donare, aut etiam per vltimam relinquere voluntatem sub hac definitione atque conditione, si voluerint, vt pater, &c. neque vsumfructum, neque aliquod penitus habeat participium. Et paulò infra: *Res autem ita relictæ siue donatas positis sub potestate personis, si quidem profectæ sint ætatis, licet sub potestate sint, licentiam habeant, quo volunt modo disponere.*

Respondet Alexand. verbum illud *disponere*, accipiendum non ex vltima voluntate: sed inter viuos hoc modo, vt filius disponere possit non testando, non donando causa mortis: sed inter viuos tantum.

Rectè, quantum ad testamentum faciendũ & conuenienter l. pen. C. qui testam. fac. poss. sed non rectè, quantum ad donationem causa mortis: quia de ea Imperator nihil dixit in d. l. pen. Et illa æquiparatur donationi inter viuos, quatùm ad hoc, vt interdicta sit filio absque consensu patris. l. Filiusfam. §. Pari autem ratione. ff. de donatio. Igitur si concedit Alexander, filiumfam. disponere posse inter viuos absque consensu patris, poterit etiam causa mortis donando pari ratione disponere, vt dictum est.

Illud porrò argumentum, quo dicebatur, eludi posse legem prohibentem filiisfam. testamenti factionem, si permittatur eis donare causa mortis, nihil prorsus valet, quia aliud est testari, aliud est donare causa mortis, & eodem pacto liceret argumentari perperã concessum esse filiisfam. vt donare mortis causa possint patre permittente; & ita sic eluditur prohibitio testamenti faciendi etiam patre permittente. Quæ sanè argumentatio, sicut absurda est, ita nihili facienda videtur altera, quæ in hac affertur disputatione. Eodem enim vitio laborat.

CAPVT XXVI.

Vtrum filiusfam. donare possit ipsi patri consentienti causa mortis bona aduentitia?

PEndet magnam partem huius controuersiæ decisio ex præcedentibus. Nam si pro solennitate donationis patris consensus requireretur, sine dubio non liceret ei ad propriam vtilitatem eum accommodare. l. 1. ff. de authoritat. tutor. atque ita responderunt Glo. in d. l. 1 in vers. *rem acquirat.* ff. de autho. Tutor. Socinus in l. 1. §. Fuit quæsitum. ff. ad Trebel. Couuar. ad rub. de Testam. 3. parte, nu. 7. Clarus in §. Donatio. quæst. 46. vers. Quarto etiam.

Sed quoniam verior mihi videtur eorum sententia, qui censuerunt patris consensum requiri propter præiudicium ipsius patris, vt supra in capite 24. conclusum est, sic etiam existimo longè probabiliorem eorum sententiam, qui responderunt donationem factam à filiofam. ipsi parenti valere. Neque enim obstare potest regula d. l. 1. ff. de author. Tutor. *In rem suam authorem quempiam esse non posse.* Cum hic patris authoritas nõ requiratur pro solennitate, sed ratione præiudicij, quod patri oriretur ex donatione filij, propter vsumfructum scilicet, quem pater habet in bonis filij. Consequenter nil proponi posse videtur, cur donare non possit filius ipsi patri consentienti: donare, inquam, non vsumfructum, quem pater iam habet, sed proprietatem, quam non habet. Sic enim ratiocinari iuuat. Filius habet dominium & proprietatem rerum, ergo potest de ea disponere, siquidem vsumfructum patris attingat, requiritur eius consensus, vt in l. vlt. §. Filiis. C. de bonis, quæ lib. ne videlicet patri in eo vsufructu fiat præiudicium. Si ergo velit ipsi patri donare filius proprietatem causa mortis consentienti & acceptanti, cur ea donatio non valebit? Nonne morte firmantur donationes inter patrem & filium. l. Donationes quas parentes. C. de donat. inter virum & vxorem: Cur igitur & donatio mortis causa a filio facta non confirmabitur filij morte? Ita sanè responderunt Alexand. Iason, Ripa ad l. 1. §. Fuit quæsitum. ff. ad Trebel. Castren. in l. Senium. C. qui testam. fac. possunt. & in l. Tam is. §. 1. ff. de donat. caus. mort. quibus subscribo.

CAPVT XXVII.

An l. si Pater puellæ. C. de inoff. testam sit correcta ex l. Quoniam in prioribus. eod. tit. quantum ad legitimam?

CVm legitima filiis debita nullum onus, nullum grauamen recipiat, vt in l. Quoniam in prioribus. C. de inoff. testam. in controuersiam venit, vtrum id, quod responsum est in l. Si pater puellæ. C. eod. tit. nunc etiam obtinere debeat: an verò quantum ad legitimam filij correctum esse videatur. Et Accursius, Bart. Baldus, Cast. ens. Iason in commentariis d. l. Si pater. existimant, quo ad legitimam locum non habere. Idem docet Alexan. ad l. Cum ex filio. ff. de vulg. & in cons. 43. circa finem lib. 2.

Fundamentum est in verbis generalibus. l. Quoniam in prioribus. C. eod. tit. quibus omne grauamen reiicitur de legitima. ibi *ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio moram, vel quandocunque onus introducens tollatur, &c.* Et in l. Scimus. § Cum autem C. eo. ibi: *Quia nostra constitutio, quæ antea composita est, omnem dilationem, omnemque moram censuit esse subtrahendam, vt quarta pars pura, & mox restituatur, &c.*

Sed contrariam sententiam habuit Decius in consil. 456. col. 3. post Richardum Malumb.

Fulgosium, & alios, & nouissimus adductis aliorum authoritatibus, Simon Pretus de interpretatione vltimar. volunt. lib. 3. Dubitatione sexta, solutione secunda, n. 9. isti responderunt non esse correctam l. Si pater puellæ. nec alias similes leges, quibus querela olim inofficiosi testamenti denegabatur: non esse, inquam, correctas etiam quantum ad legitimam.

Et istis ego planè assentior eo argumento, quo & ipsi vtuntur, nempe quod l. Quoniam in prioribus. non loquatur, nisi eo in casu, quo olim querela de inofficioso competebat, vt scilicet testamentum minimè rescindatur, sed grauamen pro nullo habeatur. quare vbi olim de inofficioso querela cessabat, ipsum grauamen valebit. Verba legis hæc sunt: *Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, vt si quid minus legitima portione iis derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem mouere poterant, hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur: hoc in præsenti addendum esse censemus, vt si conditionibus quibusdam, vel dilationibus, aut aliqua dispositione moram, vel modum, vel aliud grauamen introducente eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur imminuta esse videantur, ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio moram, vel quodcunque onus introducens tollatur, & ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.*

Ex quibus verbis patet, Imperatorem hoc voluisse, vt testamentum non rescinderetur, si ue minus legitima portione filiis relictum esset à parente, siue quantum sufficit pro legitima portione, sed tamen adiecta conditione, vel mora. Priore enim casu statuit, vt quod ad legitimam deest, repleatur. Posteriore autem, vt conditio, mora & onus nullius sint momẽti. Quare si nullum prorsus periculũ esset rescissionis testamenti, nec cõstitutio loquitur, nec ratio eius locum habere potest. Sed nullũ periculum erat testamenti rumpendi in ea specie, de qua fit mentio in d. l. Si pater puellæ. vt patet ex ipsa lege: Ergo ad eum casum, nec verba l. Quoniam in prioribus. pertinere possunt, nec ratio illius locum habere potest.

CAPVT XXVIII.

Ad l. vlt. §. vlt de leg. 2. annotationes, quibus, & quæ controuersa sunt, expediuntur.

CVm multa de fideicommissis dixerimus, prætereunda nobis non videtur l. vlt. de leg. 2. sed potiùs illustrãda aliquibus adnotationibus & interpretationibus, quibus, & quæ sunt inter doctores controuersa, expedientur. Verba textus hæc sunt: *Maritus vxorem ex asse hæredem instituit, cuius post mortem codicillos aperiri testator præcepit: prædium hæreditarium vxor infructuosum rationi suæ existimans, vendidit. emptor quærit: an retractari hæc venditio possit post mortem mulieris ab his quibus codicillis per fideicommissum hæreditas data deprehenderetur, an verò solum quantitas precij ab hærede vxoris fideicommissariis debeatur. Respondi propter iustam ignorantiam tam mulieris, quàm emptoris hæredem mulieris, vt fundus apud emptorem remaneat, fideicommissario precium dare debere.*

Primò notandum est, non esse locum huic decisioni, cùm is, qui alienauit rem restitutioni subiectam, vel hæres illius, soluendo non est, tunc enim in subsidium res alienata vindicari potest, argum. l. Planè. 97. §. Qui rogatus. de leg. 1. Ita Iason ad Auth. Res quæ. num. 2. C. commun. de leg. Socin. iun. in cons. 157. num. 5. lib. 1.

Secundò notandum, illud responsum locum habere in fideicommisso vniuersali, scilicet de restituenda hæreditate, secus in particulari. ita Alexander post Imolam in l. Marcellus. §. Res quæ. n. 4. ff. ad Trebell. Sic enim textus ille loquitur; Sed cùm ratio legis posita sit in iusta ignorantia tam hæredis, quam emptoris. dicendum est, etiam in particulari fideicommisso idem iuris videri, si eadem ignorantiæ ratio subsit. Ita docet Paulus Castrens. ad l. vlt. §. Sed quia nostra. n. 4. C. commu. de leg. cui & ipse consentio.

Tertiò, notandum textum, quem in manibus habemus, haudquaquam locum sibi vindicare posse, vbi res restitutioni subiecta est purè, vel ad diem certum, tunc enim alienatio facta non valet, vt in l. vlt. §. Sed quia nostra. C. commu. de legatis & fideicom. & ideo in fideicommisso duntaxat conditionali, de quo loquitur, accipiendus erit. ita Paulus Castren. in d. §. Sed quia nostra. nu. 4. Alex. in d. l. Marcellus. §. Res quæ. post nu. 4. ff. ad Treb.

Quartò, notandum textum hunc non procedere, cùm res substitutioni subiecta expressè alienari prohibita est; tunc enim alienatio facta non valet, secundum Glo. communiter receptam in l. Cùm pater. §. Libertis. de leg. 2. Ita Alexander in d. l. Marcellus. §. Res quæ. nu. 4. Ripa ad l. Filiusfam. §. Diui. nu. 2. de leg. 1. Rota Romana nouissime in 1. part. decisionum nouissimarum, decis. 21. 22.

Quintò, non procedit textus, vbi alienatio titulo lucratiuo facta est; loquitur enim ibi Iurisconsultus de venditione facta. Ita Cumã. in l. Quidam ita. §. Si quis cùm filium. ff. ad Trebell. cuius meminit Alex. in d. §. Res quæ. num. 6.

Sed nõ placet hæc sententia, quia repugnat ext. in d. §. Si quis cùm filium: ibi enim pre-

cium serui manumissi debetur, etsi filius ignorasset codicillos a patre factos, ne factum eius alteri damnum afferat: & tamen manumissio facta fuit sine precio: & sic ex causa lucratiua potest dici facta alienatio, & nihilominus actio competit ad precium. Denique etiã hoc in casu ratio ignorantiæ tam hæredis, quam ei, cui donatur, locum habet.

Sextò, non procedit textus noster, nisi quando hæres, qui fideicommisso grauatus fuit, ignorantiam ipsius fideicommissi iustam & probabilem habuit facto testatoris, qui prohibuit codicillos aperiri: secus si aliã ob causam ignorasserit. ita Cuman. in hunc locum adducta Baldi authoritate in Authent. Res quæ. C. com. de legatis. sed vt rectè monet Alex. in d. l. Marcellus. §. Res quę. n. 4. ff. ad Treb. nec Baldus id dixit, nec vera est interpretatio ista: quia lex non est imposita verbis, sed reb. l. 1. C. com. de legat. quare licet textus hic loquatur in ea specie, qua ignorantia hæredis circa fideicommissum ex facto testatoris prouenit, nihil tamen proponitur, cum non idem sit iuris, quoties iusta & probabilis est ignorãtia, licet ex alterius facto, quàm testatoris proueniat.

CAPVT XXIX.

De actione fideicommissaria competente contra tertios possessores.

DIdici Placentiæ in excelso Iustitiæ consilio, arduam illam cõtrouersiam de actione fideicommissario competente, aduersus tertios rerum restitutioni subiectarum possessores, facilè componi posse distinctione hac adhibita. Aut enim alienatio facta est ab hærede onus fideicommissi ignorante in eum, qui similiter ignorauit, & nulla competit actio aduersus possessorem, sed ad precium hæres, qui alienauit, conueniri potest. l. vlt. §. vlt. de leg. 2. de qua in capite præcedenti dictum est: Aut alienatio est facta ab hærede sciente, vel in eum, qui sciebat onus fideicommissi, atque adeo rem restitutioni subiectã. & tunc rei vindicatio competit fideicommissario, vt docet text. in l. vlt. §. Sin autẽ sub conditione. C. com. de legatis. illis verbis: *Sed in his omnibus casibus legatario quidem vel fideicommissario omnis licentia pateat rem vindicare, & sibi assignare, nullo obstaculo ei à detentatoribus opponendo.*

Ita responderunt Baldus in cons. 4. lib. 4. Paulus Castrens. in cons. 94. in vltimo dubio, lib. 2. Aretinus in cons. 37. ad finem. Crauetta in cons. 61. nu. 6. Angelus in consi. 263. Natta in cons. 400.

Qui hanc sententiã probant fortissimo hoc argumento. Tres actiones dantur pro rebus fideicommisso subiectis. Actio personalis ex testamento, Hypothecaria, & rei vindicatio. Personalis hoc in casu competere non potest, illa. n. contra hæredem competit, qui ex aditione hæreditatis videtur quasi contrahere cũ legatariis & fideicommissariis. §. Hæres, in Instit. de oblig. quę quasi ex contractu, non antẽ contra singularem successorem. l. 1. §. Si hæres. ff. ad Trebell. Hypothecaria cõpetere non potest, quia illa non datur ad res fideicommisso subiectas, sed ad alias res defuncti. l. 1. C. commun. de legatis. ibi: *Et insuper vtilem Seruianam, id est, hypothecariam super his, quæ fuerunt derelicta in res mortui præstare.* Ergo necesse est vt rei vindicatio detur. Neque. n. fideicommissaria hæreditatis petitio cõpetere potest, quoniam illa datur ad instar petitionis hæreditatis. l. 1. & 2. ff. de fideicommiss. hæred. petit. Petitio autem hæreditatis non datur contra titulo possidentem. l. Regulariter, ff. de petit. hæred. & fusè disserui in prima parte controuersiarum. lib. 1. cap. 4.

Ex hoc infertur, agenti hoc in casu onus incumbere probandi, non simpliciter bona in bonis fuisse defuncti testatoris, vt doctores loquuntur, sed in dominio fuisse testatoris. Nam is qui conuenitur, habet titulum & possessionem, quare si actor probet duntaxat possessionẽ defuncti, & simul causam, quam habet ex fideicõmisso, absoluetur reus. In pari enim causa melior est conditio possidentis, secundum iuris regulam.

Dices, is qui emit, siue causam habet in hærede grauato, referre non potest quæstionem dominij ex notatis per Glos. in l. Cùm res. C. de probat. Ergo non erit necesse dominium probare defuncti testatoris, quia id possessor non poterit. Respondeo, cùm agitur actione in rem, eum qui ab aliquo causam habet referre ei posse quæstionem dominij, atq; adeò negare eum dominum fuisse, vt declarat post Glo. Bartol. ad l. Ita vt si fur. ff. commod. Alex. in consi. 92. n. 1 lib. 1. Crauetta in cons. 157. nu. 5. Neguzantius de Pignorib. 3. memb. 2. partis. num. 64.

CAPVT XXX.

Ad l. 1. de leg. 1.

AIt Vlpianus: *Per omnia exæquata sunt legata fideicommissis.* Sed controuertitur quomodo verum sit, Vlpiani tempore legata exæquata esse fideicommissis, cùm in multis differrent. Ecce legatæ rei dominium rectà via transit in legatarium. l. A Titio. ff. de furt. Rei autem per fideicommissum relictæ non æquè. l. Qui vsumfructum. ff. si vsusfruct. petat. Pro legatis actio in personam ordinaria competebat. §. Hæres. in Instit. de oblig. quæ ex quasi. contr. Sed fideicommissa extra ordi-

diuem officio iudicis implorato petebantur. l. Pecuniæ. ff. de verb. signif. Legata non aliter valebant, quam ſi teſtamento relicta eſſent, vel codicillis teſtamento confirmatis: Fideicommiſſa verò etiam in codicillis teſtamento non confirmatis relinquebantur, vt latè alias differentias explicans docet Caius lib. 2. Inſtit. tit. 7. & Accurſius ad d. l. 1. de leg. 1. Huc accedat quod Iuſtinianus ſe exæquaſſe legata & fideicommiſſa profitetur, vt in ... d ... on vi quæ in Inſtitut. de leg. ii. ibi: *Neceſſarium duximus, omnia legata fideicommiſſis exæquare.* l. 2. C. commu. de legat.

Accurſius tres adfert ſolutiones. Prima conſideranda eſſe tria tempora. Primum eſt vetuſtiſſimum XII. tabularum, & eo tempore erant aliquæ differentiæ inter legata & fideicommiſſa. Secundum eſt Vlpiani tempus, quod mediæ iuriſprudentiæ appellat, & tunc exæquatio legatorum & fideicommiſſorum facta eſt. Tertium eſt tempus Iuſtiniani, qui ſententiam Vlpiani approbauit, & legata & fideicommiſſa exæquauit.

Secunda eſt ſolutio: Vlpianum fortè in ea ſententia fuiſſe, quod legata exæquata eſſent fideicommiſſis, ſed alios Iuriſconſultos contrariam opinionem habuiſſe.

Tertia eſt ſolutio, aliquid detractum fuiſſe ex Vlpiani verbis a compilatoribus Pandectarum, quòd propterea hanc nouitatem inducit.

Priorem ſolutionem Bartolus, & alij communiter ſecuti ſunt in d. l. 1. Secundam verò ferè omnes reiiciunt. Tertiam Alciatus probat, exiſtimátque eam Vlpiani legem a Triboniano, & aliis emēdatam fuiſſe, & addita illa verba: Per omnia exæquata ſunt legata, fideicommiſſis, vt legi Iuſtinianæ conformis eſſet, quā ob cauſam Gregorius Haloander in Editione Norica inſcriptionem, quam habet d. l. 1 nempe Vlpianus lib. 67. ad Edict. non appoſuit. Id quod teſtatur ac probat Eguinarius Baro in comment. Inſtit. tit. de legatis, dicitque in exemplari Biturigum inſcriptionem d. l. 1 ita conceptam eſſe, vt loco Vlpiani ſubſtitutus fuerit Imperator. Quod riſu excepit Iacobus Cuiacius lib. 8. obſeruat. cap. 4. Quemadmodum & Haloandri ſententiam reprobat Antonius Auguſtinus lib. 3. Emendationum, cap. 9. paulò ante nec eam ob cauſam, quod in Pandectis Florentinis extet Inſcriptio vulgata. Vlpianus 67. ad Edictum. Suſpicatur tamen Auguſtinus idem, quod Accurſius, dum ait: *Arbitror tamen eius ſententia exceptiones, quas fortaſſe Vlpianus adſcripſerat Tribonianum deſcribere noluiſſe, ne contra Iuſtinianī conſtitutionē faceret.*

Eandem ſententiam ferè habuit Duarenus lib. 2. Anniuerſar. diſputat. cap. 9. putat enim, aliquid a compilatoribus detractum eſſe ex Vlpiani lege, laudat exemplar, quod inſcriptionem habet Imperator Vlpiani loco, probat & Haloandri ſententiam inſcriptionem Vlpiani adimentis archetypo Florentino poſthabito. Eidemque ſententiæ adſtipulatur Viglius in commentariis Inſtit. ad tit. de legatis §. Legatarius.

Ioannes Coraſius lib. 5. Miſcellaneor. cap. 17. putat ab Vlpiano exæquata eſſe legata fideicommiſſis licèt Iuſtinianus ſe exæquaſſe dicat, quòd et ſolenne ſit multa à veteribus Iuriſconſultis ordinata & conſtituta ... attribuere. Ego ſane hanc ſententiam & ipſe probo: totam hanc rem Triboniano & cæteris compilatoribus attribuendam, qui veterum Iuriſcōſultorum reſponſa non rarò immutant, vt Iuſtiniani legibus appareant conformia. Nec aliud probabilius magis adferri poteſt, niſi quis Ferdinando Vazquio aſſentiri malit lib. 2. de ſucceſſionum creatione § 7 ... 19. ... Nona concluſio. Exiſtimanti legata exæquata eſſe fideicommiſſis, ſed non contra fideicommiſſa legatis: vt videlicet quicquid iuris fideicommiſſis indultum eſt, id & ad legata producendum ſit, ſed non e contrario: qua tamen in re ſubſiſto.

Iacobus Cuiac. lib. 8. obſer. cap. 4. *Per omnia exæquata ſunt legata fideicommiſſis*, inquit, *in quarta deductione, & exæquata ſunt S. C. Pegaſiano: Ideo & interdictum quorum legatorum dabitur etiam hodie fideicommiſſorum nomine propter Falcidiæ retentionem, de qua cum Vlpianum eodem libro tractaſſe conſtet ex l. 1. ff. quor. legat. inde liquido apparet eam l. 1. de leg. 1. pertinere ad Tractatum de leg. Falcidia.* Hactenus Cuiacius, cui non aſſentior.

CAPVT XXXI.

Pro legatis conſequendis ſitne executiuè procedendum, an ordinariè.

Errant, qui putant, pro legatis conſequendis proceſſum executiuum (ſic enim pragmatici loquuntur) inſtitui poſſe. In hanc enim ſententiam adducuntur ex lege perperam intellecta. Hæc eſt Nouella Iuſtiniani de hæredib. & Falcidia. § Illud. Verba textus hæc ſunt: *Illud quoque proſpeximus, ne tempus fiat longum in talibus quæſtionibus. Nullam enim talium quæſtionum, aut litium transcendere annı tempus ſancimus: neceſſitatem imponentes omnino intra annum poſt aditionem, & legata ſolui & quæ a teſtatore ſunt relicta complerı ſecundùm ſui naturam & omnia agi, quæcunque prius edıximus. Initium autem anno damus ſicut prius iam diximus ab admonitione ex iudiciali decreto facta. Anno enim per culpam*

culpam hæredis tranſacto, tunc ille quidem cadet relictis: alij verò ad hæc veniens, quos prius vocauimus.

Accurſius in verbo, *Decreto, per quandam interlocutoriam,* inquit, *qua præcipiat ei, vt ſoluat, vel per iudicem, vel per nuncium.* Hinc ſententia illa nata eſt, executiuum eſſe iudiciū ac proceſſum pro legatis conſequendis, vt videre licet ex Angelo in commentariis illius loci. Alex. ad l. vlt. n. 13. C. de edicto Diui Adr. toll. & ibid. Iaſone num. 14 Socino ſeniore in conſ. 103. lib. 3. Decio ad l. In teſtamentis. n. 6. de reg. iur. vbi etiam Cagnol. n. 9. Alciato ad l. Pecuniæ verbum. §. Actionis. de verb. ſig. Natta in conſ. 206. n. 4. com. 626. n. 25.

Non rectè: quia hęc eſt ſententia Iuſtiniani, vt hæres incidat in pœnam priuationis relictorum, ſi poſt aditam hæreditatem annum integrum ceſſauerit in exequenda voluntate defuncti, qui tamen annus non ab aditione numerabitur, ſed ab admonitione & conuentione iudicis, à quo tempore lis peragenda eſt intra annum, & eſt exceptio ad l. Properandum. C. de iudiciis. Vide Iacobum Cuiaciū in expoſitione dictæ Nouellæ, vbi id confirmat ex verbis Græcis, & ratione ſatis manifeſta. Quare negantibus executiuè procedi hoc in caſu poſſe, planè aſſentior. Ita Alexander ad l. Si cùm dotem. §. Eo tempore. ff. ſol. mat. & in l. ait Prætor. §. Si iudex. n. 5. ff. de re iud. Decius in l. vlt. n. 16. C. de edict. D. Adr. toll. Zucchar. ibid. n. 694. Menochius de adipiſcen. poſſ. remedio 4. n. 693. & ſeq.

CAPVT XXXIII.

Sit ne legatum an verò inter viuos donatio, cùm quis in teſtamento donat aliquid præſenti & acceptanti?

TEſtator dixit, dono Titio centum, qui erat præſens & acceptauit, quæritur an ſit legatum: an verò inter viuos donatio. Legatū eſſe reſponderunt Ioannes Fabri in §. Legatum, in Inſt. de lega. Iacob. Niger ad Rubr. de leg. 1. n. 13. Soc. iun. ibid. n. 63. Franciſcus Caldas ad l. Si curatorem habens. C. de in integrum reſtit. minor. in verbo, ſine curatore, n. 19. verſ. Contrarium tamen. Mantica, qui & Nattam eiuſdem ſententiæ adfert de coniecturis vltimar. volunt. lib. 8. tit. 1. poſt n. 36. verſ. Sed aduertendum eſt.

Cæterùm donationem eſſe inter viuos reſponderunt Angelus Aretinus in §. Legatum col. 1. in Inſtit. de legatis. Ioannes Corus in rubr. de leg. 1. n. 10. & ibid. Ludouicus Aluarus n. 143. Crauetta n. 133. Fernan. Vaſquius de ſucceſſionum creatione & progreſſu §. 13. n. 3. Menochius, qui & alios adducit, de Præſumpt. lib. 4. in 2. parte. Præſumpt. 103. n 18. 19.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt: quia verba ſunt intelligenda ſecundùm ſubiectam materiam. l. Si vno. ff. locati. Subiecta autem materia eſt teſtamentum, cui magis congruit legatum & fideicommiſſ. quàm donatio inter viuos. Huc accedat, quod legatum nihil aliud eſt, quam donatio, vt in §. Legatum. in Inſtit. de legat. Nec obſtat præſentia & acceptatio: quia licet neceſſaria hæc non ſint, non repugnant tamen naturæ legati: Cum & dictantibus teſtamentum, & teſtibus in teſtamento præſentib. legari poſſit. l. Dictantibus. C. de Teſtam. l. Si quis ita ſcripſerit. ff. de reb. dub. §. Legatarij, in Inſtit. de Teſtam. Et potius dici debet donatio cauſa mortis, quæ etiam exigit præſentiam & conſenſum donatarij. l. Inter mortis. ff. de mortis cauſ. donat. & legato æquiparantur. l. Illud. ff. eod. tit. §. 1. in Inſtitut. de donat.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt, quia legatum non exigit præſentiam legatarij, cùm abſenti & ignoranti poſſit relinqui. l. Cùm pater. §. Surdo. de leg. 2. Donatio autē requirit conſenſum donatarij. l. Abſenti. ff. de donat. l. In omnib. reb. ff. de act. & oblig. Cùm ergo donatarius hic fuerit præſens, & acceptauerit, videtur eſſe donatio inter viuos. Huc accedat, quòd verba propriè ſunt accipienda. l. Non aliter. de leg. 3. & in potiori ac pleniori ſignificatu. l. In teſtamentis. de reg. iuris. c. Si pater. de Teſtam. lib. 6. Ergo verbum *dono* ita potius accipiendum eſt, vt donationem inter viuos ſignificet, quàm legatum, illa enim eſt plenior, & magis propria interpretatio. Et licet præſentia illa & acceptatio non impediat legatum ex legibus allegatis in contrario argumento, nihil tamen hoc ad rem pertinet, quia leges allegatæ loquuntur, Cùm teſtator vſus eſt verbo, lego, quod ſui natura & proprietate non donationem, ſed legatum ſignificat.

Neque verò dubitari poſſe videtur, quin in teſtamento fieri poſſet donatio inter viuos, cum & contractus, & alia id genus celebrari queant. argu. l. Hæredes palam. §. vlt. ff. de teſtam. l. Cum quis decedens. §. Codicillis. de lega. 3. l. 1. §. Aſſignare. iuncta l. Aſſignare. ff. de aſſignand. libertis. & eſt communis ſententia doctorum, vt latè adductis authoritatibus oſtendit Tiraquellus de legibus connubialib. in *Contractu* Gloſ. 5. n 101.

Ego verò priorem ſententiam veriſſimam eſſe iudico, & moueor hoc argumento, quod fortaſsè nouum alicui videbitur: quoniam in teſtamento fieri nō poſſit talis inter viuos donatio, nec vllus alius actus ſiue contractus, qui ad teſtamentum non pertineat. Ad teſtamentum autem pertineret, ſi, exempli cauſa, quis

diceret, si non valet testamentum, dono Titio hæredi meo bona mea inter viuos, aut simile aliquid testator inter viuos ordinaret, si non valeret testamentum, vt declarat optimè Castrensis in l. Hæredes palam. §. vlt. ff. de Testa. Cum enim hæc, quæ inter viuos dicuntur, in testamento fieri non possint, vt probatio, sequitur dicendũ in proposita specie non donationem inter viuos videri, sed potius legatũ, quod in testamento procul dubio fieri potest.

Iam igitur id probo: *Vno contextu actionis testari oportet. Est autem vno contextu, nullum alienum actum testamento intermiscere*, verba sunt Iurisconsulti in l. Hæredes palam. §. vlt. ff. de testam. Idem habetur in l. Cum antiquitas. C. de Testamentis, & alibi. Quamobrem Vlpianus: *Verba contraxerunt*, inquit, *gesserunt, non pertinent ad ius testandi*. l. Verba. 20. de verb. sig. Ergo contractus inter viuos, quia testamento alienus est, fieri non poterit.

Ad probandum autem fieri posse, adfertur primò text. in d. l. Hæredes palam. §. vlt. respondeo, nihil facere: verba hæc sunt: *Quod si aliquod pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur.*

Nullum verbum hic de contractu, qui ad Testamentum non pertineat.

Secundò adfertur l. Cum quis decedens. §. Codicillis. de legat 3. Respõ. nihil facit, verba hæc sunt: *Maximo domino meo denaria decies quinquies mille, quæ accepi in depositum à patruo eius Iulio Maximo, vt ei viro facto, vel adulto reddam cum vsuris, quæ sunt triginta millia, ei dari volo, ita enim patri suo iuraui.*

Nullus hic est cõtractus inter viuos, sed codicillum facientis confessio & ordinatio, vt soluatur, quod promissum ab eo est, quod nõ repugnat testamento, vel codicillo, imò maximè conuenit.

Tertiò adfertur l. Assignare. ff. de assignan. libert. quæ nihil ad rem facit, vt notauit Paulus Castrens. in d. l. Hæredes palam. §. vlt. ff. de Testam. quia lib. ertorum assignatio etiam in testamen. fieri potest. l. 1. §. assignari. ff. eo. tit. quod autem contractus in testam. fieri possint nulla lege potest demonstrari.

Dices, etsi testamentum vno contextu fieri debeat, ac proinde nullus contractus alienus misceri debeat: Si tamen misceatur, non vitiabitur, sed potius testamentum non valebit, & consequenter, quod ad rem propositam attinet, valebit inter viuos donatio, licèt fortassè testamentum non sit validum. Respondeo, hinc sequi, donationem non esse interpretandam in dubio, sed potius legatum: quia si legatum sit, valebit vtrũq; & testamẽtum scilicet, & legatum. Quoties enim ambigua est oratio, cõmodissimum est id accipere, quo res de qua agitur, magis valeat, quam pertineat. l. Quoties. 13. ff. de rebus dub. l. Quoties. ff. de verb. oblig. Contractum in testamento fieri posse, vult Duarenus ad tit. de testamentis, ca. de Testam. nuncup. ex l. 26. ff. de pig. act. quæ non obstat. quia accipienda est secundum l. Casus. ff. de alim. & cib. leg. Præterea de hypotheca loquitur, quæ nudo pacto cõtrahitur, & ideo contractus non est. Adducit etiam l. si auia. C. de iure delib. quæ non loquitur de contractu, sed de aditione hæreditatis.

CAPVT XXXIII.

De legato à debitore relicto creditori, an compensandum sit cum debito, vbi discutitur illa communis distinctio, vtrum ex causa necessaria, an voluntaria debitum procedat?

Communis est distinctio, si debitum ex causa voluntaria originem habeat non compensari cum legato, nisi voluntas testatoris compensare volentis ostendatur euidenter l. Creditorem. 87. de leg. 2. l. Creditor. C. de lega. l. Si compensandi. C. de hæred. instit. Cæterum, si descendat ex causa necessaria compensari. l. Si cum dotem. §. Si pater. ff. sol. matr. l. Huiusmodi. §. Cum pater. de leg. 1 l. Titia cum testamento. §. Qui inuita. de leg. 2. Authen. Præterea. C. vnde vir. l. Omnimodo. §. Imputari. l. Quoniam Nouella. C. de inoff. testam. Vide interpretes in hæc loca, Couuar. in c. Officij. de Testã. Manticam de coniect. vlt. volunt. lib. 10. tit. 2. nouissimè Menochium de Præsumpt lib 4. in 2. parte. Præsumpt. 109.

Sed vereor, vt vera sit hæc distinctio, magisque assentior Francisco Duareno in commentariis d. l. Si cum dotem §. Si pater. ff. Sol matr. asseueranti absque ratione excogitatã esse. & Corasio lib. 3 Miscellaneor. cap. 1. dubiam sibi videri dicenti. Videamus. Dotis debitum ex causa necessaria oriri docent, & rectè: Pater enim dotem tenetur dare filiæ suæ. l. vlt. C. de dotis promissio. Si ergo à patre legetur aliquid, compensabitur cum dote: quia vt sic statuamus, cogit distinctio. At contra oppono l. Si pater. ff. de collat. dotis. Pomponius: *Si pater pro filia dotem promiserit: deinde exhæredata, vel etiam emancipata & præterita legatum dederit, habebit filia etiam dotem præcipuam & legatum.*

Atqui dicunt, propter iniuriam exhæredationis, vel præteritionis legatum nõ compensari: Sed quæ est ratio? nonne legatum potest esse magnum & legitimam exuperans, quo casu illo tempore non erat querelæ locus? At legatum (inquiunt) erat in specie, dos in quãtitate: Quis reuelauit hoc arcanum? At ibi dos promissa fuerat genero: legatum autem relictum filiæ. Nugæ, imò etsi ita sit, fit cõpensatio. l. Huiusmodi. §. Cum pater. de leg. 1. *Cum pater pro*

pro filia ſua dotis nomine centum promiſiſſet, deinde eidem centum eadem legaſſet, doli mali exceptione hæres tutus erit, &c. Vides ibi centum pro filia promiſſum, ſine dubio genero. At ibi agitur de collatione facienda vel non, quid hoc eſt? Sufficit filiam vtrumque potuiſſe conſequi, & dotem & legatum.

Quid igitur dicemus, an rem ita relinquemus indeciſam, quaſi nõ liqueat: Sic ſanè reliquit Iuriſconſultus celeberrimus, noſtra tempeſtate: nec.n. ſi diſtinctioni hæreamus ſupradictæ, hunc ſcopulum facilè vitabimus. Ego non relinquo, ſed ab hac diſtinctione recedo, primus forſitan a Duareno & Coraſio, & aio Pomponium loqui, cum in legato doris cauſa adiecta non eſt. Declaro. Cum pater dotem promiſit, deinde dotis cauſa legauit, fit compenſatio. l. Huiuſmodi. §. Cum pater. de leg. 1. ibi: *Eidem centum eadem legaſſet.* in l. Titia cum teſtamento. §. Qui inuita. de leg. 2. ibi: *Et ab eo fideicommiſſum filiæ dotis nomine reliquit.* Cùm verò dotis debitor parens dotis nomine non reliquit, ſed ſimpliciter, non fit compenſatio. Pomponius in d. l. Si pater. Vnde habes? ex l. Vna. §. Sciendum. C. de rei vxor. act. ibi: *Niſi ſpecialiter pro dote ea maritus ei dereliquit, cum manifeſtiſſimum ſit teſtatorem, qui non hoc addidit, voluiſſe vtrumque conſequi.* Iacob. Cuiacius lib. 3. obſeruat. cap. 16. ad finem (ne me putet quis ſolum eſſe) *De patre vero,* inquit, *qui non illud adiecerit, ſe dotis nomine legare, nunc videndum eſt: & putem vtrumque tunc filiam conſequi poſſe, ſicut à patre pro filia dote promiſſa, & filia relicto legato traditum eſt in l. Si pater. ff. de collat. dotis.* Hactenus Cuiacius.

Quod verò in legitima filij conſtitutum eſt, vt imputentur in eam legata, donationes, &c. l. Quoniam Nouella. l. Omnimodò. §. Imputari. C. de inoff. teſtam. ſuam habet rationem; quia videlicet, cum filius ex ſubſtantia patris debitã habet portionem, nõ eſt locus querelæ de inofficioſo. l. Papinianus. §. Si quis mortis. & §. Quoniam. ff. eod. tit. Hodie titulo inſtitutionis habere debet, vt in §. Aliud quoque. in Auth. & cùm de appellat. cognoſ.

Et cum mulier, quæ abſque dote nupſit, legatum habet, quo ſuam ſubleuare inopiam poſſit, cur non illud in portionem ei lege delatam imputaretur, cùm ad inopiã ipſam ſubleuandam delata ſit portio, vt in d. Auth. Præterea. C. vnde vir & vxor. & ex Nouella vnde ſumitur, intelligi poteſt, & iam ex legato ſubleuari aliqua ex parte queat?

Porrò illud argumentum, quod ſumunt ex l. Quod autem. ff. de iure dotium. ad probandum non eſſe neceſſarium in hac ſpecie mentionem fieri nominis dotis, planè nihil valet. Ait textus: *Quod autem in ſtipulatione non eſt, neceſſaria dotis adiectio, etiam in donatione tantundem dicimus.* Senſus eſt: Si vir dicat ſe accepiſſe ab vxore, vel contrà vxor à viro certam pecuniæ quantitatem, quam promittit reſtituere, neceſſariam non eſſe dotis mentione m, vel donationis propter nuptias. Quid hoc, quæſo, cum re, qua de agitur, commune habet?

CAPVT XXXIV.

Quid dicendum, ſi legatum conſiſtat in ſpecie, & debitum neceſſarium in quantitate, relenta ſpecie, de qua in capite præcedenti.

EXiſtimat Bartolus in l. Huiuſmodi. §. Cum pater. de leg. 1. Si legatum cõſiſtat in ſpecie & debita dos in quantitate, non eſſe locum compenſationi, authoritate l. ſi pater pro filia. ff. de collat. dotis. Eandem ſententiam ſecuti ſunt ibidem Bald. Caſtr. Comenſ. & Alexan. & alij, quos refert, ſed non ſequitur Menoch. de Præſumpt. li. 4. in 2. parte, Præſumpt. 169. n. 16. verſ. Reſpondet primò. & Mantica de coniect. vltim. volunt. lib. 10. tit. 2. n. 8. & n. 37. verſ. Cæterum. Sed contrarium docuit Socin. aliis adductis in tract. Regul. Reg. 282. ſequitur Menoch. locò proximè citato. n. 31. & n. 37. iſti docent etiam hoc in caſu locum eſſe compenſationi authoritate communis diſtinctionis, quæ docet legatum cenſeri animo compenſandi cum debito neceſſario relictum, nec diſtinguit quantitatem à ſpecie.

Ego neque priori, neque poſteriori ſententiæ aſſentior: Non poſteriori, quia communis illa diſtinctio iure nõ probatur, vt iam in præcedenti capite demonſtrauimus. Non priori, quoniam, quæ affertur lex, id non dicit. Sed vera ratio illius legis eſt, quia non fuit legatum factum nomine dotis. Ita enim noſtris legib. conuenienter loquimur, cùm dicimus, legatum non videri animo compenſandi factum cum dote quoties nulla mentio dotis eſt facta. l. Vna. §. Sciẽdum. C. de rei vxor. act. Videri autem animo compenſandi factum, cum mentionem dotis continet; quia non eſt veriſimile teſtatorem duplici præſtatione onerare hæredem voluiſſe ex eadem cauſa, vt in l. Titia cum teſtamẽto. §. Qui inuita. de leg. 2. Duplex autem præſtatio futura eſt, ſi dotem promiſſam a defuncto hæres ſoluat, & ſimul dotẽ legatam, niſi probet filia hoc animo teſtatorẽ fuiſſe, vt duplicaret ei legatum, l. Cùm pater. ff. de iure dotium. Vlpianus: *Cùm pater dotem pro filia promittit & dotem legat, ſi quidem marito legauit, videndum eſt, an legatum valeat, & non puto valere. Nam cum creditori debitor legat id, quod debet, nullum legatum eſt. Quod ſi filiæ legauit, valet legatum: Dos enim*

ex promiſſione marito debetur, & legatum filia. Et ſiquidem hoc animo teſtatorem eſſe filia oſtenderit, vt duplicaret ei legatum, habebit vtrumque, & dotem, quam maritus conſecutus fuerit, & legatum ex cauſa legati, &c.

Hæc eſt ſolida doctrina ex iuris fontibus hauſta, non ex riuulis commentariorum. Non ignoro Couuar. in c. Officij. n. 2. verſ. In. Secũdo. de Teſtam. adferre pro ſententia priori textum in l. 3. §. Mulier. ff. de dote præleg. Sed ibi non fit compenſatio: quia maritus vxori legauit fundum diuerſum ab eo, quem dotis nomine receperat: & præterea fundum ipſum quem pro dote acceperat, ex quo manifeſtum eſt eum voluiſſe, vt vxor vtrumque haberet. Adducit etiam l. Planè. §. Sed ſi non corpus. de leg. 1. quæ nõ facit ad rẽ, & regulam vulgarem: de ſpecie ad quantitatem non fit compenſatio. Quæ ad hoc propoſitum non pertinet, quæ compenſatio propriè non eſt, ſed potius imputatio, cùm ſcilic. diximus in cauſam debiti legatum imputari, vt declarat Corneus in conſil. 257. col. pen. libr. 1. Hieronymus Gabrielius conſ. 16. n. 31. lib. 1. Et ideo, cùm pecunia omnes res æſtimari poſſint, l. 2. C. de conſtit. pecun. nihil prohibet, quo minus fundus, vt alia res legata imputari poſſit in cauſam debiti, ſi aliud non impediat.

CAPVT XXXV.

Legatum an videri poſſit animo compenſandi relictum à debitore creditori, cùm dixit debitor, ſe legare ex proprijs bonis?

BOna dicũtur, quæ deducto ære alieno ſuperſunt. l. Subſignatũ. §. Bona. ff. de verb. ſign. l. Mulier. ff. de iure doti. Ergo ſi quis debitor ex bonis ſuis creditori legauerit non animo compenſandi cum debito, legaſſe videtur, quia intelligitur voluiſſe, vt deducto eo, quod deberet, etiam legatum præſtaretur ex ſuis bonis creditori. Ita Baldus in l. Si cum dotem. §. Si pater. ff. ſol. matrim. & ibidem Iaſon, num. 26 Iacobus Menochius, qui alios citat de Præſumpt. lib. 4. in 2. parte. Præſumpt. 109. nu. 6.

Sed contrariam ſententiam habuit Decius in Auth. Pręterea. n. 12. verſ. Quartò limitatur. C. vnde vir & vxor. & alij, quos refert & ſequitur Couuar. in c. Officij nu. 7. de teſtam. Quia cum à teſtatore bonorum fit mentio, illa accipiuntur pro hæreditate. l. Nam quod l. Cogi. ff. ad Trebell. & aliàs legata ſunt ex bonis defuncti deducto ære alieno præſtanda. Quare hoc in caſu id exprimitur, quod tacitè ineſt, vnde nihil operatur ſecundum regulas vulgatas.

Ego poſteriorem hanc ſententiam ſequor, & differentiam conſtituo, verum quis bona ſua relinquat: an verò aliquid ex bonis ſuis leget, vel præſtari mandet. Priorẽ caſu bona intelliguntur deducto ære alieno, atque ita loquũtur leges allegatæ. Sed cùm aliquid ex bonis legatur, non eſt illa interpretatio adhibenda vt prius deducatur æs alienum teſtatoris, quia nõ eſt neceſſe. Tunc neceſſe eſt, cùm bona relinquuntur in ratione bonorum ponenda. tantum. n. in bonis habere dicitur, quãtum nobis deducto ære alieno ſupereſt. Sed cum aliquid ex bonis ſuis præſtari quis mandat, non eſt neceſſaria æris alieni excuſſio, ſed perinde eſt, ac ſi diceret, ex ſubſtantia mea, ex rebus meis, ex hęreditate, patrimonio præſtari volo. Si es alienum exhauriret omnia, tunc legatum non eſſet præſtandum: Sed ſi hoc non adſit impedimentum, legatum præſtabitur, & compenſabitur, vel non compenſabitur cum debito ſecundùm alias voluntatis coniecturas, & iuris regulas. Ita ſentio ſaluo meliori iudicio.

CAPVT XXXVI.

Legatum viro relictum ab vxore, an ſit cum lucro dotis, quod ex ſtatuto defertur, vxore ipſa præmoriente, compenſandum?

EX eo principio, quod iam refutauimus ſuprà hoc eodem libro, cap. 31. effluxit quàm plurimorum ſententia: legatum ab vxore viro relictum compenſandum eſſe cum lucro ex forma ſtatuti delato præmoriente vxore, quaſi videatur lucrum illud eſſe ad inſtar debiti cuiuſdem neceſſarij, vt videre licet ex Mantica de coniecturis vltimar. volunt. libr. 10. tit. 2. num. 7. Menochio de Præſumpt. lib. 4. in 2. parte. Præſumpt. 109. num. 15. à qua tamen ſententia aliqui diſceſſerunt ab iis relati, quos ſequor eò libentius ac procliuius, quòd de legato coniugum cõpenſando doctrina eſt pręclara Iuſtiniani in l. vn. §. Sciendum. C. de rei vxor. act. *Sciendum, inquit, itaque eſt, dictum prætoris, quod de alterutro introductum eſt in ex ſtipulatu actione ceſſare: ita vt vxor & à marito relicta accipiat, & dotem, niſi ſpecialiter pro dote ei maritus ea dereliquit, cum manifeſtiſſimum ſit, teſtatorem, qui non addidit voluiſſe vtrumque conſequi.* Ego ita diſtinguo in hac ſpecie, vt ſi non pro dotis lucro reliquerit vxor marito, tunc & legatũ maritus recipiat, & lucrum conſequatur. Si pro dotis lucro reliquerit, alterutro debeat eſſe contentus.

CAPVT XXXVII.

Si legetur feudum alicui, vtrum hæres ad æſtimationem præſtandam legatario teneatur?

Inter

INter omnes constat de feudo neminem testari posse.c.1.de success.feudi.ibi: *Nulla ordinatione defuncti in feudo manente vel valente.* Consequenter legari testamento non potest.c.1.§.Donare.qualiter olim feudum alien. pot. Sed controuersia est, si legetur, an hæres saltem ad æstimationem teneatur: Et non teneri responderunt Baldus in d.§. Donare.n 3. Aretinus in l.Apud Iulianum. §. Constat. de leg.1. Alexander in cons. 19.n.2.libr.6 Curtius iunior in tract.feud.in 4.parte, penult.quæst. num. 26.Socinus iunior in consil.74. num.19. lib.1.Natta in cons. 102 num.33.Purpuratus in cons.101.num.6.libr.1.alios citat Menoch. de Præsumpt.lib.4.in 2.parte,Præsumpt.119.numer.6.

Argumenta hæc sunt: legatum rei feudalis non valet, ergo nec eius debetur æstimatio.l. Apud Iulianum.41.§ Constat.de leg.1.

Secundum argumentum: Ius quod testator habet in feudo, morte eius extinguitur: aut enim feudum transit ad alios, quibus est cõcessum in inuestitura, aut ad dominum reuertitur. Cùm autem quis legat rem, in qua ius habet, quod morte eius extinguitur, legatum est inutile, vt de eo, qui vsumfructum habet, qui morte finitur, responsum est in l.Quod in rerum.§.1.de leg.1. Si legatum est inutile, ergo æstimatio non debetur.

Contrarium responderunt Ioannes Faber in §.Non solum.in Instit.de legat. Baldus sibi contrarius in ca.1.n.3.de success. feud. Curtius iunior sibi contrarius in cons.30.nu.5. & quidam alij, quos refert & sequitur Mantica de coniect. vltim.volunt.lib.9.tit.11.nu.8.isti docuerunt æstimationem deberi legatario, si testator rem legatam feudalem esse non ignorauerit. Et fundamentum est in l.Cum alienam. C.de legatis.vbi distinguitur inter testatorem scientem & ignorantem. Ad contraria argumenta respondent, legatum rei feudalis non valere, quantum attinet ad præiudicium eorum, qui ad feudum vocantur, non autẽ quãtum ad hæredis præiudicium. Sic diximus fũdum dotalem alienari non posse, nec fundum minoris, nec res restitutioni subiectas: & tamen in his legatum valet, quantum ad æstimationem. l.Cum pater.§.Cum pater.de leg. 2.& notatur in l. Apud Iulianum. §. Constat. de leg.1 *Constat* (inquit textus) *res alienas legari posse, etiamsi difficilis earum paratio sit.* Quod verò dicebatur legatum esse inutile, cùm quis rem legauerit, in qua ius habet morte periturum. Id locum non habere respondent, vbi testator scierit ius extinctum iri, quia tunc saltem æstimatio debebitur, argum.d.l. Cum alienam.ita Cuman.in d.l.Quod in rerum.§.1. de leg.1.

Ego in hac difficultate dico tria, Primum, non videri mihi idoneam interpretationem, quæ adfertur ad l. Quod in rerum.§ 1.de leg. vt nimirum in ea specie debeatur æstimatio, si testator non ignorauerit ius suum morte extinctum iri. Verba textus hæc sunt: *Si vsumfructum habeam, eúmque legauerim, et si postea proprietatem eius nactus sim, inutile legatum est.* Si testator ipsemet vsumfructum habebat, procul dubio non ignorabat, morte finitum iri, & tamen dicit textus *inutile legatum est.* Idem dicit textus in l.Vxor patrui.C.de legatis.

Secundò dico, non videri mihi solidum illud argumentum, quod sumitur ex l.Apud Iulianum.§. Constat.d.l.1.ad probandum legatum non valere etiam quantum ad æstimationem, cùm res legata alienari non potest, quia non ita simpliciter ille textus loquitur, sed hoc modo: *Si verò*, inquit, *Salustianos hortos, qui sunt Augusti, vel fundum Albanum, qui principalibus vsibus deseruit, legauerit quis, furiosi est talia legata testamento adscribere. Item Campum Martium aut forum Romanum, aut ædem sacram legari non posse constat. Sed ea prædia Cæsaris, quæ in formam patrimonij redacta sub procuratore patrimonij sunt, si legentur, nec æstimatio eorum debet præstari, quoniam commercium eorum, nisi iussu Principis non est, cùm distrahi non soleant.*

Vides, vt puto, quantum hæc à rebus feudalibus distent, quæ, vt omnibus palam est, quotidie distrahuntur? Ergo non est solidum, vt dixi, argumentum ex d.§.Constat.

Tertiò, quod attinet ad principalem quæstionem, dico, me non ignorare regulas generales, quibus docemur eam in dubio interpretationem accipiendam, qua res valeat potius, quam pereat.l.Quoties.ff.de reb.dub. & æstimationem regulariter deberi rei alienæ a testatore sciente relictæ, & eandem æstimationem deberi, licet talis sit res, quam legatarius capere non possit, vt in l. Sed si res aliena. de leg.1.& in l.Filiusfam.§. Si quid. ff.eodem. Tamen istis omnib. insuper habitis, existimo non valere legatum, etiam quo ad æstimationem, & hoc ex eo argumento, quod in feudo non valeat ordinatio defuncti. Nam si nõ valet, vt habet textus in argumento prioris sententiæ citatus, sequitur, vt non debeatur æstimatio: Sic enim valeret, saltem quo ad æstimationem. Sed quod non valet, inutile reputatur, & nullum producere potest effectum: aut proferatur legis alicuius testimonium, quo legatum sit inutile, & tamen valeat, quo ad æstimationem. Nulla sanè proferri potest, quia videtur implicare contradictionem, legatum non valere, inutile esse, & valere, & vtile esse, quantum ad hoc, vt æstimatio debeatur: quid enim est aliud rei æstimatio effectu, quam quodammodo res ipsa

CAPVT XXXVIII.

Vtrum legatum rei alienæ iure canonico valeat?

SCribit in hæc verba Gregorius Pontifex Maximus in tit. de Testam. ad Episcopum Mesalinum: *Filius noster Faustinus conquestus est, quod quondam Petrasius pater suus aliqua Ecclesiæ vestra sepultura sua gratia iuris alieni reliquit Et quidem leges seculi hoc habent, ut hæres ad soluendum cogatur, si author eius rem legauerit alienam. Sed quia lege Dei, non autem huius seculi viuimus, valde mihi videtur iniustum, vt res tibi legata, quæ cuiusdam Ecclesiæ esse perhibentur à te teneantur, quia aliena restituere debuisti.*

Huius textus authoritate legatum rei alienæ iure canonico non valere, docuerunt Panorm. ibi, & in c. cùm esses. eod. tit. Glo. Alex. Iason & Sichard. in l. Cum alienam. C. de legatis.

Sed quoniam Gregorius loquitur de eo, qui legauit rem alienam, quæ alicuius Ecclesiæ erat, idcirco authoritate eiusdem textus alij docent legatum rei alienæ, quæ sit Ecclesiæ alicuius, iure canonico non valere. Ita Innocent. Antonius Butr. Anchar. & Imola in d. c. Filius. ratio est, quia res Ecclesiæ alienari non possunt, nisi adhibitis solennitatibus, à iure requisitis, iuxta c. sine exceptione. 12. quæst. 2. & quoties non potest nisi cum difficultate res alienari, tunc rei alienæ legatum est inutile, etiam iure ciuili. l. Apud Iulianum §. Constat. de leg. 1.

Alij ex hoc textu Gregorij vnum illud argumentum sumunt, rem alienam inuito domino sub prætextu legati detineri non posse, sed restituendam esse domino, licet legatarius petere possit æstimationem eius ab hærede. Ita Glos. in eundem locum, & Andreas Siculus, Salycetus & Castrens. in d l. Cum alienam. C. de legatis. Corneus in cons. 32. lib. 1.

Denique Couuar. in commentariis d. c. Filius. & Franciscus Mantica de coniecturis vlt. volunt. libr. 9. tit. 10. nihil iure canonico circa legatum rei alienæ immutatum esse docuerunt, præterquam in ea specie, de qua loquitur Gregorius, cùm videlicet Ecclesiæ testator legauit rem alterius Ecclesiæ sepulturæ suæ gratia, & filios hæredes instituit, quibus non admodum amplum patrimonium reliquerat, tunc enim nec res legata debetur, nec eius æstimatio. Hæc sententia videtur mihi cæteris probabilior, quod vt planum faciam, integrã epistolam Gregorij hic adscribam. ea reperitur li. 7. Epistolarũ ad Episcopum Mesalinum his verbis conscripta: *Filius noster Faustinus vir eloquentissimus ad nos veniens, questus nobis est, quòd pater eius quondam Pelrasius aliqua vestra Ecclesia sepultura sua gratia iuris alieni reliquerit. Et quidem quid de hac re seculi leges habeant, & ipse nosti, & nos audiuimus, quia hæres ad soluendum cogitur, si author eius vel aliena legauerit. Sed quia fraternitatem vestram lege Dei, non autem legibus seculi nouimus viuere, valde mihi iniustum videtur, vt calix electrinus, & puer cui cuiusdam Ecclesiæ in possessione eius posita diocœseos Consentinæ Ecclesia esse perhibetur, à tua fraternitate teneatur. Cùm enim & vir Reuerendissimus Palumbus Episcopus, tunc verò Archidiaconus ita fuisse testatus est, vos omnino eius fidei credere, & aliena restituere debuistis. Tabulam verò auream, quam prædictus vir moriens pariter reliquit, considerare, vt arbitror, debuisti, quæ esset summa eius substantiæ: si quid esset vnde hi, quos reliquerat, sustentari debuissent, & tunc pro sepultura eius accipere, quamuis nostrum institutum noueris, nos illicitam antiquam consuetudinem à nostra Ecclesia omnino vetuisse, nec cuiquam assensum præbere, vt loca humani corporis precio possint adipisci.* Hactenus epistola Gregorij.

CAPVT XXXIX.

Legata ab instituto relicta nominatim an à substituto repetita censeantur.

LEgata nominatim ab instituto relicta non videri a substituto repetita, docuerũt magis communiter doctores teste Menochio, qui refert nominatim authores li. 4. de Præsumpt. in 2. parte. Præsumpt. 108. n. 24. addo Mãticam de coniectur. vlt. volunt. lib. 8. tit. 2. n. 15. Repugnantes sunt Cumanus & Castrensis ad l. licet. de leg. 1. & Alciatus de Præsumpt. reg. 2. Præsumptione 35. quibus me socium lubens adscribo: referam prius vtriusque sententiæ argumenta, tum cur magis probem paucio-rum sententiam paucis declarabo.

Argumentum communis sententię primum est ex l. Si plures. de leg. 3. Paulus: *Si plures gradus sint hæredum, & scriptum sit, hæres meus dato: ad omnes gradus hic sermo pertinet. sicuti hæc verba, quisquis mihi hæres erit. Itaque si quis velit, non omnes hæredes legatorum præstatione onerare, sed aliquos ex his: nominatim damnare debet.*

Secundum ex l. Celsus §. Quod alicuius. de leg. 2. *Quod alicuius hæredis nominatim fidei committitur, potest videri ita demum dari voluisse si ille extitisset hæres.* Hactenus Iurisconsultus.

Tertium est ex l. 1. §. Id quod ex substitutione. ff. ad leg. Falcid. in illis verbis: *Sed ea, quæ ab eo legata sunt, si omiserit hæreditatem, non*

auge-

augebuntur, scilicet si ab eo nominatim data sunt, non quisquis mihi hæres erit.

Quartum est ex l.1. C. Si omissa sit causa testament. sed non video, quo modo faciat ad rem. Postremum est ex eo, quod cùm nominatim legitur, onus personæ duntaxat, nō etiam hæreditati videtur adiectum. argum. l. Nonnunquam. ff. ad Trebellian.

Contrariæ sententiæ argumenta sunt hæc. Primum, quia certum est legata ab instituto relicta videri à substituto repetita. l. licet. de leg. 1. ergo etiam repetita videntur, cùm nominatim relicta sunt ab instituto, quia si, verbi gratia, vnus tātùm sit institutus, & ab instituto legatū relinquatur, est perinde, ac si nominatim relicta essent. argum. l. 2. ff. de lib. & posthum. & tamen repetita à substituto etiam hoc in casu censentur. Confirmari potest argumentum, quia nominatim legatum accipiendum est, quod à quo legatum sit, intelligitur, licet nomen pronunciatum non sit. l. Nominatim. de leg. 3.

Secundum est ex l. Non iustam. C. ad Trebell. vbi auia testatoris ex parte hæres scripta rogata erat hæreditatem restituere, & textus dicit deberi etiam à substitutis fideicommissum, licet aliter inducat Paulus Castrens.

Tertium est ex l.1. §. Id quod ex substitutione. ff. ad leg. Falci. perpendendo illud verbum *non augebuntur legata*, ex quo significatur saltem deberi à substituto, quod nominatim relictum erat à cohærede.

Postremum argumentum est, quia si testator nominatim onere legati grauauit institutum, quem magis dilexit, multò magis censetur voluisse grauare substitutū, quem minus dilexit. argum. l. Publius. §. 1. ff. de cond. & demonstr.

Iam cur repudiata communiori sententia in aliam descenderim, illud argumentum effecit, quod in ea specie, de qua textus loquitur in l Non iustam. C. ad Trebell. erat fideicommissum relictum nominatim, & tamen etiam substitutum tacitè rogatum videri pronunciatur ex generali rescripto Imperatoris Antonini, quo declaratum est, legata seu fideicommissa etiam à substituto repetita videri, à quo quidem rescripto, cùm discedendum esse ex coniectura voluntatis testatoris respōderit Iurisconsultus, & coniecturas etiam adiecerit in l. licet. de leg. 1. si hæc, de qua agitur, sufficiens esset coniectura, cum scilic. ab instituto nominatim relictum est legatum vel fideicōmissum, probabile est eum aliquam mentionē facturum fuisse huius exceptionis, & coniecturæ, quando scilic. nominatim ab instituto legatum vel fideicommissum relictū est: nulla autem prorsus mētio facta est in d. l. licet. nec alibi: Ergo non est legitima hæc coniectura, sed vt ob oculos versetur clarè argumenti huius efficacia, referam verba textus: *Non iustam te gerere sollicitudinem* (verba sunt Dioclet. & Maxim.) *per fideicommissum relicta portionis hæreditatis perspicimus, verentem, ne fructum amittas relicti fideicommissi, quoniam auia testatoris ex parte hæres scripta, & tibi rogata restituere* (Ex his verbis apparet nominatim auiæ iniunctum fideicommissum) *calliditate ac fraude repudiauit, vt ad alium nepotem, eundémque cohæredem deuoluatur portio, à quo tibi nominatim non fuerat fideicommissum relictum, & coacta suspectam hæreditatem adire, prius quàm pro hærede gereret, rebus sit humanis exempta: cum D. Antonino parenti nostro deberi etiam à substitutis fideicommissum, contemplatione iudicij testatoris quasi tacitè ab his repetitum iam dudum placuerit.*

Vides his postremis verbis nullā adhiberi distinctionem, vtrum nominatim relicta sint legata & fideicommissa ab instituto. nec illud mouere Imperatorē, quod auia rogata esset restituere: quod sanè aliud nō est, nisi nominatim relictum ab ea fuisse fideicommissum. argum. l. Nominatim. de leg. 3. & tamen respondit etiam à substituto repetitum videri.

Ad primum & secundum argumentum respōdeo, cùm nominatim ab aliquo hærede relictum est legatum, vel fideicommissum: siue cum hæredum aliqui nominatim ac specialiter onerati sunt à testatore, cæteros hæredes oneratos nō esse, si iura spectemus, quæ fuerūt ante rescriptum Imperatoris Seueri Antonini: ad quod sanè tempus referendæ sunt leges allegatæ. Cæterùm post rescriptū Seueri aliter respondendum est, nempe legatum vel fideicommissum ab instituto relictum, censeri à substituto repetitum. Huius rei testis est Vlpianus in l. Si Titio 63 §. Iulian. de leg. 2. sic dicens: *Si alter ex legitimis hæredib. repudiasset portionem, cùm esset ab eo fideicommissum relictum, cohæredem eius cogendum non esse fideicommissum præstare: portionem eius ad cohæredem sine onere pertinere. sed post rescriptum Seueri* (nota) *quo fideicommissa ab instituto relicta à substitutis debentur, & hic quasi substitutus cum suo onere consequetur accrescentem portionem.*

Ad l. 1. §. Id quod ex substitutione. ff. ad leg. Falcid. respondeo, non eam esse Iurisconsulti sententiam, vt legata ab altero ex hæredibus nominatim relicta debeantur, vel non debeātur ab eo, qui est cohęres, & ei substitutus est, sed dicit textus, legata non augeri, quia videlicet etsi substitutus portionem alterius consequatur, non tamen est æquum, vt plus legatorum nomine præstare teneatur, quam teneretur, si non ex substitutione eius portionem fuisset consecutus: Itaque si, exempli

cauſa, portio eius legatis ſit exhauſta, quo in caſu quartam ex lege Falcidia retinet, non debet integra legata ſoluere, licet conſecutus ſit ex ſubſtitutione portionem cohæredis, ſi legata ſcilicet à cohærede nominatim relicta ſint: licet enim legata repetita cenſeantur ab ipſo ſubſtituto, quæ ab eius cohærede relicta fuêre, tamen quarta pars ex lege Falcidia ei debetur abſque omni onere legatorum, tam ex portione ſua, quàm cohæredis ſui: & ideo illa minui non debet propter legata a cohærede relicta nominatim. Cæterum ſi teſtator dixiſſet, quiſquis mihi hæres erit, dato tunc cohæredis portio prodeſſet legatariis, etenim is hæres eſſet ſolus, & ſolus à ſe omnia legata præſtanda obligatus, vna ſola quarta totius hæreditatis ex lege Falcidia retenta. Itaque ille textus neutri ſententiæ ſuffragatur.

Ad poſtremum argumentum reſpondeo, iure quidem ſummo ita reſpõdendum eſſe, vt onus legatorum hæreat perſonæ, cui eſt iniũctum, ne ad ſubſtitutum tranſeat: Cæterum aliud dicendum eſt, poſt reſcriptum Seueri Imperatoris, quo cautum fuit, vt ad ſubſtitutũ onus legatorum & fideicommiſſorum tranſiret, quæ ab inſtituto relicta ſunt.

CAPVT XL.

Legatum ab extraneo relictum Epiſcopo ſub nomine proprio, an Eccleſiæ acquiratur?

SEquor & ipſe communiorem ſententiam, legatum Epiſcopo relictum, etiam proprio eius nomine expreſſo ab extraneo, Eccleſiæ contemplatione relictum videri, authoritate textus in c. Requiſiuiſti. de Teſt. in illis verbis: *In primo caſu diſtinguendum eſt, vtrum relinquatur Epiſcopo ab extraneo, à propinquo: ſi ab extraneo generaliter verum eſt, quod præſumitur eſſe relictum intuitu Eccleſiæ non perſonæ, vnde cathedralis Eccleſia de illo poteſt canonicam petere portionem &c.*

Licet. n. non loquatur textus expreſsè in ea ſpecie, qua de agimus, vbi ſcilicet proprium Epiſcopi nomen expreſſum eſt, verba tamen & hanc ſpeciem complectuntur, ſunt enim generalia, ibi: *Generaliter verum eſt, &c.* Et ratio id ſuadet, quia loquimur nunc de extraneo, qui à ſe Epiſcopo relinquendum eius cõtemplatione nulla affectione, nulla cauſa inductus videri poſſit, quamobrem etſi nomine proprio eum appellauerit, id feciſſe non ei donandi animo, ſed demonſtrãd potius quis eſſet, preſumitur. Quę cum ita ſint & ſatis clarè conſtituta, non poſſum ſatis mirari in contrariam ſententiam quenquam permouiſſe exemplum ſerui, qui vni ex dominis nominatim ſtipulatus eſt, vt in l. Si communis ſeruus. ff. de ſtipul. ſeruor. eſt. n. exemplum longè alienum, perquàm diſſimile, nõ ad ſpeciem iſtam pertinens. Nihil autem perniacioſius eſt in quæſtionibus decidendis, quam omiſſis ad rẽ accommodatis teſtimoniis, ea conquirere, quæ planè remota, nec rem tangunt, qua de agitur, licet quandam argumenti ſpeciem præ ſe ferre videantur.

CAPVT XLI.

Legatum canonicis relictum, cui acquiratur Eccleſiæ ne an Capitulo: an ipſis ſingularibus perſonis?

SI canonicis legetur, non ipſis ſingularibus perſonis, non Eccleſiæ, ſed Capitulo ſiue collegio in communi legatum interpretor in obſcura teſtatoris voluntate, quanquam multi ijque grauiſſimi interpretes aliter exiſtimauerunt, vt videre licet ex Menoch. de Præſum. lib. 4. in 2. part. Præſumpt. 113. Fundamentum pono in ſimili legis. Nam cum ciuibus legatur, ciuitati relictum intelligitur. l. 2. ff. de reb. dub. Ergo ſimiliter & cum canonicis legatur, Collegio videtur relictũ. Ciues repræſentant Ciuitatem. Canonici collegium, ſiue, vt loquimur, capitulum. Non ratio, non oratio diſpar. Eccleſiæ non videtur relictum, quia non eſt ratio, nõ lex. Nam Eccleſiam is, qui ei præeſt, refert, nõ Canonici qui ſubſunt, & ideo, ſi Epiſcopo legetur, videtur intuitu Eccleſiæ relictum, vt in c. Requiſiuiſti. de Teſta. non idem in relicto Canonicis eſt conſtitutum, nec dictat ratio. Non offendor l. Annua. §. Attia. ff. de annuis legatis. quoniam in ea ſpecie ſacerdoti & æedituo templi relictum eſt. Quamobrem ait Scæuola: *Miniſterium quidem deſignatorum deſignatum ſed datum templo.* Non adquiritur, nec datum intelligitur ſingularibus perſonis, quia non ille eſt modus legandi perſonis ſingularibus: ſignificatur enim dignitas vel officium potiùs, quàm perſona: Sicut cum legatur ciuib. Et ideo, ſi diſſolutum ſit collegium, legatum manet ab eo à quo eſt relictũ. l. Pater. §. Tuſculanus. de leg. 3.

CAPVT XLII.

Legatum vxori, vtrum de prima duntaxat, an vero etiam de ſecunda intelligendum ſit?

SI vxori ſuæ teſtator legauerit, ea defuncta quæ tempore teſtamenti erat: ſecundæ, quam poſtea duxit, & quæ mortis tempore ſupereſt, legatum deberi interpretor. Argumento vtor ex l. Si cognatis. ff. de reb. dubiis. illis verbis: *Cæterùm, ſi quis teſtamenti facti tempore cognatus non fuit, mortis tempore factus eſt per adrogationem, factum legatum*

rum consequitur. Et loquitur Iurisconsultus in ea specie, qua quis cognatis legat [illegible], vt in [illegible] *Si cognatis legatum sit. &c.* [illegible] & alij [illegible] §. In fideicommissa. de leg. 2. *In fideicommissi, quod familiæ relinquitur, hi ad petitionem veniunt, qui nominati sunt, aut post eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore quo testator moreretur, &c.* Non offendor l. Si quid earum. §. vlt. de leg. 3. illis verbis: *At quæ prioris vxoris causa parata sunt, ita posteriori debentur, si ei assignata sunt: quia non est ita de posteriore vxore cogitatum, si cum pararentur, &c.* Hæc enim sunt dissimilia: Nam id vxoris causa parasse videtur maritus, quod ei tradit, vt in eodem textu habetur. Ergo, si aliqua parauit prioris vxoris causa, nō potest videri parasse posterioris causa, nisi sicut priori tradidit, ita & posteriori assignauerit. Nostra autem disputatio non est de his, quæ parata sunt, sed de his, quæ simpliciter legata vxori: illa traditionem siue adsignationem postulāt, qua cessante non possunt dici parata: hæc ex nuda testantis voluntate pendent, qui non mutato testamento, quo vxori legauerat, dum moritur, legatum vxori, quæ tempore mortis reperitur, confirmasse videtur. Vide Menoch. lib. 4. de Præsumpt. in 2. parte. Præsumpt. 122.

CAPVT XLIII.

Vsusfructus domus si legetur adiecto onere, ne altius tollatur, vtrum relicta proprietas videatur?

SCribit Pomponius in hæc verba: *Proculus putat insulam ita posse legari, vt ei seruitus imponatur qua alteri insulæ hæreditariæ debeatur, hoc modo: si ille hæredi meo promiserit, per se non fore, quo altius ea ædificia tollantur, tum ei eorum ædificiorum vsumfructum do, lego vel sic: ædium illarum, quoad altius, quàm vti nunc sunt, ædificata non fuerint, illi vsumfructum do, lego.* l. Proculus. ff. de vsufru. & quemadmod. quis vtatur.

Huius textus authoritate docent nostri cōmuniter proprietatem in hac specie legatam videri, licet enim disertè id Pomponius non dicat, tamen perpendunt illa verba: *Insulam posse ita legari, &c.* Ergo insula his verbis legata videtur, & consequenter proprietas ipsius insulę. Et ratio est, quia vsusfructus appellatio proprietatem continet, quoties sub conditione, vel modo relinquitur, qui perpetuus esse potest. Vsusfructus enim morte vsufructuarij, & aliis modis ad proprietatem suam natura reuertitur, quare cùm quis eum facit perpetuum, vel ita constituit, vt possit esse perpetuus, videtur proprietatem reliquisse, sed eam vsusfructus verbo [illegible] notabile, quod [illegible] [illegible] proprietatem [illegible] testatoris: Lego insulam ea lege, vt ne [illegible] altius tollatur, ita enim dominus est insulæ is, cui legatur, vt restituere debeat, si altius eam velit tollere. Ita, inquam, docent nostri, vt videre licet ex commentariis in d. l. Proculus. & ex aliis locis, quos commemorat Menochius de Præsumpt. lib. 4. in 2. parte. Præsumpt. 133. numer. 2.

Sed contrarium docuit Arius Pinellus ad l. 1. in 3. parte. n. 42. & 43. C. de bonis maternis. quem ego veritatis amans potiùs, quam opinionum sequor. Principio enim certum est, legati verba vsumfructum continere, non autem proprietatem, ergo non aliter a verbis recedendum erit, quàm si constet de voluntate testantis. l. Non aliter. de leg. 3. Deinde nullū verbum est apud Pomponium, quo significetur, proprietatem eo in loco legatam videri. Licet enim in principio dicat: *Insulam ita posse legari*, subdit tamen, *hoc modo si ille hæredi meo, &c.* Ex quibus verbis sequentibus perspicuum est, Pomponium intellexisse, Insulam posse legari, sicut, infrà exempla posuit: vtrum autem, si ita legetur, vt in exemplis positis intelligatur insulæ proprietas relicta necne non edisserit Pomponius. Hoc enim duntaxat explicare voluit, insulam ita posse legari, vt ei seruitus imponatur, quæ alteri insulæ hæreditariæ debeatur, non autem id in animo habuit explicare, vtrum si legetur vsusfructus insulæ eo modo, vt in exemplis adiectis, intelligatur esse proprietas relicta. Quare ius responsum præcipuum a nobis erit perpendendum, non quia vnum verbum ambiguum adiecit, ex eo licebit argumentum surgere aduersus verborum naturam & significationem: Neque enim satis idonea illa est coniectura: Porrò, quod dicitur in ea specie, legatum vsumfructum videri sub modo, quo, potest esse perpetuus, nihil obstat, quia id negari potest. Etenim, si altius ædes tollantur ab eo, cui relictus erit hoc modo vsusfructus, tunc extinguetur & amittetur. Quod si non altius tollātur, morte tamen fructuarij extinguetur, sicut regulariter extinguitur. §. Finitur. in Instit. de vsufruct. Neque enim hoc expressè dixit testator, aut necessariò ex verbis eius colligitur perpetuò, & sic etiam ad hæredem legatarij perueniturum vsumfructum ædium, si non altius tollantur. Nullum verbum est in ea lege, quo id significetur. Et cùm alioqui vsusfructus morte finiatur, dicendum est etiam in ea specie finiri: Imò & amitti quoque, si altius tollerentur ædes. Neque enim regulæ iuris interpretatione nostra violandæ sunt, sed potiùs tuendæ. Denique, si dicatur frustrà il-

iam conditionem & modum adiectum, ne altius tollantur ædes, nisi proprietas relicta intelligatur, cùm fructuarius altius tollere non possit? Respondeo, non rarò accidere, vt testatores frustrà aliquid exprimant & adiiciant, quod tacitè inest, & à lege suppletur, aut intelligitur. Deinde id efficere testatoris modū & conditionem expressam, vt legatarius vsufructu cadat, si altius tollere ædes voluerit, licèt enim alioqui potestatem fructuarius non habeat altius ædes tollendi; non tamen iure secutum est, si ædes altius tollat, cum priuari vsufructu. Atque ita sentio.

CAPVT XLIV.

Si prædij vsusfructus fuerit in testamento relictus, ea conditione adiecta, vt alienari non possit, vtrum proprietas relicta censeatur?

RVrsus controuertitur, Testamento relictus est prædij vsusfructus ea lege, vt alienari non possit, vtrum intelligatur proprietas relicta. Affirmant multi sanè interpretes, & multi negant, vt videre licet ex Menochio de Præsumpt. lib. 4 in 2. parte. Præsumpt. 133. nu. 3. Omnis cardo in hoc versatur, quod si non proprietas intelligatur relicta, frustrà videatur alienandi prohibitio legato inserta. Cùm inter omnes constet, vsufructuarium alienare non posse rem, cuius vsumfructum habet: Et ideo pro huius sententiæ confirmatione adducunt l. Proculus, ff. de vsufruct. & quemadmod. quis vtatur, de qua in præcedenti capite multa diximus, vt sicut in ea specie id operatur altius tollendi prohibitio vsusfructus legato inserta, vt proprietas intelligatur relicta, ne frustra prohibitio inserta videatur, neque enim fructuarius altius ædes tollere potest, ita etiam in hac specie respondendum sit, id efficere alienationis prohibitionem, vt relicta videatur proprietas. Sed cùm fundamentum istud valde sit infirmum, vt patet ex his, quę disputauimus in præcedenti capite, magis mihi probatur contraria sententia, non videri proprietatem relictam, atque ita hanc rem interpretandam esse, vt adiecta esse videatur illa prohibitio à testatore in eum modum, quo sæpe fieri solet, vt non necessariæ conditiones, & quæ tacitè insunt legatis inserantur: & vt hoc efficiat expressa testatoris prohibitio, vt si alienatio fiat, legatum amittatur. Verba enim legati ad vsumfructum, non autem ad proprietatem pertinere manifestum est, ac proinde non licet ab eis recedere, nisi voluntatis coniectura sit in contrarium perspicua, non etiamsi & valde incerta sit, & aliter, vt verbis non aduersetur, commodè interpretari queat.

CAPVT XLV.

Si vsusfructus prædij sit relictus, cum facultate illud alienandi, vtrum intelligatur proprietas relicta?

E Contrario, controuertitur, si legetur prædij vsusfructus, & facultas legatario detur alienandi prædium, vtrum proprietas relicta esse intelligatur. Tres sunt Doctorum sententiæ: Vna, relictam censeri proprietatem. Secunda, non censeri. Tertia, distinguendum, an libera data sit facultas alienandi, & tunc proprietas intelligatur esse relicta, an verò alienandi arbitrio boni viri, & tunc nequaquam. Vide Menochium de Præsump. lib. 4. in 2. parte, Præsumpt. 133. nu. 4.

Ego eorum sententiam magis probo, qui proprietatem legatam videri responderunt. Nam, vt quis vsusfructuarius sit, & simul alienandi potestatem habeat, cohærere hæc duo non possunt. Et cùm alienandi potestas illi competat, qui rei proprietatem ac dominium habet, consequens est, vt licet in specie proposita vsus fuerit testator vsusfructus vocabulo, tamen non vsumfructum, sed proprietatem legare voluisse existimandus sit.

Contraria sententia longè infirmo nititur fundamento, quia videlicet alienandi potestas illi concessa esse intelligatur, qui eam non habuit. Vsufructuarius autem non habet: Ergo illam acquirit à testatore: Cui dubium quin acquirat? sed inde nos colligimus, eum esse legatarium proprietatis, non autem vsusfructus: quoniam vsusfructus naturæ id repugnat. Voluit igitur testator, vt rei proprietas ad legatarium spectaret, & vsusfructus verbo abusus est.

Distinctio verò allata nullum habet firmamentum, sicut adnotauit optimè Menochius loco proximè citato.

CAPVT XLVI.

Si vsusfructus prædij legetur ea conditione adiecta, vt post mortem suam illud legatarius alteri restitueret, an relicta proprietas intelligatur.

DEnique & illud controuertitur. Legauit quis prædij vsumfructum, & à legatario petiit, vt illud post mortem suam alteri restitueret, vtrum intelligatur proprietas relicta. Vide Menochium de Præsumpt. libr. 4. in 2. part. Præsumpt. 133. num. 7. Ego affirmantem sententiam amplector, nisi testator imperitia lapsus, ita dixerit: Quia scilicet putauerit vsumfructum morte non extingui. Moueor authoritate l. vlt. ff. de vsufructu earum rerum quæ vsu consumuntur. Marcianus: Cùm

pecunia a

pecunia erat relicta Titio, ut post mortem legatarij ad Mauium rediret: quanquam adscriptum sit, ut vsum eius Titius haberet: proprietatem tamen ei legatam, & vsus mentionem factam, quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem eius diui Seuerus & Antoninus rescripserunt.

Item authoritate l. Species. ff. de auro & argen. legat. Scæuola. *Species auri & argenti Seia legauit, & ab ea petijt in hac verba: A te Seia peto, vt quicquid tibi specialiter in auro & argento legaui, id cum morieris reddas restituas illi & illis vernis meis: quarum rerum vsusfructus tibi sufficiet, dum viues. Quæsitum est, an vsusfructus argenti & auri solus legataria debeatur? Respondit verbis, quæ proponerentur proprietatem legatam addito onere fideicommissi.*

Excepi casum imperitiæ testatoris, authoritate l. Qui vsusfructus. ff. de vsu & vsufruct. legat. Papinianus: *Qui fructus prædiorum vxori reliquit. post mortem eius prædia cum reditibus ad hæredes suos redire voluit, imperitia lapsus. Nullum fideicommissum dicimus, neque proprietatis, neque fructus ad eos reuerti debere. Etenim reditus futuri non præteriti temporis demonstrari videbantur.*

Contraria sententia eo nititur argumento, quòd verba testatoris vsusfructus legatum, non autem proprietatis significent. Et ideo iniunctum esse videatur onus fructuario, qui bonorum possessionem habuit eam restituendi. Et in legibus allegatis pro sententia, quæ proprietatem legatam videri docet, ita responsum fuisse, quia testator proprietatem legauit: sed quia, vsus, verbum adiecerat, videbatur à priori voluntate recessisse, & responsum est, non recessisse: sed proprietatem legatam videri.

Sed quod ad istam responsionem attinet, ego animaduerto illam non male ad l. Species. ff. de auro & argento leg. accommodari posse, quia testator ibi reuera legauit species auri & argenti: deinde vsusfructus verbo vsus fuit, dicens: *Quarum rerum vsusfructus tibi sufficiet:* & aliquo modo etiam aptari ad l. vlt. ff. de vsufruct. earum rer. dum ibi dicitur: *Cum pecunia erat relicta Titio, &c.* deinde: *Quanquam adscriptum sit, vt eius vsum Titius haberet, &c.*

Sed nihilominus eas leges pro superioris sententiæ firmamento rectè adferri censeo, quia non in eo vim ponunt, quòd prioribus verbis testator proprietatem legasset: id enim facilè negari potuisset propter sequentia verba, quib. vsusfructus relictus erat: sed in eo est fundamentum positum, quod is, cui vtenda & fruenda res relicta erat, eam restituere post mortem suam iussus fuit. Sic enim colligitur vsusfructus mentionem factam, non quia legato solus vsusfructus contineretur: sed quia ad instar fructuarij vti frui donec viueret legatario concederetur. Quia verò post mortẽ suam restituere debebat, etiam proprietatem relictam videri Iuriscõsultus existimauit: quoniam non potest illud onus restituendi conuenire fructuario: Morte enim fructuarij extinguitur vsusfructus, & ideo res statim redit ad proprietatem. Illud illis verbis textus indicatur in d. l. vltima. *Et vsus mentionem factam, quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem eius,* & in d. l. Species illis verbis: *Proprietatem legatam addito onere fideicommissi.*

Quod autem dicitur verbis legari vsumfructum contineri, non inficior. Sed res tota cum omnibus circũstantiis perpendenda est, nempe legatum esse vsumfructum cum onere post mortem restituendi. Hoc onus facit, vt legatario proprietas relicta videatur cum onere fideicõmissi, & vsusfructus videatur a testatore mentio facta, quia res post mortem restituenda erat à legatario, vt dictum est.

Ad extremum, quod subiicitur videri fructuarium hoc in casu iussum restituere post mortem suam eam possessionem, quam adeptus erat, (Est autem possessio naturalis. l. Naturaliter. ff. de acquir. possess.) id, inquam, nihil me mouet; Quia etiam in illis casibus, de quibus loquuntur leges allegatæ, hæc ratio valere posset, & tamen responsum est, legatam videri proprietatem cũ onere fideicommissi. Neque enim intelligi hoc potest, vt is, qui morte omne ius amittit, id restituendi facultatem habere possit. Aliud enim est Iurisconsultis subtiliter res intuentibus, nihil iuris habere post mortem: aliud verò illud, quod habuit, restitui ab eo alteri oportere. Prior species repræsentat morte ius finiri simpliciter, (& id fructuario maximè conuenit) posterior non simpliciter finiri, sed alteri restituendum, quod proprietatio conuenit: Quid enim si is, cui post mortem restituere debet, vel nollet accipere, vel non posset, vel conditione deficeretur? Certè illud maneret apud grauatum & hæredes eius. l. Vna. §. Sin autem aliquid sub conditione. C. de Caducis tollend.

CAPVT XLVII.

De vxore relicta vsufructuaria liberis extantibus atque hæredibus institutis controuersia, vtrum intelligantur tantum ei alimenta relicta?

VSu forensi frequens est ea disputatio, quæ versatur circa vsumfructum vxori relictum omniũ bonorũ, liberis hæredibus institutis: vtrum ad alimenta tãtùm restringatur

Latè verò & copiosè tractatur a Gabrielio lib. 5. comm. concl. tit. de Vsufruct. concl. 2. Mantica de Coniecturis vltimar. volunt. lib. 9. tit. 7. Menoch. de Præsump. lib. 4 in 2 parte, Præsumpt. 139. Simone Præto de interpret. vltim. volunt. lib. 4. Dubitatione 10. nu. 45. cum pluribus sequent. Andr. Geyl. lib. 2. obseru. 144. Ex quorum scriptis nonnullæ tractari possent controuersiæ, sed quoniam eo fundamento nituntur, quod sanè mihi infirmum videtur; Ideo illis posthabitis ipsum illud fundamentum aggrediar, in controuersiam reuocabo, & fortè etiam expugnabo: neque enim tanti Doctorum placita & opiniones facere soleo, vt eas nostris iuris conditoribus præferendas existimem.

Fundamentum, de quo verba facere institui, est in quadam consuetudine positum, cuius Bulgarus mentionem fecit, vt si filij extent, & à patre hæredes instituantur, tunc vsusfructus mulieri relictus ad alimenta tantùm restringatur. Neque enim credendum est, patrem magis consulere voluisse vxori suæ, quàm liberis, atque adeo ipsis auferre vsumfructum omnium bonorum, ne videlicet inopia & fame laborarent, vt in §. Prohibemus. in Auth. de Triente & Semisse. Quod maximè dicendum est, cùm vxor *Domina & vsufructuaria est* relicta, ne testator, qui hæredes filios instituit, id est, dominos esse voluit, statim mutata voluntate eos dominio priuare voluisse existimetur.

Existimo hanc sententiam iuris nostri authoribus non esse consentaneam, atque adeo ea testatoris voluntate verum vsumfructum relictum videri, dominámque censeri relictam vxorem, scilicet quantum ad ius vtendi & fruendi, donec vixerit, excepta tamen filiorum legitima, cuius & proprietas & vsusfructus ad filios spectat. Quod si alicubi consuetudo sit contraria, & ita hoc legatum interpreteretur, vt alimenta duntaxat contineat, tunc seruanda illa erit, quatenus legitimè introducta apparebit. Hoc enim ego contendo illam iuri nostro repugnare. Vtor autem argumento ex ipsa verbi natura & significatione petito nempe *Vsusfructus*, quæ sanè, vt ad alimenta tantum referri debeat, neque ex libris nostris, neque ex aliis animaduerto. Et quidem integer extat titulus de vsufructu mulieri relicto. C. Si secundo nupserit mulier, &c. & agitur de eo etiam in Authent. de Nuptiis. & alibi, & tamen nullibi hæc interpretatio Bulgarina continetur. Et quod me maximè mouet, Imperator Iustinianus in Authent. de Triente & Semisse. §. Prohibemus. eos reprehendit patres, qui vxori rerum suarum vsumfructum relinquunt, quia videntur auferre suis filiis alimenta, & prohibet deinceps relinqui, quia vult legitimæ portionis proprietatem nudam, & vsumfructum ad filios pertinere; quæ sanè reprehensio & querela non erat necessaria, si vsusfructus vxori non deberetur, sed tantùm alimenta. Audiamus verba Iustiniani, vt res clarius demonstretur: *Prohibemus autem, & illud grauiter existens, & habens quidem aliquam legalem occasionem, in duram tamen incidens crudelitatem & amaritudinem.* (Nulla sanè esset crudelitas, amaritudo nulla, si ad alimenta tantum restringatur, vt patet.) *Nouimus enim aliqua testamenta secundùm quæ morientes non paternè, nec vt viros oportebat, sed nimis molliter atque remissè fecerunt institutiones. Vxoribus siquidem omnem dereliquerunt rerum suarum vsumfructum: filiis autem proprietatem nudam.* (Nulla esset opus reprehensione, si ad alimenta tantùm restringatur. Nec dici poterit proprietas nuda filius esse relicta.) *Quamobrem arbitror studium esse huiusmodi testamentis, vxoribus etiam proprietatem adquirere filiis fortè fame peremptis* (Hæc ratio cessat, si de alimentis accipiatur.) *Vnde enim etiam in medio gubernentur, & quotidianum habeant cibum, nihil eis derelicto, vxoris iure forsitan, & irrationabili intercedente, quod eis etiam quotidianum gubernationem arripiat?* (Et hæc ratio etiam nulla est, si recipiatur illa interpretatio.) *Non licebit igitur de cætero vlli omnino filios habenti tale aliquid agere: Sed modis omnibus eis huius legitimæ partis, quam nunc deputauimus, & vsumfructum insuper, & proprietatem relinquere, si vult filiorum non repente fame morientium, sed viuere valentium vocari pater:* Res sanè perspicua est, proinde alia non adiicio, ne in re clara sim nimius; Et sic eam testatoris dispositionem accipio atque interpretor, vt excepta filiorum legitima in reliquis bonis vsusfructus ad vxorem pertineat, ac proinde his repugnantem sententiam ac interpretationem, valere iubeo. Consuetudine, si quæ est in loco, manente in suo robore.

CAPVT XLVIII.

Legatum dotis vel pro dote relictum puellæ certæ ab extraneo, an sit purum, vel conditionale?

NOn videtur mihi admodum difficilis hæc quæstio, licet enim controuersa sit, vt patet ex Mantica de coniecturis vltimar. voluntat. lib. 11. titul. 22. & ex Menochio de Præsumpt. lib. 4. in 2. part. Præsumpt. 146. satis tamen discretè deciditur in l. Titio centum §. Titio genero. ff. de cond. & demonst. Nam cùm Papinianus ibi dicat: *Ante nuptias Titio vel muliere defunctis* (quibus dotis nomine centum dare hæres damnatus erat) *legatum apud hæredem manere*, satis apertè indicauit, non esse

purum eiusmodi legatum, sed sub conditione: quia purum legatum ad hæredes transmittitur, non conditionale, l. Vna. §. Sin autem aliquid. C. de caducis tollend. Idem iuris est in legato, quod sub modo fieri dicitur; etsi enim casu fortuito modus non adimpleatur, legatum tamen debetur. l. Si fundum per fideicommissum. §. 1. alias est l. Si Titio. de leg. 1. l. Pater. §. Tusculanus. de leg. 2.

His accedit text. in § Sed hoc præsenti. in Authen. de Sanctiss. Episcop. ibi: *Si quis fortè sub conditione nuptiarum, siue liberorum, siue dotis causa, siue antenuptialis donationis donauerit siue reliquerit suis liberis, siue a ij cuicunque persona hereditatem, aut ab initio purè relinquens eis, &c.* Quibus verbis apparet, dotis causa relictum, non intelligi purè relictum, sed sub conditione.

Quæ sanè interpretatio ac sententiæ euidenti ratione confirmatur. Nam dos sine matrimonio esse non potest. l. 3. ff. de iure dotium. l. vlt. C. de donat. ante nupt. Ergo vt dotis causa seu nomine pecunia relicta præstetur, matrimonium contrahatur necesse est. Et ideo promissio dotis tacitam conditionem habere dicitur, si nuptiæ sequantur. l. Promittendo. ff. de iure dotium. Stipulationem. l. Dotis. ff. eo. Et ideo scribit Vlpianus: *Si ego Seiæ res dedero, vt ipsa suo nomine in dotem det, efficientur eius, licèt non in dotem sint datæ, sed condictione tenebitur.* l. Si ego. ff. eod.

Primum argumentum contrariæ sententiæ est ex l. Qui filium. ff. Vbi pupillus educari debeat. Iulianus: *Qui filium hæredem instituerat, filiæ dotis nomine, cum in familia nupsisset, ducenta legauerat, nec quicquam præterea, & tutorem ei Sempronium dedit: Is a cognatis & propinquis pupillæ perductus ad magistratus iussus est alimenta pupillæ, & mercedes, vt liberalibus artibus instrueretur, pupillæ nomine præceptoribus dare: pubes factus pupillus puberi iam factæ sorori suæ ducenta legati causa soluit, &c.*

Respondeo, puberem factum filium spontè non quod obligatus esset, soluisse: neque enim antequam nuberet tenebatur soluere, quia sub conditione apertè legauerat, cum scilicet in familia nupsisset, nec ea de re Iurisconsultus ibi respondit, sed obiter, & ad alium finem narrauit filium soluisse; quare nihil ad rem nostram facit.

Secundum argumentum est: quia quoties legati causa commodum respicit legatarij, tunc non inducit conditionem, sed modum. l. Titio centum. §. 1. ff. de cond. & demonst. sed talis est hæc causa, respicit enim puellæ commodum, vt nubere possit. Ergo, &c.

Respondeo, in d. l. Titio centum, §. 1. non probari, quod asseritur, quia Iurisconsultus appellat illam conditionem in: *Titio centum relicta sunt, inquit, ita vt Mæuiam vxorem ducat, quæ vidua est, ducat.* (conditio non remittetur, &c. Propositio tamen illa probari potest ex eadem lege in principio: *Titio, inquit, centum ita, vt fundum emat legata sunt, non esse cogendum Titium cauere, Sextus Cecilius existimat: quoniam ad ipsum duntaxat emolumentum legati rediret, &c.*

Respondeo, legati causam in hac specie nostra non respicere tantùm ipsius legatarij emolumentum, imò verò etiam futuri mariti, imò & reipublicæ, cuius interest mulieres esse dotatas, & nubere. l. 1. ff. sol. matr. Et consequenter argumentum cessat.

Tertium argumentum est, quia dictio *Pro* non importat conditionem, sed causam significat. c. cum olim. de censib. c. in nostra. de iniur. vel denotat modum. l. Lucius. §. Peto. de leg. 2. l. Si quis pro redemptione. C. de donat.

Respondeo, non ex vi dictionis illius conditionem induci in hoc legato dotis, sed ex natura eius, quia dos sine matrimonio esse non potest, vt dictum est, & ideo dos relicta ita debetur, si matrimonium fuerit secutum, quod nihil est aliud, quàm sub conditione deberi ipsius matrimonij futuri.

Quartum argumentum est ex d. l. Titio centum, §. Titio genero. ff. de cond. & demonstr. in illis verbis: *Sed cùm ante nuptias (quia purum legatum est) peti potest, &c.* Quibus verbis patet eiusmodi legatum purum esse.

Respondeo, non eum esse illorum verborum sensum, quod legatum nomine dotis, de quo in principio § fit mentio, purum sit; id enim purum nõ esse, sed sub conditione, satis ex eo probatur, quod text. postea dixit, *ante nuptias Titio vel muliere defunctis legatum apud hæredem manere,* sed sensus est, si legatum sit purum, hoc est, sine mentione dotis & nuptiarũ, tunc cautionem necessariam esse. Itaque in illis verbis non agit Iurisconsultus de ea ipsa specie, de qua in principio agit, sed ponit aliam speciem, cum videlicet legatum purum est, & tunc respondit circa cautionem, vtrum sit necessaria.

CAPVT XLIX.

Si legatur puella sub conditione, si fuerit matrimonio copulata Seio, vtrum legatum debeatur contractis nuptiis, ante copulã carnalem?

Legatum in proposita specie non deberi ante copulam carnalem respondit Baldus in cons. 200. In causa ista considerandum est. libr. 3. quem secutus est Roland. a Valle de lucro dotis, quæst. 108. n. 3. eo argumento, quod testator videatur de matrimonio intellexisse,

quod perfectum & consummatum fuerit, & sic de matrimonio, quod effectum habuit, quod ex carnis coniunctione potissimùm euenit, argumento text. in c. vlt. de conuers. infidelium. ibi: *at ex hoc legitima coniunctio maris & fœmina magis matrimonium, quam patrimonium nuncupetur.*

Cæterum contrarium respondit Vlpianus in l. Cum fuerit. 2. ff. de cond. & demonstr. sic dicens: *Cum fuerit sub hac conditione legatum; si in familia nupsisset, videtur impleta conditio statim, atque ducta est uxor, quamuis nondum in cubiculum mariti venerit: Nuptias enim non concubitus sed consensus facit.*

Sed dices, non hæc est species Baldi, quia testator aliis verbis vsus est in specie Baldi, nempe *si per matrimonium copulabitur Seio.* Sed quid aliud est per matrimoniū copulari, quam nubere, matrimonium inire, contrahere cum Seio? Itaque summa ratione Baldi responsum improbatum est a multis quos Menochius refert, & sequitur de Præsumpt. lib. 4. in 2. part. Præsumpt. 148. n. 9. & seq. nisi apparuerit eam fuisse mentem testatoris, vt matrimonium concubitu etiam consummatum esset.

CAPVT L.

In legato vsusfructus habeátne locum ius accrescendi inter coniunctos verbis tantum?

SI Titio & Mæuio æquis portionibus vsusfructus legetur, iuri accrescendi inter eos locum non esse existimo, authoritate nixus Papiniani in l. pen. ff. de vsufruct. accresc. *Cum singulis ab hæredibus singulis eiusdem rei vsusfructus legatur, fructuarij separati videntur non minus, quàm si æquis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset: vnde fit, vt inter eos ius adcrescendi non sit.* Hactenus ille. Rationem hanc adfert Duarenus lib. 1. de iure accresc. c. 10. in fin. quia cum vnaquæque vsusfructus pars hæreat personæ, cui adscripta est à testatore, deficiente persona finitur, & ad proprietatem redit. §. Finitur. in Institut. de Vsufruct.

Atque ita responderunt præter Duarenum loco annotato, Petrus Besatius ad l. Re coniuncti. de leg. 3. n. 33. Crottus ibid. nu. 44. Politus n. 46. Ripa n. 69. Vasquius de successionum creatione. lib. 1. § 10 n. 128.

Sed contrarium responderunt multi alij, quos illi referunt, quibus accedant & alij, quos refert & sequitur Menochius de Præsumpt. lib. 4. in 2. parte. Præsump. 159. n. 7. Fundamentum ponunt in l. 1. ff. de vsufruct. accrescendo. Vlpianus: *Quoties vsusfructus legatus est, inter fructuarios est ius adcrescendi, si coniunctim sit vsusfructus relictus: Cæterùm si separatim vnicuique partis rei vsusfructus sit relictus sine dubio ius adcrescendi cessat.*

Si locus est iuri accrescendi, quoties coniunctim vsusfructus legatus est, igitur inter eos locus erit, qui verbis coniuncti sunt. Respondeo, Vlpiani verba esse accipienda de coniunctis re & verbis, aut re tantum, cum scilicet totus vsusfructus singulis relictus est, partes autem concursu fiunt. Interpretationem istam probo primò ex l. Coniunctim. de leg. 3. *Coniunctim hæredes institui aut coniunctim legari* (inquit Celsus) *hoc est, totam hæreditatem, & tota legata esse singulis data, partes autem concursu fieri.* Secundò ex eodem Vlpiano in l. 4. ff. eo. tit. illis verbis: *Toties ius adcrescendi esse, quoties in duobus qui in solidum habuerunt, concursu diuisus est.* Hoc autem accidit inter eos, qui re & verbis, aut re tantùm sunt coniuncti; non autem inter eos, qui verbis tantùm.

Rursus probo ex d. l. pen. vbi disertè Papinianus indicat, non esse locum iuri accrescendi inter eos, quibus vsusfructus æquis portionibus est relictus.

Respondet Menochius post Ripam: hoc modo: *Cæterùm respondet Ripa in d. l. Re coniuncti. n. 68 ibi: nullo modo fuisse coniunctos: non verbis, quia erant separatim vocati. Non etiam re; quia partes censentur ab initio factæ pro portionibus ipsis hæreditariis ipsorum hæredum, à quibus erat relictum, iuxta l. Cui fundus. ff. de cond. & demonstr.* Hactenus ille.

Hæc responsio mihi non probatur, quia textus loquitur de his, qui verbis sunt coniuncti. Sic enim ait: *Non minus, quàm si æquis portionibus duobus eiusdē rei fructus legatus fuisset.* Illi autem dicuntur verbis coniuncti, vt notum est, inter quos ius accrescendi locum habere in vsufructu manifestè Papinianus indicat; & huic coniunctioni illam æquiparat, de quo nominatim quærebatur, cum videlicet singulis ab hæredibus singulis eiusdem rei vsusfructus legatur. Nam quia relictus censetur pro portionibus hæreditariis singulorum hæredum, ideirco ait ius accrescendi cessare, quia fructuarij separati sunt non minus quàm si æquis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus esset: tunc enim quilibet diuersam ac separatam portionem haberet, siue in oratione separata relinquatur, siue in eadem oratione, vt patet.

CAPVT LI.

Si tutori vel administratori legetur: quicquid apparebit eum debere ob tutelam, vel aliam administrationem, vtrum eo legato comprehendatur etiam id, quod debet ex dolosa administratione?

Vlpianus

Vlpianus: *Si quis rationes exigere vetetur (vt eſt ſæpiſſimè reſcriptum) non impeditur reliquas exigere, quas quis ipſe reliquauit, et ſi quid dolo fecerit, qui ratione geſſit. Quod ſi quis & hæc velit remittere, ita debet legare: Damnas eſto hæres meus quicquid ab eo exegerit hac vel illa ratione, id ei reſtituere, vel actionem ei remittere.* l. Si quis. 19. ff. de lib. legata.

Iulianus: *Quidam decedens filijs ſuis dederat tutores, & adiecerat, eóſque alogiſtas eſſe volo. Et ait Iulianus, tutores, niſi bonam fidem in administratione præſtiterint, damnari debere, quãuis teſtamento comprehenſum ſit, vt alogiſtæ eſſent: nec eo nomine ex cauſa fideicõmiſſi quicquã conſequi debebunt, vt ait Iulianus. Et eſt vera iſta ſententia. Nemo enim ius publicum remittere poteſt huiuſmodi cautionibus, aut mutare formam antiquitus conſtitutam: Damnum verò quodcunque ex tutela quis ſenſerit, & legari, & per fideicommiſſum ei relinqui poteſt.* l. Quidam decedens. ff. de adm. tutor.

Harum legum authoritate controuerſia oritur; an tutor, ſeu alius adminiſtrator ex doloſa adminiſtratione poſſit conueniri, quoties ei legatum quicquid ex adminiſtratione futura eũ debere conſtiterit. Authores diligenter cõmemorat Menochius de Præſumpt. lib. 4. 2. parte. Præſumpt. 164. num. 7. & 8. Et qui affirmant adminiſtratorem nihilominus teneri, primam partem dictarum legum perpendũt, qua cauetur dolum futurum remitti nõ poſſe tutori ſeu adminiſtratori, ne ſcilicet occaſio delinquendi præbeatur.

Qui verò negant, adminiſtratorem teneri & conueniri poſſe, verba poſteriora conſiderant, quibus dicitur legari poſſe damnũ, quod ex tutela quis ſenſerit, vel damnari hæredem poſſe ad reſtituendum id, quod *hac vel illa ratione* (ſcilicet doloſam adminiſtrationem) exegerit, aut ad actionem remittendam adminiſtratori.

Sed hoc poſtremum argumentum nullius mihi videtur eſſe momenti, quia exiſtimo in vtraque lege Iuriſconſultum loqui de legato eius, quod debetur ex præterita adminiſtratione, nõ ex futura, vt ea ſit ſententia, non poſſe quidem ita tutorem à rationibus liberari, vt nõ teneatur ſi dolo egerit, & bonam fidem in adminiſtratione nõ præſtiterit, ſed tamẽ poſſe ei damnum legari, vel per fideicommiſſum relinqui, quod iam quis ſenſit, ex adminiſtratione facta: vel, ſi aliquid exactum ab eo eſt, eã ob cauſam, vt reſtituatur, mandari, aut etiam actionem ipſam in teſtamento remitti. Dolus enim præteritus remitti poteſt, non autem futurus. l. Si vnus. §. Pacta. ff. de Pactis.

Vt inquam, huius ſim ſententiæ, duo faciunt argumenta. Primum eſt, quia Iuriſconſultus dicit in d. l. Quidam decedens: *neminem ius publicum remittere poſſe huiuſmodi cautionibus:* Videretur autem remittere poſſe, ſi tutores liberare poſſet ab omni ratione adminiſtrationis etiam non bona fide geſtæ, quia occaſio delinquendi præberetur. Sed eadem occaſio delinquendi præberetur, atque adeò ius publicum læderetur, ſi legari poſſet futuro adminiſtratori, quicquid ex mala & doloſa adminiſtratione deberet: ſic enim eſſet idem ac ſi a dolo futuro liberatus eſſet, atque ab omni ratione adminiſtrationis, licet dolo factæ. Ergo non poſſunt dictæ leges intelligi de legato eius, quod debetur ex futura adminiſtratione, ſed intelligi debent de eo, quod debetur ex præterita adminiſtratione.

Alterum eſt argumentum ex l. iuriſgentiũ. §. Si paciſcar. ff. de Pactis. in illis verbis: *Et generaliter quoties pactum à iure communi remotum eſt: ſeruari hoc non oportet, nec legatum, nec iuſiurandum de hoc adactum, ne quis agat, ſeruandum.* Sic enim habent omnes Codices, & hanc lectionem retinendam eſſe probat Cuiacius lib. 1. obſeru. c. 24.

Si igitur legatum non valet, contra ius commune, veluti, ne quis furti agat, vel iniuriarũ, ſi fecerit: nõ valebit etiam legatum, de quo agitur, ne quis agat aduerſus tutorem neq; ab eo quidquam exigat, etiam ſi dolo fecerit. Id enim eſt contra ius commune, vt patet.

Atque eò pertinent hæc argumenta, vt demonſtretur legatum, ſi fiat in eum modum, non valere. Sed in propoſita ſpecie illud etiam amplius accedit argumentum, quòd generali oratione illa teſtatoris non videtur dolus adminiſtratoris includi, argumento l. Creditor. §. Lucius. ff. mandati. & l. Si pater. ff. quæ in fraudem credit.

CAPVT LII.

Si teſtator ita dixerit, lego Sempronio, quod Caio legaui, vtrum videatur Caio adimere legatum?

CElebris eſt controuerſia inter Bartolum & Dynũ; de qua poſt veteres Interpretes in l. Re coniuncti. de leg. 3. nouiſſimè diſputant prolixè accuratéque Mantica de coniecturis vltimar. volunt. lib. 12, tit. 4. Menoch. de Præſumpt. lib. 4. in 2. parte. Præſumpt. 173. nu. 9. Si teſtator ita dixerit: *quod Caio legaui Sempronio lego.* vtrum videatur Caio legatum adimere: an verò ſimul ad illud inuitare Caium & Sempronium, eóſque ſaltem coniungere in eandem rem legatam, vt fic vnuſquiſque concurſu partem dimidiam cõſequatur. Affirmat Bartolus coniungi, non autem

adimi legatum Caio. Negat Dynus, & docet legatum prorſus Caio adimi, atq; in Sempronium transferri. Vterq; magni nominis interpres multos habet adſtipulatores tam veteres, quàm recentiores. Ego me Dyno ſuffragatorem paro, a quo ſtare Caium Iuſtinianúmque animaduerti. Gaius in l. 5. ff. de adimen. legat. *Sicut adimi legatum poteſt, ita & ad alium transferri: veluti hoc modo Quod Titio legaui, id Seio do lego. Quæ res in perſonam Titij tacitam ademptionem continet.*

Iuſtinianus de adempt. legator. in Inſtit. *Transferri quoque legatum ab alio ad alium poteſt, veluti ſi quis ita dixerit: Hominem Stichum, quem Titio legaui, Seio do lego: ſiue in eodem teſtamento, ſiue in Codicillis hoc fecerit: quo caſu ſimul & Titio adimi videtur, & Seio dari.*

His teſtimoniis quid clarius, firmius, illuſtrius? Mitto nugas recenſere, quę pro reſponſione adferuntur. Refelluntur a Menochio nullo negocio, nec ſunt relatu dignæ.

Pro ſententia Bartoli adfertur primò l. Si plurib. de legatis 1. in illis verbis: *Quod ſi ſeparatim, ſi quidem euidentiſſimè apparuit ademptione à priore legatario facta, ad ſecundum legatarium teſtatorem conuolaſſe, ſolum poſteriorem ad legatum peruenire placet: Sin autem hoc minimè apparere poteſt, pro virili portione ad legatum omnes venire:* ſcilicet, &c.

Reſpondeo, in ſpecie nobis propoſita euidentiſſimè apparere, ademptione a priore legatario facta ad ſecundum legatarium teſtatorem conuolaſſe. Atteſtatur id Caius & Iuſtinianus, dum aiunt: *Simul & Titio adimi, & Seio dari, & in perſonam Titij* (prioris legatarij) *tacitam ademptionem continere.*

Secūdò adferuntur textus in l. Quod ſi alij. ff. de adimen. legatis. Vlpianus: *Quod ſi alij legetur ſub conditione, quod alij purè legatum eſt, non planè receſſum videtur à primo: ſed ita demum, ſi conditio ſequentis extiterit.*

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Nā cùm vni legatur ſub conditione id, quod alteri purè legatum eſt, in vtroque legatum conſiſtit: quia niſi conditio eueniat, non videtur priori legatario ademptum. Quod ſi conditio extiterit, ademptum videtur. Ergo idem, quando nulla cōditio adiicitur; & ſic quod vni purè legatur alteri ſimiliter purè legatur, tunc enim priori videtur ademptum.

Tertiò adfertur textus in §. Si eadem. Inſt. de legatis: *Si eadem*, inquit, *res duobus legata ſit, ſiue coniunctim, ſiue diſiunctim, ſi ambo perueniant ad legatum, ſcinditur inter eos legatum: ſi alter deficiat, quia aut ſpreuerit legatum aut viuo teſtatore deceſſerit, vel alio quoque modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Coniunctim autem legatur, veluti ſi quis dicat: Titio & Seio hominem Stichum do lego. Diſiunctim ita: Titio hominem Stichum do lego. Seio hominem Stichum do lego.*

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Aliud enim eſt dicere: *Titio hominem Stichum do lego. Seio hominem Stichum do lego.* Aliud verò, quod Titio legaui Caio lego, ſiue Stichum, quem Titio legaui, Seio lego. Priore caſu dicuntur eſſe re coniuncti legatarij, & ambo ad ſolidum vocati, & ſic concurſu partes faciunt: Poſteriori autem non ſunt coniuncti, ſed tacitè vni ademptum legatum, eſt in alterum translatum.

Quartò adfertur l. Iulianus, ff. de hæred. inſtit. Vlpianus: *Iulianus quoque libro 30. refert: ſi quis ita hæredes ſcripſerit, Titius ex parte dimidia hæres eſto. Seius ex parte dimidia: Ex qua parte Seium inſtitui, ex eadem parte Sempronius hæres eſto. dubitari poſſe, verum in tres ſemiſſes diuidere voluerit hæreditatem, an verò in vnum ſemiſſem Seium & Sempronium coniungere, quod eſt verius: & ideo coniunctim eos videri inſtitutos: ſic fiet vt Titius ſemiſſem, hi duo quadrantes ferant.*

Reſpondeo, hęc eſſe diſſimilia. Nam cùm dicit teſtator: *quod Titio legaui, Caio do lego.* verba referuntur ad rem ipſam legatam, quæ ſecundum communem vſum loquēdi ademptionem ſignificant. At cùm dicit: *Ex qua parte Seium inſtitui, ex eadem parte Caius hæres eſto,* verba referuntur ad partis aſſignationem: Vult enim teſtator ambos eſſe hęredes, vt ſcilicet concurrant ſinguli pro dimidia. Atque idem eſſet dicendum, ſi teſtator diceret. *Titio dimidiam lego, quam partem Seio legaui.* hic enim concurrerent, cùm verba referantur ad partis aſſignationem. quæ reſponſio eſt Duareni in d. l. Si pluribus. de leg. 1.

CAPVT LIII.

Ad interpretationem Nouellæ Iuſtiniani de reſtitutionibus.

CVm quis rogatus eſt per fideicommiſſum reſtituere; quicquid ex hæreditate ſupererit, poteſtatem habet bona fide, non autem animo inuertendi fideicommiſſum, omnia alienandi, ſi prudentum reſponſa ſpectentur. l. Titius. ff. ad Trebell. Cæterùm à Iuſtiniano in Nouella de Reſtitutionibus aliter eſt conſtitutum. Sic enim ſtatuit, vt quartam partem hæres grauatus fideicommiſſario reſtituere teneatur, reliquo autem dodrante, [illegible] voluerit, vti poſſit. Sed controuerſia eſt; quomodo id accipiendum ſit, vtrum dodrantem [illegible] abſq. vlla cauſa alienare poſſit. Aliquibus enim viſum eſt interpretibus poſſe, aliquibus

aliquibus nō poſſe: aliis diſtinguendū, verum alienatio dolo fiat, ſcilicet cauſa euertendi fideicommiſſum, & id conſtet, & tunc nō valeat: an verò dubium id ſit, nec appareat facta fuiſſe alienationem cauſa euertendi fideicommiſſum, & tunc valeat, & promiſſa ſit. Vide Menochium in conſil. 334. num. 60. lib. 4. & de Præſumpt. lib. 4. in 2. part. Præſumpt. 183. num. 1.

Ego verò omnem hanc diſputationem definiti a Iuſtiniano ſatis diſertè in eadem Nouelli affirmare non dubio. Sic enim ait: *Sancimus vſque ad Falcidiam ſolùm ſua inſtitutionis neceſſitatem habere ſeruare eum, qui oneratus eſt fideicommiſſi reſtitutione: & nō poſſe aliquid penitus ex illa minuere ſufficiens exiſtens: ſed hæredi quidem ſuperſint tres partes, illi autē quarta ſolius relinquatur ratio. Non enim concedimus ei qui grauatus eſt etiam donationibus vti aliquibus, & forſitan ex ſtudio, quod Papinianus dicebat interuertendi fideicommiſſi cauſa, vt etiam quarta minuatur inſtitutionis eius. ſed hoc omnino relinquere fideicommiſſum aliis omnibus in eius poſitis poteſtate, & licentiam habere cum iis, ſicut voluerit vti quemadmodum perfectis dominis competit.*

His verbis Iuſtinianus mandat quartā partem integram reſtitui fideicōmiſſario, prohibétque eam minui, vel donationibus, vel aliis cauſis, præſertim ex ſtudio euertendi fideicōmiſſum. Deinde reliquas tres partes hæredi grauato liberè aſſignat: vt ſicut voluerit, eis vti poſſit, tanquam perfectus dominus. Igitur donare poſſit tres illas partes grauatus hæres, eiſque vti, ſicut voluerit, etiam animo ſeu ſtudio fideicommiſſum interuertendi. Hoc enim diſcrimen eſt conſtitutum ab Imperatore inter ipſam quartam fideicommiſſario reſtituendam ac reſeruandam, & cæteras partes, vt illa minui non poſſit donationibus, vel aliis modis ſtudio euertendi fideicommiſſum, cæteræ autem partes poſſint. Itaque non de ſingulis verbis diſputare oportet, ſed tota orationis ſeries contemplanda eſt illius conſtitutionis: ſic enim apparebit controuerſiā iſtam planè definitam eſſe. Atque ita mihi videtur.

CAPVT LIV.

Si teſtator legauerit puellæ, ſi nupſerit mille, ſin autem monaſteriū fuerit ingreſſa, ducenta an ſi monaſterium ingreſſa fuerit, mille conſequi valeat?

ANtiqua & peruulgata hæc eſt cōtrouerſia. Si teſtator puellæ, ſi nupſerit, mille legauerit, ſi autem monaſterium ingrediatur ducēta: vtrum, ſi monaſterium ingreſſa fuerit, mille poſſit conſequi. Affirmant Bartol. ad l. 2. ff. de his, quæ pœnæ nomi. Negat Bald. in Authent. Niſi rogati. C. ad Trebellian. Alios vtriuſque ſententiæ ſectatores collegit Antonius Gabrielius libro quarto, commun. concl. tit. de legatis, conclus. 2. Negantis ſententiæ fundamentum eſt in voluntate clara teſtatoris. Affirmantis illud eſt, ne puella à voto religionis & vitæ contemplatiuæ remoueatur, argumentō textus in §. Sed hoc præſenti. in Auth. ſanctiſ. Epiſco. Reſpondent contrariæ ſententiæ authores illud argumentum locum habere, quoties teſtator nihil puellæ legat, ſi monaſterium ingrediatur: tunc enim, etſi ſub conditione nuptiarum, vel dotis cauſa leget nihilominus legatum debetur, etſi non nubat, ſed monaſterium ingrediatur, vt conſtituit Imperator Iuſtinianus in d. §. Sed & hoc præſenti. Cæterum in præſenti ſpecie teſtator legat puellæ ducenta, ſi monaſterium ingrediatur, quare & voluntas teſtatoris eſt certa, & ſimul declaratur, quid & quantum puellæ debeatur, ſi monaſterium ingredi velit: quam ſpeciem Imperator non attingit in dicta conſtitutione. Reſponderi poſſet, ſi cùm nihil eſt legatum puellę monaſterium ingredienti, totum habere debet, quod ſub conditione nuptiarum ei eſt relictum, vt in ea cōſtitutione cauetur. Ergo, ſi aliquid ſit ei relictum, multò magis illud petere, & præterea ſupplemētum vſque ad quantitatem ſub conditione nuptiarum relictam conſequi debebit. Nō videtur enim eſſe ratio differentiæ. Imò maior ratio pro legatario. Sed noſtrum non eſt officium, ita leges interpretatione extendere, vt ſpeciem diſſimilem contineant. Eſt enim hoc nouam potius legem condere. Diuerſitatis ratio illa eſt, quod in propoſita ſpecie puella peteret repugnante teſtatoris voluntate duplicem ob cauſam: prima, quia mille legauit, ſi nuberet. Secūda, quia ducēta legauit, ſi monaſterium ingrederetur. Quod verò Iuſtinianus ſtatuit, in eo duntaxat teſtantis voluntatem offendit, quòd nuptiarū conditioni non ſatisfacit. Sed religionis fauor & caſtitatis meritò facit, vt inſuper haberi conditio debeat.

CAPVT LV.

Ad l. Filia legatorum. C. de legatis. diſcutitur controuerſia inter Oldradum & Dynum de patre, qui filia ſua pro dote legauit CCCC. deinde eam elocauit vineis dote conſtituta & numerata ducentorum aureorum, vtrum filia reſiduum ex legato petere poſſit.

IMperator Alexander in l. 21. C. de legatis: *Filia legatorum* inquit, *non habet actionem, ſi*

ea, quæ ei in testamento reliquit, viuus pater postea in dotem dedit. Sed vetus est controuersia inter Oldradum & Dynum, pater quadringenta dotis nomine reliquit. Postea viuus ducenta in dotem dedit, vtrum filiæ ad residuum petendum actio competat.

Oldradus competere affirmabat, Dynus id negabat. Bartolus verò distinguebat, vt si pro dote, seu dotis nomine relicta sint in testamēto quadringēnta, tunc residuum petere possit filia: secus si pro ea maritanda pater relinquat, quia si minori quantitate in dote data, matrimonio tradita sit, legati residuum petere non potest. Cæterùm Baldus, Castrensis, Iason, Corneus, & cæteri communiter in commentariis d. l. Filia legatorum. sententiam Oldradi amplexi sunt, sed Dyni sententiam defendit Campegius de dote, parte prima, quæst. 36.

Ego probabiliorem esse puto Oldradi sententiam duab. potissimùm rationibus. Prima, quia fundata est intentio filię in Testamento, in quo legatum continetur, ad quod petendū & consequendum actionem dari palam est: Ergo, si filia egerit, & opponatur exceptio illa: Patrem inter viuos ei dotem dedisse? Et ideo non posse eam petere legatum, replicabit illa se non accepisse à patre totam quantitatem Testamento relictam. Altera est ratio, quia cur legatum peti non possit, si pater ea, quæ legauit viuens in dotem dederit, illud in causa esse intelligitur, quoniam legatum tacitè adeptum videtur ex defuncti patris voluntate. Nam legata ex coniectura voluntatis tacitè adimi possunt. l. 4. ff. de adim. leg. Hæc autē est fortis cōiectura voluntatis, quia pater dedit filiæ id, quod ei legauerat. Ergo, si partē dūtaxat dederit, & non totum, quod testamēto reliquit, deinde non mutato Testamento decedat, certè nec reuocatum pro illa parte, quæ soluta non est, intelligi potest, & magna est coniectura & præsumptio patrem voluisse, vt præter dotem datam residuum quoque, quod legato continetur, filia consequatur.

CAPVT. LVI.

Ad l. Cùm filiofam. de leg. 1. controuersia circa vltimæ partis sententiam.

Papinianus ita scribit in l. 11. de leg. 1. *Cùm filiofamilias, vel seruo alieno legatum, vel hæreditas datur, fideicommittes patri, vel domino potest, ac tum demùm ex persona ipsorum fideicommissum vires capit, cum ipsis, per quos commodum hæreditatis vel legati, patri, dominóve quæritur, fideicommissum hæreditatis relinquitur. Denique Iulianus non insubtili ratione motus, patrem, cuius filius hæres institutus esset, extero quidem, habita ratione legis Falcidiæ, restituere hæreditatem respondit, quoniam ex persona filij teneretur: ipsi verò filio non admissa Falcidia: quia ex persona sua sibi filius obligari non posset, ac pater non vt hæres, sed pater rogari videretur. Et ideo, si filio rogatus sit pater post mortem suam, quod ad se peruenit ex legato, vel hæreditate filio relictis, restituere: isque viuo patre decedat, omnino patrem id retenturum: quoniam fideicommissum ex persona patris vires acceperit.*

Posterioris partis sententia admodum obscura videtur, & dubia, quoniam verba textus ex contrario sensu indicant, si extraneo rogatus sit pater restituere, & extraneus interim moriatur, patrem non retenturum fideicommissum, quod falsum est, quia eiusmodi fideicommissum est conditionale, ideóque moriente ante hæredem grauatum eo, cui relinquitur, euanescit, nec transmittitur ad hæredem ipsius, cui relinquitur. l. 4. ff. quando dies legat. cedat. l. Hæres meus. ff. de cond. & demonstr. Consequenter apud ipsum grauatum, à quo relictum est, manet. l. Pater. §. Tusculanus. de leg. 3. l. Iulianus de leg. 2. l. Vna. §. Sin autem sub conditione. C. de cad. tollend. Si dicatur idem esse iuris, cùm extraneo rogatus est pater restituere, illud obstat, quia textus constituere videtur discrimen inter vtramque speciem, quod si nullum sit discrimen prorsus indubitabile fit responsum Iurisconsulti.

Quid Glos. quid Bartolus, & alij in medium attulerint apud Iasonem, qui refert & refellit, legi potest. & qui Pauli Castrensis sententiam secutus est, quam rectè refellit Alciatus lib. 5. Paradox. cap. 14. Vtinam sic ille probabile aliquid dixisset: Sed ita ferè accidit, vt facilius sit aliorum dicta reprehendere, quàm non reprehendenda dicere.

Ego probabilem existimo Iacobi Cuiacij sententiam, eamque amplector lib. 10. obser. cap. 38. cuius summa hæc est: Non idem esse respondendum, cùm extraneo pater restituere rogatus est, & extranē' viuo patre decedit, tunc. n. hæreditas quidem fit caduca, vt cōstat ex legibus suprà citatis. Sed pater eam non retinet, quia transit ad fiscum. Neque enim eo tempore, quo Papinianus respōdit caduca erant sublata, vt postea sublata sunt ex l. Vna C. de Cad. tollend. & ideo ad fiscum pertinebant, vt patet ex Fragmentis Vlpiani tit. 17. Cur autē in eo casu, quo pater extraneo restituere rogatus est in ea specie, de qua Papinianus loquitur, ad fiscū hæreditas tanquam caduca pertineret, & non in altero casu, cùm pater filio restituere rogatus est, illa est ratio, quia cum extraneo restituere rogatus est pater, tunc nō vt pater, sed vt hæres rogatus esse intelligitur: Cùm autē, filio rogatus est restituere,

tuere, intelligitur rogatus, vt pater, non vt hęres. Id patet ex verbis præcedentibus eiusdem legis, ibi: *Extero quidem habita ratione legis Falcidiæ restituere hæreditatem respondit, quoniam ex persona filij teneretur: ipsi vero filio non admissa Falcidia: quia ex persona sua sibi filius obligari non posset, ac pater, non vt hæres sed vt pater, rogari videretur.* Cùm igitur non intelligatur rogatus vt hæres, sed vt pater, si filius viuo patre moriatur, hæreditas ad fiscũ transire non potest, & ideo pater eam retinet. Non transit autem ad fiscum, quia soli hæredi onus caduci irrogatur, non ei, qui non est hæres: & ideo cùm in priori casu, quo extraneo rogatus est restituere, vt hæres intelligatur rogatus, onus caduci locum habet, & fisco hęreditas defertur. Onus autem caduci ad hæredes solos pertinere certum est, quia sic erat constitutum lege Papia, vt fiscus ea vindicaret, quæ apud hæredem remansura erant. Hoc patet, nam si apud alium, quàm hæredem, puto legatarium remansura essent caduca, fiscus ea vindicare non poterat, sed legatarius ea retinebat. l. Iulian. de leg. 2. Sic igitur & quæ apud patrem, non vt hæredem, remansura essent, fiscus vindicare non poterat. Erat enim odiosa lex illa, adeóque Iurisconsultis displicebat, vt interpretationibus suis, quoad eius fieri posset, eam semper coercerent, & contra fiscum facilè responderent, si vel minima subesset dubitandi materia, vt patet ex l. Intercidit. ff. de cond. & demonstr. l. Quęret. ff. de verb. signif. l. vlt. ff. de his quibus vt indig. l. Diui. §. vlt. ff. de iure codicill. l. 1. ff. de auro & argent. leg. & testatur Iustinianus in d. l. Vna. post principium. C. de caduc. tollend. Quare & in ea specie, qua pater non vt hæres rogatus videri poterat restituere, meritò eum hæreditatem vel legatum retenturum respondit Papinianus, quod sanè in altero casu locum habere non poterat, quo pater, vt hæres restituere tenebatur. Nullus enim iustus color, ac prætextus erat fiscum excludendi: & ideo nec pater retinere eo in casu caducam hæreditatem potuisset, quæ ratio effecit, vt de eo tantum casu loqueretur Papinianus, quo filio pater restituere rogatus esset.

CAPVT LVII.

Innocentij III. Pontificis Maximi responsum in c. Cùm tibi. de Testam. sitne iuris Ciuilis regulis consentaneum?

INnocentius III. Pontifex Maximus scribit in hæc verba: *Cùm tibi de benignitate.* Et infrà: *In secunda quæstione dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus.*

Controuersia est, vtrum hoc responsum sit iuri Ciuili consentaneum, & dubitationem facit, quod secundùm iuris ciuilis regulas testamentorum iura per se firma esse oportet, non ex alieno arbitrio pendere. l. Illa institutio. ff. de hæred. instit. Non placet Glossæ interpretatio, aliud esse iure Ciuili constitutum, aliud ex canonum æquitate, quia quoties Summus Pontifex à iuris Ciuilis rigore recedit, id prolixè & disertè solitus est exprimere. Alij dixerunt Innocentium loqui, quando in alterius voluntatem non confertur principalis testamenti dispositio, sed tantùm alteri committitur electio hæredis incerti ex certis. Non rectè, tum quia id iure ciuili permissum esse non satis probatur, tum quia Innocentius disertè loquitur de eo, qui extremam voluntatẽ simpliciter & absolutè committit in alterius dispositionem, non autem de eo, qui tantùm committit electionem. Illa nec mihi placet interpretatio, quæ communiter recepta est, vt declarat Couuar. in relectione illius Capituli, Innocentium loqui de eo, qui suam vltimam voluntatem alterius dispositioni committit, vt scilicet ad pias causas bona sua distribuat. argumento l. Nulli. & l. Si quis ad declinandam. C. de Episcop. & Clericis.

Nam Innocentius loquitur eo in casu, quo is, qui in alterius dispositionem suam committit vltimam voluntatem, nihil per se prorsus ordinat, vel determinat quid, cui loco, vel personę conferri debeat. Id patet ex integra ipsius Innocentij epistola, quæ habetur lib. 3. epistolar. eius, epist 38. Antisidorensi Episcopo, cuius verba hæc sunt: *Cùm tibi de benignitate sedis Apostolicæ sit indultum, quod ordinatio rerum clericorum ab intestato decedentium liberè in tua potestate ac dispositione permaneat, volens omnem materiam scandali semouere, quod aliquando inter te, & tuos Canonicos est subortum, super duobus nos consulere voluisti. Primò, an appellatio vocabuli Clericorum, tam ad Canonicos, quàm ad non Canonicos extendatur. Secundò, an illi, qui in dispositione & voluntate alterius suam committunt vltimam volũtatem, nihil per se penitus ordinantes, nec determinantes quid, cui loco, vel persona conferri debeat, dicantur decedere intestati: Prima igitur Consultationi tua duximus respondendum, quod appellatio Clericorum non solum alios, sed etiam Canonicos comprehẽdat: In secundo verò dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus.*

Prior pars epistolæ continetur in c. Cum tibi. de verb. signi. Ex qua interpretari debemus & posteriorem, vt nimirum intestatus nõ dicatur is decedere, qui suam vltimam voluntatem in alterius dispositionem cõmittit, quan-

tum ad effectum, de quo ibi quæritur, nempe ad hoc, vt ceſſet indultum Epiſcopo priuilegium de reb. Clericor. diſponendi, qui ab inteſtato decedunt. Nam cùm Clericus decedens alterius arbitrio ſuam vltimam volunt. committit, ſatis dicitur teſtari ac declarare, ſe nolle, vt ea poteſtas ſit penes Epiſcopum, verùm penes alium, cuius prudentiæ & arbitrio totum committit. Huius in arbitrium alterius commiſſionis circa legata, textum habemus in l. 1. de leg. 2. in l. Fideicommiſſ. 46. de fideicommiſſ. liber. Circa verò diſtributionem in pios vſus textum in l. Si quis ad declinandam. C. de Epiſcop. & Cleric. Vt minimè mirandum ſit, ſi & in ea ſpecie admittatur ad excludendum Epiſcopum. Non igitur illud erit propriè teſtamentum, non codicillus, ſed mētis teſtatio & declaratio morientis, cui rerum ſuarum diſpoſitionem mandarit, vt proinde non dicatur eſſe inteſtatus, ita vt ius diſponendi ad Epiſcopum pertineat.

CAPVT LVIII.

An legatum conferri in alienam voluntatem poſſit?

TRia ſunt hac de re certa & explorata: Vnum autem dubium & cōtrouerſum eſt. Primò certum eſt legatum conferri poſſe in voluntatem legatarij. l. ſi ita expreſſum. ff. de cond. & demonſt. l. ſi ita. §. Illi ſi volet. de leg. 1. Secundò certum eſt conferri non poſſe in liberam hæredis voluntatem. l. ſenatus. §. Legatum. de leg. 1. Tertiò conferri poſſe in hæredis voluntatem, ſi non libera ſit, ſed quaſi boni viri arbitrium accipiatur. l. fideicommiſſaria. 46. ff. de fideicommiſſ. liber. Illud autem dubium & controuerſum eſt, vtrum in voluntatem extranei conferri poſſit. Nam pugnare videtur l. Nonnunquam. ff. de cond. & demonſt. cum l. 1. de leg. 2. Modeſtinus ſcribit in d. l. Nonnunquam. *Non poſſe vtiliter his verbis legari: Si Mæuius voluerit, Titio decem dato. Nam in alienam voluntatem conferri legatum non poteſt, licet vtiliter ita legari poſſit, Titio decem do lego ſi Mæuius Capitolium aſcenderit, quamuis in arbitrio Titij ſit, an Capitolium aſcendat, & velit efficere, vt Titio legatum debeatur.* At contra Vlpianus in d. l. 1. *In arbitrio alterius conferri legatum veluti conditio poteſt. quid enim intereſt: Si Titius in Capitolium aſcenderit mihi legetur, an ſi voluerit?* Idem Vlpianus in d. l. Fideicommiſſaria. 46. ff. de fideicommiſſ. libert. *Sed ſi ita adſcriptum ſit*, inquit, *ſi Seius voluerit Stichum liberum eſſe volo. Mihi videtur poſſe dici valere libertatem: quia conditio potius eſt, quemadmodum ſi mihi legatum eſſet, ſi Titius Capitolium aſcenderit.*

Communis eſt interpretum ſententia, legatum poſſe in extranei arbitrium conferri, tanquam boni viri, non autem in liberam voluntatem, ſicuti explicat Couuar. repudiata cuiuſdam Luſitani contraria ſententia in relectione c. Cum tibi num. 7. de Teſtament. Sed non hinc tollitur repugnantia, quæ eſt inter Vlpianum & Modeſtinum, dum iſte negat legatum in alienam voluntatem expreſsè conferri poſſe, tacitè autem veluti, ſi Titius Capitolium aſcenderit, poſſ. Vlpianus autem affirmat conferri poſſe, nec vllum ſtatuit diſcrimen, an dicatur, ſi Titius voluerit, vel ſi Titius in Capitolium aſcenderit. Certè nodus difficillimus eſt adeò, vt hanc eſſe antinomiam inſolubilem dixerit Sarmientus poſt Emanuelem Coſtam, quem refert lib. 1. ſelectar. interpretat. c. 6. n. 29 Si quid probabiliter adferri poteſt, id mihi videtur attuliſſe Iacobus Cuiacius [illegible] obſeruat. cap. 2 *Sed omiſſis* inquit *interpretum traditionibus, vt hæc verba, Si Titius voluerit, dupliciter accipiam, inclinat animus. Aut enim his verbis totum teſtator in voluntate Titij poſuit, vt is arbiter, & quaſi dator legati ſit: & hoc fit inutiliter, d. l. Nonnunquam. Aut hæc verba pro conditione accepit, in hunc ſenſum, ſi fortè acciderit aliquando, vt id Titius velit. & hoc non fit inutiliter: Æquè enim valet legatum, atque ſi obſcuriori oratione ſit res collocata in voluntatem Titij, vt puta, ſi Titius Capitolium aſcenderit, & hoc ita Vlpianus tradit in leg. 1. de leg. 2. In arbitrium*, inquit, *alterius conferri legatum veluti conditio poteſt: quid enim intereſt, ſi Titius Capitolium aſcenderit, mihi legetur, an ſi voluerit, veluti conditio, id eſt, quaſi conditio, ſed malim legere veluti conditionem. Et ex eo quidem loco, quod Vlpianus alibi tradit, legatum in aliena voluntate poni poſſe, ſic accipiendum eſſe reor, vt in aliena voluntate, quaſi conditione legatum poni poſſit. l. Senatus. §. legatum. Nam in l. Fideicommiſſaria. 3. ff. de fideicommiſſar. libert. Idem auctor ideo libertatem ita relictam, ſi Titius voluerit, deberi ait, quod conditio potius ſit, ſcilicet, quàm legati dandi merum arbitrium, & huic conditioni eo etiam loco illam, ſi Titius in Capitolium aſcenderit, parem facit omnimodò.* Hactenus egregiè Cuiacius.

CAPVT LIX.

Legatum an in voluntatem hæredis conferri poſſit? ad interpretationem l. Fideicommiſſaria 46. ff. de Fideicommiſſ. libert.

VLpianus ita ſcribit: *Fideicommiſſaria libertas ita dari poteſt: Hæres ſi volueris, fidei tuæ*

dei tuæ cõmmitto, vt Stichum manumittas, quãuis nihil aliud in testamento potest valere ex nutu hæredis. Et paulò post: *Quod si ita scriptum sit,* inquit, *si hæres voluerit, non valebit: Sed ita demùm: si totum in voluntate fecit hæredis, si ei libuerit. Cæterùm, si arbitrium illi, quasi bono viro, dedit: non dubitabimus, quin libertas debeatur.*

Hic difficultas oritur primò, quia legatum in voluntatem hæredis conferri non potest. l. Senatus. §. Legatum. de leg. 1. Vlpianus autem respondit posse. Secundò, quia postquam Vlpianus respondit posse, quasi mutata sententia respondit non posse, si de libera voluntate intelligatur. Et tamen supra in principio de libera voluntate locutus est, dum dixit: *Hæres si voluerit,* quia innuit ibi nihil aliud valere arbitrio hæredis ita relictum, recepta libertate, consequenter de libera voluntate locutus est, quia constat arbitrio hæredis tanquam viri boni non solùm legatum libertatis, sed & alterius rei valere.

Veteres interpretes dixerunt, Vlpiani verbis posterioribus priora corrigi, quod nequaquam videtur verisimile. Richardus autem de Salyceto dicebat in prioribus verbis Vlpianum loqui de hæredis arbitrio non libero, sed tanquam boni viri, propter illa verba: *Fidei tuæ committo,* sed frustrà, quia non solùm libertas, sed & alia committi possunt hæredis arbitrio tanquam boni viri. l. Si sic. de leg. 1. l. 1. de leg. 2. Et tamen Vlpianus indicat nihil aliud ita relictum, posse valere. Præterea Vlpianus loquitur de ea conditione, si hæres voluerit, simpliciter & absolutè, non autem de illa: *arbitrio tuo, si tibi videbitur,* de quibus postea inferiùs loquitur.

Raphael Cumanus ad l. Illa institutio. ff. de hæred. institut. dicebat fideicommissariam libertatem ita relictam: *si hæres voluerit,* valere, non autem directam. Initio autem legis loquitur Vlpianus de fideicommissaria. Id patet ex illis verbis: *Fidei tuæ committo,* sequentibus autem verbis de directa loquitur libertate relicta. Sed non probatur mihi hæc sententia, vti neque Decio ad l. Captatorias. C. de milit. test. quia nec fideicommissaria libertas debetur, si in liberam hæredis voluntatem conferatur: sed opus est, vt boni viri arbitrio relicta sit. Sic enim subiungit Vlpianus: *Nam & eam libertatem deberi placuit, si tibi videbitur peto manumittas: Ita enim hoc accipiendum, si tibi quasi viro bono videbitur.*

Emmanuel de Acosta lib. 1. Select. interpretat. cap. 22. dicebat, aliud esse valere libertatem: prout principium legis loquitur, aliud libertatẽ deberi, prout inferiùs Vlpianus in ver. Cæterùm. sed refutatur à Sarmiento lib. 2. select. interpret. cap. 6. n. 15. ipse verò Sarmientus docet verba illa: *hæres si voluerit fidei tuæ committo vt Stichum manumittas,* ad boni viri arbitrium fauore libertatis trahenda esse, multisque legibus adductis, probat fauore libertatis interpretationem alio modo fieri, quam aliàs fieri soleat, sed non rectè respondet ad argumentum Decij, quod non id in libertate singulariter constitutum sit, vt valeat legatum arbitrio hæredis commissum, nam & alia etiam legata & fideicommissa simili modo relicta valent. l. Si sic. de leg. 1. cum tamen textus innuat id tantum in libertate locum habere.

Iacobus Cuiacius lib. 1. obseruat. cap. 2. idem ferè dixit, sed elatiùs. *In arbitrium hæredis,* inquit, *quasi boni viri legatum conferri potest. In plenum hæredis arbitrium conferri legatum non potest, vt puta si voluerit: ne sit in eius arbitrio, quem testator obligare cogitat, an sit obligatus: atque ideo hæc etiam verba pro conditione non accipiuntur, nisi fauore libertatis, quemadmodum in initio l. Fideicommissaria. ff. de fideicom. libert. apertè demonstratur. namque si libertas ita relicta fuerit, veluti sub conditione, non eo animo, vt author dandæ libertatis hæres ipse solus existeret, si hæres voluerit, libertas debebitur statim, vt hæres annuerit. Cæterùm ita relictum legatum, si hæres voluerit, nec si post annuerit hæres, debebitur: quoniam inutilis prorsus ea scriptura est. Sub alia conditione licet obscurè, si legatum in hæredis arbitrium conferatur, vt puta, si hæres Capitolium ascenderit, Nisi hæres noluerit, vtilis scriptura est. l. 1. de leg. 2. l. Fideicommissa. Sic fideicommissum. de leg. 3. At nisi fauore libertatis hæc verba, si voluerit, ad hæredem relata per speciem conditionis, nunquam certè defendemus.* Hactenus ille.

Sed, vnum obstare videtur huic sententiæ, quod si specialiter in libertatis legato constitutum est: vt valeat ex nutu hæredis, nempe sub ea conditione *si hæres voluerit,* quæ liberum arbitrium significat, cur postea sequentibus verbis id valere negat Vlp. dicens: *Quod si ita scriptum sit, si hæres voluerit non valebit: sed ita demùm, si totum in voluntate fecit hæredis si ei libuerit. Cæterùm si arbitrium illi, quasi viro bono dedit: non dubitabimus, quin libertas debeatur.*

Ego puto hanc esse sententiam Iurisconsulti, vt libertas sub ea conditione relicta: *si hæres voluerit,* valeat, & hoc libertatis fauore specialiter sit cõstitutum, quasi licèt verba significare videantur liberum & plenum arbitrium hæredis, possunt tamen trahi etiam ad arbitrium boni viri, & licet in aliis legatis & fideicommissis non ea interpretatio fieret, tamẽ libertatis fauore recipitur. Quod verò infra Vlpianus subdit: *Quod si ita scriptum sit: Si hæres voluerit, non valebit,* priori huic sententiæ

non aduersari, propter verba sequentia: *Sed ita demùm si totum in voluntate fecit hæredis.* Ex his enim verbis duo indicat Vlpianus: primùm, illa verba, *si hæres voluerit*, in libertatis fideicommisso trahi posse ad arbitrium boni viri, quia si trahi non possent, non erat opus, vt diceret: Sed ita demùm *si totum in voluntate hæredis fecit.* Alterum est, ita demum non valere libertatis legatum, si ex verbis manifestum erit testatorem totum posuisse in voluntate libera hæredis, puta dicendo: *si libuerit*: Ergo posterius responsum priori non aduersatur, quia in priori dicitur valere fideicommissum sub ea conditione, Si hæres voluerit. In posteriori interpretatio fit hoc modo, vt valeat, nisi totum legatum testator posuerit in plena & libera voluntate hæredis. quod verò subdit textu: *Cæterùm, si arbitrium illi quasi viro bono dedit non dubitabimus, quin libertas debeatur*, id arguit hoc in casu nullam esse difficultatem, quin legatum debeatur. quia debetur etiamsi aliud sit, quam libertas. l. Si sic. de leg. 1. Ergo multò magis libertas. Sed in priore casu cùm dixit, *Si hæres voluerit*, dubitari potest ex eo, quod cætera legata non valent ita relicta. Veruntamen respondit valere legatum libertatis. quia non ita accipienda sint illa verba, vt significent liberam hæredis voluntatem, sed conditionem inducant, & arbitrium boni viri significent: licet hæc interpretatio in aliis legatis non ita facilè reciperetur.

CAPVT LX.

Donare mortis causa possitne mulier, quæ non potest contractum facere absque consensu duorum propinquorum, ita disponente Municipij lege?

HIc subiiciam alias controuersias in materia donationis causa mortis, quæ superioribus commodiùs adiungi potuissent. Prima est: Municipali lege cauetur, vt nullũ contractum mulier facere possit absque consensu duorum propinquorum: Vtrum omissa hac solennitate, donare mortis causa possit? Affirmant Ludouicus Romanus ad l. 2. de leg. 1. Iason ibidem nu. 13. alios duos nempe Alciatum & Socinum citat Tiraquellus de legibus Cõnubialibus. Glo. 5. nu 74. sed non fideliter. debuit enim eos citare in commentariis ad l. 2. ff. de verb. oblig. Citat prӕterea Socinum in aliquibus consiliis, & alios, qui de hoc nihil dicunt. Eandem sententiam secutus est Ruinus ad d. l. n. 43. de leg. 1. Negant verò Ancharanus in cons. 384. Dubium in ista quӕstione. Alex. in l. 2. col. vlt. de leg 1 & in l. 2. vbi etiam Aretinus: ff. de verb. oblig. Ripa ad d. l. 2. de leg. 1. n. 30. & ibid. Socinus & alij, quos commemorat Tiraquellus loco proximè citato nu. 78.

Prioris sententiæ fundamentum est primò, quia donatio causa mortis naturam habet vltimæ voluntatis, non autem contractus inter viuos. l. vlt. C. de donat. caus. mort. ibi: *Omnes effectus sortietur, quos vltimæ habent liberalitates, neq; ex quacunq; parte absimilis esse intelligatur.* Secundò, quia certum est, mulierẽ posse testamentum facere absque solẽnitate statuti: neque enim de testamento loquitur, sed de contractu. l. Verba gesserunt. ff. de verb. sig. ergo multò magis donare poterit mortis causa. Et præsertim, quia eadem est ratio: sicut enim testamentum reuocari potest, ita etiam donatio causa mortis, vt in Institu. de donat. Tertiò, quia minor adultus curatorẽ habens, non potest contractum facere, sine curatoris authoritate. l. Si curatorẽ habens. C. de in integr. resti. minor. & tamen potest testamentum facere. l. Aurelio. §. Caius. ff. de liber. legat. Ergo multò magis etiam poterit mortis causa donare.

Posterioris autem sententiæ fundamentum est, quia donatio causa mortis, dum fit & celebratur, videtur habere naturam contractus inter viuos, non autem vltimæ voluntatis. Nam requirit præsentiam eius, cui donatur. Item traditionem vel stipulationem, seu nudum pactum, vt docent Bartol. Alex. Castr. & alij in d. l. 2. de leg. 1.

Sed mihi prior sententia probabilior videtur. Pro cuius confirmatione considero, statutum esse contrariũ iuri, quo mulier liberè potest absque proximorum præsentia & consensu contractus facere, ideo locum habere debet in contractibus propriè sumptis, non autẽ in donatione causa mortis, quæ re vera non est contractus. Secundo animaduerto, donationem ipsam causa mortis reuocari posse. l. Vbi ita donatur. ff. de donat. caus. mort. Consequenter non viget in ea ratio statuti, quæ viget in contractibus, illa nempe, ne mulier decipiatur, ne lædatur ex cõtractu. Poterit enim donationem reuocare, non sic alium contractum. l. Sicut. C. de act. & oblig.

Respondet Ripa, si donatio à traditione incipiat, mulierem lædi posse, saltem in fructibus, & dicit mori posse antequam se deceptam esse intelligat. (loquitur autem Ripa de minore, sed eadem ratio est in muliere.) Ad primum argumentum respondeb, donationem magis naturam contractus participare, quàm vltimæ voluntatis, saltem quatenus fit, & in esse producitur. Ad secundum argumentum respondet, illud non valere, quia testamentum, & donatio mortis causa differunt. Ad tertium negat minorem adultum donare mortis causa posse.

Replicari potest ad singula. In primis, quod dicit de læsione circa fructus, illã allegari non posse.

posse, quia donatio statim reuocari potest à donatore, antequam fructus percipiantur.

Quòd verò dicit fieri posse, vt moriatur donans ante reuocationē, nihil est, quia satis est reuocari posse quandocumque, si non reuocauerit donator, sibi imputet. Nam fieri etiam potest, vt & contractus sine propinquorum consensu factus, non irritetur, & tamen sit dānosus, & tamen huius rei ratio non habetur. Sufficit enim legi remedium proponere, non etiam, vt quis eo vti velit, sollicita esse debet.

Dum autem instat atque contendit donationem causa mortis, quatenus in esse, vt ipse loquitur, deducitur, participare naturam contractus, loquitur contra l. vlt. C. de donat. caus. mort. ibi, *Neque ex quacunque parte absimilis esse intelligatur.*

Denique quod negat, adultum donare mortis causa posse, perperam negari ostendemus capite sequenti, sicut & perperam negatur illa consequentia: Testamentum facere potest, ergo & donare mortis causa potest: Probatur enim ex l. Cū hic status. §. Si miles. ff. de donat. inter vir. & vxor. *Nam & mortis causa donare poterit*, inquit textus, *cui testari permissum est.*

CAPVT LXI.

Adultus minor 25. annis curatorem habens, possitne mortis causa donare absque eius consensu & authoritate?

QVæstio igitur est controuersa? Vtrum adultus curatorem habens donare possit mortis causa absque consensu & authoritate curatoris. Et donare posse affirmant Baldus in l. 1. ff. de Tutelæ & ratio. distrah. Alexa. in l. Si curatorem habens. C. de integ. restit. min. Iason in l. 2. de leg. 1. Alciatus in l. 2. n. 2. ff. de verb. oblig & alij, quos refert & sequitur Tiraquellus ad l. Si vnquam. in verbo, Donatione largitus. n. 2 53. C. de reuoc. donat. quibus & ipse assentior.

Fundamentū illud est solidum: quia citra omnem controuersiam adultus testamentum facere potest sine consensu curatoris. Tantum enim impuberibus prohibita est testamenti factio. Igitur & donare mortis causa poterit. Hanc consequentiam probat textus in l. Cum hic status. §. Si miles. ff. de donat. inter vir. & vxor. *Nam & mortis causa donare poterit* (inquit textus) *cui testari permissum est.* Et in l. Marcellus. ff. eo tit. & in l. Filiusfam. ad finem. ff. de donat.

Pro contraria sententia allegantur Baldus in c. 1. §. Item sacramenta. nu. 16. de pace iurā. firmand. quatenus ibi dicit, iuramentum requiri in donatione ab adulto facta. Alexā. in l. 2. nu. 15. de leg. 1. & ibid. Ripa nu 11. clarè hanc sententiam amplexus est, licet non bene allegat Baldum in cap. 1. de prohibita feudi alien. per Frider. eandem sententiā secutus est Aretinus in l. Si curatorem habens. n. 3. C. de in integ. restit. min. Allegatur etiam Franciscus Cremensis sing. 118. Hæres minoris. sed mihi videtur potius contrariam sententiam amplecti.

Fundamentum illud est: quoniam iure cautum non reperitur, adultum donare mortis causa posse sine cōsensu curatoris. Nec obstat quod possit testari, quia ratio diuersitatis est inter factionem testamenti & donationem. Primò, quia testamenti factio nō potest ex alieno arbitrio pendere. l. Illa institutio. ff. de hæred. instit. at donatio causa mortis potest, quod patet: nā filiusfamil. donare potest causa mortis patre consentiente. l. Tam is. §. 1. ff. de donat. caus. mort. Secundò, quia testamento hæres instituitur & successor defuncti, quod est fauorabile valde, quæ ratio cessat in donatione mortis causa.

Addit Ripa aliam rationem ex l. Filiusfam. §. Pari ratione. ff. de donat. quatenùs ibi dicitur eadem ratione, qua filiusfam. inter viuos donare prohibetur, prohiberi etiam mortis causa donare. Sic enim argumentatur: Adultus inter viuos donare prohibetur sine consensu curatoris. l. si curatorem habens. C. de in integ. restit. Ergo & donare mortis causa.

Respondeo, quod attinet ad primum, satis cautum esse legibus nostris, adultum donare posse causa mortis, cùm testari possit: & is, qui testari possit, etiam donare mortis causa valeat. Neque enim omnes iuris articuli sigillatim legibus comprehendi potuerunt. l. Non possunt. ff. de legibus.

Ad rationem diuersitatis inter testamentū, & donationem mortis causa respondeo, licet in aliquibus differant, tamen regulam esse firmam, & argumentum regulariter sumi posse, vt qui testari possit, etiam mortis causa donare possit.

Ad rationem Ripæ respondeo, filiumfam. donare nō posse inter viuos, quia permissa ei non est libera peculij administratio: & eadē ratione nec donare mortis causa posse. Hæc est sententia Iurisconsulti in d. l. Filiusfam. §. pari ratione. ff. de donat. Sed non inde generalis regula rectè sumitur. Qui donare inter viuos nō potest, nec mortis causa donare poterit. Adde differentiæ rationem esse inter donationē inter viuos, & mortis causa: illa enim reuocari non potest, hęc autem potest, nec effectum habet, nisi morte donatoris secuta.

CAPVT LXII.

Vtrum vsurarius manifestus, qui testari prohibetur, etiam mortis causa donare prohibeatur ante præstitam cautionem de restituendis vsuris?

VSurarius manifeſtus teſtamentum facere nõn poteſt ante præſtitam cautionem de reſtituendis vſuris. c. Quanquam, de Vſuris. li. 6. Sed controuerſia eſt, an donare mortis cauſa poſſit: Affirmant Baldus in l. Executorem. n. 11. C. de execut. rei iud. & in conſ. 298. lib. 2. Caſtr. in conſil. 60. lib. 1. Imola in l. Tam is. ff. de donation. cauſ. mortis. Decius in conſ. 196. Probus in d. c. Quãquam. n. 15. de Vſuris. li. 6. Eandem ſententiam ſecutus eſt Couuar. in rub. de Teſtam. in 3. parte, n. 11. Niſi donatio in fraudẽ fiat, quod præſumitur, quando eſt omniũ bonorum. Item niſi in teſtamento fiat, quia ſicut teſtamentũ non valet nec valere poteſt mortis cauſa donatio in eo facta: quod tamen non procedit, quoties interponitur ſtipulatio: tũc enim videtur eſſe contractus: quanquam in hoc vltimo contrarium docuerit Ripa in l. 2. n. 9. de leg. 1.

Fundamentum huius ſententiæ eſt, quia donatio cauſa mortis non eſt teſtamentum. Atqui Summus Pontifex in d. c. Quanquam. de teſtamento loquitur, ergo non prohibetur donatio cauſa mortis. Præſertim, quia donatio cauſa mortis videtur potius participare naturam contractus, quam vltimę voluntatis, dum fit, & celebratur iuxta communem diſtinctionem doctorum in l. 2. de leg. 1. de qua per Couuar. in rub. de Teſtam. in 3. parte, & per Gomeſium variar. reſolut. tit. de Contractibus. cap. 13. num. 6.

Sed contrariam ſententiam probabiliorem eſſe iudico, quam amplexi ſunt Gloſ. in dict. c. Quanquam quatenus dixit eam cõſtitutionem procedere, in qualibet vltima voluntate. Conſtat enim donationem cauſa mortis ſpeciem eſſe vltimæ voluntatis. l. vlt. C. donat. cauſ. mort. Bald. in conſ. 294. lib. 2. Lapus allegatione 125. Lauren. de Rodulphis de Vſuris. quæſt. 100. Iohannes de Anania in c. Quia in omnibus. col. 16. de Vſuris. Phili. Francus ad rub. de teſtam. li. 6. n. 54. Socinus ad l. 2. n. 6. de leg. 1. & ibid. Ripa nu. 7. qui ambo non eſſe ab hac ſententia recedendum monent.

Fundamentum eſt primò, quia Pontificis Maximi conſtitutio fauorem animæ concernit, ideo facilè extendi poteſt ac debet. Secundò, quia ſi permiſſa eſſet mortis cauſa donatio, facilè eluderetur ea conſtitutio. Nam vſurarius donaret mortis cauſa omnia ſua bona. Tertiò, quia ſi Vſurarius manifeſtus teſtamẽtum facere nõ poteſt, ſequitur, vt nec codicillos facere poſſit. l. Diui. §. Codicillos. ff. de iure codicillor. nec legata relinquere. Nam is legare poteſt, qui teſtamẽtũ facere poteſt. l. 2. de leg. 1. Conſequenter nec donare mortis cauſa: quod enim iuris eſt in legatis, idẽ & in mortis cauſa donationibus accipiendum eſt, teſte Iuriſcõſulto in l. illud. ff. de donat. cauſa mortis.

Ad argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, negari non poſſe, quin aliud ſit teſtamentum, aliud donatio mortis cauſa, ſed tamen per conſequentiam quandam Summi Pontificis conſtitutio, quæ de teſtamentis loquitur, trahi debet etiam ad mortis cauſa donationem, vt dictum eſt.

Non obſtat, quod dicitur, vbi fraus ſit, donationem infirmari poſſe: quia conſultius eſt fraudis occaſionem euitare. Et cùm hęc interpretatio fiat contra manifeſtos vſurarios, quamuis lata ſit, iuſta tamen videtur ad crimẽ vſurarum compeſcendum, quod ſummo ſtudio in ea conſtitutione conatus eſt Pontifex Maximus efficere.

CAPVT LXIII.

Donatio mortis cauſa poſſitne reuocari ex pœnitentia donatoris abſque hærede decedentis?

EXiſtimo reuocari poſſe. Hæc eſt enim natura donationis cauſa mortis, vt pœnitentia donatoris reuocetur. l. Vbi ita donatur. ff. de mortis cauſ. donat. §. 1. Inſtit. de donat. Nec contrarium eo in caſu, quo donator abſq; hærede deceſſerit, conſtitutum reperitur. Ita docent Iaſon ad l. qui Romæ. §. Flauius, num. 31. ff. de verb. oblig. Decius ad l. Non omnis. col. 3. ff. ſi cert. pet. Ripa in l. 1. de leg. 1. Corneus in conſ. 68. li. 3. Couuar. ad Rub. de Teſtam. part. 3. num. 24.

Contrarium reſ. ponderunt Angelus, Imola, Aretinus, & Alexander, num. 10. in d. §. Flauius. Socinus in l. Non omnes. ff. ſi cert. pet. Marſilius ſing. 63.

Fundamentum eſt in l. 1. ff. Qui ſine manumiſſione ad libert. perueniunt. Paulus: *Si ſeruus venditus eſt, vt intra certum tempus manumittatur, etiamſi ſine hærede deceſſiſſet & venditor & emptor, ſeruo libertas cõpetit. & hoc diuus Marcus reſcripſit. Sed etſi mutauerit voluntatem venditor, nihilominus libertas competit.*

Reſpondeo, nullum verbum hic de donatione cauſa mortis, ſed de libertate agitur, cuius cauſa multa ſunt contra regulas iuris conſtituta.

CAPVT LXIV.

Si filiusfamil. teſtamentum faciat cum conſenſu patris adiecta clauſula codicillari: ſi non valet iure teſtamenti, valeat iure codicillorum, & cuiuſcunque vltimæ voluntatis, vtrum in vim donationis cauſa mortis valere poſſit?

FIliumfam. teſtamentum facere non poſſe, etiam cum conſenſu patris certũ eſt. l. qui in poteſtate. ff. de Teſtam. ſed cõtrouerſia eſt, an ſi fiat patre conſentiente adiecta clauſula codicillari: Si non valet iure teſtamenti, valeat iure

iure Codicillorum, & cuiuscunque ultimæ voluntatis: Vtrum valere possit in vim donationis causa mortis? Constat enim filiumfamil. donare causa mortis posse patre consentiente l. Filiusfamil. §. Pari ratione. ff. de donat.

Equidem non valere authores sunt Specular. in tit. de fide instrumentorum §. Compendiose. vers. Quid si filius. & multi alij, quos refert & sequitur Socinus senior in cons. 112. n. 7. vers. Sed contrariam sententiam. lib. 1. Fundamentum est, quia requiritur patris consensus expressus, vt in d. l. Filiusfamil. §. Pari ratione. ff. de donat. Hic in specie autem expressus non videtur: Ergo non valet donatio.

Cæterum contrariam sententiam, & veriorem, & communiorem esse non dubito, quam amplexi sunt Paulus Castrēsis in l. Qui in potestate. n. 6. ff. de Testam. Alex. in l. Xenium. n. 8. C. qui testamen. facere poss. Clarus alios citans. §. donatio. quæst. 6. versic. Sed quæro, tu scis. Viglius in §. Qui alieno. nu. 10. in Instit. quibus non est permissum facere test. Rolan. à Valle cons. 68. n. 9. lib. 4. Anton. Tessaurus decis. Pedem. 150. n. 12.

Fundamentum est, quia certum est illa verba: *Et cuiuslibet alterius vltima voluntatis*, quæ continentur in Clausula Codicillari, non posse in alia specie vltimæ voluntatis verificari, præterquam in donatione causa mortis, quia testator dixit: *Si non valet iure testamenti, valeat iure Codicillorum*, & cuiuscunque vltimæ voluntatis. Præter testamentum autem & Codicillum est donatio causa mortis, & sic de ea testator intellexit, arg. l. 2. ff. de lib. & posthum. & l. Fundus qui locatus. ff. de fundo instruct.

Quod autem patris consensus hic accedat, ex eo patet, quod nos præsupponere oportet filium patre præsente, aut certe consentiente testamentum facere, in eoque clausulam illam codicillarem adijcere. Non obstat id, quod dicebatur eiusmodi consensum debere esse expressum, & tacitum non sufficere l. Filiusfam. §. Pari ratione. ff. de donat. quia non est hæc sententia textus in d. §. Pari ratione. Sed alia, nimirum patris consensum generalem filio præstitutum, vt donare possit, nō sufficere, sed specialem requiri, vt mortis causa donare possit, quia scilicet consensus ita generalis de donatione inter viuos erit accipiendus. Verba textus hæc sunt: *Sed enim meminisse oportebit, & si cui donare quoque permissum est, nisi specialiter etiam mortis causa donare fuerit permissum, non posse mortis causa donare.*

CAPVT LXV.

Legato Castro cum pertinentiis, an etiam bona particularia & prædia contineantur?

CElebris est controuersia, legato Castro cum pertinentiis, an prædia & similia bona particularia, quæ ibi possidētur à testatore, legato contineantur, qua de re, atque in vniuersum, an concesso Castro, censeantur etiam prædia & alia bona particularia cōcessa, multa extant doctorum responsa, aliis affirmantibus, aliis verò negantibus. Vide Iasolam, Alexand. & Aretinum ad l. 3. ff. de acquir. poss. eundem Alexandrum in cons. 2. ... in fine lib. 3. & in cons. 14. circa finem lib. 7. Aretinum in cons. 15. Baldum & Afflict. & alios in tit. de Capitaneo, qui curiam vendidit. Iasonem in l. vl. ff. de constit. Princip. & in l. Quo minus in 10. quæst. ff. de Flumi. Rui.num in cōs. 45. lib. 1. Soc. iun. in cons. 160. nu. 32. lib. 2. & in cons. 1... cod. lib. Curt. iun. in cons. 158. Alciatum in cōs. 33. nu. 5. in 3. Tomo. Albam in cons. 78. nu 12. Nattam in cons. 313. Beroum in cons. 31. libr. 2. Dominum meum Cephalum in cons. 3. nu. 45. in cons. 144. lib. 1. & in cons. 250. n. 15. li. 2. Rolandum à Valle in consi. 33. libr. 4. Andream Siculum in consi. 57. col. 10. lib. 4. Hippolytum Riminaldum in cons. 19. li. 1. Crauettam in cons. 48. n. 3 lib. 3. cons. 345. n. 10. eod. lib. & 895. n. 4. lib. 5. Antonium Gabrielium com. conclu. lib. 6. tit. de verb. sig. conclusio. Manticam de coniect. vltimar. volunt. lib. ... tit. 2. num. 54. Simonem Pretum de interpret. vltimar. volunt. lib. 4. Dubitatione 7. numer. 41. Menochium in consi. 140. lib. 2. de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 69.

Qui affirmarunt etiam prædia contineri, adducti in eam sententiam fuére, quoniam verbum pertinere latissimam habet significationem l. Verbum illud pertinere ff. de ver. sig. & ideo pertinentiarum nomine contineri videtur, quę quoquo modo Castro accedunt, & ad illud spectant, qualia sunt prędia, molendina, & alia bona, quæ Dominus castri habet in eodem loco. Cæterum negantes celebri illa, & communiter recepta Inno. ... traditione nituntur in c. Cum ad sedem. de restit. spoliator. vbi docet pertinentias eas dici, quæ lege, vel statuto, vel consuetudine deputatæ sunt, Castro autem nihil corporale deputatum esse, quod sit eius pertinens, sed tamen ab hominibus. & eorum statutis certum territorium assignari solitum, quod illi in iurisdictione, & dote debeat respondere.

Ego in duobus casibus existimauerim Castro legato contineri etiam prædia, & alia id genus bona particularia. Primus est, quando vno eodemque tēpore, titulo & precio simul cum Castro cōparata fuére, argumento l. Prædiis. §. Qui domum. de leg. 3. vbi Papinianus scribit appellatione domus, insulā quoq; iunctam domui videri legatam. *Si vno precio cum domo comparata fuisset.* Secundus casus est,

quando constat patremfamil. vsum fuisse prędiis tanquam pertinentib. ad ipsum Castrum. Nostra enim destinatione & vsu pertinentiæ constitui dicuntur, argu. l. Quod in rerum. §. si quis post. de leg. 1. l. Prędiis. §. Qui dominum. de leg. 3. l. Caius. §. 1. de leg. 2. l. Si cui ædes. de leg. 3. tradunt Tiraquellus de retract. consang. §. 36. Glos. 3. n. 4. Ruinus in cons. 71. li. 2. D. Cæphalus in d. cons. 154. n. 17. lib. 1. Menochius d. cons. 140. n. 24. Bursatus in cons. 2. nu. 49. libr. 1. Simon Pretus de interpretatione vlt. volunt. lib. 4. Dubitatione 7. n. 39. Andreas Gayll. lib. 2. obser. 62. n. 4.

Extra duos hosce casus nullum video argumentum pro affirmante sententia. Nec me mouet verbum, *Pertinere,* quia latissima eius significatio in hoc consistit, quod refertur ad res, quæ dominij nostri sunt, & quæ iure aliquo possidemus, vel possidere possumus, aut acquirere. Sed non hoc pertinet ad quæstionē, an pertinentiæ Castri dicantur prædia & similia. Vt enim ad testatorem maximè pertineant, non tamen efficitur eadem ad Castrum pertinere, sicut dicere solemus, alia esse instrumenta domus vel fundi, alia patrisfamilias. l. Quæsitum. §. Si domus. ff. de fundo instr. Paulus Castrensis in cons. 377. n. 1. lib. 1.

CAPVT LXVI.

Fideicommissum in dubio, vtrum præsumatur relictum à filio impubere, an verò ab hærede eius?

PAter filium impuberem hęredem instituit, & si in pupillari ætate decesserit, bona sua ad Titium peruenire iubet, aliisve vtitur verbis impersonalibus, quibus neque impuberem filium rogat, neque eius hæredem legitimum ab intestato venientem, sed tamen expressè constituit fideicommissum, quo bona sua Titio restituātur. Controuersia est, vtrum in obscura voluntate testatoris ea adhibenda sit interpretatio, vt videatur ipse filius impubes rogatus restituere, an verò hęres legitimus ipsius filij impuberis? quæ quidem inuestigatio non modici momēti est, quoniam si filius rogatus esse intelligatur, tūc locus erit detractioni legitimæ, quia illa excipienda est de restitutione, & detractioni etiam Trebellianicæ: Cæterùm si hæres filij rogatus esse intelligatur, cessabit legitimæ detractio. Nam hæres non potest eam suo nomine detrahere, quoniam illi non debetur. Non filij nomine eam detrahere potest, quia rogatus per fideicommissum restituere non intelligitur.

Fideicommissum ergo in dubio videri à filio ipso impubere relictum, Bartolus respōdit in l. Cohæredi. §. Quod si hæredem. ff. de vulg. n. 2. Secundò, *nota in quit, & perpetuò tene menti, quod in dubio fideicommissum videtur relictū ab ipso filio instituto impubere, licet relinquatur post mortem suam, vt hic dicit textus, ibi: Vt ab impubere, &c.* Idem respondit Paulus Castrensis cons. 241. nu. 4. vers. Tertiò oppono. libr. 1. & in cons. 67. in fi. lib. 2. Curtius sen. in cons. 43. nu. 19. Socinus iunior in cons. 131. nu. 76. libr. 1. Gabriel. ad l. Centurio. n. 188. ff. de vulg. Marcilanus notabili 1. 2. Ruinus in cons. 52. nu. 1. & 96. nu. 7. lib. 2. Rubius in cons. 157. n. 6. Socinus senior in cons. 140. n. 4.

Cæterum in contrariam sententiam, nempe ab hærede filij relictum censeri, secuti sunt Imola in d. l. Cohæredi. §. Cum filiæ. nu. 7. ff. de vulg. Fulgosius in l. Ex tribus. nu. 3. C. de inoff. test. & ibid. Paulus. Castr. n. 4. 5. Alex. in d. §. Cum filiæ. nu. 6. & in l. 1. §. vlt. n. 3. ff. eod. tit. & in cons. 12. n. 24. li. 3. Iason in l. Precibus. nu. 5. C. de impub. & alijs., quos refert & sequitur Franciscus Mantica de coniecturis vlt. voluntatum. lib. 7. tit. 3. post. n. 5.

Cæterùm inter huius sententiæ authores Bartolus etiam tanquam sibi contrarius recensetur, sed, vt mihi videtur, iniuria, in l. Qui duos. ff. de vulg. verba eius hæc sunt: *Vltimò quæro, qualiter fuerunt concepta verba, quando legata fuerunt à substituto relicta. Dicit Glos. quod dicit, si talis intra pupillarem ætatem decesserit, lego tibi centum, quod tene menti: & sic nō dicit lego à substituto, sed simpliciter dicit, lego tibi centum: & tamen Glos. dicit, quod ex istis verbis videtur relictum à substituto. Contra hoc videtur textus suprà l. Proxima. §. Cum filia. vers. Quod si hæredem sol. Possumus dicere, quod ibi verba fuerunt prolata ad ipsum impuberem, quoniam ipsum impuberem grauauit, sed hic simpliciter fuerunt prolata. Vnde cùm referantur post mortem, videntur relinqui à substituto. arg. l. Codicillis in princ de vsufruct. leg. Et hoc puto verum in substitutione directa: In substitutione verò fideicommissaria. an videantur legata relicta ab hærede vel fideicommissario dic pleniùs, vt dixi in l. Marcellus infrà ad Trebell. &c.*

Hoc in loco Bartolus locutus est, quando filio impuberi pater dedit substitutum, & quæstio est, an legata videantur relicta à substituto, an verò ab impubere. Et dicit videri relicta à substituto. At suprà in l. Cohæredi. §. Quod si hæredē. ff. de vulg. locutus non est Bartolus de filio impubere, cui datus est substitutus, sed quęstionem posuit vtrum à filio ipso impubere fideicommissum relictum videatur, an verò ab hærede eius. Quæ species longè differt ab ea, de qua loquitur, in d. l. Qui duos.

Vnum tantùm dixit, & verè, Bartolus in d. l. Qui duos, quod videtur fundamētum tollere eius sententiæ, quam adnotauit in d. l. Cohæredi.

redi. §. Quod ſi hæredem. Nam ex d. §. Quod ſi hæredem notauit, fideicommiſſum in dubio relictum cenſeri a filio impubere. At in d. l. Qui duos obſeruauit textum in d. §. Quod ſi hæredem loqui ego in caſu, quo verba fideicõmiſſi dirigantur ad ipſum filium, & ſic filius ipſe rogatus eſt. Et verum eſt hoc, quia textus in d. §. Quod ſi hæredem. ita loquitur. Sic enim ait: *Quod ſi hæredem filium pater rogauerit, ſi impubes idem ſuum obierit, Titio hæreditatem ſuam reſtituere &c.*

Tertiam opinionem colligit Iacobus Menochius ex diſtinctione Aretini in l. 1. §. vlt. n. 20. ff. de vulg. quam ſecutus eſt in conſ. 144. n. 25. verſ. Quintus eſt caſus. li. 2. & latius de Præſump. lib. 4. Præſumpt. 72. n. 14. Sed quoniã in primo caſu Aretinus loquitur, quãdo filio impuberi datus eſt ſubſtitutus, poſt cuius mortẽ hæreditas reſtituenda eſt, & tunc onus reſtitutionis dicit iniunctum eſſe ſubſtituto: Ideo hic caſus ad rem noſtram non pertinet: quia nos loquimur, quando dubitatur, verum ab impubere filio, an autẽ ab hærede eius relictũ ſit fideicommiſſum: non autem verum ab impubere, vel eius ſubſtituto, ſeu hæredibus ipſius ſubſtituti. Et conſequenter diſtinctio illa tertiam opinionem conſtituere non debet.

Huius igitur ſententiæ poſterioris, quæ docet fideicommiſſum ab hærede filij impuberis relictum videri, illud eſt fundamentum, quod legata & fideicommiſſa ab hęrede legitimo filij impuberis relinqui poſſint. l. Si Titio. 95. §. 2. cum l. ſeq. de leg. 1. *Sicuti conceditur*, inquit Iulianus, *vnicuiq; ab eo, ad quem legitima eius hæreditas, vel bonorũ poſſeſſio peruentura eſt, fideicommiſſum dare: ita ab eo, ad quem impuberis filij legitima hæreditas, vel bonorum poſſeſſio peruentura eſt fideicommiſſa rectè dabuntur.*

Cum igitur fideicommiſſa ita relinqui poſſint ab hærede filij impuberis, ſicut ab ipſo filio impubere, in dubio videtur ea præſumptio magis veriſimilis, vt ab hærede relicta cenſeãtur, nẽ filius grauatus eſſe præſumatur, ſed potius hæres eius: præſertim, quia fideicõmiſſũ, ſiue reſtitutio poſt mortem filij confertur. Et hæc præſumptio magis fauet voluntati teſtatoris, vt tota hæreditas reſtituatur abſque detractione legitimæ.

Fundamentum verò prioris ſententiæ, quæ à filio impubere docet relictum cenſeri fideicommiſſum, primò ponitur in d. l. Cohæredi. § Cum filiæ. verſ. Quod ſi hæredẽ. ff. de vulg. ibi: *Vt ab impubere fideicommiſſo poſt mortem eius dato &c.* Secundò in c. Si pater. de teſtam. in ſexto ſumpto argumento a cõtrario ſenſu. Nam ibi pauperes poſt mortem filiorum fuerãt ſubſtituti, & dicitur, legitimam & Trebellianicam detrahi non poſſe, quia illa ſubſtitutio cenſetur directa pupillaris: Ergo innuit a contrario ſenſu textus, ſi fideicommiſſaria eſſet, locum fore deductioni legitimæ.

Sed valde infirmum eſt hoc fundamẽtum. Nam quod attinet ad textum in d. §. Cum filiæ. verſ. Quod ſi hæredem. verba teſtatoris in ea ſpecie directa sũt ad filium, & ille rogatus eſt reſtituere. Quapropter loquitur ibi Iuriſconſultus in caſu certo, non autem in dubio, vti nos loquimur: *Quod ſi hæredem filium pater rogauerit, &c.* inquit textus. Quòd verò attinet ad c. Si pater. nihil vrget argumentum à contrario ſenſu: quia contrarius ſenſus in eo poteſt verificari, quod ſi fideicommiſſaria ſubſtitutio facta eſſet ipſis filiis, & ſic grauati eſſent ipſi filij onere reſtitutionis, tunc locus eſſet detractioni legitimæ. Nulla .n. neceſſitas nos cogit argumentum à contrario ſenſu ſumere, quando non filij eſſent grauati, ſed hæredes eorum: quia nõ loquitur Summus Pontifex, cùm verba fideicommiſſi ſiue reſtitutionis ſunt impersonalia, nec intelligi poteſt ad quem referantur. Ponit enim caſum in directa ſubſtitutione facta, verbis illis: *Chriſti pauperes inſtituendo hæredes, &c.*

Sed licet hoc fundamentum non ſit ſolidũ, hæc tamẽ ſententia mihi probabilior videtur, hoc argumento. Nam ratio, cur legata & fideicommiſſa relinqui poſſint ab hærede impuberis filij, ſicut relinqui poſſunt ab hærede ipſius teſtatoris, illa eſt, quia cenſentur tacitè vocati ab ipſo teſtatore, dum pupillariter filio impuberi alios non ſubſtituit: Videtur enim velle, vt filius impubes inteſtatus decedat, & conſequenter vocare tacitè ipſos hæredes legitimos ab inteſtato venientes. l. Conficiuntur. ff. de iure Codicillor. quamobrem & eos grauare poteſt legatis & fideicommiſſis. Sed quãdo talis ex facto proponitur facti ſpecies, in qua poſt impuberis mortem alteri reſtituenda ſit hæreditas, certè non videtur eſſe probabilis coniectura, vt eos grauare teſtator velle credatur; quibus nihil reliquit, nec tacitè, nec expreſſè, ſiquidem hæreditas tunc poſt mortem impuberis ad alios pertinet ex volũtate teſtatoris expreſſa. Duæ igitur hoc in caſu neceſſariæ ſunt præſumptiones. Prima quod teſtator tacitè voluerit impuberis hæreditatem ad hęredes eius legitimos peruenire, & huic præſumptioni aduerſatur expreſſa aliorum vocatio ac fideicommiſſaria ſubſtitutio. Secunda, quod hæredes legitimi ipſius impuberis videantur rogati reſtituere alteri hæreditatem. Et huic præſumptioni obſtat illa ratio, quod ipſi non ſunt vocati, nec ſunt honorati: Et ideo nec onerari præſumendi ſint, l. ab eo. C. de fideicom cum ſimilibus.

CAPVT LXVII.

Bonorum appellatione in legatis, verum venalia contineantur?

Negari non potest, quin aliqua sit controuersia doctorum hac in re ex notatis à Pinello ad rub. C. de bonis maternis in 1. part. n. 38. Menochio lib. 4. de Præsumpt. cap. 137. n. 6. Sed tamen vera & recepta est distinctio, quã Bartolus indicauit in l. Generali. §. vxori. ff. de auro & arg. legat. Aut aliquis legat omnia sua bona simpliciter sine alicuius loci adiectione, & tunc legato continentur etiam res venales: quia ipsa verborum significatio omnia includit. argum. l. Iulianus. de leg. 3. l. Pediculis. §. Labeo. ff. de auro & arg. legat. Aut verò quis legat omnia bona cũ adiectione loci, vt puta: lego omnia bona, quæ domi habeo: & tũc res venales legato nõ continentur. l. Generali. §. Vxori. ff. de vsufr. leg. Scæuola: *Vxori vsumfructum domuum, & omnium rerum, quæ in his domibus erant, excepto argento legauerat.* Et paulò infrà: *Respondi, excepto argento & his, quæ mercis causa comparata sunt, cæterorum omnium vsumfructum habere legatarium.* qua in re illud omittendum non est, iniuriam a Pinello factam videri Decio, quasi non bene hãc rem percepisset, nec illum textum, nec Bartolum rectè allegasset. Nam in l. 1. n. 24. de reg. iuris. ita scribit Decius: *Nam in legato generali eorum, quæ in domo sunt, non veniunt venalia. l. Generali. §. Idem quæsiit, &c.* Et alibi etiam semper allegauit Bartolum in §. Vxori. Sed facit aliquam difficultatem, quod etiam si nulla fit mentio adiecta loci, non videntur tamen legato generali venalia contineri. l. Pediculis. §. Item cum quæreretur. ff. de auro & arg. leg. Paulus. Item cùm quæreretur de tali legato: *Hoc amplius filiæ meæ dulcissimæ è medio sumito, tibique habeto ornamentum omne meum muliebre cum auro. & si qua muliebria apparuerint. Cùm testatrix negociatrix fuerit, an non solùm argentum, quod in domo, vel intra horreũ vsibus eius fuit, legato cedat: sed etiam quod in basilica fuit muliebre: Respondi, si testatrix habuit proprium argentum ad vsum suum paratum: non videri id legatum, quod negociandi causa venale proponi soleret, nisi de eo quoque sensisse eam, quæ petit, probat.*

Idem probatur in l. Seruos. de leg. 3. Vlpianus: *Eum, qui venalitiam vitam exerceat, puto non facile contineri velle eiusmodi mancipia: nisi euidens voluntas fuerit etiam de his sentientis. Nam quos quis ideo comparauit, vt illico distraheret: mercis magis loco, quàm suorum habuisse credendum est.*

Non probatur Ario Pinello solutio Accursij in d. §. Item cùm quæreretur, in verbo, *non videri*, testatorem videri legatum restrinxisse, cùm dixerit *meum*, quia tacitè intelligitur illud verbum *meum*, nec enim exemplum aliquod legati rerum testatoris fingi potest sine pronomine illo. Ideò respondet ipse in dictis legibus, non agi de legato generali, rerum vel bonorum: sed potius certæ cuiusdam speciei bonorum, vt patet. Sed nõ mihi probatur hæc solutio Pinelli. Primò, quia doctores non distinguunt inter legatum generale bonorũ, vel legatum generale certorum bonorum. Secundò, quia nulla est ratio diuersitatis. Tertiò, quia vera & plana solutio colligitur ex circũstantia particulari, quàm in dictis legibus cõsiderant Iurisconsulti: nempe personæ ipsius testatoris siue testatricis legantis: ex qua eius voluntatem coniiciunt. Nam Paulus loquitur de testatrice, quæ erat negociatrix, & in eo fundat suam decisionem: *Cùm testatrix fuerit negociatrix*, inquit, &c. Rationem Vlpianus adfert, similiter supponens testatorem venalitiã artem exercuisse: *Eum qui venalitiam vitam exerceat*, inquit, *puto non facilè contineri velle eiusmodi mancipia. Nam quos quis ideo comparauit, vt illico distraheret: mercis magis loco, quàm suorum habuisse credendum est.*

Cùm igitur testator est mercator, & generaliter legat certa quædam bona sua, intelligitur ea legare, quibus ipse vtitur: non autem ea, quæ mercis causa habet. Hæc enim non videtur habere in numero suarum rerum: sed ea tantùm, quæ habet, vt ipse vtatur, non vt distrahat. Non igitur verba legati restrictionem inducunt in casibus prædictis, sed voluntas testantis, quæ colligitur ex qualitate personæ.

CAPVT LXVIII.

De dictione seu in legatis apposita, vtrum vim habeat ampliandi legati? ad interpret. l. Si quis ita. ff. de auro & argento leg.

Paulus ita scribit: *Si quis ita legauerit, vxori meæ mundum, ornamenta seu quæ eius causa paraui do, lego: placet omnia deberi, sicut cum ita legatur: Titio vina, quæ in vrbe habeo, seu in portu, do lego hoc enim verbum scilicet seu, ampliandi legati gratia positum est* l. Si quis ita. ff. de auro & arg. leg.

Huius authoritate responsi Alexand. ab Alexandro dierum Genialium lib. 2. cap. 3. respõdit, cum ita quidam legasset: Fundum suburbanum, seu ædes meas, quæ in via lata sunt, Titio lego: vtrumque Titio deberi, atq; ita à iudicibus sententiam latam fuisse. Atque ita dictionem istam *seu*, in legatis ampliandi gratia positam censeri, ipsúmque legatum ampliare docuerũt in expositione eius legis Bartolus & Albericus, Antonius Butrius in cap. Inter cæteras, de rescript. Cynus, Baldus, Castrensis, & Iason ad l. Cum quidã. C. de verb. sig. Alexander in cons. 133. li. 2. Cremensis sing. 56. Alciatus ad l. Sæpe. ff. de verb. sig.

Sed contrarium, & melius docuerunt Baldus, Decius, Socinus & Ripa n. 44. in d. c. Inter cære-

ceteras de reſcriptis. & quidam alij, quos refert & ſequitur Couuar. variar. reſolut. lib. 2. c. 5 nu. 10. nempe dictionem *ſeu* etiam in legatis ſuam naturam obtinere: & ſic disiunctiue accipiendam eſſe, vt aliàs accipitur, l. 1. §. Sublata, ff. ad Trebell. l. Generali. C. de ſacroſanct. Eccleſ. quandoquidem illud reſponſum Pauli nihil obſtet. Nam illud, quod Paulus reſpōdit, locum habet, cùm dictio *ſeu*, appoſita eſt inter ea, quorum vnum ſub altero continetur: tunc enim vim habet coniungendi, & ampliādi electa ea parte, quæ vtrumque complectitur. Declaro: Teſtator dixit: *Vxori meæ lego mūdum, ornamenta, ſeu, quæ eius cauſa paraui.* Hic mundus & ornamēta continentur ſub iis, quę vxoris cauſā parata ſunt. Nam hæc proculdubio vxoris cauſa parari ſolēt: l. Argumento. §. Ornamenta. ff. de auro & argento leg. Conſequenter omnia debētur legatariæ: quia dictio *ſeu* eſt poſita inter genus & ſpeciem, ideo ſub genere continetur ſpecies. Sic & cùm teſtator legat vina, quæ in vrbe habet *ſeu* in portu, omnia debentur, quia ſub nomine eorum, quæ ſunt in vrbe, continētur etiā, quæ ſunt in portu. l. Cæſar. ff. de publican. ibi: *Reſpondi, tametſi portus quoque, qui in Inſula eſſent, omnes eius inſulæ eſſe viderentur, &c.* Iuuat hanc ſententiā quod latè ſcribit Felynus in c. Rodulphus. n. 7. de reſcriptis. Ciuitatis appellatione etiam portum contineri, & mare illi adiacens, quod latè proſequitur.

CAPVT LXIX.

Controuerſia circa ſententiam Alberti Papienſis de teſtamento ad alterius interrogationem an valeat?

CVm teſtator notario accerſito mandauit, vt ſuam vltimam voluntatem ſcriberet: is verò eam ſcripto comprehenſam teſtibus vocatis recitat, & eum interrogat, an hæc fuerit eius voluntas & ſit, iſque reſpondit eſſe, non eſt dubitandum, quin valeat huiuſmodi teſtamētum. l. Hac conſultiſſima. C. qui teſtam. fa. poſſ. illis verbis: *Patebit eis licentia voluntatem ſuā ſiue teſtamēto, ſiue codicilli tenore compoſitā, cui velint ſcribendam credere: vt in eodem loco poſtea conuocatis teſtibus & tabulario, vt etiam vt dictum eſt, patefacta, cuius cauſa conuocati ſunt, etiam cartula promatur, quam ſuſceptam teſtatori recitabit tabularius ſimul & teſtibus, vt vbi tenor eorum cunctis innotuerit, elogium ipſe ſuum profiteatur agnoſcere, & ex animi ſui quæ lecta ſunt, diſpoſuiſſe ſententia.*

Atque ita docet Glō. in l. Iubemus. in verbo Quemadmodum. C. de teſtam. quæ cōmuni omniū calculo accepta eſt. Sed illud eſt controuerſum: ſi quis nō à teſtatore requiſit, ſed vel de eius informatus voluntate, vel cogitans quo pacto de rebus ſuis prudenter is teſtari ac diſponere poſſet, atque deberet, eidem teſtamētum teſtibus præſentibus legit, & eum interrogat, an velit ita teſtari: ipſe verò reſpondet ſe velle ita teſtari, Verum valeat huiuſmodi teſtamētum? Etenim Albertus Papiēſis negabat, valere, quem refert & ſequitur Ioan Andreas in add. ad Specul. tit. de Teſtamentis. §. In primis. n. 8. in verbo, Quidam Pileus. Idem reſpondit Ludouicus Romanus in conſil. 306. ad fin. Iaſon in d. l. Iubemus. ad fin. C. de Teſtam. Marſilius ſingulari 449. Teſtamentā Iulius Clarus in §. Teſtamentum. quæſt. 37. ver. *Tertiò ſcias* Ioan. Crotus in l. 1. §. Si quis ita n. 21. ff. de verb. oblig. Calcaneus in conſ. 91. n. 2.

Sed contrariam ſententiam habuerūt Alexāder in conſ. 33 n. 11. lib. 3. Socinus iunior in cōſ. 178. n. 9. 10. lib. 2. Menochius in conſ. 45. nu, 34. lib. 1. & de Præſumpt. lib. 4. Præſumpt. 8. n. 16.

Prioris ſententiæ fundamentū eſt, quia hæc forma teſtandi non eſt iure inducta: ergo nec nos eam inducere debemus. Et quia daretur occaſio falſum committendi & fabricandi in teſtamentis.

Poſterioris autem fundamentum eſt in ea communi, & recepta ab omnibus ſententia, teſtamentum valere etjamſi fiat ad alterius, vt dicitur, interrogationem, vt patet ex l. Pamphilo. §. Propoſitā. de leg. 3. & ex d. l. Hac conſultiſſima. C. qui teſtam. facere poſſ.

Et licet leges hæ loquantur, cùm præceſſit teſtatoris iuſſus & declaratio voluntatis ſuæ, quod ſcilicet volebat teſtari, tamē eadē eſt ratio & in ea ſpecie, de qua agitur: quia cùm legitur ei teſtamentum, & audit omnia, poteſt, ſi velit, vel conſentire, vel diſſentire, & ſuam voluntatem tunc declarare. Quare ſi conſentiat, & approbet ipſam ſcripturam teſtamēti, iam manifeſta eſt eius voluntas perinde, ac ſi ab initio mandaſſet teſtamentum ſcribi: & ſuam aperuiſſet voluntatē. Et huic ſententię ſi nulla fraudis in hypotheſi ſuſpicio ſit, teſtatórque ſanæ mentis exiſtat, ego etiā aſſentior.

CAPVT LXX.

Teſtamentum poſterius factum ad alterius interrogationem, an tollat primum ſolenniter confectum?

AMplius controuertitur in eadem materia teſtamēti facti ad alterius interrogationem, vtrum tollat prius teſtamētum ſolēniter factum. Affirmant Romanus in conſil. 5. 6. in ſecundo dubio. Alexander in cōſ. 33. n. 11. lib. 3. Decius in conſ. 489. n. 9. Socinus iunior in cōſ. 144 n. 56. lib. 2. Ruinus in conſ 12. n. 11. li. 2 Menochius. de Præſumpt. lib. 4. Præſumpt. 8. n. 21.

Negant verò Paulus Caſtrenſis in conſ. 155. viſo puncto ad finē. lib. 1. Guido Papæ in conſ. 64. circa finem. Socinus ſenior in conſ. 9 t. n. 77 verſ. Sed præmiſſis non obſtantibus. lib. 3. Socinus iunior in conſ. 183. n. 34. lib. 2. Zaſius in conſ. 3. n. 38. lib. 1. Clarus in §. Teſtamentum. q. 97. verſ. Quartò ſcias.

Argumenta huius poſterioris ſentētiæ ſunt tria: Primum, quia vt teſtamentum ad alterius interrogationem valeat, id facit fauor cauſæ teſtati, vt ſcilicet quis teſtatus decedat: ſed hæc ratio ceſſat, cùm iam aliud prius teſtamentum factum eſt, vt patet: ergo ceſſare debet communis illa ſententia doctorum.

Secundum argumentum eſt, quia quod teſtamentum valeat ad alterius interrogationē, illud iure communi conſtitutum non eſt: ſed ex doctorum interpretatione receptū eſt. Ergo eiuſmodi teſtamentum non eſt tam validū & forte, ſicut primum, quod iure ipſo communi valet, & ſolenniter confectum eſt. Neque enim id, quod minus eſt forte, tollere poteſt magis forte & validum.

Tertium argumentum eſt: quoniā duo ſpecialia non debent ſimul concurrere, vt notatur in l. 1. C. de dotis promiſſ. Sed hoc in caſu concurrerent duo ſpecialia, ſi primum teſtamentum tolleretur. Primū, quia valeret ipſum teſtamentum, licet ad alterius interrogationem factum. Secundum, quia eſſet aptum & potens ad tollendum primum ſolenniter confectum.

Fundamentum autem prioris ſententiæ illud eſt: quia teſtamentum ad alterius interrogationem factum valet, ex communi omniū ſententia: ſi valet, ergo eſt ſolenne, & nihil ei deeſt; Conſequenter tollit prius teſtamētum, quia poſteriore teſtamēto valido tollitur primum. §. Poſteriore in Inſtit. Quib. mod. teſtá. infirm.

Ego puto ſententiam affirmātem potiorem eſſe, ſi agatur de teſtamento ad alterius interrogationem facto, prout loquitur Gloſ. in l. Iubemus. in verſ. *Quemādmodum*. C. qui teſtam. facere poſſunt, ſecus autem ſi verſamur in exemplo ſiue in caſu Alberti Papienſis, de quo dictum eſt in præcedenti capite. Nam in ſpecie hac poſteriori nulla eſt lex certa, ſeu conſtitutio, qua nitatur: ſed in priori caſu, de quo Glo. loquitur, extat locus in d. l. Hac conſultiſſima. verſ. At cùm humana fragilitas. C. qui teſtam. facere poſſ. & in d. l. Pamphilo. §. Propoſitum. de leg. 3. Et plerūque ita accidit, vt teſtator ſuam voluntatem notario ſignificet: is verò eam conſcribat & conſcriptam teſtibus adhibitis prælegat, & teſtatorem interroget, an ita velit teſtari: Cum itaque talis forma teſtandi iuri ſit conſentanea, cōſequens eſt, vt & teſtamentum ita factum iure ſubſiſtat, & rumpat prius teſtamentum.

Ex quo reſponſo patet ad argumenta in contrarium. Nam ad primum reſpondeo, non ex ſpeciali fauore cauſæ teſtati receptum id eſſe, vt valeat teſtamētum ad eiuſmodi interrogationem factum: ſed quia id iuri conſentaneum videtur.

Ad ſecundum reſponſio patet: quoniam verius eſt iuri communi id eſſe conſentaneum, & legibus cautum: nō autem duntaxat ex doctorum interpretatione.

Ad tertium negatur id eſſe ſpeciale, vt valeat teſtamentum: imò ſecundum ipſas iuris regulas id procedit.

CAPVT LXXI.

Si filius ſub conditione caſuali vel mixta fuerit hæres inſtitutus, vtrum hodierno iure valeat teſtamentum: & in hoc correcta l. Si pater. C. de inſtit. & ſubſtitut.

ALexander Imperator: *Si pater filium, quem in poteſtate habebat, ſub conditione, quæ in ipſius poteſtate non erat, hæredem ſcripſit, nec in defectum eius exhæredauit: iure teſtatus non videtur*. l. 4. C. de inſtit. & ſubſtitut.

Iam controuerſia eſt, ſitne idem reſpondendum nouiſſimo iure inſpecto. Negāt enim Bartolus in commentariis dictæ legis, & cum eo alij multi, quos refert & ſequitur Clarus in §. Teſtamentum. q. 39. verſ. Sed quæro. quibus adde Vaſquium de ſucceſſionū creatione. lib. 3. q. 30. parte 2. lim. 34. n. 111. Cæterum affirmāt multi alij, quos refert & ſequitur Socin. ſenior in conſ. 97. n. 3. lib. 3.

Pro huius quæſtionis deciſione notandum eſt, Iuſtinianum multas edidiſſe conſtitutiones in fauorem teſtamenti, ne ſcilicet actione mota de inofficioſo teſtamēto reſcinderetur. Et in primis ſtatuit, vt ſi filio minus legitima portione relinqueretur: non ideo tamen reſcindi poſſet teſtamentum: ſed actio concederetur ad replendam ipſam legitimam portionem, vulgo dicimus ad ſupplementum legitimæ. l. Omnimodo. C. de inoff. teſta. Sed quoniam euenire poterat, vt legitima quidē portio tota filio relinqueretur, ſed tamen adiectis aliquibus conditionibus, vel dilationibus, ſtatuit, vt purè & abſque omni conditione, onere & grauamine relinquatur, & conditio ipſa, onus & grauamen pro non ſcriptis habeātur. l. Quoniam in prioribus. C. eo. tit.

Tertiò & illud etiā proſpexit: ſi plus quàm legitima portio filio relinqueretur, puta tota hæreditas per fideicommiſſum ſub conditione, vt quantum ad legitimam portionem attinet illam filius ſtatim & abſque omni dilatione & mora cōſequeretur: quantū verò ad reſiduum hereditatis, illud reſtitueretur, quemadmodum

modum testator disposuisset.l. Scimus.§. Cum autem.C.eod.tit. Verba sunt ista: *Cùm autem quis extraneo herede instituto, filio suo hereditatem suam restituere cum moriatur, disposuerit, vel in tempus certum restitutionem distulerit: quia nostra constitutio, quæ antea composita est, omnem dilationem, omnemq; moram censuit esse subtrahendam: ut quarta pura & mox filio restituatur: in huiusmodi specie quid faciendum sit dubitatur. Sancimus itaque quartæ quidem partis restitutionem tam nunc celebrari, non expectata nec morte heredis, nec temporis intervallo: reliquum autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui, quando testator disposuit.*

Postremò, Nouella sua Iustinianus statuit, vt filius institui deberet, vel ex iusta causa exhæredari, & honorabili titulo institutionis legitimam esse relinquendam, vt in Authen. Vt cùm de appellatione cognos. §. Aliud quoque capitulum.

Omnis ergo difficultas in hoc consistit, an cùm filius hæres institutus est, sub conditione casuali, vel mixta, sustineri possit testamentum, aliqua ratione ex dictis Iustiniani constitutionibus.

Et quidem constat inter omnes iuuari non posse ex l. Omnimodo. quia illa loquitur, cùm minus legitima portione relictum est. Bartol. igitur existimauit iuuari posse ex d.l. quoniam in prioribus. & d.l. Scimus. §. Cum autem. in hūc modum, vt quantum ad legitimam attinet portionem, filij institutio facta intelligatur esse pura, & cōditio pro non scripta habeatur. Si dicatur textum in §. Cum autem. locum nō habere hodierno iure: quoniam filio legitima relinqui debet institutionis titulo, respondit Bartolus id non obstare, quia licet in eo sit correcta, in aliis tamen seruari debet.

Sed mihi certè hanc rem diligenter contemplanti contraria sententia verior videtur. Principio enim satis constat nullam esse Iustiniani legem aut Nouellam constitutionem, qua expressè derogatum sit constitutioni, quæ est in l. Si pater. C. de instit. & substit. Deinde satis durum videtur, cum hodierno iure necessariò sit legitima filio relinquenda titulo institutionis, antiquo autem iure sufficeret eam relinquere quocunque titulo: antiquis legib. esse constitutum, vt testamentum iure non valeret, in quo filius sub conditione casuali, vel mixta institutus esset, vt in d.l. Si pater. iā verò contrarium sit dicendum: hoc, inquam, tempore, quo filiorum institutioni plus honoris tributum est, quàm olim.

Tertiò, non videtur ad hanc rem pertinere constitutio d. l. Quoniam in prioribus. nec constitutio d. §. Cum autem. Illa enim loquitur eo in casu, quo testamentum valet, sed rescindi potest per querelā, vt patet ex illis verbis: *Illud statuimus, vt si quid minus legitima portione iis relictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem mouere poterant, hoc repleatur, &c.* Item loquitur quando sola legitima filio est relicta adiecta conditione, vel grauamine. Id patet ex illis verbis: *Hoc in præsenti addendum esse censemus, vt si conditionibus quibusdam, &c.*

Constitutio verò de qua in §. Cum autem. loquitur eo in casu, quo testamentum valet, quia extraneo instituto filio aliquid relictum est, imò tota hæreditas per fideicommissum conditionale relicta est, qui casus longè differt ab hoc nostro. Nam sublata conditione, quantum ad legitimam filij, reliquum hereditatis manet apud extraneum heredem institutum tunc præstandum, quando testator disposuit. Sed vbi filius ipse solus hæres institutus est, sub tali conditione, non potest hoc modo legitima separari à reliqua hæreditate. Nam si illa separetur, quantum ad residuum hereditatis, impleri non poterit testatoris dispositio: quoniam etiamsi conditio defecerit, semper filius obtinebit etiam reliquum hæreditatis. Id probatur. Nam si conditio deficiat, nihilominus filio totum residuum accrescet: quia est perinde, ac si purè in legitima institutus esset: quo casu cùm nullus alius hæres institutus sit, tota ad eum spectat hereditas. l. 1. §. Si heres ex fundo. ff. de hæred. instit. Neque. n. cætera pars hæreditatis conditione deficiente pertinere potest ad legitimos hæredes testatoris, quia ius nostrum non patitur, vt pro parte quis testatus, & pro parte intestatus decedat. Ergo contra voluntatem testatoris totam hæreditatem filius obtineret etiam conditione deficiēte: quæ ratio nō habet locum in specie, de qua loquitur textus in d. §. Cum autem. quoniam ibi alius fuit hæres institutus, ad quem deficiente conditione spectabat hæreditas.

CAPVT LXXII.

Cur prætor hæredem facere non possit, ad interpretationem §. Quos autem in Instit. de bonor. poss. ff.

IMperator sic ait: *Quos autem solus vocat Prætor ad hæreditatem, hæredes quidem ipso iure non fiunt. nam Prætor hæredem facere non potest. Per legem enim tantùm vel similem iuris constitutionem hæredes fiunt: veluti per Senatusconsulta, & constitutiones principales. Sed cùm eis Prætor dat bonorum possessionem, loco hæredum constituuntur: & vocantur bonorum possessores.*

Cōtrouersia est, cur Prætor hæredem facere nō possit. Prima est sententia Alberici ad Rub.

C. qui admitti. ad bonor. poſſeſſ. cauſam eſſe: quia iure ciuili alius iam factus erat hæres, ſcilic. fiſcus deficientib. ſuis & agnatis. quare is non poterat deſinere hæres eſſe. l. Etſi ſine. §. Sed quod Papinianus. ff. de Minoribus.

Sed obſtat huic ſententiæ, quod licet ius ciuile deferat alijs hæreditatem, non tamen ij neceſſariò hæredes efficiebantur, ideo potuiſſet Prætor alios interea hæredes facere. Huc accedat, quod per legem fieri poteſt, vt qui ſemel eſt hæres, deſinat hæres eſſe, vt declarat Decius in l. Poſt aditam. poſt principium. C. de impub. & alijs ſubſtitut.

Secunda eſt ſententia Pauli Caſtrenſis in d. Rubr. C. qui admitti. cauſam eſſe, quia Prætor non habet poteſtatem legis condendæ, licet eius dicta vim legis obtineant. §. Prætorum quoque. in Inſtit. de iure naturali, gentium & ciuili.

Sed obſtat ſecundùm Decium, quod ſi prætorum edicta vim legis obtinent, nulla ratio videtur prohibere, quo minus hæredem facere poſſit, ſicut per legem conſtat fieri poſſe hæredem.

Tertia eſt ſententia ipſius Decij in eadem Rub. Prætorem hæredem facere poſſe, ſed non ſolum. Sic enim Iuſtinianus, *quos autem ſolus vocat Prætor, &c.* Quare ſimul cum lege poterit Prætor hæredem facere.

Sed aduerſatur huic ſententiæ, quod non ſolum Imperator dicit, Prætorem hæredem facere non poſſe, ſed nec etiam Prætorem abſolutè facere poſſe hæredem. *Per legem n. tantum,* inquit, *vel ſimilem iuris conſtitutionem hæredes fiunt.* Et ſi legis condendæ Prætor habuit poteſtatem, vt Decius exiſtimat, nulla eſt ratio, cur & ipſe hæredem facere etiam ſolus non potuerit.

Quarta eſt ſententia Alciati lib. 3. Parergon. cap. 3. Is dicit, Prætorem non habuiſſe poteſtatem legis condendæ ex lege 12. Tabular. Sic enim lex dicebat *Iuris diſceptator, qui priuata iudices iudiciaríve iubeat, Prætor eſto. Is iuris ciuilis cuſtos eſto* Aut ergo, inquit Alciatus, Prætor concedit bonorum poſſeſſionem ei, qui à iure quoque ciuili hæres eſt factus, & tunc iſte fit hæres ex lege; nõ autem ex edicto Prætoris. Aut Prætor concedit bonorum poſſeſſionem ei, quem ius ciuile non agnoſcebat: & tunc quia ius hæreditatum delatum erat alteri ex lege ciuili ipſe hæredem facere non poterat, quoniam ius dictum alteri erat delatum à lege, ipſe verò legis condendæ poteſtatem non habebat.

Sed hæc ſententia non videtur tuta, quia Prætorem habuiſſe poteſtatem legis condendæ, colligi videtur ex Feneſtella de Magiſtratib. Romanorum. cap. 19. quem locũ citat Zaſius in commentarijs ad tit. de off. Prætoris. l. 1. Sichard. in rub. qui admitti. & alia in eandem ſententiam citat Conradus Lancellotus de officio Prætoris, cap. 1.

Quinta eſt ſententia Belloni lib. 1. Supputationum iuris. cap. 19. Prætorem iuri dicundo præpoſitum fuiſſe, propter quod edicta proponebat ad id pertinentia & ſe ad iudicia referebat, dicens: *Pacta ſeruabo, iudicium dabo, &c.* Quare, ſi, v.g. filius emancipatus admitti ſe ad ſucceſſionem patris defuncti cupiebat, Prætorem adire cogebatur, & ab eo bonorum poſſeſſionem accipere, quare id quod dicitur, Prætorem hæredem facere non poſſe, hunc ſenſum habet eum, qui ex Prætoris edicto ad defuncti ſucceſſionem vocatur, non poſſe *ipſo iure,* id eſt per ſe ipſum hæredem fieri, ſed Prætoris decretum requiritur: licet is, qui à lege ad hæreditatem vocatur per ſe hæreditatem adire, & hæres fieri poſſit.

Sed repugnat huic ſententiæ, quod ea admiſſa ſequeretur, ſi Prætor aditus ab huiuſmodi filio emancipato, & ſimilib. voluiſſet eos hæredes facere, cum potuiſſe, atq; id Bellonus fatetur: ſed repugnat textus Iuſtiniani *Prætor,* inquit, *hæredem facere poteſt.*

Sexta eſt ſententia Iacobi Cuiacij in notis ad Inſt. Prætorem hæredem facere non poſſe, quia nec dominum facere poteſt. hæres enim eſt dominus. & idem dixit VVeſembecius in eundem locum, & late eandem ſententiã proſequitur Raynaldus Corſus libr. 3. Indagationum iuris. cap. 4.

Sed oppono huic ſententiæ textum in l. 2. ff. de bono. poſſeſſ. ibi: *Dominus ergo fit bonorum poſſeſſor.*

Cogitabam dici poſſe hanc eſſe Iuſtiniani ſententiam, eos, quos prætor vocat ad hæreditatem, non fieri hæredes, *ipſo iure,* id eſt, iure ciuili, ſicut in I. it. de perpetuis & tẽpo. actio. §. Non autem, vbi idem Imperator *omnes actiones, quæ in aliquem aut ipſo iure competunt, aut à prætore dantur, &c.* Illa verba, *ipſo iure,* intelliguntur, id eſt, iure ciuili: Non poteſt igitur Prætor hæredem facere in hunc modum, vt iure ciuili hæres ſit: quia per legem tantum vel ſimilem iuris cõſtitutionem hæredes fiunt iur. ciuili. Sed loco hæredis erit. ſic in l. 1. §. Idem Pomponius. ff. quod falſo tut. auth. dicit textus: *Tunc enim valebit per Prætoris tuitionem, non ipſo iure.* Ius enim Prætorium adiuuandi vel ſupplendi, vel corrigendi iuris ciuilis gratia introductum. ff. l. Ius autem ciuile. §. Ius prætorium. ff. de iuſt. & iure. & viua vox iuris ciuilis eſt. l. Nam ipſum. ff. eod. ſed non dicitur ius ciuile, ita, vt idem ſit iure ciuili aliquid conſtitutum eſſe, vel iure prætorio ſiue per Prætorem. Differunt. n. hæc, vt patet. Et ideo dicit Imperator eos non ipſo iure hæredes

de . est: quia prætor non potest facere, vt aliquis sit hæres ipso iure scilicet ciuili : sed decreto tamen ipsius prætoris pro hærede habebitur. Sed de scholastica quæstione liberum cuique iudicium esto.

CAPVT LXXIII.

Quæ sit edictalis, & decretalis bonorum possessio.

NOn est exploratum apud iuris authores, quæ sit edictalis, & quę decretalis bonorum possessio, quamobrem inter nostros interpretes est controuersia.

Accursius in l.1.§. Decretalis. ff. de Successo. edicto. & in l.3.§. Causa cognita. ff. de bonor. possess. & cum eo. Bart. ibi. §. A municipibus. Deci. in rub. C. qui admitti. n.17. Sichard. ibid. n.14. & ante eos Aretinus, & alij, quorum sententiæ Zasius subscribit in l. qui cum. n. 6. ff. de Except. docent Edictalem esse, quæ datur ex Edicto Prætoris mortui: Decretalem verò quę ex Edicto Prætoris viui. Edictalis respicit ius quærendum: Decretialis ius quæsitum. Per Edictalem ius consequimur petendi decretalem. Per decretalem acquirimus actionem quæ vocatur bonorum possessoria hæreditatis petitio.

Sed obstat huic sententiæ, quòd ea admissa, nulla posset dari perfecta bonorum possessio sine iudicis decreto, siquidem edictalis indiget decretali, & per eam peruenitur ad decretalem. At contra hoc est textus in l. 2. §. Dies. ff. quis ordo in bonor. possess. seruet. *Dies*, ait Iurisconsultus, *bonorum possessionis vtiles esse palam est sed non sessionum numerabuntur. si modo ea sit bonorum possessio, quæ de plano peti potuit quod si ea, quæ causa cognitionem desiderat, aut quæ decretum expostit, &c.* quibus verbis apparet aliquam esse bonorum possessionem, quæ decretum non requirit.

Alciatus ad l. Delata. ff. de verb. signif. existimat decretales esse bonorum possessiones extraordinarias quæ ius non tribuant, vt est illa, quæ ex Carboniano edicto, quæ ventris nomine, & quæ litis agnoscendæ gratia datur: quoniam hæ potissimum à decreto Prætoris pendent, ab eóque substantiam accipiunt. Edictales autem esse eas, quæ ordinariè dantur, & ius tribuunt, vt bonorum possessio vnde liberi, vnde legitimi, & similes.

Hęc sententia quatenus docet, edictales esse bonorũ possessiones ordinarias, probatur ex l. Filium. §. si quis contra. ff. de legatis præstã. quem textum citat Cuiacius in notis ad Instit. tit. de bonor. possess. Sed quatenus docet decretales esse extraordinarias, quæ ius nõ tribuunt, vera non videtur, arg. l.1. §. Decretialis. ff. de success. edict. quem textum vrget Cagnol. in Rubr. C. qui admitti. n. 115. Nã ibi expressa fit mentio bonorum possessionis decretalis, quam tamen extraordinariam nõ esse ex eo constat, quod in illo titulo semper agitur de ordinariis bonorum possessionibus : quæ ius tribuunt, & nullum fit de extraordinariis verbum, vt latè Cagnolus deducit.

Iacobus Menochius de adipiscenda possess. rem. 1. n. 16 dicit, edictalem esse, quæ datur ex Prætoris edicto, competitque illis personis, quæ verbis ipsius edicti comprehensæ sunt. Et ordinaria dicitur, causáque cognita aliquãdo datur, aliquando sine causæ cognitione. l. 2. §. Dies. ff. quis ordo in bono. possess. seruet. Decretalem verò, quæ datur ei, qui verbis quidẽ edicti non est comprehẽsus, sed Prætor æquitate motus eam concedit. Exemplum est in l. Ex duob. §. Filius. ff. de bono. possess. contra Tab in l.1. §. Nepos. ff. Si quis à parente fuerit manu. Vel, Si edicti verbis est comprehensus, res tamen eget declaratione, & decreto iudicis propter controuersiam illi ab aduersario motam, vt in leg. 1. §. si ea. ff. de ventre in poss. mitt. Vel quando edictum moderatione indiget, vt in l. Saluius Aristo. ff. de legat. præstand. Vel quando alterius nomine bonorum possessio petebatur, vt in l.1. ff. de bono possess. infant. furios. &c. in l. 1. §. Furioso. ff. de successo. edicto. in l. 2. ff. Si quis ex liberis. ff. ad Tertyll. in l. pen. ff. de bonor. possess. in l. Si infanti. C. de iure delib.

Ego in tanta obscuritate postremæ huic sẽtentiæ calculum præbeo meum, quod enim viro præstantissimo opponam, nihil habeo.

CAPVT. LXXIV.

In obtinenda bonorum possessione sitne, iure nouissimo inspecto, decretũ Prætoris necessarium.

HVic controuersiæ causam attulit Alciatus lib. 2. Paradoxorum, c. 3. Nam cùm aliorum sit communis sententia, decretum necessarium non esse ex l. vlt. C. qui admitti. ipse contrarium docet. Videamus rectè, an perperam. Ait Constantinus in d. l. vlt. *Vt verborum inanium excludimus captiones, ita hoc obseruari decernimus, vt apud quem ibet iudicem, vel etiam apud Duumviros qualiscunque testatio complectendæ hæreditatis ostendatur: statutis prisco iure temporibus coarctanda, &c.*

Alciatus respondet nullum verbum in ea lege de decreto iudicis, quod sit sublata eius necessitas, sed sublatas esse dicit inanes verborum captiones, scilicet petitionis bonorũ possessionis. Quamobrem & Iustinianus in l. vlt. § Nos itaque. C. de curat. furios. dicit, petitionem bonorum possessionis sublatã fuisse à Constantino, ibi : *Cùm petitio bonorum possessionis Constantiana lege sublata sit.* Aliud est autem petitio, quàm decretum, vt patet.

Adde, quod Iustinian. in loco citato æquiparat illam bonorũ possessionem ei, qui furioso decerni solet: Sed furioso non datur bonorum possessio absque decreto: Igitur decretum necessarium est.

Sed videamus an non ita sit. Nam si petitio solennis est sublata, & sufficit quælibet testatio voluntatis, quod scilicet amplecti quis velit hæreditatem; Ergo non est opus aliquo decreto iudicis. Non est necesse illud petere, ergo nec impetrare; quia non petenti nõ datur. argum. l. 4 §. Hoc autem iudiciũ. ff. de damno infecto. Ad hæc Constantinus vult eiusmodi attestationem amplectendæ hæreditatis apud quemlibet iudicem sufficere. Constat autem non omnes iudices decretum interponere posse. l. Ea quæ. §. Magistratibus. ff. ad Municipalem.

Amplius. Quid sibi volunt illa Iustiniani verba in d. l. vlt §. Nos autem. C. de curator. furios. *Licentiam damus eam bonorum possessionem agnoscere, quæ antè ex decreto dabatur*; Si etiam nunc necessarium esset decretum, cur dixisset *antea ex decreto dabatur*?

Non itaque hac in re Alciato assentior, sed potius cum refellenti Bellono lib. 4. supputationum iuris. c. 1.

CAPVT LXXVI.

Vtrum filiusfamilias, cui bonorum possessio delata est, eam agnoscendo & petendo aliquid acquirat sibi ipsi?

Si filiofamilias delata sit bonorum possessio, vtrum eam petendo, & agnoscendo sibi ipsi acquirat emolumentum, controuersia est inter doctores, si ad antiquas leges respiciamus, non autem, si ad posteriores. Vtrumque caput huius quæstionis ordine explicabimus.

Quod attinet ad leges veteres, filiumfamilias sibi bonorum proprietatem acquirere Lãcellotus Politus docuit tract. de vulgari substit. n. 43. & Alciatus lib. 4. Paradoxorum, cap. 3. qui tamen de bonis maternis tantùm loquitur; sed satis est ad controuersiam inducẽdam, quoniam cæteri doctores contrariũ docuerunt, nempe patri, non autem filio in potestate acquiri proprietatem bonorum. Vide interpretes in l. 1. C. qui admitti ad bon. poss. & Pinellum ad l. 1. C. de bonis maternis in 1. parte.

Argumenta prioris sententiæ sunt ista. Primum ex l. 1. C. qui admitti. ibi: *Emolumentum etiam patri allatura* Illa dictio, *etiã*, implicare dicitur, & arguere etiam filio aliquod emolumentum adquiri, nempe proprietatem; Patri verò vsumfructum, quod significare videtur etiam ipsum verbum. *Emolumentum* enim significat vtilitatem, quam sanè ex rebus afferre solet vsusfructus, vt notum est.

Secundum est ex l. Cùm oportet. C. de bonis. quæ liberis. vbi text. ita dicit: *In veteris iuris obseruatione multas res esse animaduertimus, quæ extrinsecus ad filiosfamilias veniunt, & minimè patribus adquiruntur, quemadmodum in maternis bonis.*

Hæc postrema verba indicãt, bona materna patri non acquiri secundùm leges veteres.

Tertium est ex l. pen. ff. ad Tertyll. vbi dicitur: *Sacratissimi Imperatoris nostri oratione cauetur, vt intestata matris hæreditas ad filiumfamilias pertineat.*

Si ad filiumfamilias tunc matris pertinebat hæreditas; Ergo filio acquirebatur, & non patri. Pertinere enim ad nos id dicitur, quod nostram vtilitatem continet. l. Si quis ex argentariis. §. Pertinere. ff. de Edendo.

Quartum ex l. Filius. ff. de inoff. testam. vbi habetur, patrẽm posse filij nomine inofficiosum dicere matris testamentum, ac si in eo iudicio vincat, commodum victoriæ filio suo parare.

Quibus argumentis nil morantibus, contrariam sententiam veriorem esse puto. Nam secundùm leges veteres quicquid filius acquirebat, patri acquirebatur, exceptis Castrensibus, & quasi. l. 1. ff. Si quis à parente fuerit manumissus, vbi textus: *Quippe, si filiusfamilias esset, quodcunque sibi adquireret, eius emolumentum patri quæreret.* l. Acquiritur. ff. de acq. rer. dom. ibi: *Non solùm autem proprietas per eos, quos in potestate habemus, acquiritur nobis, sed etiam possessio. Cuiuscunque enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur, &c.* l. 2. C. de patria potestat. vbi Antoninus: *Eius, quod in potestate patris agens habuisti, dominium ad patrem tuum pertinuit extra ea, quæ non requiruntur.* Idem habetur in § 2. in Instit. per quas personas nobis acquiruntur. vbi Iustinianus: *Igitur liberi nostri, quos in potestate habemus, olim quidem, quicquid ad eos peruenerat, exceptis videlicet Castrensibus peculiis, hoc parentibus suis acquirebant sine vlla distinctione.*

Ad primum argumentum respondeo, dictionem *Etiam* in l. 1. C. qui admitti. non implicare in eum sensum, quasi videatur etiam filio emolumentum acquiri, sed in hunc modum implicare: Bonorum possessionem peti à filiofa. posse ignorante patre, & etiam emolumentum allaturam esse patri, si ratam habuerit. quod magis placet. quàm quod scribit Bellonus lib. 1. supputationum iuris, c. 1.

Et verbum illud, *Emolumentum*, significat totum, ac plenum dominium. l. Papinianus. §. Meminisse. ff. de inoffic. testament. l. Bonorum. C qui admitti.

Ad

Ad ſecundum ex l. Cum oportet. reſpondet Bellonus lib. 4 ſupputationum iuris, cap 5. Iuſtinianum ibi appellare ius verus, ſcilic. Conſtantini. l. 1. C. de bonis mater.

Sed hęc reſponſio non eſt bona; quia Conſtātini lex non poteſt antiqua dici, ſed potius noua, qua corrigitur ex parte ius antiquum.

Pinellus rectè illa verba: *Quemadmodum in bonis maternis*, referenda eſſe ad ea, quæ ſequuntur, non ad præcedentia, hoc modo: *Inuenimus autem in veteris iuris obſeruatione multas eſſe res, quæ extrinſecus ad filios familiarum veniunt, & minimè patribus acquiruntur.* Hic eſt punctum. Iam pergit Iuſtinianus: *Quemadmodum in maternis bonis, vel quæ ex maritali lucro ad eos peruenerint, ita & in iis quæ ex aliis cauſis filiusfamilias adquiruntur, certam introducimus definitionem.*

Ex quo patet, non hunc ſenſum colligi ex veteri iure, bona materna parentibus non acquiri: ſed certam definitionem introductam fuiſſe, vt in maternis bonis, & in lucris nuptialibus, ita & in aliis rebus.

Ad tertium rectè etiam Pinellus, & clarius Bellonus lib. 4. ſupputat. iuris, c. 5. non eſſe bonam conſequentiam: bona inteſtatę matris ad filios pertinent: Ergo patri non adquiruntur. Succedit. n. filius, ſed patri acquirit eo iure.

Et verbum illud, *pertinere*, latiſſimam habet ſignificationem. l. Verbum illud. de verb. ſig. Ideo ad filium pertinere dicuntur, propter ſpem probabilem, quam habet ea bona conſequendi per mortem patris, vel per emancipationem.

Alciatus replicat hanc interpretationem non poſſe defendi; quia ſenatuſconſulto Orphitiano iam erat conſtitutum, vt filius inteſtatæ matri ſuccederet, quare non rectè diceretur, oratione ſacratiſſimi Principis id fuiſſe introductum.

Reſpondeo, ſacratiſſimum illum Principem fuiſſe diuum Marcum, cuius tempore factum eſt Orphitianum Senatuſcōſultum, vt meritò dici potuerit eius oratione id cautum eſſe, quod Senatuſcōſulto cauebatur, ſicuti plurib. exemplis allatis docet Bellonus loco annotato, & Hieronymus Cagnol. ad l. 1. nu. 58. C. qui admitti.

Ad quartum ex l. Filius. reſpondeo, victoriæ commodum parari filio, propter honorem eius, ne videretur matris hæreditate indignus. Nam commodum noſtrum dicitur etiam id, quod ad noſtram dignitatem pertinet. l. Nepos Proculo. ff. de verb. ſignif.

Dices, ſi omnia, quæ filius acquirebat, patri ſuo acquirebantur, cur filiusfamilias proprio nomine agere poteſt actione, quod vi, aut clā, Item depoſiti, & cōmodati. l. Filiusfamilias. 8. ff. de action. & obligat.

Reſpondeo, eſſe difficilem quæſtionem, ita vt Bart. dixerit in dict. l. Filiusfamilias. ſe cauſam neſcire. Si quid tamen hac in re, quod ſit probabile, adferri poteſt, exiſtimo id Alciatū attuliſſe in l. Cum filiofam. ff. Si certum pet. Cauſam hanc eſſe, quoniam in depoſito & commodato agitur de ſolius detentationis reſtitutione, quod patet, quia etiam fur & prędo agere poſſunt ex depoſito & commodato. l. 1. §. Si prædo. ff. depoſ. l. Ita. ff. commod. Huius autem detentationis filiusfa. capax eſt, quia etiam ſeruus eſt capax. l. Stipulatio iſta. §. Hæc quoque. ff. de verb. oblig.

Dixi in principio capitis iure nouiſſimo cōtrouerſiam non eſſe in propoſita ſpecie, quia patri bona adquiruntur quātum ad vſumfructum; filiiſfa. quoad dominium. l. 1. C. de bon. mater. Conſtantini. l. 2 C. eodem. Arcadij. l. 1. C. de bonis, quæ liberis. Theodoſij. l. Cum oportet. C. de bonis, quæ liberis. Iuſtiniani.

CAPVT LXXV.

Rurſus de bonorum poſſeſſione filiofam. delata, ſi is abſque conſenſu patris eam agnouerit, & pater non ratificauerit, an filio acquiratur, iſque creditoribus ac legatariis ſatisfacere teneatur?

SEcundum leges veteres exiſtimo, bonorū poſſeſſionem filiofamilias non acquiri, ſi eam agnouerit abſque conſenſu patris, & pater agnitionem ratam non habuerit, ex l. vlt. ff. quis ordo in bonor. poſſeſſ. ſeruet. Marcellus: *Quæri poteſt: ſi cùm poſſet filius petere bonorum poſſeſſionem patre ita abſente, vt certiorare eum non poſſit, vel etiam furente, petere neglexerit, an poſt amplius non poſſit. Sed vt quid noceat non petitam bonorum poſſeſſionem, quæ ſi petita eſſet, tamen non antè acquireretur, quàm pater comprobaſſet?* Secundùm leges nouas contrarium ſentio, ex l. vlt. C. de bonis, quæ liberis. vbi Iuſtinianus ſtatuit, hæreditatem filiofa. acquiri, patre recuſante: *Sin e contrario*, inquit, *patre recuſante filius adire hæreditatem voluerit, nullam adquiſitionem, nec vſumfructum patri offerri: ſed ipſum filium ſibi imputare, ſi quid ex hoc contigerit.*

Et in hoc ferè omnes conueniunt. Cæterùm controuerſia eſt in ea ſpecie, quia filiusfamil. patre non ratificante bonorum poſſeſſionem agnouerit, vtrū legatariis & creditorib. hæreditariis ſatisfacere teneatur. Nam filiusfam. ex omnib. contractib. obligatur. l. Filiusfam. ff. de act. & oblig. Agnoſcendo autem bonorum poſſeſſionem videtur quaſi contraxiſſe cum legatariis & creditoribus, argum. §. Hęres quoque. in Inſtit. de oblig. quæ ex quaſi contractu naſcuntur.

Bartolus ad l. Qui in aliena. ff. de acqu. hæred. reſpondit filiumfa. hoc in caſu non obligari, ſicut nec voto obligatur. l. Si quis rem. §. Voto ff. de Pollicitatio. Videtur. n. bonorum poſſeſſio ſimilis eſſe voto; quia illa, ſicut votū, conſiſtit in animo agnoſcentis.

Sed reprehenditur hæc ſententia à Caſtrenſi, Alexandro, Aretino & Iaſone in d. l. Qui in aliena. quoniam bonorum poſſeſſio non eſt voto ſimilis. Nam olim decretum Prætoris requirebat, & nunc ſaltem coram iudice declarationem animi requirit, iuxta l. vlt. C. qui admitti. quod votum non requirit.

Et licet Alciatus lib. 4. Paradoxorum, cap. 2. conetur Bartol. um tueri, quem Alciatus refert & refellit Cagnolus in l. 1. n. 26. C. qui admitti. fatetur tamen ſimilitudinem voti non eſſe aptam, & omnes contractus ab animo pendere demonſtrat.

Secunda eſt ſolutio Alexandri in d. l. Qui in aliena. filiumfa. non obligari hoc in caſu creditorib. & legatariis, quia nec emolumentum acquirit bonorum poſſeſſionis. l. Secundum naturam. ff. de reg. iur.

Sed hæc ſententia non probatur Decio in d. l. 1. C. qui admitti. nec Alciato loco ſuprà citato, quia filiusfam. obligatur ex contractibus: quos ipſe facit, d. l. Filiusfam. ff. de act. & oblig. cùm tamen contractus commodum patri acquiratur. l. Seruus vetante. ff. de verb. oblig. qui tenetur, quatenus eſt in peculio. l. 3. §. Si filio. ff. commod.

Tertia eſt ſolutio Aretini in d. l. Qui in aliena. filiumfa. non obligari agnoſcendo bonorum poſſeſſionem, quia ius eam agnoſcendi non competit filio, ſed patri, licet filius de facto agnoſcat. l. Acquiritur. §. 1. ff. de acquir. rer. dom.

Sed hanc ſententiam refellit optimè Decius in d. l. 1. C. qui admitti. nu. 34. & Alciatus lib. 4. Paradoxor. cap. 2. quia ius agnoſcendi verè competit filio, non patri, ſed patri iubenti, vel ratificanti emolumentum acquiritur. Et ideo dicit textus in d. l. Acquiritur. § 1. *Etſi iubentib. nobis adierit hæreditatem nobis acquiritur, perinde, ac ſi nos ipſi hæredes inſtituti eſſemus.* Non autem dicit ius adeundi acquiri patri.

Quarta eſt ſolutio Iaſonis in l. 1. C. qui admitti. hæreditatem eſſe indiuiduam. l. pen. ff. de acqu. hæred. & conſequenter etiam bonorum poſſeſſionem, ac proinde cùm eius commoda filius non conſequatur, nec ad eum etiam incommoda pertinere.

Refellitur a Decio & Alciato locis annotatis, eam ob cauſam, quòd etiā contractus ſunt indiuidui. l. Si quis aliam ff. de ſolut. & tamen filiusfam. contrahendo obligatur; & patri emolumentum quæritur.

Quinta ſolutio eſt Decij in d. l. 1. C. qui admitti. Filiumfam. agnoſcentem bonorum poſſeſſionem animum habere acquirendi patri, & conſequenter etiam obligandi ipſum patrem, proinde filium nequaquam obligari, ne actus eius contra intentionem operetur. Poſtea idem Decius videtur ab hac ſolutione recedere, & in ea eſſe ſententia, vt filius obligetur, & etiam ſibi commodum acquirat bonorum poſſeſſionis, aliter explicans l. vlt. ff. Quis ordo in bonor. poſſeſſione ſeruet. Sed vtrumque malè. Nam quod ait de filij agnoſcentis animo, Alciatus loco ſuperius annotato refutat: *Verùm te appello Deci* (inquit Alciatus) *cur non & in contractibus idem præſumimus, cum eorum commoditas ad patrem deuoluatur?*

Quod autem ſecundò dicit, repugnat l. vlt. Nam ſi patre non ratificante, filio commodum acquireretur, poſſet ab eo peti bonorum poſſeſſio patre abſente & fureute. Tunc enim pater certiorari non poſſet. Et tamen contrarium docet textus in d. l. vlt.

Sexta eſt ſolutio Alciati loco ſuperius allegato, filium bonorum poſſeſſionem agnoſcentem creditoribus non obligari, quia nullum in eo agnitionis actu creditorum factum interuenit. Cæterùm in aliis contractib. filium obligari, quia aliquod factum creditorum intercedit: Factum enim, in quo quis verſatur, longè eſt efficacius, quàm id, quod per alium, nil agenti quæritur.

Refellitur à Bellono lib. 3. ſupputationum iuris, cap. 1. Nam is, cuius negotia geruntur, actionem habet, vt in § 1. & ſeq. in Inſt. de oblig. quæ ex quaſi contractu, &c. & tamen eius factum nullum interuenit.

Septima eſt ſolutio Belloni loco ſuprà citató, quę eadem eſt cum ſolutione Iaſonis. Eam verò confirmat, quia in hæreditate & bonorū poſſeſſione commoda non ſeparantur ab incommodis, imò tranſeunt in bonorum poſſeſſorem. l. 1. ff. de bono. poſſeſſ. At in contractib. quandoque commoda ab incommodis ſeparantur. Nam pupillus contrahendo non obligatur, & tamen alios obligat. §. 1. in Inſtit. de author. tutor.

Sed reſponderi poteſt, ita ſpecialiter in pupillo conſtitutum eſſe, verùm in aliis ęqualem eſſe contrahentium conditionem.

Ego cògitabam, dici poſſe filiumfam. non obligari, quia nullius eſt momenti bonorum poſſeſſio agnita ſine iuſſu, vel ratificatione patris, quod. n. nullum eſt, nullum operatur iuris effectum. l. 4. §. Condemnatum. ff. de re iud. c. Non præſtat. de regul. iur. lib. 6. l. 2. ff. de excuſ. tuto. l. vlt. C. arbitr. tutelæ. Quod autem nulla ſit agnitio facta à filiofam. probatur ex d. l. vlt. ff. quis ordo in bono. poſſeſſ. ſer. Nam ſi valeret & efficax eſſet agnitio a filiofam. facta

cta sine cōsensu patris, ratificari à patre posset etiam post tempus, intra quod actus expediri poterat, ex doctrina Bartoli in d.l.1. C qui admitti. & Decij ibidem.nu.83. Cagnoli nu.107. Non posse autem ratificari, nisi intra tempus, quo potest agnosci, probat text. in d.l. vlt. ff. quis ordo in bonor. possess. servet. ibi: *Praeteritis autem centum diebus frustrà rem habebit.*

CAPVT LXXVII.

Explicatur collationis materia, controuersiaque ad eam pertinentes discutiuntur.

SEptem capitib. collationis materiam, propositis aliquot conclusionibus, explicabo, controuersias ad eam pertinentes expediam, quibus expendendis non parum lucis conclusiones adferent.

Prima conclusio: Filius emancipatus omnia bona exceptis castrensibus, & quasi castrensibus, conferre tenetur filio in potestate mortis tempore existenti, vt inter eos diuidantur vna cum bonis patris defuncti pro portionibus hæreditariis.

Probatur ex l. Si emancipati. C. de Collatio. ex l.1. iuncto §. Nec castrense. ff. de collat. bonor. eámque omnes admittunt, & nulla est controuersia.

Secunda conclusio. Collationi, de qua proximè dictum est, locus est, siue suus & emácipatus eodem iure succedant, siue diuerso iure, puta si alter ex testamento succederet, alter contra testamentum. Ita post Bartolum, Castrensem, Alexandrum & Iasonem Cagnolus docet in d.l. Si emancipati. n.138 C. de collat. Vitalis in tract. de collationib. qu.38. & probatur ex l. Si filius. ff. de collat. bono. & ex aliis, quas isti adferunt.

Tertia conclusio. Filia in potestate existens tenetur emancipato dotem conferre. l. 1. ff. de collat. dot. l. Filiæ dotem. C. de collatio.

Quarta conclusio. Liberi omnes tam emancipati, quàm in potestate existentes conferre inuicem tenentur dotem, & donationem propter nuptias, quas habuerunt à patre vel matre, auo vel auia, proauo vel proauia, paterno vel materno, paterna vel materna, quoties de successione eius agitur, qui illis dotem dedit, vel donationem propter nuptias.

Probatur ex l. Vt liberis. C. de collat. & quoniam Imperator Leo ibi dicit, emancipatos conferre debere pro tenore præcedentium legum ea, quæ à parentib. emancipationis tempore, vel post emancipationem consequūtur, controuersia oritur quomodo id accipiēdum sit. Vtrum scilicet emancipati ea, quæ a patre consequuntur tempore emancipationis, vel post emancipationem conferre teneantur tam suis, quam emancipatis, an verò suis tantum.

Etenim Bartolus, Alexander & multi alij, vt per Cagnolum in d.l. Si emancipati. n. 157. C. de collatio. Vitalis de Collationibus. c.2. n. 4. existimarunt, textum esse generaliter accipiendum, vt scilicet emancipati conferre debeant, tam suis, quàm emancipatis.

Sed contrarium responderunt Paulus Castrensis, Aretinus, Romanus, Corneus & Decius in dict. l. Si emancipati, & idem Decius in cons. 59. quibus & ipse assentior.

Probatur hæc sententia ex d.l. Vt liberis. C. de collat. vbi Imperator Leo dicit: *Emancipatis pro tenore præcedentium legum collaturis.* Tenor autem præcedentium legum est, vt emancipati conferant suis, non autem emancipatis d.l. Si emancipati. C. de collat.

Non obstat, si dicatur ex hoc sequi, Leonem nihil noui statuisse in d. l. Vt liberis. quia respōdeo, in hac parte cum noluisse aliquid noui statuere, cùm se ad antiquas leges referat. Cæterùm in aliis vtilis est eius constitutio, quoad dotem scilicet & donationem propter nuptias. Sed quoniam dubitari poterat ex eo, quod dos & donatio propter nuptias conferri debent tam à suis, quam emancipatis, & tam suis, quàm emancipatis, an idem esset de aliis bonis, quæ à patre donantur emancipatis, vt similiter conferenda essent tam suis, quàm emancipatis, ait Leo eiusmodi bona ab emancipatis esse conferenda iuxta tenorem legum præcedentium, & consequenter non emancipatis, sed suis: sic enim leges præcedentes statuunt, vt dictum est.

CAPVT LXXVIII.

De eadem materia collationis.

QVinta conclusio. Quod ante emancipationem filio donatum est a patre, conferendum est, quasi donatum videatur emancipationis tempore: quoniam donatio ante emancipationem non valet, & emancipatione secuta confirmatur. Ita Aretinus docet in d.l. Si emancipati. C. de collation. Vitalis tract. de collation. b. cap. 2. n. 4.

Sexta conclusio. Dos & donatio propter nuptias conferri à nepotibus debent, dum succedunt vnà cum suis patruis, dos, inquam, & donatio data eorum patri vel matri. l. Illam. C. de collat. Dos autem neptib. ipsis data ab auo, an & quando conferenda sit, declarant Bart. & Castr. in d.l. Si emancipati. Alex. Iason, & Decius in d. l. illam. Vitalis d. tract. quæst. 23. & pendet ex l.1. §. Si sit nepos. ff. de collat. dotis.

Septima conclusio. Conferre debent etiā ij, qui nec sui sunt, nec emācipati, vt sunt nepo-

tes ex filio emancipato. l. Si nepotes ff. de collat. bonor. Item filij adoptiui, qui patri naturali succedunt. l. 1 §. Is quoque. ff. eod. Bartolus in l. Pater filium. num 4. ff. de collat. dotis. Et idem quando patri adoptiuo succedunt, vt declarat Corneus in d. l. Si emancipati. nu. 59. C. de collat.

Octaua conclusio. Conferre etiam tenentur, qui patria potestate liberati sunt per oblationem precum, vel Principis rescriptum ad similitudinem emancipatorum. l. Liberos. C. de Collationibus.

Nona conclusio. Liberatus patria potestate propter patritiatus honorem, iuxta l. Vlt. C. de decurio. lib. 10. conferre non tenetur. Ita docet Vitalis de collat. quæst 23. quæ sententia mihi non probatur. Nam tales filij non dicuntur sui, cùm sint liberati patria potestate. §. Intestatorum. & §. Emancipati. in Instit. de hæred. quæ ab intest. & consequenter in eis locũ habet eadem ratio, quæ in emancipatis. l. 1. §. Toties. ff. de collat. bonor. Et cùm ij, qui per oblationem Curiæ, vel rescriptum Principis liberati sunt patria potestate, conferre teneantur, nulla esse videtur ratio, cur & isti non teneantur, qui non sunt illis absimiles.

Decima conclusio. Collatio fieri debet, licet dolo vel errore facta diuisione hæreditatis fuerit omissa. l. Si soror. C. de collat.

Vndecima conclusio. Collatio locum habet etiam testamento condito. textus in Nouella de Triente & Semisse. §. Illud. ex quo sumpta est Authent. Ex testamẽto. C. de Collationib.

Hic oritur controuersia. Si pater vni ex filiis minorem hæreditatis portionem relinquat, vtrum is conferre teneatur. Alexander in l. Si emancipati. n. 12. C. de Collation. post Romanum & Fulgosium quos citat, in hac videtur esse sententia, vt siquidem pater dixerit in testamento, se ideirco filiæ, verbi gratia, minorem portionem dedisse, quia dotem illi dederat, dos non sit conferenda, ex l. Ex parte. §. Intestato. ff. fam. hercisc. Si verò hoc non dixerit, tunc conferenda sit, & filiæ imputãdum, quòd dote contenta non abstinuerit ab hæreditate. Idem responderunt Corneus in d. l. Si emancipati. n. 64. Cagnolus ibidem, nu. 100. Decius in Auth. Ex testamento. nu. 9. C. eodem tit. & in consil. 59. col 2. D. meus Cephalus in consil. 486. in fine lib. 4.

Contrarium autem Aretinus docuit in d. l. Si emancipati. col. 2. nempe absolutè locum non esse collationi hoc in casu, cuius sententiam satis æquam esse dicit Vitalis de Collationibus. quæst. 33.

Et huic sententiæ magis est, vt assentiar. Moueor primò ex l. Ex parte. §. Intestato. ff. famil. hercisc. Scæuola: *Intestato moriens codicillis prædia sua omnia, & patrimonium inter liberos diuisit, ita vt longè amplius filio, quàm filiæ reliquerit. Quæsitum est an soror fratri dotem conferre deberet: Respondi secundùm ea, quæ proponerentur, si nihil indiuisum reliquisset, rectius dici ex voluntate defuncti collationem dotis cessare.*

Secundò moueor ex §. Illud. in vers. *æqualitatem*. in Auth. de Triente & Semisse, vbi pater, præcipuam causæ collationis inducendæ esse rationem æqualitatis inter liberos seruandæ: At in proposita specie ex collatione oritur inæqualitas: Igitur collatio cessare debet l. vlt. C. commu. vtriusque iudic.

Fundamentum contrariæ sententiæ est in d. §. Illud. in Auth. de Triente & Semisse, quatenus ibi dicitur, testamento condito collationi locum esse, nisi pater eam expressè prohibuerit. Sed iusta mihi sanè videtur hæc interpretatio, vt id locum habeat regulariter, scilicet quando ex collatione oritur æqualitas, non si inæqualitas oriretur, tunc enim voluntatis est conjectura prohibitam collationem videri. argum. d. l. Ex parte. § Intestato. ff. fam. hercisc. Et ad collationem impediendam coniecturã sufficere voluntatis defuncti, rectè ex eo textu docuere Bald. & Albericus ibi, quos citat & sequitur Decius in d. cons. 59. Idẽ scribit Caucetta in cons. 85. & in cons. 25. Alciatus in cõs. 584. n. 1. Io. Petrus Surdus in cons. 143. n. 18. 19.

CAPVT LXXIX.

Alia controuersia de eadem collationis materia.

Est & alia controuersia, si testamentum pro parte valeat, & pro parte sit ruptum, vt in ea specie, de qua loquitur l. Pater filium. ff. de Collatio. bon. an inter filios collationi sit locus, quorum alter ex testamento hæreditatem petit, alter verò contra testamentum. Pugnãtes sunt doctorum sententiæ, vt videre licet ex Aretino & Alexandro nu. 9. Corneo n. 25. Cagnolo n. 148. & 143. in l. Si emancipati. C. de collat. Vitali d. Tract. de collationib. c. 1. nu. 9. & nu. 13. & quæst. 32.

Mihi verior eorum sententia videtur, qui collationi locum esse affirmant, hoc argumẽto. Nam aut collatio cessare debet in ea specie quia filij diuerso iure succedunt, aut quia ex testamento defertur successio: Prior ratio impedire non potest collationem. l. Si filius. ff. de collatio. bonor. Posterior nouo iure non impedit. §. Illud. Nouella de Triente & Semisse.

Si dicatur hunc casum esse mixtum, quia partim ex testamento succeditur, partim contra testamentum, & ideo non contineri sub simplicibus, vt doctores dicunt. Respondeo, ex mente legum posteriorum etiã hũc casum decidi

decidi posse: quia ratio cessat propter quam sic erat statutum in d.l.Pater filium: Cessante.n. ratione legis, cessat lex. l. 1. ff. de legitim. tuto. l. Adigere. §. Quamuis. ff. de iure patro. cum similibus.

Rursus si dicatur in l.Si filius.ff. de coll. bonor. rationem esse positam in iniuria, quam emancipatus facit suo, & propterea Scæuola respondit, collationem fieri inter eos, qui diuerso iure succedunt: Ergo cessante iniuria cessare debet collatio. Respondeo, hanc rationem iniuriæ nouo iure non esse attendendam, quia tā suus emancipato confert, quàm emancipatus emancipato, inter quos ratio iniuriæ cessat. l. Vt liberis. C de collat. Inspicitur. n. magis æqualitatis ratio, vt ibi habetur, & in d.§. Illud. in Authent. de Triente & Semisse, & in l.vlt.C.commu.vtriusque iud.

Quæritur etiā an in specie l.Filio §. Videamus.ff.de bonor. possess. contra tab. locus sit collationi, & Iacobus Butrigarius dicebat locum esse nouissimo iure inspecto, quem Alexander referens in d.l.Si emancipati. colum. 2. C. de collation. dicebat se mirari & neminem hoc dixisse. Veruntamen Butrigarium sequitur Vitalis de Collatio. cap. 2. num. 9. Et hæc sententia mihi placet, quia decisio textus in d. §. Videamus. fundatur in ratione iniuriæ cessantis, quæ ratio iam non tam attendi debet: quàm ratio æqualitatis, vt dixi. Vide Corneum in d.l.Si emancipati. nu. 32. & 46.

CAPVT LXXX.

Proponuntur aliæ conclusiones in materia collationis. & controuersia discutitur, an donatio simplex filio facta in potestate sit conferenda?

DVodecima conclusio. Collationi locus est etiam factis codicillis. l. A patre. l. Filiam. C. de codicillis.

Decima tertia. Ius collationis ad hæredes transit actiuè & passiuè. l. 1. §. ibid. ff. de collat. bonor. l. Si maritus. C. de collat.

Decima quarta. Is qui conferre tenetur, si non conferat, vel de conferendo non caueat, partem hæreditatis consequi non potest. l. Si maritus. C. de coll. l. 1. §. Iubet autem Prætor. vers. Si frater. ff. de coll. bonor. Et ideo bona deponuntur penes Curatorem, qui ea detineat, donec conferat, vel de conferendo caueat. l. Nonnunquam. ff. eod. tit.

Decima quinta. Collatio cessat in bonis castrensibus vel quasi. l. 1. §. Nec castrense. ff. eod.

Decima sexta. Collatio hodie locū non habet in bonis aduentitiis, l. vlt. C. de collat.

Sed hic oritur controuersia de simplici donatione à patre filio existenti in potestate facta, sitne conferenda. Nam antiqui Glossatores non conueniunt, aliquibus affirmantibus conferendam, aliquibus id negantibus. Nunc eorum sententia magis communiter recepta est, qui negāt conferendam. Ita Bartol. in d.l. 1. §. Nec castrense. ff. de collat. bonor. Alexander & Iason, in Auth. Ex testamēto. C. de Collat. & ibi etiam Decius, Cagnolus ad d. l. Si emancipati. num. 197. D. eod. tit. Vitalis de collatio. quæst. 1. Saporta in tractatu simili de Collationibus cap. 5. n. 93.

Probatur hæc sententia ex l. Illud. C. de collat. in illis verbis: *Ex eo quod simplex donatio non aliter confertur, nisi huiusmodi legem donator tempore donationis sua indulgentia imposuerit.* Et ex l. Filiæ. C. fam. herciscundæ.

Nisi inæqualitas inter filios oriatur ex eo, quod alter filius dotem haberet, vel donationem propter nuptias, quas conferre deberet: tunc. n. etiam alter donationem simplicem conferre debet, vt ibi dicitur.

Huc accedit ratio manifesta. Nam donatio patris filio in potestate collata, non valet, sed morte donatoris confirmatur. l. Donationes quas. C. de donat. inter vir. & vxor. Cōsequēter is, cui donatur, videtur bona donata consequi post mortem patris. Constat autem acquisita post mortem patris, non conferri. l. Nec emancipati. C. de collationibus.

Et licet Decius in d.l. Illud. n. 6. C. de collationib. hanc rationem impugnet, eius tamē argumentis satisfacit Berous in consil. 54. nu. 27. lib. 1.

Opponitur huic sententiæ textus in l. Si donatione. C. de collat. *Si donatione*, inquit tex. *tibi post mortem patris fundum quæsisti, soror tua portionem eius vindicare non potest, nam si is filiisfamilias constituta tibi à patre donatus est, cum sorore patri communi succedens, eum præcipuum habere contra iura postulas.* Et huic legi aduersatur l. Filiæ. C. fam. hercisc.

Quid Iacobus Cuiacius dixerit, non ignoro, lib. 3. obseruat. cap. 30. *Equidem sic accipio l. Si donatione, vt ab intestato sui donationem simplicem conferant, &c. Legem vero Filiæ, vt ex testamento instituti donata præcipua retineant:* Sic ille: sed non mihi placet, nam vt maximè vera sit interpretatio Cuiacij, quantum attinet ad l. Filiæ. C. fam. hercisc. quæ lex loquitur in eo casu, quo testamentum est conditum, & consequenter collatio cessabat eo tempore, tamen non potest illud admitti, quod simplex donatio conferatur in specie d.l. Si donatione. licet ab intestato patri filiæ succedant, quia id repugnat l. Illud. C. de Collat. Reuera abstrusior paulò res est, vt Cuiacius inquit. Miror tamen eundem excellentem Criticum non admonuisse manum ad

emendandam l. Si donatione adiecta negatione, hoc modo: *Nam si is si tamen non constituta tibi à patre donatus est, cum sorore patri communi succedens eum præcipuum habere contra iura postulas.* Ita si legatur, nihil obstabit, quia emancipatus donationem simplicem tenetur conferre l. 1. ff de coll. bono. Nec obstabit l. Illud. C. de collat. quia intelligitur de donatione simplici filiofam. collata, qui est in potestate.

CAPVT LXXXI.

Alia controuersia de simplici donatione, quæ ab initio valet, an sit conferenda?

SEd alia est controuersia, quid si donatio à parentibus in filium collata, qui est in potestate, ab initio valeat? Nam aliquib. in casibus valere posse receptum est, vt per Iasonem ad l. Frater a fratre. ff. de Cond. indeb. vtrum conferenda sit? Et conferendam respondit Bart. in l. 1 §. Nec castrense ff. de collat. bonor. Alexander & Iason in Auth. Ex testamento. C. de collat. Socinus senior in cons. 9. lib 1. Rolandus à Valle in cons. 44. & in cons. 70. lib. 4. Natta in cons. 106.

Contrarium docuerunt Decius in l. Illud. n. 6 C. de collat. Cagnolus in l. Si emancipati. nu. 190. C. eo. & ante eos Corneus in d. Auth. Ex testamento. col. 1. C. eo. Io. Petrus Surdus in cons. 145. n. 54.

Et hęc posterior sententia videtur mihi probabilior. Nam hæc est simplex donatio, quæ regulariter non confertur, vt in d. l. Illud. circa finem. C. de collationib. De dote tantùm & donatione propter nuptias cautum est, vt cõferantur à filiis, qui in potestate sunt. l. Vt liberis. C. eodem tit.

Argumenta contrariæ sententiæ nõ obstant. Primum est, quia quando donatio valet ab initio, tunc cessat illa ratio, de qua in præcedenti capite diximus, quod videlicet filius videtur acquisiuisse post patris mortem, quo casu collationi locus non est.

Respondeo, illam quidem rationem aptam esse ad impediendam collationem, sed non si illa cesset, statim erit collationi locus; quoniã collatio principaliter instituta est propter filium emancipatum. l. 1. ff. de collat. bonor. Et licet etiam ad filios, qui sunt in potestate, fuerit porrecta, tamen non fuit porrecta ad simplicem donationem, sed ad dotem & donationem propter nuptias, nisi quoties oritur inæqualitas inter liberos, vt in d. l. Illud. C. de collat.

Secundum argumentum est ex §. Illud. in Auth. de Triente & Semisse. in illis verbis: *In dotem forte, vel alio modo datas*: Sed nihil obstat, quia hæc est Imperatoris sententia, olim facto testamento à patre locum collationi non fuisse, nec quoad dotem, nec quoad res alio modo datas. Ex hoc autem non rectè inferri potest hodierno iure, quo locus est collationi etiam testamento facto, conferendam esse non solum dotem, sed etiam res alio modo datas: sic enim quocunque modo data conferenda essent, quod est falsum.

Tertium argumentum est huiusmodi: Emancipati conferre debent donationem simplicem. l. Vt liberis. C. de colla. nõ alia ratione, nisi, quia donatio statim valet: Ergo idem est iuris in donatione simplici facta filio in potestate, quando statim valet.

Respondeo, causam ob quam emancipatus conferre debet, aliam esse, nempe iniuriam quam inferebat suo, id est, filio in potestate. l. 1. ff de collat. bonor. quod autem suus conferre debeat emancipato, inductum est ex legibus posterioribus, quæ cùm non de simplici donatione, sed tantùm de dote & donatione propter nuptias loquantur, consequens est, in donatione simplici collationem cessare. Excipio semper casum illum, quo inæqualitas orieretur inter filios, si collatio cessaret, vt in d. l. Illud. C. de collationibus.

CAPVT LXXXII.

Proponuntur aliæ conclusiones in materia collationis, & excutitur alia controuersia de donatione facta filio ob causam matrimonij, an sit conferenda?

DEcimaseptima conclusio. Donatio collata in filium à patre propter eius benemerita non confertur, quia videtur aduentitia, non profectitia. Bart. in l. 1. §. Nec castrense. n. 11. ff. de collat. bonor. Corneus in Auth. Ex testamento n. 12. C. de collat. & Alexand. ibid. n 6. Iason in l. Filiæ. n. 2. C. eod. Vitalis de collationibus. quæst. [illegible]

Sed controuersia est, si pater filio aliquid donauerit, vt matrimonium contraheret cum muliere aliqua nobili, quæ alioquin nolebat ei nubere, vtrum cõferri debeat. Negant Crauetta in cons. 85. & Io. Petrus Surdus in cons. 143. & huic sententiæ fauent tradita per Bursatum in cons. 188. n. 11. lib. 2. Affirmant Franciscus Becius in cons. 20. & Rolandus à Valle in cons. 44 & 70. lib. 4.

Prioris sententiæ, quam amplector, illud est fundamentum, quod nulla lege cautum est, id genus donationis collationis regulis obnoxium esse. Esse autẽ ita permissum argumentari, ostendit l. Illam. C. de collationibus.

Fundamentum autem contrariæ sententiæ illud est præcipuũ, quod donatio, de qua agitur, non sit simplex, sed ob causam, nempe cõtrahendi matrimonij, ac proinde conferenda sit,

da sit, sicut dos & donatio propter nuptias, cui videtur similis esse, & id genus aliæ donationes, quæ valent ab initio, quia non habet in illis locum ratio, quæ in donatione simplici, quæ non confertur.

Respondeo, dotem & donationem propter nuptias collationi subiacere, hanc vero nec donationem propter nuptias esse, nec ei similem, quia donatio propter nuptias est necessaria: tenetur enim pater eam pro filio suo constituere. l. vlt. C. de dotis promissio. sed ad huiusmodi donationem, vt filius vxorem inueniat nobiliorem vel ditiorem, non est obligatus pater: quare vt maximè non dicatur hæc donatio simplex, non tamen dici potest ob causam necessariam ad similitudinem dotis & donationis propter nuptias, vt proinde conferenda sit, sicut dos & donatio propter nuptias conferri debet.

CAPVT LXXXIII.

Proponuntur omnes aliæ conclusiones, & quomodo accipienda sit l. vlt. C. de collatio. explicatur.

1.

Decimaoctaua conclusio. Quæ pater donauit causa studiorum alteri ex filiis, conferenda non sunt. l. Quæ pater. l. 1. Fam. hercisc. notant Bart. in l. 1. §. Nec Castrense. n. 8. de collat. bonor. Alex. ad l. Si donatione. in fine. C. eod. tit. Vitalis de collat. quæst. 18. Nisi filius pecuniam malè consumpserit. Auth. Quod locum. & ibi notat Bart. C. eod. & ibid. Decius n. 7. Item nisi pater declarauerit se velle, vt conferantur. Vide Crauettam in cons. 125. Item nisi habeat pater bona propria ipsius filij, arg. l. vlt. ff. de petitio. hæreditat. Vide de his omnibus Hartmannum Pistorium lib. 1. quæst. iuris cap. 19.

Decima nona. Quod filius industria & labore suo quæsiuit ex pecunia patris, pro dimidia parte conferendum est, pro altera dimidia nō est conferendum, quia partim aduentitium iudicatur, partim profectitium, ex tradition. per Glos. in l. 1. C. pro socio. Vide Bart. in l. 1. §. Nec Castrense. ff. de collat. bonor. Decium in l. Illud. n. 10. C. eod. Crauet. in cons. 125. nu. 10. Vitalem de coll. q. 10. & q. 27.

Sed quæritur quo modo accipiendum sit, quod in l. vl. C. eodem constitutum est: *Vt nemini de cætero,* inquit Iustinianus, *super collatione dubietas oriatur: necessarium duximus constitutioni quam iam fauore liberorum fecimus hoc addere, vt res quas parentibus adquirendas esse prohibuimus, nec collationi post obitum eorum inter liberos subiaceant. Vt enim Castrense peculium in commune conferre in hæreditate diuidenda, & ex prisci iuris authoritate minimè cogebantur, ita & aliæ res; quæ minimè parentibus adquiruntur, proprias liberis manere censemus.*

Respondet Saporta tract. de collat. cap. 5. accipiendum id esse de filiis in potestate existētibus. Sed cōmunior est sententia, tam de suis, quàm de emancipatis accipiendum, vt notant Alexander, Iason, & Decius in commentariis illius legis, argumēto sumpto ex l. Cùm duobus. 51. §. Idem Papinianus. ff. pro socio. vbi Iurisconsultus emācipatos filios ea ratione bona castrensis, vel quasi, non conferre deducit, quia ea non acquirerentur patri, licet in eius essent potestate. Igitur & nobis ita licebit argumentari, quia parentibus non acquirerent aduentitia bona filij emancipati, licet in eorum essent potestate, ideo talia bona non esse conferenda.

Quod autem ex d. l. vlt. constitutum est, aduentitia non esse conferenda, intelligendum est, quando parēti ipsi succeditur: Tunc enim filius, qui vel a matre, vel aliunde bona acquisiuit, ea non tenetur conferre: Cæterum, si de matris ipsius, vel alterius ex ascendentibus agitur successione, dubitandum non est, quin dos & donatio propter nuptias ab eis data conferenda sint, vt in l. Vt liberis. C. de collat. & ibi Iason notat, & declarat optimè.

Alia de materia collationis notatu digna legi poterunt apud Beroum cons. 54. libr. 1. Alciatum in cons. 65. Surdum d. cons. 143. Iacopinum Riminaldum in cons. 228. lib. 2. Hieronymum Gabrielium in cons. 56. Ruinum in cons. 162. nu. 11. libr. 2. D. meum Cephalum in cons. 184. n. 24. lib. 2.

Illud non probo, quod Surdus d. consil. 143. docet, collationem cessare quoties hæres inuentarium confecit. Nulla enim lege id probari potest. Nec id inter inuentarij commoda à Iustiniano recensetur, vel ab aliis: & quoniam collationis onus est annexum ipsi hæreditati & successioni, vt dicebat Iacopinus Riminal. in d. cons. 228. lib. 2. propterea inuentarij confectio hæredem non liberat ab eo.

CAPVT LXXXIV.

Controuersiæ aliquæ, an hæreditas pacto dari possit? Et prima, quid si non tota hæreditas, sed pars bonorum ex pacto detur, an valeat?

Certi iuris est hæreditatem pacto dari non posse. l. Hæreditas. C. de pactis conuentis. l. Ex eo. C. de inut. stip. Sed controuersiæ sunt nonnullæ ex variis causarum circumstantiis. Et prima est, quid iuris, si non hæreditas tota, sed pars bonorum in pactū deducatur, an valeat pactum? Et respondit Baldus valere in l. vlt. C. de pactis. sequitur Alexander in consil. 29. lib. 5. n. 10. Decius in cons. 578. n. 9. alios in

eandem sententiam refert & sequitur Menochius in cons. 1. n. 161. lib. 1.

Contrarium multos respondisse testatur Tiraquellus eos citans de iure primogeniorum, quæst. 6. n. 14. Sed re vera loquuntur ab eo citati de pacto, quod fit de parte hæreditatis, non autem bonorum. In quibus tamen terminis multi ex antiquis valere putabant pactum, existimantes permissum esse de parte hæreditatis pacisci, licet non de tota.

Sed quod ad pactum partis bonorum attinet, Alciatus in consil. 114. nu. 3. existimat illud non valere, quoties obuentionem bonorum continet, quod accidit, quando paciscentes non se obligant ad quicquam dandum, vel faciendum, sed verba referunt ad bonorum peruentionem: tunc enim, siue de certa parte bonorum agatur, siue de tota successione, respondit pactum non valere.

Franciscus Bursatus hanc rem copiosè adductis authoritatibus tractans, in cons. 136. nu 37. 38. & sequent lib. 2. in ea videtur esse sententia, vt valeat huiusmodi pactum partis bonorum, si de certis bonis intelligatur, puta partis bonorum immobilium, vel feudalium, vel huiusmodi. Cæterùm aliter dicendum, si pactum sit de parte bonorum omnium.

Fundamentum prioris sententiæ, quæ videtur magis communiter recepta, illud est, quia tale pactum non impedit liberam testandi facultatem, cùm paciscens de reliquis bonis testari possit. Et cum non contineat huiusmodi pactum hæreditatem ac successionem, nihil obstat ei lex, quæ vetat pactis hereditatē dari.

Fundamentum Alciati est, quoniā pactum, quo continetur obuentio bonorum, non valet præterquam inter milites. l. licet. C. de pactis.

Ego puto huiusmodi pacta non valere, primò: quia nulla lex proferri potest, quæ illa tueatur. Secundò quia nulla iuris ratione confirmantur. Tertiò, quia nō leuis coniectura suppetit legibus nostris ea non probari. Nullam extare legem pactiones istas iuuantem manifestum est. Nam donatio quidem mortis causa legibus probatur, nec non aliæ vltimæ voluntates & contractus, per quos hæredes nostri ad aliquid dandum vel faciendum obligantur, quamuis obligatio ab ipsis hæredib. incipiat. l. Vn. C. vt actio ab hæredib. & contra hæredes incip. Sed nos loquimur iam de pactis istis nudis, non autem in aliquem specialem contractum transeuntibus, vel in donationem mortis causa.

Nullam iuris rationem suppetere, qua iuuari possint, ex eo perspicuum videtur, quoniam cum certi sint modi iure introducti solenniter, ex quibus bona post mortem conferātur, nempe Testamentum, Codicillus, Donatio mortis causa, Legatum, Fideicommissum, & similia, iuris ratio postulat, vt non alios nobis propria authoritate fingamus cùm satis multi ac solennes à iure suppeditentur.

Denique non leuem esse coniecturam, eas pactiones legibus improbari, facilè colligitur ex l. Licet. C. de pact. ex l. Hæreditas. C. de pactis conuentis, & aliis similibus.

Nec quenquam mouere debet illud argumentum, quo dicitur, ideo pacta ista improbari, quia videntur auferre liberam testandi facultatem: & ideo quoties non de tota hæreditate, sed de parte tantùm, vel bonorum, vel hæreditatis disponunt, seruāda esse, quoniam ratio, cur ea pacta improbentur, illa est præcipua, quia hæreditas pacto non datur. l. Hæreditas. C. de pact. conuen. & alij sunt modi solennes constituti, quibus de bonis suis quis post mortem rectè disponat, quos sequi proinde nos oportet, non autem nouos, & authoribus legum ignotos excogitare.

CAPVT LXXXV.

Secunda controuersia, quid si pactum fundetur in persona promittentis, non autem bona, siue bonorum obuentionem respiciat, an valeat?

COmmuniter recepta est distinctio in hac materia pacti de futura successione nuncupati, vt siquidem fundetur in persona paciscentis, valeat, si verò bonorum obuentionem contineat, non valeat. Exemplum prioris capitis: Promitto tibi omnia bona mea præsentia post mortem meam, valet eiusmodi pactum. Posterioris autem exemplum: Promitto tibi, quod post mortem meam bona mea ad te peruenient. Ita Bartolus in l. Stipulatio hoc modo concepta. ff. de verb. oblig. in l. vlt. n. 11. C. de pact. & in consil. 204. Promitto tibi & tu mihi. Oldradus in consil. 139. Curtius iunior in consil. 15. Decius in consil. 225. 6. 3. Cacheranus decis. Pedem. 100. n. 15. Berous cons. 30. nu. 28. lib. 3. Celsus Vgo in cons. 100. Hieronymus Gabrielius in cons. 137. n. 16. Bursatus in cons. 136. n. 7. Purpuratus in cons. 5, 8. n. 2. li. 2. Simon Pret. cons. 113. n. 10.

Fundamentum est, quod attinet ad primum caput, quia iure cautum est, obligationes incipere posse ex persona hæredis. l. 1. C. vt actiones ab hæredib. & contra hæredes incipiant. Cùm ergo quis ita promittit bona sua, vt in eius persona fundetur promissio, tunc obligatio incipit eo mortuo aduersus hæredem, & is bona promissa restituere tenetur, nisi in pactū deducta essent tā bona præsētia, quàm futura, tunc enim videretur pacto hæreditatis dari, & ideo non valeret, & diceretur esse contra

bonos

bonos mores, quia per illud pactum auferretur libera testandi facultas, si paciſcens nihil ſibi, de quo teſtari poſſet, reſeruaret. Cæterũ, quando non in perſona paciſcentis fundatur pactum, ſed ad bona refertur, videtur ex eo hæreditas ac ſucceſſio dari, ac proinde pactum non valet. l. Hæreditas. C. de pactis.

Sed vt liberè dicam id, quod ſentio, non puto, veram eſſe hanc doctrinam, ac proinde cõtrouerſiam ipſe moueo hac in re, licet nemo forſan hucuſque mouerit. Exiſtimo enim neutro caſu pactum valere. Et quoniam omnis difficultas eſt in primo capite diſtinctionis, eò dirigam argumentum meum, vt fundamẽtum doctrinæ communis euertam. Aiunt Doctores ideo pactum valere, quia obligatio tunc incipit ab hærede promiſſoris, ex quo apparet promiſſorem non voluiſſe hæreditatem pacto dare, ſed ſuum hæredem obligare ad bona promiſſa tradenda, quod permiſſum eſſe iudicat l. 1. C. vt actio. ab hæred.

Sed contra oſtendam legibus improbari etiam illud pactum, quo non immediatè hæreditas datur, ſed hæres promiſſoris incipit ex pacto obligari. Oſtendam hoc ex l. Hæreditas. C. de pactis conuentis. Ait textus: *Hæreditas extraneis teſtamento datur. Cùm igitur adfirmes dotali inſtrumento pactum interpoſitum eſſe vice teſtamenti, vt poſt mortem mulieris bona eius ad te pertinerent quæ dotis titulo tibi non ſunt obligata, intelligis nulla te actione poſſe conuenire hæredes ſeu ſucceſſores eius, vt tibi reſtituantur, quæ nullo modo debentur.*

Hic perpendunt Doctores illa verba, *vt poſt mortem mulieris bona eius ad te pertinerẽt.* Et quod bona, ſiue ad bonorum peruentionem referuntur, ideo putant pactum non valere. Ego contrà perpendo ex hoc textu illa verba, ac totum reſponſum Diocletiani euertere eorum traditionem, quod ita planum facio. Si pactum valeret eo caſu quo bona quis promittit poſt mortem ſuam, ita vt promiſſio fundetur in perſona eius, obligatio autẽ ſiue actio contra hæredes incipiat, deberet etiam valere in ea ſpecie, de qua loquitur Diocletianus, quia etiam in ea ſpecie obligatio & actio incipit contra hæredes. Id patet ex illis verbis textus: *Intelligis nulla te actione poſſe cõuenire hæredes, vt tibi reſtituantur, quæ nullo modo debentur.* His enim verbis perſpicuũ eſt paciſcentem voluiſſe quidem ſuum hæredem obligare in ea ſpecie, & tamẽ pactum non valet. Si enim noluiſſet paciſcens ſuum hæredẽ obligare, ſed immediatè ſua bona ad eum peruenire, cui promiſerat, non erat, cur dubium eſſet: an hæres promiſſoris conueniri poſſet. Sed quia hæc erat vis pactionis, vt etiam hæredem obligaret, ideo quæſitum eſt, an hæres conueniri poſſet: & negat poſſe conueniri quia quæ promiſſa ſunt, non debentur, ratio eſt, quia pactum non valet.

Et certè, ſi verum amamus, nullum videtur eſſe diſcrimen quoad rei ſubſtantiam: Vtrum quis dicat, promitto tibi bona mea poſt mortem: Vel promitto, quod bona mea poſt mortem meam ad te pertinebunt, vel peruenient. Vtroque enim in caſu promiſſor videtur obligaſſe ſuum hæredem ad bona ſtipulatori tradenda. Sed non valet eiuſmodi pactum, quia effectu inſpecto nihil aliud in eo continetur: quàm ſucceſſio & hæreditas. Et notum eſt omnibus, leges verbis impoſitas non eſſe, ſed rebus. l. 2. C. commu. de leg.

Tertiò inſpiciamus diligenter fundamentum communis ſententiæ. Sic ait Iuſtinianus in l. 1. C. vt actiones ab hæredib. & contra hæredes incip. *Cùm ſtipulationes & legata & alios contractus poſt mortem compoſitos antiquitas quidem reſpuebat, nos autem pro communi omnium vtilitate recepimus: conſentaneum erat etiam illam regulam, qua vetuſtas vtebatur, more humano emendare. Ab hæredibus enim incipere actionem, vel contra hæredes, veteres non concedebant contemplatione ſtipulationum, cæterarúmque cauſarum poſt mortem conceptarum. Sed nobis neceſſe eſt, ne prioris vitij materiam relinquamus, & ipſam regulam de medio tollere: vt liceat & ab hæredibus & contra hæredes incipere actiones & obligationes, ne propter nimiam ſubtilitatem verborum voluntates contrahentium impediantur.*

Hac lege non hoc ſtatuit Iuſtinianus, vt generaliter & abſolutè valeat, & ſeruandum ſit ab hærede promiſſoris omne pactum, & præſertim illud, de quo noſtra eſt diſputatio, ſed hoc voluit, vt licet olim actio, nec contra hæredem, nec ab hærede incipere poſſet, quia ſtipulationes & obligationes, & contractus poſt mortem compoſitos antiqui reſpuebant, nunc actio incipere ab hærede, & contra hæredem poſſit: quia tales contractus & obligationes recepti ſunt.

Poſt mortem ſuam nemo dari ſibi ſtipulari poterat, non magis, quàm poſt eius mortem, à quo ſtipulabatur, inquit Imperator in §. Poſt mortem. in Inſtit. de inutil. ſtipul. Hoc ergo ius antiquum eſt emendatum, quamobrem nunc licet ſtipulari ſibi dari poſt mortẽ ſuam, & quis promittere poteſt ſe daturum poſt mortem ſuam, & tunc actio incipiet ab hærede, & contra hæredem: Ego non inficior cuilibet licere, ita ſe obligare ſtipulando, contrahẽdo, legando: ſed nego licere extra cõtractus cauſã, vel donationis cauſa mortis, vel legati aliáve similẽ receptã cauſam bona ſua in pactum deducere, vt ſcilicet poſt mortem promiſſoris ea quis obtineat. Eſt enim hoc pactum futuræ

successionis, pactum, quo hæreditas datur, si non quis ad verborum corticem attendat, sed rem ipsam penitius contempletur.

At, inquiunt, in priori casu, cùm quis promittit bona sua post mortem, refert suam promissionem post mortem, & tunc incipit obligatio & actio aduersus hæredem, quod est permissum. Sed contra idem accidit, & in posteriori casu & tamen pactum non valet d. l. Hæreditas. Cū enim sic dico: Promitto tibi, quod bona mea peruenient ad te post mortem meā: nónne obligo me ipsum ad hoc vt bona consequaris post mortem meam? Consequenter nónne & meum hæredem obligo, vt hoc ipsū adimpleat? Hæres enim obstrictus est omnibus obligationibus, quibus defunctu tenetur. l. 1. C. si certum pet. l. Ex qua persona. de reg. iur. l. Pro hæreditariis. C. d. hæred. act.

Illam igitur distinctionem valere iubeo, & germanam solidámque traditionem amplector, eiusmodi pactiones non valere: Eruditorúmque Iurisconsultorum iudicium ac sententiam expecto.

CAPVT LXXXVI.

Pactum de futura successione reciprocum, an valeat?

SEquitur tertia controuersia de pacto futuræ successionis an valeat, si reciprocum sit. Etenim multis placuit illud valere, ita Marsilius singular. 3. 3. citans in hanc sententiam Oldradum in consil. 139. Io. Andr. ad Specul. tit. de instrument. editione. §. Porrò. col. vlt. Alexand. in l. Licet. C. de pact. Angelum in consil. 179. Iason in l. Si pater puellæ. C. de inoff. testam. Eandem sententiam sequitur Mynsingerus centur. 2. obseru. 33. Viuius commun. opinion. in verb. Pactum. 1. nu. 12. alios refert Tiraquell. de iure primogenior. q. 6. nu. 5.

Sed cōtrarium docuerunt Bartol. in d. l. Licet. C. de pactis. & in consil. 212. Alexand. in cons. 28 lib. 3. Decius in cons. 225. n. 3. Iason in cons. 87. n. 3 lib. 1 Parisius in consil. 24. nu. 77. lib. 2. Curtius iunior in consil. 15. Tiraquell. de iure primogeniorum, q. 6. num. 24. Osascus decisio. Ped. mont. 100. num. 22. Bursatus in consil. 36. n. 3 Hieronymus Gabriel. in cons. 137. non procul ab initio. Petrus Pechius de Testamentis coniugum. lib. 1. cap. 7.

Eandem sententiam sequi videtur Andreas Geyll. lib. 2. obse. 126 sic enim ait: *Distinguendum esse ne impingamus in hoc difficili articulo vtrū fiat promissio mutua de succedendo causa donationis inter viuos, an vero simplex promissio per pactum de successione reciproca. Primo casu valet promissio quia non est pactum futuræ successionis sed obligatio descendens ex contractu de præsenti inter viuos celebrato, licet effectum post mortem sortiatur. ideóque val. 1. & tenet irreuocabiliter. Secundo casu promissio non valet: puta si duo pluresue paciscantur inter eos, vt alter alteri deficientibus liberis succedat.* Hactenus ille.

Idem latè concludit Simon Pretus in consilio 123.

Ego posteriorem hanc sententiam absque omni hæsitatione amplector, si quæstio sit inter priuatos, secus, si inter milites. authoritate l. Licet. C. de pactis. vbi Diocletianus: *Licet inter priuatos huiusmodi scriptum, quo comprehenditur, vt is qui superuixerit, alterius rebus potiatur, nec donationis quidem mortis causa gesta efficiciter speciem ostendat: tamen cùm voluntas militum, quæ super vltimo vitæ spiritu deque re familiaris agere quoquo modo contemplatione mortis in scripturam deducitur, vim postremi iudicij obtineat: proponásque te ac fratrem suum ad discrimen prælij pergentes ob communem mortis fortunam inuicem esse pactos, vt ad eum, qui superstes fuisset, res eius, cui casus finem vitæ attulisset pertinerent: existente conditione intelligitur ex fratris tui iudicio (quod principaliū constitutionum prompto fauore firmatur) etiam rerum eius compendium ad te delatum esse.*

Hac lege videtur mihi apertè decisa hæc controuersia, valere quidem eam conuentionem inter milites, inter priuatos autem non valere.

Huc accedat ratio legis: Pacto videlicet hæreditatem dari non posse, l. Hæreditas. C. de pactis conuentis. locum enim habet etiam, vbi pactum est reciprocum.

Nec difficile est ad argumentum Marsilij respondere, qui authoritate multorum abutitur in hoc articulo: illud enim in eo positum est, quod vicissitudo illa multa operari soleat, & ideo licet donatio inter virum & vxorem regulariter non valeat, tamen valet, si sit reciproca, vt tradit Iason in l. Si pater puellæ. C. de inoff. testam.

Item licet donatio excedens quingentos aureos, non valeat absque insinuatione, tamen valet, si sit reciproca. Angelus in cons. 179. & alij.

Sed omnibus istis exemplis vno verbo respondetur, dato, quod vera sint, longè esse dissimilia, nec ad hanc speciem rectè applicari, in qua & legis authoritas, & eius ratio apertè aduersantur, perspicuumque est vicissitudinem nihil prorsus operari.

CAPVT LXXXVII.

Pactum de futura successione in contractu matrimoniali adiectum an valeat.

COnuētiones de futura successione pactis matrimonialibus adiectas, vt puta, quod solus

ſolus primogenitus ex eo matrimonio ſuccedat, valere, authores ſunt plurimi Guido Papæ, q. 26. & 505. & alij quos refert & ſequitur Menoch. in conſ. 1. n. 162. lib. 1. Et prætermiſſis leuibus argumentis adducti in hanc ſententiam ſunt ex l. Diui Conſtantini C. de natura lib. liber. in illis verbis: *Pactis quæ matrimonij tempore ſuper dotibus, vel ante nuptias donationibus rebus ſubſecuta fuerint, etiam ad ipſorum perſonas pertinentibus: ut vna cum fratribus ſuis poſtea ex eiſdem parentibus fortè progenitis aut ſoli (ſi nullus alius ſit procreatus) dotis & ante nuptias donationes pro tenore legum, nec minus pactorum emolumenta percipiant* Idem ferè probat l. Si inter. ff. de pactis dotalibus.

Sed iſtis ego non aſſentior, imò contrariam ſententiam amplector, quam defendit poſt alios, quos adducit latè Tiraquellus de iure primogeniorum. quæſt. 6.

Et moueor ex claris legib⁹, quæ diſertè declarant non valere huiuſmodi pacta etiam in contractu matrimoniali. Nempe ex l. Pactum 25. C. de Pactis. *Pactum*, inquit textus, *quod dotali inſtrumento comprehenſum eſt, ut ſi pater vita fungeretur, ex æqua portione ea, quæ nubebat cum fratre hæres patri ſuo eſſet: neq; ullam obligationem contrahere: neque libertatem teſtamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.* Et ex l. Hæreditas. C. de pactis conuentis. Diocletianus: *Hæreditas extraneis teſtamento datur. Cum igitur affirmes dotali inſtrumento pactum interpoſitum eſſe vice teſtamenti, ut poſt mortem mulieris bona eius ad te pertinerent: quæ dotis titulo tibi non ſunt obligata, intelligis, nulla te actione poſſe conuenire hæredes ſeu ſucceſſores eius, ut tibi reſtituantur, quæ nullo modo debentur.*

His legibus, quæ tamen ſatis perſpicuę ſunt, & ad rem maximè pertinent, nullum a quoquam ex contrariæ ſententiæ authoribus allatum reſpõſum legi. Contrà verò ad leges contrariæ ſententiæ plana eſt reſponſio, eas loqui de pactis circa dotem & donationem propter nuptias, vt patet ex ipſis verbis dictarum legum. Nemo autem negat ea pacta valere: ſed noſtra quæſtio eſt, an valeant extra dotis & donationis propter nuptias cauſam. Et ideo non ſine cauſa Diocletianus in d. l. Hęreditas. C. de pactis conuentis. addidit illa verba: *quæ dotis titulo tibi non ſunt obligata.* Sciebat enim pacta eiuſmodi circa dotem & donationem propter nuptias inter coniuges valere, & ſeruanda eſſe.

CAPVT LXXXVIII.

Excommunicatus an poſſit teſtari?

VEtus eſt controuerſia de excommunicato, an poſſit teſtamentũ facere, & licet nõ dubium ſit, quin communior ſententia poteſtatem illi hanc faciat, excepto tamen hæretico & læſæ maieſtatis reo, vt in c. Excommunicamus. §. Credentes. de Hæreticis. in c. Felicis. de pœnis lib. 6. ſicuti teſtatus eſt olim Federicus Senenſis in conſil. 74. & non ita pridem Antonius Gabrielius lib. 4. commu. concl. tit. de teſtamentis. concl. 1. Couuar. ad Rub. de teſtamentis. in 2. part. nu. 18. Clarus in §. Teſtamentum q. 24. Tamen mihi videtur iuris rationi magis conſentanea contraria ſententia, quam Gloſ. ſequitur in c. Decernimus. de ſent. excommun. lib. 6 Hoſtienſis in c. Pia. de except. in 6 Et quidã alij, qui citantur in locis annotatis. Nam ſi liceret excommunicato facere teſtamentum, liceret eidem etiam cum aliis communionem habere, & actus legitimos exercere. Neque enim teſtamentum quis facere poteſt, niſi teſtes adhibeat, & coram eis ſuam voluntatem enunciet. Adhiberi ſolet etiam notarius, qui de teſtamento inſtrumentum conficiat, vt notum eſt. Sed quin hæc excommunicato interdicta ſint, dubium nõ eſt: ideo excommunicatus neque agere, neq; patrocinari, neque teſtificari poteſt, l. c. Decernimus. de ſent. excommun. lib. 6. Ergo nec teſtari: Eſt enim par ſ[illegible] ratio. Etiam conſtat teſtamenti factionem in ſuperioribus caſibus expreſſè interdictam, ſcilicet hæretico & læſæ maieſtatis reo, qui ſunt excommunicati.

Nec difficile eſt ad argumẽta communioris ſententiæ reſpondere? Illa enim diligenter à Federico Senenſi commemorantur. Primum eſt: quia teſtamenti factio non eſt prohibita excõmunicato, ergo intelligitur permiſſa, vt notat Gloſ. in l. Si quæramus. ff. de Teſta. Reſpondeo, etſi nominatim prohibita nõ ſit, tacite tamen prohibitam cenſeri ex eo, quod excommunicatus ab omni fidelium communione excluſus eſt, & præterea nominatim eſſe prohibitam in duobus caſibus, vt ſuprà.

Secundum argumentum eſt: quia excommunicatus retinet dominium bonorũ ſuorũ, ergo de illis ad libitum ſuum diſponere poteſt. Reſpondeo, non eſſe bonam conſequentiam, niſi eatenus diſponat, vt non cum fidelibus cõmunionem habeat, hoc enim eſt ille beneficio priuatus? Et ideo teſtari non poteſt quia ſic communicaret cum aliis.

Tertium argumentum eſt, quia ſi dicamus valere teſtamẽtum, eſt maior fauor eorum, ad quos bona excommunicati peruenient, quam ipſius excommunicati, ergo propter vtilitatem noſtram debemus dicere teſtamẽtum valere. Reſpondeo, negando cõſequentiam, quia imò ſi teſtari excommunicatus non poſſit, nihilominus bona eius ab inteſtato ad legitimos tranſeunt hæredes. Nec propter bona temporalia debemus concedere, vt excommu-

nicato liceat cum aliis communicare, sed tantum id licet propter salutem animæ suæ, vt in ca. Cum voluntate. de sent. excomm.

Quartum argumentum: quia sunt quidam speciales casus, in quibus excommunicatus testari non potest, nempe propter hæresim, & crimen læsæ maiestatis, vt dictum est; ergo & aliis casibus licebit excommunicato testari. Respondeo, non esse casus speciales illos. Neque enim dicitur specialiter tantùm in illis casibus testamenti factionem denegari excommunicato. in d. ca. Felicis. de pœnis. in 6. & in c. Excommunicamus §. Credentes. de hæreticis.

Quintum argumentum est, quia sequeretur absurdum. Nam si iniusta esset excommunicatio, nihilominus testari non posset excommunicatus; Ergo si absolutus esset, quo casu debent omnia ei iura restitui. c. Qua de causa. 2. q. 5. tamen si decessisset, non valeret testamentum: & sic ei testamenti factio non restitueretur. Respondeo, si excommunicatus absoluatur eidem restitui factionem testamenti, & ideo quoque licèt primum testamentum non valeat, quod fecit cùm esset excommunicatus; valebit tamen aliud, quod facere poterit, cùm erit absolutus: quod si non fecerit, erit illi imputandum.

CAPVT LXXXIX.

Vtrum clericus de fructibus bonorum ecclesiasticorum testari possit.

HÆc est antiqua, celebris, & nō parui momenti controuersia. Vtrum clerici, & alij Ecclesiastici viri de fructib. beneficiorum & præbēdarum Ecclesiasticarum testari, tanquā veri eorum domini possint. Variæ ac diuersæ fuere olim, & inter recentiores etiam doctorū tum canonistarum, tum Theologorum sententiæ, vt videre licet ex interpretibus post Gl. ibi in c. Præsenti. in verbo, *reseruari*, de offic. ordin. in 6. in c. vlt. de peculio cleri. in c. Cum in officiis. vbi latè Couuar. de testam. Claro in §. Testamentum. q. 27. ver. Quartò videndum est. Martino Nauarro in tractatu & Apologia de reditibus ecclesiasticis. Francisco Sarmento in libris de reditibus ecclesiasticis, vbi triginta commemorat opiniones nouissimè ex R. P. Gregorio de Valentia, Theologiæ hîc professore celeberrimo, quem omnes propter singularem eius doctrinam, sanctitatem, & prudentiam cum primis veneramur. Tomo 3. comment. Theologicorum Disputatione 10. q. 3. de statu Episcoporum.

Ego breuiter sententiam meam aperiam, eámque confirmabo, tum ad argumenta contrariæ sententiæ respondebo, qui plura hac de re scire cupierit, supra dictos in locis annotatis consulere poterit.

Existimo clericos & alios ecclesiasticos viros testari posse de fructibus beneficiorum & ecclesiasticorum, quæ illis supersunt vltra necessitatem eorum, & moueor hoc argumento: De quacūque re testari quis potest, cuius dominus est, si nulla lege testari prohibeatur: Sed clerici & alij ecclesiastici viri domini sunt huiusmodi fructuum, & nulla lege testari prohibentur: ergo testari possunt.

Maior propositio probatur, quia testamentum nihil aliud est, quàm iusta voluntatis nostræ sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. l. 1. ff. de testament. Nemo autem disponere potest, quid fieri velit nisi de eo, cuius est dominus, vt patet; quod autem de rebus suis quilibet testari possit probatur, quia testandi facultas omnibus est concessa, exceptis iis, quibus prohibita est. *Nihil est enim, quod magis hominibus debeatur, quàm vt supremæ voluntatis, postquam iam aliud velle non possunt, liber sit stylus, & licitum, quod iterum nō redit, arbitrium.* l. 1. C. de SS. eccles. Et ideo rectè docet Accursius in l. Si quæramus. ff. de testam. quemlibet habere testandi facultatem, nisi expresè prohibeatur. argum. l. Ab ea. ff. de Probat. & omnes doctores communiter idem passim docent, nulláque est difficultas.

Minor autem propositio duas habet partes. Prima, clericos esse dominos eiusmodi fructuum. Altera, nulla lege expresè de his prohibitos esse testari. quod ad primam partem attinet, probatur multis argumentis.

Primum est ex c. Vni. de clericis non residentibus. lib. 6 in illis verbis: *Qui verò aliter de distributionibus ipsis quicquam receperit (illis quos infirmitas, seu iusta & rationabilis corporalis necessitas, aut euidens Ecclesiæ vtilitas excusaret) rerum sic receptarum dominium non acquirat, nec faciat eas suas &c.*

His verbis Summus Pontifex dicit, clericos non residentes, non acquirere dominium, nec sua facere, quæ percipiūt ex distributionibus, quæ vocantur quotidianæ, quæ sine dubio nihil aliud sunt, quàm fructus: aut certè nulla est ratio differentiæ inter eas, & alios fructus beneficiorum ecclesiasticorum. Ergo si clerici resideant, faciunt fructus suos, & eorum dominium acquirunt.

Et de fructibus ipsarum præbendarum idē constitutum est in Concilio Tridentino. sess. 23. c. 1. de reformatione, vt nimirū ecclesiastici habentes curam animarum, qui non resident, *non faciant fructus suos.* Ex quo similiter argumentari licet, si resideant, eos facere fructus suos; & per consequens eorum dominiū acquirere.

Secundum argumentū est ex c. Peruenit. de fide-

fideiuſſo. in illis verbis: *Alioqui de reditib. eorum præſcripta debita faciatis exolui, & damna eorum, quæ propter hoc pertulit, reſarciri, aut prædictos reditus ſibi aſſignetis tam diu ſine moleſtia detinendos, donec ipſa damna reſarcita fuerint, & debita ſine dubitatione ſoluta.*

Hoc mandat ſummus Pontifex, vt creditoribus clerici ſatisfiat ex fructibus & rediribus beneficiorum: quod argumento eſt, clericum dominium habere ipſorum fructuum. Neque enim ex rebus alienis iuſtum eſſet ſatisfieri creditoribus.

Tertium argumentum eſt ex ratione, qua vtitur R. P. Gregorius. Nã miniſtri eccleſiaſtici nõ debent eſſe peioris cõditionis, quàm alij reipub. miniſtri: At alij reipub. miniſtri domini efficiuntur ſtipendiorum, quæ eis dantur, ergo eodem modo eccleſiaſtici miniſtri fiunt domini fructuum ſuarum præbendarum.

Quartum argumentum ego ſic adfero. Aut viri eccleſiaſtici ſunt vſufructuarij, & tunc fructus faciunt ſuos: aut nõ ſunt, ſed adminiſtratores tãtùm, & tunc eos reſtituere tenentur, & conſequenter rationem adminiſtrationis reddere cogendi ſunt: ſed hoc nullo iure cauetur, vt reddere compellantur adminiſtrationis rationem; & loquor in foro hoc externo: Ergo fructus ſine dubio ſuos faciunt; alio qui cauendum erat aliqua lege, vt rationes reddere tenerentur.

Poſtremum argumentum eſt ex Conſuetudine. Nã optima eſt legum interpres Conſuetudo. l. Si de interpretatione. ff. de legib. Conſuetudine autem receptum eſſe in Hiſpania, in Gallia, in Italia, vt clerici pro dominis exiſtimentur fructuum iſtorum, ac proinde de eis liberè diſponãt, teſtantur Couuar. & Sarmientus locis ſuprà annotatis. Sarmientus inquam parte 4. de reditib. eccleſ. cap. 1. n. 8.

Altera verò pars minoris propoſitionis, nulla lege prohibitum eſſe viris eccleſiaſticis de fructibus beneficiorum ſuorum teſtari, probatur, quia nullus ex iure canonico locus adferri poteſt, vbi cõtineatur huiuſmodi prohibitio. Notandum eſt enim nos loqui de fructibus præbendarum & beneficiorum, non autem de bonis mobilibus, vel immobilibus ex fructibus, vel aliunde per eccleſiam acquiſitis. Cõſtat. n. non licere clericis de eis teſtari ex c. Relatum. in 2. ex c. Cum in officiis. & ex c. Ad hæc. de teſtamentis. licet nonnulli res acquiſitas ex fructibus, & fructus ipſos confundentes, exiſtimauerint memorias in locis prohiberi etiam de ipſis fructibus teſtandi facultatem: ſed decretales prædictæ non loquuntur de fructibus, ſed de bonis acquiſitis per eccleſiam. Sic enim ait textus in d. c. Relatum: *Licet autem mobilia per eccleſiam acquiſita de iure in alios pro morientis arbitrio transferri non poſſint, &c.* Et in c. Cum in officiis: *Quidam clerici cùm ab eccleſiis ſuis mutua beneficia perceperint, bona per eas acquiſita in alios transferre præſumunt, &c.* Et clarius in d. c. Ad hæc: *Præſentib. innoteſcat, quod clerici de mobilibus, quæ per eccleſiam ſunt adepti, de iure teſtari non poſſunt.*

Quamobrem Iulius Clarus loco ſuperiùs annotato rectè bona quæſita ex fructib. eccleſiæ diſtinxit ab ipſis fructibus; Et nos etiam diſtinguenda eſſe putamus. Ratio autem diuerſitatis illa poteſt adferri, quod licet Clerici etiam huiuſmodi bonorum acquiſitorum ex fructib. ſint domini, & ideo videantur poſſe de eis pro eorum arbitrio diſponere, tamen cùm per eccleſiam ea acquiſiuerint, caritatis & gratitudinis ratio poſtulat, vt ea potius relinquant eccleſiæ quàm aliis. Et hoc eſt quod dicit textus in d. c. Cum in officiis: *Cùm in officijs caritatis primo loco illis teneamur obnoxij, à quibus beneficium nos cognoſcimus recepiſſe, contra quidam clerici cùm ab Eccleſiis ſuis mutua beneficia perceperint, bona per eas acquiſita in alios transferre præſumunt. Hoc igitur quia antiquis canonibus conſtat inhibitum, nos indemnitati eccleſiarum prouidere volentes, ſiue inteſtati deceſſerint, ſiue alijs conferre voluerint, penes eccleſias eadem bona præcipimus remanere.*

Hæc ratio Caritatis non ita viget in ipſis fructibus, quoniam fructus ſunt ex rebus, quę vſu conſumuntur, & ſicut ab ipſo clerico, vtpote eorum domino conſumi poſſunt, ita etiã ei licere debet eos teſtando in alios transferre: nec enim vt conſeruentur pro ipſa eccleſia, ita ratio ſuppetit, vt in aliis bonis mobilib. vel immobilibus, quæ iam ſunt acquiſita, puta ſi vaſa ſint aurea vel argentea, ſupellex & ſimilia, quæ ſeruando ſeruari poſſunt, neque tam facilè vſu conſumuntur.

Argumenta verò contrariæ ſententiæ, quæ clericos dominos non eſſe contendit, ad hæc omnia reuocãtur, quod eccleſiaſtica bona dicũtur Domino Deo donatã. c. Qui Chriſti. 12. quæſt. 2. c. Res eccleſiæ. 12. q. 1. Quod ad pauperes pertineant. c. Pręcipimus. & c. Ex his. 12. q. 1. Quod Clerici ſint diſpẽſatores. c. Decimæ. 16. q. 1. c. Quod autem. 23. q. 7. cap. 2. de donat. Sed iſtis & ſimilibus, quæ in eandem ſententiam latè adferri poſſunt, & à Nauarro & Sarmiento adferuntur, optimè reſpondet R. P. Gregorius loco annotato, bona eccleſiaſtica Deo data eſſe, hoc eſt, propter Deum, & eius cultum data eccleſiaſticis. Ad pauperes pertinere, quia eleemoſinæ ex reditibus eccleſiaſticis impertiendæ ſunt. Clericos eſſe diſpenſatores, & nõ dominos, ſcilic. bonorum ipſorum eccleſiaſticorum, mobilium vel immobilium, non autẽ fructuum, qui ex præbendis percipiuntur.

Ad probandum autem clericos non posse testari de huiusmodi fructib. beneficiorum & præbendarum, adferuntur à Nauarro hæc iuris canonici loca. cap. Episcopi. & c. Sint manifestæ. 12. q. 1. cap. 1. c. Quia Ioannes. c. Fixum. 12. q. 5. ca. 1. c. Ad hæc. c. Quia nos. c. Cũ in officiis. c. Relatum. in 2. de testam. Et præterea Auth. licentiam. C. de Episcopis & Clericis.

Respondeo, omnia hæc loca loqui & accipienda esse de bonis acquisitis per ecclesiam, vel ex rebus & fructibus ecclesiæ, non autem de ipsis fructibus. Percurramus singula.

Adfertur primò c. Episcopi. 12 quæst. 1. *Episcopi, inquit, de rebus proprijs, vel acquisitis, vel quicquid de proprio habent, hæredibus suis, si voluerint derelinquant: quicquid vero de prouisione suæ ecclesiæ fuerit, siue de agro siue de fructibus, siue de oblationibus, omnia in iure ecclesiæ reseruare censuimus.*

Respondeo, textum loqui de bonis, quæ cõstituta sunt pro ecclesiæ prouisione: nam siue agri sint, siue fructus annui, siue oblationes, illa omnia Episcopus in iure Ecclesiæ reseruare tenetur, non autem relinquere suis hæredibus potest, sicut bona propria. Itaque nõ loquitur textus de fructib. perceptis ab ipso Episcopo pro suo vsu ipsius, sed de fructibus & aliis, quę pertinent ad prouisionem ipsius ecclesiæ, quæ meritò reseruanda sunt Ecclesiæ, non ad hæredes transferenda: sed quominus fructus iam perceptos, & quorum dominus est Episcopus factus hæredibus relinquere possit, non rectè inferri potest.

Adfertur 2. text. in c. Sin manifestæ. eadem causa. & quæst qui loquitur de reb. ecclesiæ, non autem de fructibus præbendarum & beneficiorum. *Sint manifestæ*, inquit, *res propriæ Episcopi, si tamen habeat res proprias, & manifesta dominica, vt potestatem habeat de proprijs rebus Episcopus moriens, sicut voluerit, & quibus voluerit derelinquere, ne sub occasione ecclesiasticarum rerum, ea, quæ Episcopi esse probantur, interdicantur.*

Tertiò, adfertur text. in cap. 1. 12. q. 5. qui loquitur de rebus mobilibus ecclesiæ, vt patet illis verbis: *Itaque fraternitatem tuam tempore quo ad nos fuit: conquestam esse recolimus, quod quadam mobilia quæ Constantinus decessor vester testamenti serie legatis titulo dereliquit, decreuisse nos, vt si hoc constaret, nullum ex his ecclesia vestra praiudicium pateretur, &c.*

Quartò, text. eadem causa, & quæst. in c. Quia Ioannes. Sed loquitur de reb. Ecclesiæ, non autem de fructibus, vt patet ibi. *Huius igitur monasterij, & collectarum illic rerum quia in testamento quod condidit, fecisse nescitur mentionem, sciendum vobis est, non nos ideo ea confirmasse, quoniam eius supremam sequimur voluntatem, &c.*

Quintò, textus eadem causa, & quæst. in c. Fixum. Sed loquitur de reb. acquisitis. Vt patet ibi: *Postquam autem Episcopus factus est, quascunque res de facultate ecclesiæ, aut suo, aut alterius nomine comparauerit, decernimus, vt non in propinquorum suorum, sed ecclesiæ, cui præest, iura deueniant.*

Sextò, adferuntur cap. 1. c. Ad hæc. c. Cũm in officiis. c. Quia nos. c. Relatum. in 2 de test. quæ omnia loquuntur de rebus acquisitis per ecclesiam, nullum verbum de fructib. ecclesię. Tria ex his suprà retulimus: restant duo, nempe, cap. 1. & c. Quia nos. in c 1 sic dicitur: *Quicquid verò ecclesiæ ante ipsius consecrationem esse cognoueris, vel in Episcopatus ordine prædictum Episcopum acquisiuisse, in eiusdem ecclesiæ dominio conseruetur.*

In c. quia nos sic habetur: *De ijs tamen quæ consideratione ecclesiæ perceperunt, nullum de iure possunt facere testamentum.* Loquitur ibi Summus Pontifex de clericis, qui aliquid acquisiuerunt occasione ecclesię, quia scil. ecclesiæ contemplatione eis datum fuit.

Denique textus in Auth. Licentiam. C. de Episcop. & Clericis, similiter de reb. acquisitis loquitur, vt patet ex illis verbis: *Cæterum rebus acquisitis ab eo, dominio ecclesiæ reseruatis, &c.*

CAPVT XC.

Testamentum an valeat, quod confectum est non adhibitis iuris solennibus, sed statuti eo in loco vigentis, vbi testamentum est conditum, ex quo tamen loco testator oriundus non est?

VEtus controuersia est, Testamentum cõdidit aduena, exempli causa, Venetiis secundum cõsuetudinem, quæ ibi viget, coram duob. vel tribus testibus, vtrum etiam vbique vires obtinere debeat? Oldradus in cons. 248. Præsupposita consuetudine respondit non valere; & eiusdem sententiæ dicitur olim fuisse Iacobus de Arena. sed contrarium docuit Bartolus in l. 1. C. de summa trinit. n. 24. quem cęteri magis communiter sequuti sunt, vt videre licet ex Iasone ibid. n. 40. & in 2. lect. num. 82. Vide Gabrielium lib. 4. comm. conclus. tit. de Testamentis. concl. 4. & Andream Geyll. lib. 2. obser. 123.

Argumenta Oldradi hæc sunt: Primum ex l. Sed si accepto. ff. de iure fisci. Marcianus: *Sed si accepto vsu togæ Romanæ (Obsides) vt ciues Romani semper egerint: diui fratres procuratoribus hæreditatum rescripserunt, sine authoritate ius eorum ab obsidis conditione separatum esse beneficio principali. Ideoque idem ius eis seruandum,*

nandum, quod haberent, si à legitimis ciuibus Romanis haredes instituti fuissent.

Sed hoc ad rem, qua de agitur, nō pertinet. Etsi.n.id Martianus à contrario sensu velit, ob sides, qui vsu togæ Romanæ nō acce pro Romæ fuerint, eodem iure non frui in bonis, quæ eis relinquuntur, quo cæteri fruuntur, qui à ciuibus Romanis hæredes instituti sunt, non tamen ex hoc quicquam inferri potest ad rem nostrā. Est res plane diuersa, dissimilis, aliena potius. Nostra.n. disputatio est, an peregrinus & aduena testamentum faciens adhibitis solennibus ex consuetudine loci, in quo testamentum fit, rectè id fecerit, vt proinde etiam alibi valeat, quæ res cum Martiani responso nihil habet commune.

Secundum argumentum est ex l. Si non speciali. C. de testam. Diocletianus: *Si non speciali priuilegio patriæ tuæ iuris obseruatio relaxata est, & testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo iure testamentum valet.*

Sed nihil vrget hoc argumentum. Nam textus loquitur de eo, qui testamentum fecit in patria sua non seruatis solennibus, & ideo dicit illud non valere, nisi priuilegio speciali patriæ suæ iuris solennitas relaxata sit. Nos verò loquimur de aduena & peregrino, qui eo in loco testamentum facit, vbi iuris solennitas relaxata est.

Tertium est ex l. vlt. C. de testam. vbi consuetudo testandi non adhibitis solennib. iuris approbatur duntaxat in locis rusticorum, in quib. literatorum copia non est: Ergo in aliis locis adhibenda sunt iuris solennia.

Sed nihil prorsus facit, quia nostra quæstio iam supponit relaxatam esse iuris solennitatem in loco, in quo testamentum conficitur: sed in eo tantùm est difficultas, an & peregrinus eodem iure potiatur in testamento ibi condendo, qua de re nihil in d. l. vlt.

Quartum argumentum est ex l. Nummis. de leg. 3. in illis verbis: *Si neque ex consuetudine patrisfamilias, neque ex regione vnde fuerit, neque ex contextu testamenti possit apparere.*

Nihil valet; quia hoc Iurisconsultus dicit: *Nummis indistinctè legatis hoc receptum esse, vt exiguiores relicti censeantur*, si neque ex consuetudine patrisfamilias, &c. quæ res longissimo distat à quæstione hac nostra interuallo, vt patet.

Argumenta verò Bartoli hæc sunt: Primum est ex l. 2. C. quemadmo. testam. aper. Valerianus: *Testamenti tabulas ad hoc tibi à patre datas, vt in patriam perferantur affirmans, potes illuc perferre, vt secundū leges moresq; locorum insinuentur.*

Hoc argumentum nihil probat. Nihil.n.aliud dicit Valerianus Imperator, nisi testamēta secundum mores & leges locorum publicanda & aperienda esse. Sed nostra disputatio est, an leges moresque locorum locum habeāt in peregrinis, & aduenis, vsque adeò, vt testamentum quod ibi fit secundum leges, & mores loci à peregrinis & forensibus, alibi quoque valere debeat, qua de re nihil respondit Imperator.

Secundum argumentum est ex l. 1. C. de emancipat. liberor. Diocletianus: *Si lex municipij in quo te pater emancipauit, potestatē Duumuiris dedit, vt etiam alienigenæ liberos suos emancipare possint: id quod à patre factum est, suam obtinet firmitatem.*

Nihil probat, primò, quia non loquitur de solennitate actus, sed de potestate faciendi. Secundò, quia requirit nominatim, datam esse potestatem Duumuiris, quæ etiam ad alienigenas extendatur.

Tertium argumentum est ex l. vlt. ff. de milit. testam. Vlpianus: *Rescripto principum ostendunt, omnes omnino, qui eius sunt gradus, vt iure militari testari non possint, si in hostico deprehendantur, & illic decedant, quomodo velint, & quomodo possint testari: siue præses sit prouinciæ siue quis alius, qui iure militari testari non potest.*

Nihil probat: quia hoc Vlpianus dicit, eos qui in loco hostili deprehenduntur, si illic decedant testari posse, quomodò velint iure militari: Est hoc speciale priuilegium, quod illis est concessum, ex quo non rectè quis argumentari potest, valere testamentum in omnibus locis à peregrino factum secundum loci consuetudinem.

Postremum argumentum est ex l. Si fundus. ff. de Euict. Caius: *Si fundus venierit ex consuetudine eius regionis, in qua negotium gestum est, caueri oportet.* Ergo idem dicendum est in testamentis, vt scilicet regionis, in qua celebrantur, seruanda sit consuetudo.

Non multum vrget. Primò, quia non loquitur de consuetudine regionis circa solennitates actus, qui celebrantur. Secundò, quia non loquitur de peregrino & forense. Tertiò, quia loquitur, quando consuetudo iuris repugnat certas solennitates requirenti, quas consuetudo regionis non requirit. Quartò, quia inter contrahentes inspicitur semper quod actum est, quod si non appareat inspici debet, quod ex moribus regionis frequentatur. l. Semper in stipulationibus. ff. de reg. iuris: *Ea enim, quæ sunt moris & consuetudinis, in bonæ fidei iudiciis debent venire.* l. Quod si nolit. §. Quia assidua. ff. de Ædilitio edicto.

Cùm igitur nec argumēta Oldradi, nec argumēta Bartoli sufficiant, ad controuersiam istam decidendam, aliunde petenda est ratio eam decidendi. Et sanè, vt mihi videtur, ex eo,

potissimùm loco, quo in quæstionem vocari solet, vtrum forenses gaudeant beneficiis statutorum: Nam si gaudere debeant etiam forenses & peregrini beneficiis statutorum loci, sequitur, vt etiam in testamentis & aliis eiusmodi actibus ei perfruentes, testamenta facere possint, eodẽ modo, quo & alij ciues & municipes; Si verò non eis gaudere debeant, respondendum est; non posse etiam testando eis perfrui. Hæc autem quæstio longè est facillima & clarissima. Nam si forenses munera ciuitatis non subeant, neque municipum loco habendi sunt. l. 1. ff. ad Municipalem. ac proinde, sicut onera Ciuitatis non sentiunt, ita nec commodis frui debent. l. Secundum naturam. de regulis iuris. Bartolus in tractatu repræsaliarũ, in quinta questione. proinde nec statutis ligantur alienæ Ciuitatis, nec eis perfruuntur. Decius in cons. 114. & 550. ad finem. Castr. in l. omnes populi, ad finem. ff. de iust. & iure. Ruinus in cons. 150. nu. 7. lib. 5. Hippolytus Riminaldus in cons. 11. n. 27. lib 1.

Quare ex his concludo, in præsenti disputatione veriorem mihi Oldradi sententiam videri, nisi talis sit peregrinus, qui onera Ciuitatis subire sit solitus, ac proinde iure participare debeat commoda Ciuitatis & statutorum eius.

CAPVT XCI.

Testamentum à forense conditum seruatis solennibus loci, in quo illud condidit, an effectum habeat quantum ad bona alibi sita?

EX his, quæ in præcedenti capite conclusa sunt, non est difficile intelligere, testamentum a peregrino conditum adhibitis non iuris, sed statuti solennitatibus eius loci, in quo conditum est, non posse executioni mandari, quoad bona alibi sita, vbi non est tale statutũ. Conclusum est. n. non valere eiusmodi Testamentum, quia statuti beneficia municipibus, non autem alienigenis concedi debent, vt in præcedenti capite, quæ sententia fuit olim Iacobi Rauenatis teste Bart. in l 1. nu. 36 C. de Summa Trinitat. Sed quoniam Bart. eo in loco, quem cæteri postea secuti sunt, vt patet ex Gabriel lib. 4. comm concl. tit. de Testamentis. concl. 4. & ex Andrea Gayl. lib. 2. obseru. ar. 123. existimauit, & testamentum valere, & effectum habere, etiam quoad bona alibi sita, faciendum esse putaui, vt argumentis, quibus ille & alij sectatores eius nituntur, breuiter responderem. Respondebo autem præcipuis tantum, non leuibus.

Primum argumentum est ex l. Omnium. C. de testam. Theodosius: *Omnium testamentorum solennitatem superare videatur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasq́ue personas etiam conscientiam Principis tenet. Sicut ergo securus erit, qui actis cuiuscunque iudicis aut municipum, &c. Postremum publicauit iudicium &c.*

Nihil probat: quia hoc est ius commune, & generaliter constitutum, vt testamentum valeat etiam sine solennitatibus aliàs requisitis, quoties vel Imperatori, vel actis iudicis, aut municipum insinuatur: qua de re nostra non est disputatio.

Secundum argumentum est ex l. vlt. C. de testam. vbi testamentum ruri conditum absq; solennitatibus iuris vbique validum est.

Nihil probat: primò, quia id ita iure communi constitutum est. Secundò, quia textus dicit validum esse testamentum rusticorum, de aliorum autem testamentis ruri conditis non loquitur. Verba hæc sunt: *Quod igitur quisque rusticorum sicut prædictum est pro suis rebus disposuerit, hoc omnimodò legum subtilitate remissa firmum validumq́ue consistat.*

Tertium argumentum est ex eo, quòd cùm agitur de solennitate actus, inspicitur locus, in quo actus celebrari debet, & eius loci consuetudo. l 1. in fine. ff. de inspiciendo ventre. Respondeo nihil obstare: non enim loquitur lex de peregrino & aduena, nec de actu, qui ab eius solius voluntate pendeat, prout est testamentum.

Quartum argumentum est ex l. In hac. & ex l. Lata. C. de donat. quas Iason attulit. Respondeo, ad rem non pertinere, quia non loquuntur de aliquo speciali statuto Ciuitatis aut municipij, quod etiam peregrinum iuuet, & obliget, vt in quæstione nostra: sed ius generale continent, illud scilicet, vt donationes actis insinuatæ valeant, etiamsi res donatæ alibi sint positæ.

Postremum argumentum est ex eo, quòd acta in vno iudicio facta probent etiam in alio iudicio inter easdem partes, & actio competens pro reb. alibi etiam intentari potest, vbi res non sunt. l. vlt. C. de præscr. long. temp.

Nihil probat, quia quæstio supponit valere testamentum, & eò tendit, vt probet etiam ad res alibi sitas extendi, & exequendum esse; sed præterquàm, quod quæ adseruntur dissimilia sunt, illud fundamentum non est satis firmũ, videlicet testamentum ipsum valere: Contrarium enim iuri magis consonum videtur.

CAPVT XCII.

Vtrum valeat testamentum coram quinque testibus tempore pestis?

MAgna fuit & olim, & nunc controuersia inter Doctores; Vtrũ testamentũ tẽpore

pestis cõditum coram minori numero testiũ, quàm requiratur alias regulariter, puta coram quinque tantum testibus, valeat, vt videre licet ex Iulio Claro in § Testamentum. q. 56. & Rolando à Valle in consi. 81. lib. 1. Antonio Tessauro decis. Pedem 180. Maschardo lib. 3. de Probationib. concl. 1352. n. 18. Ego sanè respondendum puto nõ valere authoritat: textus in l. 8. C. de Testamentis. vbi Diocletianus ita dicit: *Casus maioris ac noui contingentis ratione aduersus timorem cõtagionis quæ testes deterret: licet aliquid de iure laxatum est: non tamen prorsus reliqua testamentorum solennitas perempta est. Testes enim huiusmodi morbo oppressos eo tempore iungi, atque sociari remissum est: non etiam conueniendi numeri eorum obseruatio sublata est.*

Sententia legis est satis perspicua: Tempore pestis aliquid de solennitatibus relaxatum esse in testamentis. Relaxatum autem hoc esse, vt non conueniant simul testes ad audiendũ vnico contextu testamentum: sed non esse sublatam hanc solennitatem, quæ pertinet ad testium numerum, atque adeò permissum, vt minor numerus eorum adhibeatur. Et ideo nõ puto legendum in d. l. *Conueniendi numeri*, sed potius *conuenientis numeri*, quanquam & si legatur *conueniendi numeri*, sensus est, sublatam non esse solennitatem numeri testium conueniendi, id est, inueniendi numerũ testium, scilicet legitimum. Septem ergo testes requiruntur, sed non est opus, vt omnes simul socientur, & iungantur, vt coram eis testamentũ publicetur, siue insinuetur, & ab eis vel subscribatur simul, vel audiatur, sed sufficiet, si separatim testes singuli adhibiti sint: quod sanè ad exequendum, & ad intelligendũ in promptu esse videtur. Nõ ergo minor numerus, puta quinq; testiũ, sufficere poterit in testamẽto tẽpore pestis condito ex hac lege Diocletiani.

Ad contrariæ sententiæ argumenta ita respondeo. Primum est huiusmodi: Tempus belli, & tempus pestis æquiparantur. Sed in bello valet testamentum minus solenne: ergo & pestis tempore valebit. Respondeo, negando illam absolutam comparationem belli & pestis. Nam constat, omnem solennitatem militibus relaxatam esse in testamentis condendis. in Instit. de militari testam. At pestis tempore aliquid tantùm de iure relaxatum esse, non omnem solennitatem relaxatam, vt in d. l. Casus. C. de testam.

Secundum argumentum est ex l. vlt. C. de testam. vbi in testamẽtis rusticorũ minor numerus testium sufficit, quia scilicet maior haberi non potest. Idem igitur iuris erit pestis tempore, quia nec tunc maior numerus testiũ facilè habetur. Respondeo, negando extensionem, quæ fit de testamentis rusticorum ad testamentum in ciuitate conditum, in qua sit pestis: licet enim propter contagionem non tam facilè testes iungi, & sociari possint, tamẽ seorsim adhiberi possunt. Quod si nec tam facilè haberi possint, etiam seorsim septem testes, ita tamen visum est Imperatori, vt nõ valeat, quandoquidem nihil ex numero testium remisit. Et ratio illa adferri potest quoniam circa testamenta versatur maxima falsitatis suspicio & periculum, résq; est magni momenti. Et potest quisquam codicillos facere, vel donationem causa mortis, legatáq; fideicommissa relinquere, adhibitis quinque testibus: Et sic aliquo modo de rebus suis vltimam voluntatem, licet non sit Testamentum, ordinare potest, si septem testium copiam habere non possit.

Tertium argumentum ex necessitate & impedimento eius, quia videlicet tot testes peste sæuiente haberi non possunt, sumitur, & multis exemplis confirmatur, necessitatem & legitima, ac necessaria impedimenta eum excusare, qui nõ facit, quod ex lege tenetur: Sed durũ est contra stimulũ calcitrare, lege noua opus esset, quæ à Principe conderetur. Nam si legi iam conditæ parendum est, argumentum nihil mouet, quoniam etiam Diocletianus non ignorauit hæc impedimenta, & has necessitates & difficultates, & tamen apertè sanxit, nihil de numero testium conueniendorum sublatum esse. Fac nunc aliquis & contendat necessitatem immunem esse ab hac lege, quia testes tot haberi non possunt, quot à iure requiruntur. Quid enim, si nec duo haberi possint, nũquid valebit testamentum coram vno teste? Et tamen argumentum ex necessitate probat, etiam vno tantum adhibito teste valere, imò nullo etiam teste adhibito, si haberi non possit, valebit testamentum eadem patrocinante necessitate. Exemplum esto: ad cõfutandum ex necessitate petitum argumentũ. Concedit Imperator vt valeat testamentum à rusticanis conditum etiam quinque testibus solùm adhibitis, si in eo loco plures haberi nõ possint: Iam fac nec quinque haberi posse: Dices valere necessitatis huius prætextu, & tamen non valet. Audi Iustinianũ in l. vlt. C. de Testam. *Sin autem in loco illo minimè inuenti fuerint septem testes: vsque ad quinque modis omnibus adhiberi iubemus: minus autem nullo modo concedimus.*

CAPVT XCIII.

Primum testamentum, quod posteriore reuocatũ intelligitur, qua ratione reuiuiscat si posterius incisum & reuocatum sit à testatore?

SCribit Papinianus in hæc verba in l. pen. §. Testam. ff. de bono. poss. secũdùm tabulas;

Testamento facto Titius arrogandum se prabuit, ac postea sui iuris effectus vita decessit. Scriptus hares, si possessionem petat, exceptione doli mali submouebitur: quia dando se adrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam & domum alienam transferat. Planè si sui iuris effectus, codicillis aut alijs literis eodem testamento se mori velle declarauerit voluntas quæ defecerat, iudicio recenti rediisse intelligitur: non secus ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, vt priores supremas relinqueret. Nec putauerit quisquam nuda voluntate constitui testamentum. Non enim de iure testamenti maximè quæritur, sed de viribus exceptionis, quæ in hoc iudicio quamquam actori opponatur, ex persona tamen eius, qui opponit, æstimatur.

Ex hoc Papiniani responso rectè colligitur, Primum testamentum, quod posteriore reuocatum est, reuiuiscere si testator posterius inciderit aut reuocauerit. Sed controuersum est, quo modo id accipiendum sit: Verum primum testamentum vsque adeò reuiuiscat, vt etiam actio competat hæredi, qui in eo institutus, per quam hæreditatem petere & vindicare possit: an verò exceptio tantum ei competat, per quam agentem ex testamento posteriori repellere possit. Quod magis succinctè & scholasticè idem valet, ac si quæratur, an reuiuiscat iure actionis, vel exceptionis. Et Accursio ac Bartolo in commentariis d. §. Testa. & l. Sancimus. C. de Testamentis. visum est exceptionis, non autem actionis iure reuiuiscere. Idem placuit Alberico, Salyc. & Castrensi in l. Sancimus. C. de Testament. nec nō Iasoni & Baldo ibidem. Quanquam Baldus & Castrensis dicāt iure Ciuili ita reuiuiscere, sed ex æquitate prætoria etiam actionis iure reuiuiscere, quā postremam sententiam secuti sunt Menochius in cons. 17?. n. 7. 8. lib. 2. & Marc. Anton. Eugenius in cons. 59. n. 19.

Fundamentum existimantium prius testamentum iure exceptionis reuiuiscere, non autem iure actionis, illud est, quia crediderunt hanc esse Papiniani sententiam in loco citato, propter illa verba: *Non enim de iure testamenti maximè quæritur, sed de viribus exceptionis. Exceptionis*, inquit Glos. *scilicet opponendæ ex primo, contra agentem ex secundo.* Sed longè alius est sensus verborum Papiniani. Nam illa verba referri debent ad quæstionē initio propositam: *Testamento facto Titius arrogandum se prabuit: scri. eius hares si possessionem petat, exceptione doli mali submouebitur: quia dando se adrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam, & domum alienam transferat.*

Hæc est illa exceptio, de cuius viribus est quærendum. Nam hæres institutus ex priore testamento petit bonorum possessionem. Exceptio est, testamentum ruptum esse propter capitis diminutionem. Iam exceptio ista infirmatur, & nullas habet vires, *Si sui iuris effectus testator codicillis, aut alijs literis eodem testamento se mori velle declarauerit, voluntas enim* hoc est primum testamentum *quæ defecerat, iudicio recenti rediisse intelligitur*: quia scilicet sui iuris effectus declarauit, se mori velle cum illo testamēto. Exemplum adfert Papinianus, si quis aliud, hoc est, primum testam. non inciderit, deinde posterius, & posterius hoc incidisset, vt prius valeret, tunc enim prius testamētum valeret, ac prorsus reuiuisceret, sublato iam posteriore ad hunc finē, vt primum valeret. Nec ex his obiicere quis potest, inferri posse, Testamentum nuda voluntate cōstitui in ea specie, quæ de arrogato proponitur, neq; enim nuda voluntas testamentum constituit, sed hoc operatur ipsius adrogati, qui postea sui iuris effectus, voluntas, quæ declarauit se decedere velle cum primo testamento vt non amplius hæredi instituto in ipso testamento obsit illa exceptio, quo propter capitis minutionem ruptum esset, sicuti nec hæredi agenti ex primo testamento obstaret exceptio, quod posteriore ruptum esset, si posterius incisum esset a testatore ea mēte, vt prius, quod condiderat, testamentum valeret. Hæc est vera & plana huius responsi interpretatio, quam nullo modo suffragari eorum sententiæ, qui ex exceptionis iure testamētum prius conualescere, non etiam actionis existimarūt, sed potius contrariæ, quæ scilicet actionem etiam tribuit ex primo testamento, ex dictis satis, vt arbitror, perspicuum est.

CAPVT XCIV.

Filiusfamilias an testari possit de rebus, quarum vsusfructus parenti non acquiritur?

Explodamus semel in disputatione controuersiarum iuris, quam in manibus habemus, (licet antea locus erat opportunior) eorum sententiam, qui dixerunt, filiumfamilias testamentum facere posse de bonis aduenticiis, quę patri non acquiruntur, etiam quantum ad vsumfructum. Nam nō deesse, qui eam tueantur, perspicuè apparet ex Decio ad l. Senium. 15. & ad l. penul. C. qui testam. facere possunt. & ex Antonio Thesauro decis. Pedemont. 190. Prosternamus eorum argumenta. Fundamētum prius figentes communis & veræ sententiæ ex l. penul. C. qui test. facere possunt. *Nemo ex lege* (sunt Iustiniani verba) *quam nuper promulgauimus in rebus, quæ parentibus adquiri*

adquiri non possunt, existimet aliquid esse innouandum: & permissum fuisse filiis familiarum cuiuscunque gradus, vel sexus testamenta facere: siue sine patris consensu bona possideant secundum nostra legis distinctionem, siue cum eorum voluntate. Nullo etenim modo hoc eis permittimus: sed antiqua lex per omnia conseruetur, qua filiis familiarum, nisi in certis casibus testamenta facere nullo modo concedit, & in his personis, qua huiusmodi facultatem habere iam concessa sunt.

Non posset esse clarior sententia. Ex l. vlt. C. de bonis, quę liberis. existimari poterat Iustinianus testandi facultatem filiisfamil. permisisse in iis rebus, quarum vsusfructus patri non acquiritur. Sic enim ille loquitur: *Filiis autem fam. li. erum in iis duntaxat casibus in quibus vsusfructus apud parentes constitutus est, donec parentes viuunt, nec de ijsdem rebus testari permittimus.* Ex quibus verbis rectè inferre poterat permissum eis id esse in iis casibus, in quibus vsusfructus apud parentes constitutus nō est: Et ideo Iustinianus id præcauens, aliam legem edidit, & declarauit neminem ex hac sua lege existimare debere in rebus, quæ parentibus acquiri non possunt, aliquid esse innouandum, & permissum esse filiusfam. testamenta facere.

Ex quo primum argumentum eorum, qui existimant filiofamil. in iis casibus, permissum esse testari, euidenter confutatur ab ipso Iustiniano. Sumitur enim ex d. l. vlt. §. Filiis. ac proinde nullius est planè momenti.

Secundum argumentum est ex Nouella: Vt liceat matri & Auiæ, &c. in illis verbis: *Res autem ita relictas siue donatas positis sub potestate personis, siquidem perfecta sint ætatis, licet sub potestate sint, licentiam habeant, quo volunt modo disponere, &c.*

Respondeo, generalia illa verba, *quouis modo disponere*, accipienda esse cum temperamento, scilicet quatenus iure permissum est. Neq; enim credibile est illis verbis, Iustinianum voluisse legem suam immutare, qua testamenti factio personis huiusmodi sub potestate constitutis inhibita est. Et sanè nullū est infirmius argumentum, quam quod ex verbis generalibus desumitur ad legem particularem corrigendam & tollendam: Cùm nemini obscurū sit, qui in iure versatus est, & in text. legendis, maximè eam esse Iustiniani consuetudinem, vt suas vel antiquiores leges, non nisi præfatione aliqua, aut certè clara mentis significatione abrogare & tollere soleat.

Tertium argumentum est, quia eiusmodi aduentitia bona, in quibus pater nullum habet vsumfructum, castrensi peculio comparatur. l. Imperator. ff. ad Treb. Constat autem filiumfam. de castrensi peculio testari posse. Respōdeo, quantum ad hoc, comparata esse, quo filio actio competat. Sed loquitur textus in d. l. Imperator. ibi: *Post decretū autem authoritatē in ea hæreditate filio milite comparari debuit, si res à possessoribus peti, vel etiam cum debitoribus agi oporteret.* Non ergo, si in aliquibus militi in his bonis filiusfamilias comparatur à lege, in omnibus comparandus erit à nobis.

Quartum argumentum est ex eo, quod filiusf. testari potest in quibusdam aliis casibus, in quibus vsusfructus bonorum parenti non acquiritur. Nam ex pluribus casibus particularibus rectè constitui videtur regula generalis. Casus verò particulares sunt, vt in l. Cùm multa. C. de bonis. quæ liber. in Auth. Presbyteros. & in l. Sacrosanctæ. C. de Episcop. & Cleric.

Respondeo, generali regulæ obstare Iustinianum in d. l. pen. C. qui test. facere possunt, & ideo in claris non est opus coniecturis. Scio ad l. pen. varias accommodari responsiones, sed piget eas referre, quoniam ineptæ sunt & friuolæ nimis.

CAPVT XCV.

Quanta sit legitima filiorum portio, cùm de bonis patris, quæ propter delictum ad fiscum peruenerunt, detrahi debet in casibus, in quibus ex statuto, vel consuetudine confiscationi locus est.

VT nihil ferè circa filiorum legitimam, quod in controuersiam vocari soleat, omittamus, placet adhuc aliqua subiicere, & in primis illud, cum statuto seu consuetudine inducta est bonorum patris confiscatio ob delictum eius, etiam filiis existētibus cōtra Auth. Bona damnatorum. C. de bonis damnator. (Illa consuetudo passim viget in Italia) filiorum legitimam detrahendam esse, illamque dimidiam partem bonorum patris esse, si vnus sit filius, vel duo: Cæterùm si plures sint, totū assem continere, atque adeò confiscationem tunc euanescere. Quamobrem repudiatā sententia Clari, in §. fin. q. 78. vers. Videndum est etiam, communiorem amplector, quam latè tuetur Rolandus à Valle, in consil. 97 libr. 2. & post eum Antonius Tessaurus decis. Pedem. 104. & latè Peregrinus de iure fisci lib. 5. tit. 1. n. 38. Ecce fundamētum. Olim bona confiscabantur ob delictum patris, & tamen filiorum portio reseruanda erat: & illa erat dimidia: Ergo & nunc eadem vigente confiscationis lege, eadem erit adhibenda moderatio, vt sua filiis portio assignetur. Callistratus: *Etiam ij, qui ante concepti, & post damnationem nati sunt portionem ex bonis patrum damnatorum acci iunt: liberis autem ita demùm portio tribuitur, si*

iustis nuptiis nati sint. l.1.ff. de bonis damnator. Paulus: *Cum ratio naturalis, quasi lex quadam tacita liberis parentum hæreditatem adijciat, velut ad debitam successionem eos vocando propter quod & in iure civili suorum hæredum nomen eis inditum est &c. Æquissimum existimatum est eo quoque casu, quo propter pœnam parentis aufert bona damnatio, rationem haberi liberorum, &c. Vt qui ad vniuersitatem venturi erant iure successionis, ex ea portiones concessas haberent.* l. Cum ratiô.ff.eod.tit.

Theodosius: *Quando quis quolibet crimine damnatus capitalem pœnam, deportationem ve sustineat: siquidem sine liberis mortuus sit, bona eius ad fiscum perueniant: si vero filij, vel filiæ, vel nepotes ex defunctis filijs relicti erunt, dimidia parte ærario vindicata, alia eis reseruetur.* l.vlt.C.de bonis damnatorum.

Quod dixi, quãdo plures sunt liberi, omnia bona eis esse reseruanda, probo ex d.l.Cum ratio, vbi paulò infrà Paulus ita subdit: *Si plures liberos damnatus habeat, feruntur exempla per quæ pluribus liberis omnia bona damnati concessa sunt. Sed & D. Adrianus in hanc sententiam rescripsit. Fauorabilem apud me causam liberorum Albini filiorum numerus facit: cùm ampliari imperium hominum adiectione potius quam pecuniarum copia malim.*

Ausim dicere, si duo sint tantum liberi, omnia eis bona damnati patris cõcedenda esse propter verba illa Pauli: *Si plures liberos damnatus habeat:* Nam pluralis ea locutio duorũ numero contenta est.l.Vbi numerus.ff.de Testib.c.Pluralis.de reg.iur. Bartolus ad l.Si gemina. ff. Arborum furtim cæsarum. Angelus Aret. de Maleficiis. in verbo, plurib.& plurib.

Sed quoniam recepta est interpretatio, vt plures accipiantur liberi, cùm sunt tres, vel quatuor, id quod etiam indicant verba sequẽtia Adriani: *Fauorabilem apud me caus. in filiorum numerus facit.* Ideo subsisto, præsertim, cùm neminem habeam huius interpretationis authorem.

CAPVT XCVI.

Sitne aliquis modus iuri consentaneus, quo restitutioni legitima filiorum subiici queat?

Restat vna tractanda nobis controuersia circa legitimam: Sitne iuri consentaneus aliquis modus legitimam oneri fideicommissi subiiciendi. Et placet eum esse, quem doctores attulerunt: Si pater filio hærede instituto vniuersali, eundem sub conditione (si absque liberis moriatur) rogauerit totã hæreditatem restituere, etiam comprehensa ipsius filij legitima, ea tamen adiecta clausula; vt si filius nõ acquiescat voluntati paternæ, restitutioni etiam legitimam subijcienti, in sola legitima purè institutus sit hæres. Ita docuit Ioannes Dilectus de arte testandi tit.5 cap.31.n.6.adducens Decium in cons.687.quod respõsum Decij probarunt Socinus iunior in cons. 121.libr. 1. Curtius iunior in cons.159. Alciatus in cons. 497. Marzarius de fideicommissis, quæst.50. Sed Decius & alij loquuntur in ea specie; qua filius patris voluntatem approbauit: maiorem autem difficultatem esse Marzarius scribit in ea specie, qua filius simpliciter se paternæ hæreditati immiscuisset, sed & in filio, qui patris voluntatem approbauerit, contrarium respondit Ruinus in cons.149.n.13.lib.3.

Ego verò ita rem hanc planã esse existimo, vt nihil prorsus adferri posse credam, quod vel probabilẽ dubitationem inijcere debeat. Principio enim Pater in proposita specie filium hæredem instituit in vniuersa hæreditate. Hic nullus est querelæ locus: Deinde rogat eum per fideicommissum hæreditatem restituere: hucusq; nulla fit iniuria, quia conditio adiicitur, & suo iure pater vtitur. Tertiò, legitimam quoque oneri obligat restitutionis, hic incipit esse causã querelæ, quia legitima nullum recipit onus.l.Quoniam in priorib. C.de inoff.testam. Et quia legitima excipi debet de restitutione.vt in Nouel.de restit.& in ea, quę parit, &c.§.Quamobrem.Sed occurritur huic querelæ ea clausula, vt si filius non cõsentiat, legitimam pure consequatur absque omni onere & conditione, scilicet institutionis iure. Si filius in legitima sola hæres institutus esset purè, & absque conditione, sine dubio testamentum patris impugnare non posset: ita enim cautum est Nouella, Vt cum de appella. cognosc.§. Aliud.ergo nec in casu proposito illud impugnare poterit, quia in legitima est institutus, & potest eam consequi ab omni onere liberam, & immunem, si nolit consentire fideicommisso.

Huc accedat, quod cõstitutum est in l.Quoniam in prioribus.C.de inoff.testam.vt legitima nullum recipiat grauamen, intelligendum esse, quando querela de inofficioso aliàs testamẽtum rescindi potest: Tunc enim ne rescindatur, cautum est, vt onus & conditio legitimæ adiecta non valeat, & pro non scripta habeatur, vt aliàs clarè demonstraui.

Sed testamentum rescindi per querelam in proposita specie non potest. Nam filius institutus est hæres vtroque casu, siue acquiescat patris voluntati, siue non acquiescat. Primo quidem casu in vniuersa hæreditate: Secundo autem casu in legitima.

Quare Marzarij scrupulus in eo casu, quo filius patris voluntatem non approbauerit, sed simpliciter immiscuit se hæreditati, non me

ostendit:

oſtendit. Et multò minus argumentum Ruini ex l. Seius & Augerius. ff. ad leg. Falcid. Scæuola: *Seius & Augerius, ſi intra diem tricesſimum mortis meæ respub. noſtra cauerint, contentos ſe futuros tot aureis, legis Falcidiæ beneficio omiſſo, hæredes mihi ſunto: quos inuicem ſubſtituo: quod ſi voluntati meæ non conſenſerint, exhæredes ſunto. Quæſitum eſt, an hæredes inſtituti hæreditatem adire poſſint, ſi conditioni parere nolint, cùm habeant ſubſtitutos eadem conditione præſcriptа? Reſpondi, Seium & Augerium primo loco inſtitutos perinde adire poſſe, ac ſi ea conditio, quæ fraudis cauſa adſcripta non eſſet.*

Reſpondeo, in ſpecie noſtra non dixiſſe teſtatorem, ſi filius meus voluntati meæ non paruerit, exhæres eſto: ſed hæres eſto in legitima portione. Sunt igitur hæc diſſimilia, ibi, fraus meritò damnatur: Hic nulla fraudis ſuſpicio oritur. Debita enim filio portio honorabili titulo relinquitur: ibi autem adimitur.

CAPVT XCVII.

Vtrum auus hæredem inſtituere poſſit nepotem ex filio ſpurio.

VVlgata eſt apud veteres ac recentiores iuris interpretes controuerſia: Vtrum auus nepotem ex filio ſpurio hæredem inſtituere poſſit. Tres autem ſunt doctorum ſententiæ: Vna nō inſtitui poſſe. ita Cynus olim docuiſſe fertur in l. vlt. C. de naturalibus liberis. & Baldus docet in l. Gallus §. Quidam rectè. ff. de lib. & poſthum. & multi alij, quos commemorat Antonius Gabrielus lib. 4. commu. conclu. tit. de hæred. inſtit. conclu 3 n. 10. verſ. Contrarium. Secunda eſt opinio, diſtinguendum eſſe, vtrum nepos ſit in poteſtate patris ſui, an verò ſui iuris effectus. Priore caſu inſtitui non poſſe: poſteriori autem poſſe: ita Speculat. de Succeſſionibus ab inteſtato. § 1. verſ. Quid ſi habens ſpurium. & ita intelligit Angelum Paulus Caſtrenſis in l. Gallus. §. quid ſi is. ante n. 7. ff. de lib. & poſthum.

Tertia eſt opinio Bartoli in d. l. Gallus. §. Quid ſi ità. diſtinguēdum eſſe hoc modo. Aut conſtat auum inſtituiſſe nepotem filij contēplatione, vt illi acquiratur hæreditas, & tunc non poteſt: Aut certum eſt auum hæredem inſtituiſſe nepotem, nō contemplatione patris, quia noluit patri eius aliquid acquiri, & tunc valet inſtitutio: Aut res eſt in obſcuro, quia videlicet non conſtat, an contemplatione filij auus nepotem inſtituerit nec ne, & tunc inſtitutio valet, nulla ſcilicet legitima ſobole exiſtente. Hanc ſententiam cæteri magis cōmuniter ſecuti ſunt, vt patet ex Gabrielo in dicta conclu. 3. tit. de Teſtamentis. & eandem ſecutus eſt Ill. & Reu. Cardinalis Paleotus in commentariis de nothis & ſpuriis. c. 53. & nouiſſimè Andreas Geyll. qui teſtatur in Spirenſi Auditorio recepta. lib. 2. obſeruat. 115. n 5.

Prioris ſententiæ, quæ negat inſtitutionem valere, fundamentum eſt: primò, quia eiuſmodi nepotes originem habent ex radice infecta, hoc eſt, ex filio ſpurio, cui pater nihil poteſt relinquere. §. vlt. in Auth. Quib. mod. natur. eff. ſui. Secundò, quoniam filio ſpurio nil relinqui à patre poteſt, nec recta via, nec per mediam perſonam. l. 1. C. de natur. lib. Ergo nec inſtitui nepos ex eo poterit, quia pater eius vſumfructum acquireret, iuxta l. Cùm oportet. C. de bonis quæ lib. Tertiò, quia filij ſpurij ideo hæredes inſtitui prohibentur, vt facilius paterna libido reprimatur. Commune enim parentum votum eſt ad filios ſuos facultates tranſmittere. l. Reſcripto. ff. Vnde lib. quæ ratio in nepotibus æquè viget. Quartò, quia quicquid nepoti relinquitur, id filij cōtēplatione relictum videtur. l. Dotem dedit. ff. de collat. bonor. Quintò, quoniam abſurdum videtur nepotem melioris eſſe conditionis, quàm filius ſit. argumen. l. Si viua. §. In nepotib. C. de bonis matern.

Secundæ autem opinionis fundamentū eſt in l. Quæritur. ff. de bonis liberto. Terentius Clemens: *Quæritur an filio exhæredato etiam nepotes ex eo à bonorum poſſeſſione liberti excludantur. quod vtique ſic dirimendum eſt, vt viuo filio donec in poteſtate eius liberi manent, non admittantur ad bonorum poſſeſſionem: ne, qui ſuo nomine à bonorum poſſeſſione ſubmouentur, per alios eam conſequantur. Si autem emancipati à patre fuerint, vel alio modo ſui iuris effecti, ſine aliquo impedimento ad bonorum poſſeſſionem admittantur.*

Sic igitur & in propoſita ſpecie reſpondendum videtur, ne filius ſpurius, in cuius poteſtate nepos eſt, acquirat hæreditatem, ſaltem quoad vſumfructum, iuxta leges poſteriores, nepotem inſtitui non poſſe.

Tertiæ autem opinionis fundamentum eſt in l. vlt. C. de Natura. lib. in illis verbis: *Liceat eis* (ſcilicet nepotibus) *quantum voluerint ſua ſubſtantia in eos conferre, ſcilicet nulla legitima ſobole ſubſiſtente. Filijs enim naturalibus relinqui conſtitutiones, quantum voluerint, ideo prohibuerunt: quia vitium paternum refrenandum eſſe exiſtimauerunt, in nepotibus autem non eadem obſeruatio in præfatis ſpeciebus cuſtodienda eſt, vbi legitima ſoboles minimè facit impedimentum.*

Huic legi accedit alia ratio. Nam patris vitium & calamitas non nocet filio in iis, quæ aliunde, quam ab ipſo proficiſcuntur. l. 3. ff. de interd. & relegat. l. 1. §. vlt. l. 3. §. Si emancipatus. ff. de bonor. poſſeſſ. cōtra tab. l. Si necem. §. Si deportat⁹, ff. de bonis libert. l. Cognouimus

cum Authen. ſequenti. C. de hæreticis.

Ego & his argumentis, quæ fortiſſima ſunt, & authoritate tantorum patrum hanc ſententiam Bartoli amplector. Etſi enim Iuſtinianus in d. l. vlt. non loquatur de nepotibus ex filiis ſpuriis, ſed ex filiis naturalibus? Eadem tamẽ eſt ratio in nepotibus ex filiis ſpuriis, & cùm nulla lege prohibeãtur inſtituti hæredes ab auo, illíque nati ſint ex legitimo matrimonio, & nullũ prorſus culpã admiſerint, certè cõtra rationem iuris videtur eos excludere ab aui hæreditate relicta, vbi nulla ſubeſt auo legitima proles, ſicut loquitur ipſe Iuſtinianus.

Nec difficile eſt ad argumenta reſpondere, quibus contraria nititur ſententia: reſponderi enim ad primum poteſt negando conſequentiam i lau: Oriuntur nepotes ex radice infecta, hoc eſt, ex eo, qui hæres inſtitui non poteſt: ergo nec ipſi poſſunt hæredes inſtitui. Deſtruit hanc conſequentiam Iuſtinianus in d. l. vlt. C. de naturalib. l. ... : *Filiis enim, &c.* vbi rationem adfert, cur filiis relinqui non poſſit, nepotibus autem poſſit.

Ad ſecundum reſpondeo, patri hoc in caſu vſumfructum non acquiri, licet nepos in eius poteſtate ſit. Nam non acquiritur vſusfructus bonorum relictorum parenti, inuito eo, qui filium eius hæredem inſtituit, vt in Auth. Excipitur. C. de bonis quæ liberis. Hoc autem in caſu auus præſumitur nolle vſumfructum parenti acquiri, quia non poteſt. Nemo enim id voluiſſe præſumitur, quod legi repugnat, & nullam reddit ſuam diſpoſitionem. argum. l. 3 ff. de milit. teſtament. Ad tertium argumentũ nego eandem rationem vigere in nepotibus vnà cum Iuſtiniano in d. l. vlt. C. de natura. li. in verſ. *Filiis enim.*

Ad quartum nego filij contemplatione relictum videri, quia nemo præſumitur exegiſſe viam, ex qua teſtamentum ſuum impugnetur d. l. 3. ff. de milit. teſtam. Et ſi ratio hæc valeret, illa valeret etiam contra d. l. vlt. C. de Natural. lib. quod tamẽ nemo dixerit. Ad vltimum nego abſurdum eſſe, ſi filius ſit incapax hæreditatis, nepotem eſſe capacem. Id enim iuri conſentaneum eſt: nec contrarium probat lex adducta, quia de hac ſpecie illa non loquitur.

Ad argumentum ſecundæ opinionis reſpõdeo: textum, qui adfertur, locum habere potuiſſe ſecundùm leges veteres, cùm videlicet, quicquid filius acquirebat, parenti acquireret. Hodierno iure non acquiretur etiam quantum ad vſumfructum inuito eo, qui relinquit. vt in Authen. Excipitur. C. de bonis, quæ liberis. Hac autem in ſpecie meritò præſumimus auũ nihil acquiri voluiſſe filio ſuo: quia ſciebat acquiri non poſſe, leges id prohibere, nullã eo in caſu futurã eius diſpoſitionem. Nemo enim præſumitur id velle, quod iuri aduerſatur. l. Meritò. ff. pro ſocio. quod valet ad impugnandam eius diſpoſitionem. l. 3. ff. de milit. teſtam. quod in fraudem legis tendit. l. vlt. ff. de his, quib. vt indig.

CAPVT XCVIII.

Vtrum nepotes ex filio nato ex inceſtu hæredes inſtitui poſſint ab auo?

SEd alia oritur controuerſia, ſi filius ex inceſtu natus ſit, an auus inſtituere poſſit hæredem natum ex eo nepotem. Reſpondit Baldus non poſſe, in l. Si quis inceſti. C. de inceſtis nupt. At Iaſõ poſſe, in d. l. Gallus. §. Quid ſi is. nu. 25. ff. de lib. & poſthum. Baldi autẽ ſententia communiter recepta eſt, vt patet ex allegatis a Gabrielio lib. 4. commu. concluſ. Tit. de Hæred. inſtit. concluſ. 3. num. 2. quibus adde Illuſtriſſ. Paleotum de nothis & ſpuriis, cap. 53. n. 19 quib. & ipſe aſſentior.

Fundamentum Baldi ſatis firmum mihi videtur in d. l. Si quis inceſti. C. de inceſtis nupt. illis verbis: *Teſtamento ſuo extraneis nihil relinquat, ſed ſiue teſtato ſiue inteſtato legibus ei, & iure ſuccedant, ſi qui fortè ex iuſto & legitimo matrimonio editi fuerint: hoc eſt de deſcẽdẽtibus, filius, filia, nepos neptis, pronepos, proneptis, de aſcendentibus autem pater, mater, auus, auia: de latere frater ſoror, patruus, amita.*

His verbis lex Arcadij & Honorij prohibet ei, qui inceſtas contraxerit nuptias, teſtamento quidem relinquere extraneis, & poteſtatem concedit relinquendi certis duntaxat perſonis ibi expreſſis, nempe deſcendentibus ex iuſto, & legitimo matrimonio: Aſcendentibus, &c.

Sed nepos ex filio nato ex inceſtu non eſt ex illis, vt patet: Neque enim eſt ex deſcẽdentibus ex legitimo matrimonio: quia parens eius ex inceſtis nuptiis eſt procreatus, ergo ei nihil ab auo relinqui poteſt, reputaturque extraneus, & ideo excluſus ab omni ſucceſſione, ſiue teſtati, ſiue inteſtati aui.

Sed argumenta Iaſonis ſunt diſſoluenda. Primum eſt ex Authent. Ex complexu. C. De inceſtis nupt. dum dixit: *Ex complexu inceſto nati*, illa dictio, *ex*, denotat cauſam immediatam: & ſic ad filium ipſum natum ex inceſtu referenda eſt: non autem ad nepotem. Reſpondeo, illum textum non obſtare; neque enim aliud dicit, quàm filios ex complexu nefario, & inceſto natos, paternæ ſubſtantiæ indignos eſſe.

Secundũ argumentum eſt ex l. vlt. C. de natur. lib. vbi ratio legis eſt generalis: quæ proinde extendi poſt etiã ad nepotes ex filio nato ex inceſtu: illa nempe, quod vitium paternum refrænandum

restrænandum fuit, &c. Respondeo, maius esse delictum, & maiorem pœnam eius, qui incestas nuptias contraxit, vt patet ex d. l. Si qui incesti. Et ideo à minori ad maius argumentum ita sumptum non valere.

Tertium argumentum est ex rationibus, quas adfert Bartolus in quæstione de nepote nato ex filio spurio: Sed respondeo non rectè illas huc applicari, vbi maius est crimen, maiórque pœna constituta.

Postremum argumētum est, quia odium est irrationabile in hac specie contra nepotem, qui nihil peccauit, sed durum est contra legē calcitrare, quæ non ipsum nepotem odio persequitur, sed eum, qui crimē incestus admisit, quem ita puniendum existimauit, vt nec liberè posset de suis bonis testari, ac proinde intelligere prolem ex nuptiis turpibus susceptā, & natos natorum, & eos, qui nascentur ab illis omni solatio destitutos fore, quod ex successione & hæreditate percipitur, egenos perpetuò futuros, quæ maxima parentis procul dubio pœna & afflictio erit, argument. §. vlt. Nouella. Quibus modis natur. effic. legit. ac proinde causa eiusmodi libidines coercendi, ad quod respexit probus legislator.

CAPVT XCIX.

De facultate testandi à summo Pontifice concessa personis Ecclesiasticis, an ad vnum testamentum coarctanda sit?

TEstandi facultatem personis Ecclesiasticis concessam à Pontifice Maximo, ad vnum duntaxat testamentum coarctandā esse iuris interpretatione, authores sunt Decius in cons. 51. Socinus iunior in cons. 59. lib. 1. Curtius iunior in cons. 178. n. 27. Couar. in c. Cum in officiis nu. 8 de Testam. Tiraquell. ad l. Boues. § Hoc sermone nu. 28. de verb. sig. Bursatus in cons. 30. n. 56. lib 1.

Fundamentum est in d. l. Boues. §. Hoc sermone ff. de verb. sig. *Hoc sermone dum nupta erit, prima nuptiæ significantur.* Ex quibus verbis regula quædam generalis sumitur, quamlibet dispositionem accipiendam esse de primo actu. Secundo in textu c. Non potest. de præbendis lib. 6. *Illud autem Apostolica sedis indultum, vt quis duo beneficia curam animarum habentia si aliā Canonicè conferantur eidem, possit recipere, ac simul licitè retinere, intelligitur de duobus primis beneficiis, quæ cum cura post dictū indultum obtinere contigit eundem.* Ex quibus verbis illa infertur generalis propositio ac regula: Indultum siue priuilegium & concessionem odiosam, & contra iuris regulas pugnantem restringēdam esse ad primum actum. Est autem hæc testandi facultas de bonis Ecclesiasticis, contra istis regulas, quibus constitutum est, Prælatos & Ecclesiasticos viros testari non posse de bonis Ecclesiasticis. c. Relatum. c. Ad hæc. de testam. cum similibus.

Verùm istis nil morantibus contrariam sententiam amplector, eam testandi facultatem non esse restringendam ad primum testamētum: imò verò eum, cui talis est concessa facultas, testari posse, & rursus aliud testamentum facere primo reuocato, & toties testamentum mutare, quoties ei libuerit. Hanc sententiam secuti sunt Franciscus Sarmientus de reditibus Ecclesiasticis, parte 4. cap. 4. num. 3. Martinus Nauarrus de reditibus Ecclesiast. quæst. 3. In noua impressione. §. Nonò moneo. & multi alij, quos refert & sequitur Rota Romana in decisionibus nouissimis, parte 1. decisione 47. vbi hanc sententiam latè defendit.

Et sanè hæc sententia firmissimum habet fundamentum. Nititur enim lege & ratione. Lege enim ita constitutum est, vt quoties testamentum à Principe confirmatur & approbatur, id de postremo intelligatur testamento, ex quo sequitur perimi testamētū, quod posteriore reuocatum est, nec rationem habendam esse, & præsupponi post primum conditum testamentum aliud condi posse, & testamentum id verè dici in hoc proposito, quod est postremum. l. Omnium. C. de Testamētis. ibi: *Voluntates etenim hominum audire volumus, non iubere, ne post sententiam nostram inhibitum videatur commutationis arbitrium, cùm hoc ipsum, quod per supplicationem nostris auribus intimatur, ita demùm firmum sit, si vltimum comprobetur* Huc accedat textus in l. 2. §. Testamentum, ff. quemadmod. testament. aperiant. ibi: *Testamentum autem illud propriè dicitur, quod iure perfectum est, & quod continet supremam voluntatem.*

Rursus lege constitutum est, vt cùm quis habet à Principe liberam testandi facultatem, intelligatur habere legitimam & consuetam testandi facultatem l. Si quando. C. de inoffic. testament. Hæc est autem legitima & consueta testandi facultas, vt testamentum factum reuocari possit, mutari, & tolli posteriore testamento.

Ratio autem illa est perspicua: quoniam quælibet dispositio debet intelligi secundùm subiectam materiam. l. Si vno. ff. locati. l. Insulam. ff. de præscript. verb. cum similibus. Subiecta verò materia hoc exigit, vt mutari possit testamentum vsque ad supremum vitæ exitum: Ergo eodem modo accipi & interpretari debet testandi facultas à Principe concessa.

Non obstant argumenta. Nam ad primum nego rectè sumi generalem illam regulā, præ-

fertim vbi natura rei aliud suadet, veluti testamētū, quod sua natura tolli potest, & mutari alio testamento. Aliud est enim, si conditio aliqua adiiciatur: *Dum nupta erit:* quia illa rectè in primis nuptiis verificatur. Sunt enim primæ nuptię veię validæ, efficaces, quas dissoluere ac dirimere in potestate eius, qui cōtraxit non est. Aliud est testandi facultatem concedere, quia illa debet esse libera, & consequenter primum testamentum, ita validum est censendum, nisi posteriore fuerit reuocatum: ac posterius ipsum valere debet, & in eo effectum habere concessa testandi potestas.

Ad secundum argumentum ex c. nō potest. respondeo, speciem illam longè dissimilem esse, & diuersam habere rationem. Nam aliud est factio testamenti, aliud est collatio beneficiorum curam animarum habētium, vt patet. Est ratio longè diuersa, quia testamentum est actus, qui pendet ex voluntate testantis, nec perfectum dicitur, nisi sit postremum, & contineat vltimam voluntatem defuncti. ac beneficiorum collatio perfectionem habet, si legitima facta sit, & non pendet ex voluntate vnius, sicut testamentum, quasi ad arbitrium eius ea mutari possit, imò consistit, & effectū suum obtinet statim, non expectata morte eius, cui facta est. Itaque meritò indultum in duobus primis beneficiis verificatur, & de illis intelligitur, quia in illis indultum siue gratia suam obtinet firmitatem, effectúmque sortitur. At in primo testamento effectum non sortitur testandi licentia, quoties posteriore reuocatum est, nec illud reuocandi iustè facultas adimitur, cùm ambulatoria sit hominis voluntas vsque ad vltimum vitæ spiritum, vt nostri loquuntur Iurisconsulti.

CAPVT C.

Vtrum testandi facultas concessa personis Ecclesiasticis morte Pontificis Maximi expiret?

Expirare testandi facultatem morte Pontificis Maximi re integra respondit Socinus iunior in consilio 89. libr. 1. Primò, quia ea facultas videtur habere mandati naturam, quod morte mandantis reuocatur re integra. l. mandatum. C. Mand. Secundò, quia ea gratia est odiosa valdè, & contra iuris regulas, ideo expirat morte concedentis, licet aliâs non soleat expirare. Tertiò, quia post mortem concedentis non durat causa concessionis talis gratiæ. Quartò, quia quod ex gratia sedis Apostolicæ simpliciter prouenit, morte Pontificis expirat, si is, qui recepit, nondum cœperat vti priuilegio.

Sed iam explosa hæc sententia est, vt patet ex Nauarro de reditib. Ecclesiast. quæst. 3. §. Octauò moneo. Sarmiento de reditib. Eccles. parte 4. cap. 4. Bursato in consil. 29. Natta in consil. 647. & ex aliis, quos refert & sequitur Rota Romana nouissimè in 1. parte, decis. 47.

Fundamentum est præclarum: quia gratia morte Pontificis concedentis non expirat. c. Si cui. de præben. lib. 6. c. 21 super gratia. de offic. deleg. lib. 6.

Ad primum argumentum negatur esse mandatum. Est enim gratia & facultas testandi, non autem mandatum.

Ad secundum, nego consequentiam, quia etsi gratia sit contra iuris regulas, valet tamen: consequenter secundùm iuris regulas morte concedentis non extinguitur.

Ad tertium nego veram esse propositionem, quæ adfertur, nec ad rem pertinet authoritas Rotę, quam Socinus adducit in antiquis decis. 580. vt videri potest. Nec probatur causam cessare post mortem Pontificis, ob quam gratia concessa est. Neque enim vita Summi Pontificis fuit gratiæ causa, sed alia, quæ ipsum mouit ad concedendam testandi facultatem.

Ad vltimum nego illam assertionem, quoniam iuri repugnat, quo planum est, gratiam morte concedentis non expirare.

CAPVT CI.

Ius accrescendi an transeat in emptorem hæreditatis?

Insignis hæc controuersia est. Titius est hæres a Caio institutus in semisse. Vendidit suam hanc portionem hæreditatis: Post factā venditionem deficit portio cohæredis, quæritur vtrum ei accrescat, an verò emptori. Duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ: Altera emptori accrescere; altera venditori. Prioris authores sunt Bartolus ad l. Re coniuncti. de leg. 3. Curtius Iunior & Sebastianus Sapia ad l. vn. C. quando non peten. partes. Duarenus de iure accrescendi lib. 2. c 6.

Posterioris autem Iason, Ripa & Crotus in d. l. Re coniuncti. Salycetus in l. vn. C. quando non peten. partes. Vasquius de tacitis substitut. seu iure accrescendi lib. 3. §. 21. nu. 65. vers. *Illud autem dubium est.* Antonius Gomez. tom. 1. tit. de iure accrescendi ca. 10. n. 44. Cuiacius lib. 12. obseru. cap. 13.

Prioris sententiæ argumenta hæc sunt. Primum, quia in emptorem hæreditatis transeunt omnia iura inutilia, & habetur per omnia loco hæredis. l. 2. §. Cum quis. ff de hæred. vel actione vend. ibi: *Emptorem hæreditatis vicem hæredis obtinere.*

Secun-

Secundum, quia vendita hæreditate ad emptorem ſpectat omnia quæ ad hæredem peruenerunt, vel peruentura ſunt. d. l. 2. ibi: *Vt nec amplius, nec minus iuris emptor habeat quàm apud hæredem futurum eſſet.* & in § Non tantum eadem lege, illis verbis: *Et non ſolùm quod iam peruenit, ſed etiam quod quandoque peruenerit reſtituendum eſt.*

Tertium eſt ex l. Papinianus. ff. ad Trebell. vbi portio deficiēs accreſcit ei cui ex Trebelliano reſtituta eſt hæreditas, quia in eū omnia iura hæreditaria tranſeunt reſtitutione facta.

Quartū ſumitur ex l. Si totam. ff. de acqui. hæred. Vlpianus: *Si totam hæreditatem aut partem, ex qua quis hæres inſtitutus eſt, tacitè rogatus ſit reſtituere, apparet nihil ei debere accreſcere, quia rem non videtur habere.*

Accreſcit ergo fiſco cui defertur portio eius qui de reſtituendo incapaci tacitè fidem ſuam accommodauit, non autem ipſi cohæredi, qui fidem accommodauit, quia nullam portionem hæreditatis habet.

Sic & in ſpecie noſtra venditori non debet accreſcere, quia nullam portionem hæreditatis amplius habet, venditione facta, ſed emptori, in quem omnia iura tranſierunt, & qui iam portionem emptam habet.

Vltimum argumentum eſt, quia ius accreſcendi ſequitur rem & portionem, non autem perſonam. l. Si Titio ff. de Vſufruct. ibi: *Quoniam portio fundi portioni &c.*

Ergo accreſcit emptori portio hæreditatis deficiens, quia ille portionem aliam poſſidet, non autem venditori, qui nullam habet portionem.

Poſterioris autem ſententiæ argumēta hęc ſunt. Primum, quia venditor hæreditatis cùm ſit hæres, retinet iura directa, & conſequenter ius accreſcendi. Illud. n. ad cohæredem tranſit, non ad extraneos. Imo venditor hæreditatis videtur eam poſſidere. l. 4. §. vlt. ff. Si quis omiſſa cauſa teſta. ibi: *Si quis vendiderit hæreditatem poſſidetur.*

Secundum argumentum eſt, quia inter ſuccedentes diuerſo iure, nō habet locum ius accreſcendi. l. Sed cū patrono. ff. de bono poſſeſſ. Sed hic ſucceditur diuerſo iure. Hæres ex teſtamento. Emptor hæreditatis ex venditione, ergo inter eos ceſſat ius accreſcendi.

Tertium argumentum ex l. ex facto. §. Iulius Longinus. ff. de vulg. & pupill. vbi ad eum cui portio hæreditatis aufertur, & fiſco applicatur, pertinet portio deficiens, ex ſubſtitutione, eueniente caſu ſubſtitutionis, nō autem pertinet ad fiſcum qui aliam portionem habet.

Sed nihil valet hoc argumentum, quia non ibi agitur de iure accreſcendi, ſed de ſubſtitutione expreſſa à teſtatore, qui ſubſtituit cohæredem & non fiſcum: Cohæres autem *ſatis eſt in eo punitus*, in quo fecit contra legem, vt inquit ibi I.C. nimirum vt portionem ſuam amittat propter tacitam fidem accommodatam de ea reſtituenda incapaci.

Quartū argumentum eſt, quia vendita hęreditate ratio habenda eſt quantitatis bonorum, quæ ſunt tempore venditionis. l. 2. §. 1. ff. de hær. vel actione vend. Sed portio quæ accreſcit non eſt in hæreditate tempore venditionis, quia poſt venditionem defecit, ergo non pertinet ad emptorem hæreditatis.

Hæc poſterior ſententia magis probabilior videtur, ex primo & vltimo hoc argumento. Aut. n. volumus portionem deficientem emptori accreſcere, quia lex ita conſtituit, & hoc non poſſumus affirmare, quia legem non habemus id cōſtituentem. Aut ex voluntate defuncti teſtatoris, & hoc veriſimile nō eſt, quia is emptorem hæreditatis fortè non nouerat, nec ei proſpectum voluit, ſed hæredib. ſuis. Aut ex voluntate contrahentium, quia ſcil. actum eſſe videatur, vt portio deficiens emptori accreſcat, & hoc veriſimile non eſt, quia actum eſt inter contrahentes de portione hæreditatis, nō de tota hæreditate. Cohæres vendidit ſuam non autem cohæredis portionem, quam non habebat, nec veriſimile eſt ſperaſſe ſe habiturum, nec cùm precium conſtituit, eius rationem habuit, ſed quantitatis eius quæ erat tempore venditionis: Aut quia emptor habet iura vtilia hæreditatis, & hoc nihil iuuare poteſt, quia venditor habet iam directa, hoc eſt nomen & titulum hæredis, cuius vigore ius accreſcendi habere & retinere poteſt. Aut denique accreſcere portionem deficientē emptori dicimus, propterea, quod portio accreſcat portioni, & hoc abſurdum eſt, quia ſequeretur, cuicunque poſſeſſori accreſcere, licet is non emiſſet hæreditatem, & nullum ius in ea haberet.

Ad primum & ſecundum argumentum reſpondeo, verum eſſe quod aſſeritur, emptorem loco hæredis eſſe, & omnia iura hæreditaria obtinere, ſcilic. in hæreditatis portione, quam emit, non in altera portione, quam non emit. Illa. n. ſpectat ad alium cohæredem: Et ſi defecerit, venditori qui cohæres eſt accreſcit: quia licet is portionem ſuam hæreditatis vendiderit, retinuit tamen iura directa. & titulum, ac nomen hæredis: non ſe eo abdicauit, nec illud in emptorem tranſtulit: Quare ſi quæ portio deficiat, ei non autem emptori accreſcere debet.

Ad l. Papinianus. placet mihi Cuiacij interpretatio & reſponſio lib. 12. obſeru. ca. 12. & 13. cum loqui de hærede qui coactus adiuit, non autē ſpontè, ac proinde iure ſuo meritò priua-

tur, quod aliâs obtineret, si sponte adiuisset. Amittit inquam talis hæres, qui coactus adiuit, Falcidiæ beneficium, & præceptiones & substitutionem factam sub conditione, si patri hæres esset, & mortis causa capionem & alia. l. ita tamen. §. Qui suspectam. & §. Si præceptis. l. Si patroni. §. Adeo. ff. ad Trebellian. quia scilicet hæc non haberet, si hæres non esset: Ergo amittit etiam ius accrescendi, quia illud non haberet si hæres non esset.

Ad quartum & quintum respondeo, quod dicitur, portionem portioni accrescere, & ideo si quis nullam habeat portionem, ei non accrescere portionem deficientem, vt habetur in d. l. Si totam, & in d. l. Si Titio, hunc habere sensum, si quis nullam portionem obtineat à principio, vt in specie d. l. Si Titio. vbi vni vsusfructus fundi, alteri proprietas relicta fuerat: Et si defecit portio vsufructuarij, illa non accrescit hæredi, quia nullā is portionem habuit in ea re, cuius vsusfructus vni, & proprietas alteri relicta fuerat. Accrescit ergo personę hoc ei cui proprietas relicta erat. Idem dicendum, cùm quis portionem suam amisit, veluti qui fidem accommodauit de restituendo incapaci, vt in d. l. Si totam. Quo enim pacto is qui sua portione indignus est, alterius portionem lucrari poterit ex iure accrescendi.

FINIS LIBRI V. SECUNDAE partis controuers. &c.

PARS





PARS SECVNDA,

CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER SEXTVS.

CAPVT PRIMVM.

Vtrum filius legitimatus per rescriptum excludat à successione parentum filias fœminas, vbi statutum Ciuitatis mandat, vt existentibus filijs masculis legitimis & naturalibus, fœminæ excludantur?



EXORDIAMVR hunc librum à nobili quæstione inter Doctores, & olim, & nunc cõtrouersa, Vtrũ filius legitimatus excludat filias fœminas à successione parentũ, quoties ita statuto cautum est, vt existentibus filiis masculis legitimis & naturalibus filiæ fœminæ excludantur; Authores adferamus tum affirmantis, tum negantis sententiæ. Deinde argumenta. Tandem sententiam nostram.

Affirmantem sententiam amplexi sunt primò Baldus in l. Eam quam. num.7. C. de fideicommiss.

Castrensis in l. sed si hac. §. Patronum. ff. de in ius voc. & in l. Si ita quis. §. vltim. de leg. 2. in rub. C. de iure annulor. aureo. & in cons. 226. Dicendum est. lib. 1.

Antonius Rosellus de legitimatione lib. 1. tit. de causa finali legitimationis. n. 4.

Aretinus ad l. Liberos. C. de collat. & ibid. Corneus.

Alexander cons. 2. n. 21. lib. 1. & 94. eod. lib.

Socinus senior in cons. 63. nu. 9. lib. 3. & in l. Cum auus. n. 57. ff. de cond. & demonstr.

Iason ad l. Cùm acutissimi. col 2. C. de fideicommiss. vbi dicit se ita bis consuluisse, & iudicatum fuisse.

Decius in cons. 316. num. 8. & 365 num. 7.

Brunus tract. quod stantibus masculis fœminæ non succedant. art. 12. num. 70.

Barbatia cons. 68. col. 4. lib. 4.

Curtius iunior in cons. 153. num. 10.

Gozadinus cons. 6. num. 58 & 85. nu. 26. Berous in cons. 24. num. 2 & 174. num. 10. lib. 2. qui testatur ita iudicasse Rotam Bononiensem.

Socinus iunior in cons. 142 num. 35. lib. 1.

Alciatus ad l. Si is, qui pro emptore. nu. 91. ff. de vsucap. & in responso 307. num. 2.

Parisius cons. 55. num. 10 lib. 3.

Didacus Couuar. de sponsalib. in 2 part. ca. 8 §. 8. num. 3.

Rolandus cons. 83. nu. 2. & n. 14. lib. 3.

Bursatus cons. 85. num. 12. & 98. n. 22.

Dom. meus Decianus cons. 3. num. 86. lib. 1.

Eugenius cons. 57. n. 76.

Menochius cons. 227. n 35 266. nu. 9 lib. 3 & de Præsumptionib. lib 3. Præsumpt 39. nu. 3 & 687. num 57. lib. 7. vbi testatur secundùm hanc opinionem iudicatum sic fuisse Mediolani anno 1571. & 1585.

Negantis autem sententiæ Authores sunt Baldus in c. Per tuas. nu. 2. de maio. & obed. in cons. 214. lib. 2. in cons 102. lib. 4.

Angelus in cons. 76.

Antonius Butrius in c. Tanta. n. 10. & in c. Per venerabilem. num. 16. qui filij sint legitimi.

Castrens. in l. vlt. num. 5. 6. C. de his, qui veniam ætatis impetrar. in l. Cum acutissimi. nu. 3. C. de fideicommiss. in cons. 180. lib. 1. 252. & 343. lib. 2.

Alexander ad l. Necessariis. nu. 12. ff. de acq. hæred.

Iason in l. Si is, qui pro emptore. nu. 286. ff. de vsucap.

Curtius senior in cons. 13. & in cons. 16. & in

conſ.35.& in conſ.74. vbi dicit, ita iudicatum fuiſſe Mediolani.

Socinus ſenior in l.Gallus.§.Et quid ſi tantum.nu.27 ff. de lib. & poſthum.in conſ.246. lib 2.

Ludouicus Bologninus in conſ.58.

Decius in l.Liberos.in fine.C.de collatio.in conſ.52.& 155 275.316 383 392.

Tiraquellus ad l. Si vnquam.in verbo, Suſceperit liberos.nu.98.C.de reuoc.donat.

Dominus meus Cephalus in conſ.78. lib.1.

Proſper Paſethus conſ.71.

D.Guidus Panſirolus conſ 59.num.68.

Portius Imolenſis conſ 106.num.89.

Ludouicus Molin. lib. 3. de Hiſpaniarum primogeniis,cap.2.num.7.& cap.5.num.75.

Michaël Graſſus tit.de ſucceſſ.ab inteſtato. quæſt.19.num.12.

Illuſtriſſimus Cardinalis Albanus in lucubrationib.ad Bartolum in l.Gallus. §. Et quid ſi tantum.n.22 ff.de lib.& poſthumis.

Mynſingerus cent.3.obſeru.16. vbi teſtatur Cameram Imperialem ſequi ſolere hanc ſententiam.

Andreas Geyll.lib.2. obſeru.140.n.6. vbi ſimiliter teſtatur Imperialem Cameram ita ſeruare.

Berous in conſ.177.n.49.lib.2.

Guilhelmus Benedictus in c. Rainucius. in verb.Duas habens vxores.n.148.de Teſtam.

Ruinus conſ.84.num.3.lib.3.

Hactenus Authores vtriuſque ſententiæ recenſuimus. Nunc argumenta in medium afferenda ſunt. Affirmantis igitur ſententiæ illud eſt fundamentum; quia ſtatutum excludit filias fœminas exiſtentib. filiis maſculis defuncti ab inteſtato legitimis & naturalibus. Sed filij ſic legitimati dicuntur eſſe legitimi,& naturales:ergo filias fœminas excludunt.

Minor propoſitio probatur ex Nouella,Quibus modis natur.effi.ſui.§.Reliqui.ibi: *Semel enim efficientes eos legitimos,damus habere etiã ſucceſſiones illas,quas habent ij, qui ab initio legitimi ſunt.* Et in §.Sit igitur.ibi: *Nihil à legitimis differentes,&c.* Et in §.Et quoniam variè, ibi: *Nihil diſſimilis legitimis.* Et in §.filium.ibi: *Factum legitimum ipſi ſoli genitori legitimum facimus.* Et in Nouella, Quibus mod.natur. effi.legitimi.§.Sit igitur licentia.ibi: *Nihil à legitimis filiis differentes.*

Poſterioris autem ſententiæ,quæ vrgat huiuſmodi legitimatos filias fœminas excludere, fundamentum eſt primò. quia tales filij nõ dicuntur propriè legitimi; Dicit enim textus in §. Filium. in Nouella, Quib.mod.natur.effic.ſui: *Facimus eum veluti ex quadam machinatione cognatum.* Verba autem ſtatutorum propriè ſunt accipienda. Secundò,quia verba illa ſtatuti, *Exiſtentibus filiis legitimis & naturalibus maſculis*, videntur eſſe accipienda de legitimis,qui naſcũtur ex legitimo matrimonio,non autem de his qui fiunt à Principe. argumento l. vlt. C.de his, qui veniam ætatis impetrauerunt. Tertiò, ex §. Et quoniam variè.d.Nouella, Quibus mod.natur.effi.ſui.in illis verbis: *Si quis igitur naturalis ſecundùm hoc ſchema oblationis fiat curialis, erit patri, & ab inteſtato ſucceſſor, & ex voluntate nihil diſſimilis legitimis, & ex donatione percipere poterit patris,ita tamen, vt non amplius habeat vno eorum, qui ab initio legitimi ſunt, & inter omnes minus habente.*

Et licèt textus loquatur de iis,qui per oblationem curiæ legitimi fiunt,eadem tamen ratio eſt in legitimatis per reſcriptum præſertim, quia in legitimatis per reſcriptum nulla extat conſtitutio, vt plus habeant.

Hactenus,& quod ſecundo loco pollicitus ſum,præſtiti. Reſtat, vt ſententiam meam ſubiiciam. Ego igitur in hac quæſtione valere iuſſis authoritatib.hinc inde doctorũ propoſitam quæſtionem rectè ex lege Iuſtiniani & clarè decidi poſſe cenſeo. Etſi enim doctorum ſententias & placita magni facienda eſſe putem, mihi tamen in toto hoc opere propoſitum non eſt ex eis, ſed ex teſtib.iuris ſententiam meam firmare atque fundare. Igitur ſi controuerſia ſit ſecundùm ius noſtrum Iuſtiniani,quid reſpondendum ſit in hac quæſtione,ſic ſtatuo:non ſolùm filium reſcripto legitimatum non excludere filias legitimas & naturales, ſed nec filium ipſum ſic legitimatum conſequi ius legitimorum filiorum. Moueor hoc argumento, quia exiſtentib.filiis legitimis,nõ poſſunt illegitimi reſcripto legitimari, hoc eſt, ius legitimorum filiorum conſequi, ſed tantùm per oblationem curiæ,vel per ſubſequens matrimonium. Hoc probo ex d.Nouella, Quib.mod.natur.eff.ſui.in §.Si quis ergo.§.Sit igitur licentia.& §.Omnino enim. In §.Si quis ergo.ita dicit Imperator: *Si quis ergo filios legitimos non habens, ſed tantummodò naturales,ipſos quidem legitimos facere voluerit, &c. hoc agat per noſtrum reſcriptum.* Et paulò pòſt. *Sit igitur licentia patri in prædictis caſibus imperio preces offerre,hoc declarantes, &c.* Et tandem ſubdit hæc verba: *Omnino.n.legitimis exiſtentibus, deinde naturalibus prouenientibus nequaquam ius legitimorum eis adijcitur niſi omninò aut per curiam, aut per noſtras conſtitutiones,quæ dotalium inſtrumentorum introduxerunt modum.* Ex quib.verbis patet,tũc per reſcriptum filios legitimos effici, cùm alij legitimi non extant,ſi verò extent,legitimos fieri poſſe per oblationem curiæ, vel per matrimonium,non autem per reſcriptum.

Si ergo ius legitimorum filiorum iſti nõ habent per reſcriptum,ergo nõ poſſunt fœminas exclu-

excludere, quas ſoli filij legitimi, & naturales excludunt.

Si dicatur fieri poſſe, vt etiam exiſtentibus filiis legitimis ab Imperatore legitimentur filij naturales, vel à Comite Palatino poteſtatem habent, quod & ſæpe fieri videmus: Ergo tunc argumentum locum non habebit, & ſic filiæ excludentur. Reſpondeo, in primis me prædixiſſe ſententiam meam niti tantùm legibus Iuſtiniani ſcriptis, non autem iis, quę de facto ſeruantur. Deinde putarem, talem legitimatum hoc quidem conſequi, vt legitimus efficiatur Imperiali beneficio, non tamen plus iuris conſecuturum in dubio, quàm is conſequatur, qui per oblationem Curiæ legitimus efficitur: Et ideo non plus habiturum, quàm vnum ex filiis legitimis, qui minus habet, vt in d.§. Et quoniam variè. Neque enim rationem differentiæ video vllam.

Huc accedat, quod ſi legitimatus per oblationem Curiæ non poteſt plus habere, quam vnus ex filiis legitimis, multò minus plus cōſequi poterit is, qui per reſcriptum eſt legitimatus. Nam per oblationem Curiæ illegitimi conſequuntur iura legitimorum etiam exiſtentibus aliis filiis legitimis: At per reſcriptū id non conſequuntur. Si dicatur legitimatum per Curiæ oblationem non habere plus iuris in ſucceſſione quolibet ex filiis legitimis, ſecundum ius commune, ſed noſtra quæſtio eſt de iure municipali, quo tota defertur maſculis legitimis ſucceſſio, iſti autem ſunt legitimi: Reſpondeo: cùm Iuſtinianus prohibuerit eos plus habere quolibet ex legitimis, non poſſe ſtatutum illud contra legem Iuſtiniani ad legitimatos pertinere, & iuſtam eſſe interpretationem, quæ hoc in caſu ſtatutum ceſſare docet, ne duplex ſic legitimati priuilegium obtineant, vnum, quod iura legitimorum conſequantur: Alterum, quod etiam legitimis contra legem præferantur. Neque enim ex priore poſterius neceſſariò infertur, cùm rectè intelligi poſſit, filium eſſe iura legitimorum conſecutum, etiamſi non comprehendatur in ſtatuto filias legitimas excludente. Erit enim legitimus ſecundum leges Cæſaris, cuius beneficio factus eſt: non ſecundum leges municipij, ad quas in præiudicium legitimorum non putatur Imperator reſpexiſſe legitima iura concedens illegitimo. Voluit enim legitimum eſſe, ſed ſub iſta moderatione, ne plus, quàm legitimi, haberet: imò ne plus haberet, quàm vnus ex legitimis minus habens, vt in d.§. Et quoniam variè.

Dices, quid ſi in legitimationis reſcripto illa inſeratur clauſula, vt legitimatus comprehendatur in omni ſtatuto, ac diſpoſitione loquente de filiis legitimis & naturalibus, nunquid hoc efficiet, vt comprehendatur in ſtatuto, de quo agitur, fœminas filias excludente?

Reſpondeo, contraria eſſe hac de re doctorum reſponſa. Nā comprĕhendi reſponderunt Ruinus in conſ. 68. lib. 3. Berous in conſ. 174. lib. 2. Non comprehendi reſponderunt idem Ruinus in conſ. 82. nu. 8 lib. 3. Decius in conſil. 593. nu. 9. ſequitur dominus meus Cephalus in conſ. 278. n. 63. lib. 2. Silueſter Aldobrandin. inter conſilia Riminaldi ſenioris lib. 4. conſ. 717. nu. 81.

℞: hæc poſterior ſententia mihi videtur æquior & probabilior. Primò, quia per eam minus læditur ius commune, quo conſtitutū eſt, vt legitimatus non plus conſequatur iuris, quàm vnus ex legitimis, qui minus habet, vt in d.§. Et quoniam variè. Secundò, quia per hanc ſententiam iniuria non infertur ex reſcripto filiabus legitimis & naturalibus, quod regulis iuris magnoperè conſentaneum eſſe patet ex l. 2. & 4. ff. de natalib. reſtit. Et ex regula generali, Reſcriptum Principis ita eſſe accipiendū, vt aliis non præiudicet. l. 2. §. Meritò. ff. ne quid in flu. publ. Iaſon in l. vlt. n. 19. 20. ff. de conſt. Princ. Ruin. in conſ. 93. n. 5. lib. 3. & 82. nu. 9. eod. lib. licet verba eius ſuperflua redderentur, vt declarat Alciat. regula 3. Præſumpt. 11. n. 8. Decius in c. Super eo. col. 2. verſ. Prædicta concluſ. de offic. deleg.

Tertiò, quia illa clauſula locum haberĕ poteſt in aliis ſtatutis multis, quæ non excludūt filias legitimas, ita vt legitimatus multis in caſibus frui poſſit beneficiis ſtatutorum de legitimis loquentium, licet non hoc beneficiò fruatur, vt filias excludat. Et ſufficit priuilegiū aliquid operari, licet non in omnib. operetur, vt docet Alciatus d. reg. 3. Præſumpt. 11. n. 9.

CAPVT II.

De celebri controuerſia in ſucceſſione Regni & Principatus, vter ſit præferendus, Patruus, an nepos ex filio primogenito?

Celebertima eſt controuerſia, vter in ſucceſſione præferendus ſit regni & Principatus patruus, an nepos ex filio primogenito, quam copioſè tractat Tiraquellus de iure primogeniorum. quæſt. 40. & poſt eum Franciſcus Hotomanus, in diſputatione de Controuerſia ſucceſſionis Regiæ inter patris & fratris præmortui filium. Nullum me operæ pretium facturum putaui, ſi argumenta, quæ pro nepote, vel pro patruo adferuntur, & ſimul doctorum authoritates huc adferrem, quoniam Tiraquellus & Hotomanus anteuerterunt. Non abs re autem fore exiſtimaui qualecunque iudicium interponere meum. Hac igitur in re tria mihi occurrunt, quæ ex iuris noſtri præceptis adferri poſſe ſolidis-

argumentis & rationibus videntur. Primam est Iustiniani, iure neutrum alteri præferendũ esse in ea successione, sed vtrumque concurrere: sic enim iure ciuili constitutum est, vt nepos simul cum patruo succedat auo. § 1. in Auth. de hæred. ab intestato venientib. §. Cũ filius. in I. tit. eod. tit. Quamobrem quod Franciscus Hotomanus loco superius citato, in exordio disputationis pro fratris filio dicit, Consuetudinem illam, vt Rege mortuo filius ipsius, vel hoc præmortuo, nepos ex eo susceptus regi suus hæres existat, iuri Romano cõsentaneam esse, nihil ad rem nostram pertinere potest, quia non est quæstio, vbi solus extat ex filio nepos, sed etiam patruus, hoc est, alter ex defuncto filius secundo genitus, qui procul dubio iure Romano concurrit cum nepote in successione. Quamobrem ex hoc efficitur hãc controuersiam Iustinianæo iure definiri non posse, in alterutrius fauorem scilicet vel patrui vel nepotis. Et quoniam alter eorum solus debet succedere, ita enim consuetudine receptũ est, nam firmius videtur esse regnum si penes vnum remanserit, nec diuidatur. c. Imperialem §. Præterea ducatus. de prohi. alie. na. feudi per Fridericum. Et hæc consuetudo in dubium iam non reuocatur, ideo alia ineunda est ratio, quæ controuersiæ dirimendæ magis sit idonea. Ego igitur sic statuo, cõsuetudinem particularem regni, de quo erit controuersia, pro lege habendam, ac proinde, si illa pro nepote militauerit, nepoti adiudicandũ esse regnum, si pro patruo, ipsi patruo: *De quibus enim causis scriptis legibus non vtimur id custodiri oportet, quod moribus & consuetudine inductum est.* l. De quibus. ff. de legib. *Quod si hoc defecerit,* inquit Iulianus, *tunc quod proximum & consequens ei est: Si ne id quidem apparet, tunc ius quo vrbs Roma vtitur, seruari oportet.* Quid ergo si consuetudo defecerit, nec non id, quod proximum & consequens ei est: Seruandum puto illud ius, quo Imperium Romanum in simili casu vtitur. In Imperij autem legibus, & Bulla aurea Caroli IV. hoc cõtinetur: *Decernimus, vt postquam ijdem Principes electores seculares, & eorum quilibet esse desierint, ius, vox & potestas electionis huiusmodi ad filium suum primogenitum legitimum laicum, illo verò non existente ad eiusdem primogeniti primogenitum similiter laicum liberè, & sine contradictione cuiuspiam deuoluatur. Si verò primogenitus huiusmodi absque hæredibus masculis legitimis laicis ab hac luce migraret, virtute præsentis Imperialis edicti ius, vox, & potestas electionis prædicta ad seniorem fratrem laicum per veram paternam lineam descendentem, & deinceps ad illius primogenitum laicum deuoluatur: & talis successio in primogenitis & hæredibus principum eorundem iure, voce & potestate permissis perpetuis temporibus obseruetur, ea tamen conditione & modo, vt si Principem electorem, seu eius primogenitum, aut filium seniorem laicum mori, & hæredes masculos & legitimos laicos defectum ætatis patientes relinquere contigerit, tunc frater senior eiusdem primogeniti tutor eorum, & administrator existat, donec senior ex eis legitimam ætatem attigerit, quam in Principe electore 18. annos completos censeri volumus & statuimus perpetuò haberi, quam dum attigerit ius, vocem & potestatem, & omnia ab ipsis dependentia tutor ipsi cum officio totaliter teneatur protinus assignare.*

Hactenus verba Bullæ aureæ, quæ nepoti ex filio primogenito successionem defert, vt patet. Huic consentanea est lex Taurini, quam Hispanicè Didacus Couaruuias edidit, & latinè sic sonat: *Maiora feuda, quorum successio ad primogenitos pertinet: si primogenitus moriatur, viuo feudi possessore relicto filio, vel nepote, aut alio legitimo recta linea descendente, descendentes ipsi legitimi præferentur pro gradus prærogatiua secũdo genito possessoris feudi.* His adstipulantur & aliarum gentium mores & consuetudines, præiudicia, & alia, quæ latissimè Tiraquellus commemorat. Cui sententiæ & nos quoque consentiri par est. Argumentis, quæ pro patruo adferri solent, sufficienter occurrit Hotomanus.

CAPVT III.

Fratrum filij vtrum succedant patruo in stirpes, an verò in capita?

HÆc est antiqua, & celebris controuersia inter Azonem & Accursium. Azo existimauit filios fratrum patruo succedere in capita. Accursius in stirpes. Azonem secuti sunt Iacobus Butrig. Cynus, Ofredus, Albericus, & Castrensis in Auth. cessante. C. de legit. hæredibus. Baldus in l. 1. §. vlt. ff. si pars hæred. petat. Aretinus in § Cum filius. in Instit. de hæred. quæ ab intest. deferuntur. Hostiensis in summa de success. ab intest. §. Viso igitur. col. vlt. Raynerius ciuis meus, vt refert Bald. in cap. 1. de success. feud. Fortunius Garzia ad l. Gallus. §. Idem credendum. col. 19. ff. de lib. & posthu. Zasius sing. intell. c. 7 & in cons. 4. lib 1. Couar. de success. ab intest. n. 8. Rebuff. in proœmio Constit. regiar. Glos. 5 num. 81. Franciscus Hotomanus Illustrium quæstionum lib. cap. 14. Ioan. Spiegelius in Lexico iuris. in verb. *In capita succedere.* Vasqulus de success. c. 23. n. 13. lib. 2. Iacob. Cuiacius lib. 2. de feudis. tit. 12. & in Fragmenta Vlpiani, tit. 26. §. 4. vbi etiam citat Constantinum Hermanopulum lib. 5. Epitomes.

pitomes. Duarenus in Conſuetud. feudo. c. 8. Myſingerus cent. 3. obſer. 95. Matutinus Mōtanus de hæred. ab inteſtato venientib. reg. 29. Michael Graſſus com. opinionum lib. 5. Succeſſio ab inteſtato. quæſt. 30. n. 4. Dominus Cephalus in conſ. 431. lib. 3. Antonius Teſſaurus deciſ. Pedemōtana 162. quibus accedit Caroli V. deciſio expreſſa anno .529. in Comitiis Imperij Spiræ habitis.

Accurtium verò ſecuti ſunt Io. Andr. ad Speculato. de ſucceſ. ab inteſt. §. 1. verſ. Sed an filij. Bartolus in l. 2. §. Hæreditas. ff. de ſuis & legitim. hæred. & in l. 1. §. vlt. ff. ſi pars hæred. petat. & in conſ. 1;3 Bald. in conſ. 66 lib. 1. 293. 437. l. 2. Dynus. Angelus, Corneus. Iacobus de Arena in Auth. Ceſſante. C. de legit. hæred. Ioan. Faber in §. Cæterùm. n. 4. Inſtit. de legitim. agnator. ſucceſſ. Mateſilanus de ſucceſſ. ab inteſt. no. artic. 3. verſ. 2. Guido Papæ deciſ. 134. Nicolaus Vbaldus de ſucceſſ. ab inteſtato. parte 3 Petrus Ferrarius in forma libelli ab inteſtato, in verbo, Nulliſq; ſuperſtitibus. col. 14. Vlterius quæritur. Gulielmus Benedictus in c. Raynutius. in verbo, Et vxorem. n. 63. Iacobinus de S. Gregorio in tractatu feudorum, in verbo, Præſentes. col. 3. verſ. Sed vlterius. Io. Oldendorpius in Epitome de ſucceſſ. ab inteſtato. n. 10. Sonsbechius tract. feudor. parte 9. conclus. 6. n. 100. Viuius l. 2. comm. op. n. 5 Alexander in conſ. 29. lib. 5. 55. n. 4. lib. 4. Iaſon in conſ. 173. n. 2. lib. 4. Bertrandus in conſ. 2. lib 2 Ruinus in conſ. 8 in fine. li. 1 Pariſius conſ. 15. n. 9. lib. 2. Bœtius conſ. 2. Socin. iun. conſ. 74. n. 7. & conſ. 104. n. 29. lib. 1. Fulgoſius conſ. 12. Aretinus conſ. 164 Challanæus conſ. 47. colum. 7. Franciſcus Becius in conſ. 16. Alba conſ. 29. Crauetta conſ. 566 lib. 5 Simon Pretus in cōſ. 37. n. 14. Burſatus conſ. 67. Hippolytus Riminald. conſ. 31. num. 47. lib. 1. Federicus Scotus conſ. 18 lib. 2.

Ego, ne diu ſuſpenſus animus lectoris ſit, ſententiam Azonis veriſſimam eſſe iudico, quod vbi demonſtrauero, tum argumenta contrariæ ſententiæ confutabo.

Azonis igitur ſententiam veram eſſe ſic demonſtro. Si antiquo iure, quod ante Nouellas Iuſtiniani conſtitutum fuit, filij fratrum in capita ſuccedunt, & illud ex Nouellis cōſtitutionibus mutatum non eſt, conſequens eſt, vt firmum maneat & ſuum obtineat vigorem: Sed verum eſt prius: ergo verum & poſterius: & ſic fratrum filij nunc etiam in capita ſuccedent, ſicut olim.

Maior propoſitio clara eſt: quia quod non mutatur, cur ſtare prohibetur? l. Præcipimus. C. de appellat. Minor autem, quod iure antiquo fuerit conſtitutum, probatur primò Vlpiani teſtimonio in fragmentis apud Cuiacium, titul. 26. §. 4. *Agnatorum, inquit, hæreditates diuiduntur in capita, velut: ſi ſit fratris filius, & alterius fratris duo plureſve liberi, quotquot ſunt ab vtraque parte perſonæ, tot fiunt portiones, vt ſinguli ſingulas capiant.*

Secundò, id probo teſtimonio Caij li. 2. inſtitut. tit. 8. *Item ſi moriatur quis* (ait Caius) *& duobus germanis fratribus dimittat filios, duntaxat maſculos, & ex vno fratre dimiſerit duos, & ex alio quatuor ſimiliter maſculos: omnes quidem fratrum filij patruo ſuo inteſtato ſuccedunt, ſed non in ſtirpes ſed in capita.*

Tertiò, teſtimonio ipſius Iuſtiniani in l. pen. C. de legitimis hęred. ſic dicentis: *Illo procul dubio obſeruando, vt ſucceſſio non in ſtirpes, ſed in capita diuidatur.* Et loquitur de ſucceſſione filiorum fratrum, vt patet ex verbis præcedentibus. ibi: *Et mortuo eo, qui patruus quidem eſt, &c.*

Quod autem ex Nouella Iuſtiniani conſtitutione quæ habetur in tit. de Hæredi. ab inteſtato venienti. hoc ius antiquum immutatum non ſit, patet: quia in ea conſtitutione nihil habetur, quod pertineat ad ſucceſſionē in ſtirpes filiorum fratrum, niſi quando ipſi filij fratrum ſuccedunt vnà cum patruis ſuis, quod vt planum fiat, & ſimul intelligatur nullā vim habere argumenta Sonsbechij, quæ adfert ex dicta Nouella pro contraria ſententia, ego referam eius Nouellæ verba, vt ea ob oculos lector habēs facilè nulla diſtractione alia impeditus rem percipiat atque diiudicet. Verba hæc ſunt ad rem noſtram.

*Si igitur defunctus neque deſcendentes, neque aſcendentes reliquerit, primum ad hæreditatem vocamus fratres & ſorores ex eodem patre, & ex eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hæreditatem vocauimus. His autem non exiſtentibus, in ſecundo ordine illos fratres ad hæreditatem vocamus, qui ex vno parente coniuncti ſunt defuncto, ſiue per patrem ſolum, ſiue per matrem. Si autem defuncti fratres fuerint, & alterius fratris aut ſororis præmortuorum filij, vocabuntur ad hæreditatem iſti cum de patre & matre theois maſculis aut fœminis: & quanticunque fuerint, tantam ex hæreditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus erat accipere, ſi ſuperſtes eſſet. Vnde conſequens eſt, vt ſi fortè præmortuus frater, cuius filij viuunt, per vtramque partem nunc defuncta perſona iungebatur, ſuperſtites autem fratres per patrem ſolum forſitan aut matrem ei iungebantur: præponebantur illius filij propriis theois, licet in tertio ſint gradu, ſiue à patre, ſiue à matre ſint theoi, & ſiue maſculi, ſiue fœminæ ſint, ſicut eorum parens præponeretur, ſi viueret. Ex diuerſo, ſiquidem frater ſuperſtes ex vtroque parente coniungitur defuncto, præ-

mortuus autem per vnum parentem iungebatur, huiusmodi filios ab hæreditate excludimus: sicut ipse si viueret ab hæreditate excludebatur. Huiusmodi verò priuilegium in hoc ordine cognationis solis præbemus fratrum masculorum & fœminarum filijs aut filiabus, vt in suorum parentum iure succedant. Nulli alij omnino personæ ex hoc ordine venienti hoc ius largimur. Sed & ipsis fratrum filijs tunc hoc beneficium conferimus, quando cum proprijs vocantur theois masculis & fœminis, siue paterni, siue materni sint. Si autem cum fratribus defuncti etiam ascendentes, sicut iam diximus, ad hæreditatem vocantur: nullo modo ad successionem ab intestato fratris aut sororis filios vocari permittimus, neque si ex vtroque parente eorum pater, aut mater defuncto iungebatur, quandoquidem fratris & sororis filijs tale priuilegium dedimus, vt in propriorum parentum succedentes locum soli in tertio constitui gradu, cum ijs, qui in secundo gradu sunt, ad hæreditatem vocentur. Illud palam est, quia Theois defuncti masculis & fœminis siue à patre, siue à matre præponuntur, si etiam illi tertium cognationis similiter obtineant gradum. Si verò neque fratres, neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit: omnes deinceps à latere cognatos ad hæreditatem vocamus, secundum vniuscuiusque gradus prærogatiuam, vt viciniores gradu ipsi reliquis præponantur. Si autem plurimi eiusdem gradus inueniantur, secundum personarum numerum inter eos hæreditas diuidatur: quod in capita nostræ leges appellant.

Iam igitur in hac constitutione nullũ verbum continetur, quo filios fratrum in stirpes succedere significetur, præterquã eo in casu, quo succedant simul cum patruis suis: ergo si soli succedant, non succedent in stirpes, sed in capita, sicut antiquo iure constitutum est.

Respondet Sonsbechius, & probare conatur, filios fratrum ex ea Nouella in stirpes succedere, & repræsentare parentem defunctum, etiamsi non cum patruis suis concurrant. Et primò inducit textum in vers. *Vnde consequens est.* vbi dicitur, si non extent fratres vtrinque coniuncti defuncto, sed ex vno latere tantum, & simul extent filij alterius fratris defuncti, qui ex vtroque latere erat coniunctus, filios fratris defuncti repræsentare patrem suum defunctum, & ideo excludere fratres defuncti superstites ex vno latere tantum, sicut eos parens ipsorum, si viueret, tanquam ex vtroque latere iunctus, excluderet. Ex quo sequitur filios fratrum tunc in stirpes succedere, & tamen soli succedunt, non autem vnà cum patruis suis, quia nulli extant ex vtroque latere iuncti, sed tantùm ex vno latere, quos ipsi filij excludunt.

Respondeo, in eo casu proculdubio filios fratrum in stirpes succedere, quia succedũt in iure repræsentationis patris sui defuncti, alioqui excludere nõ possent fratres defũcti ex vnõ latere tantum. Et de hoc singulari casu nos non disputamus. Sed nostra disputatio est, cùm soli extant filij fratrum, & nullus frater defuncti prorsus, neque vtrinque coniunctus, neque ex vno latere tantùm: tunc enim vt ipsi filij succedant, nulla opus est repræsentatione patris sui, & cõsequenter cùm ex persona propria vocentur ad successionem, illa in capita diuidetur secundum ius antiquum.

Et licet infra textus dicat, ipsis fratrum filiis, tunc hoc beneficium collatum, quando cum propriis vocantur patruis, tamen id non repugnat præcedenti sententiæ, quia etiã eo in casu, quo extãt frater defuncti ex vno latere, & filij fratris præmortui ex vtroque latere coniuncti, potest aliquo modo dici eos vocari cum patruo, scilicet cum fratre defuncti ex vno latere iuncto, sed tamen eum excludunt, quia repræsentant patrem præmortuum, qui defuncto, de cuius successione agitur, ex vtroque latere iunctus erat. Hoc enim dicere Imperator voluit, fratrum filios non habere hoc beneficium, quãdo nullus extat patruus ipsorum, cum quo concurrere, vel cui præferri in successione debeant: vel quoties extant quidẽ patrui, sed simul etiam alij puta ascendentes defuncti, qui simul ad hæreditatem vocantur, tunc enim filij fratrũ non concurrunt, vt subdit Imperator statim in §. Si autem.

Secundò, Sonsbechius adfert ac perpendit textum in vers. *Illud palam.* vbi dicitur, fratris vtrinque coniuncti filios excludere patruũ magnũ, qui similiter in tertio gradu est, quod non alia ratione contingit, nisi quia patrem suum repræsentat, qui sine dubio, si viueret, patruum magnum excluderet, quoniam vno gradu anteiret ipsum: Et sic filij fratrum ibi succedunt necessariò in stirpes. Respondeo, etiam eo in casu in stirpes succedere, quia veniunt ad exclusionẽ patrui magni, sed nostra quæstio est, quando non veniunt ad exclusionem alterius, solique extant, & successionem soli obtinent.

Tertiò, Sonsbechius ponderat textum in vers. *Huiusmodi verò.* vbi dicitur solis concessum esse fratrum filiis, & non vlterioribus, vt in parentum suorum iure succedant. Ex quo patet generaliter hoc beneficium concessum esse filiis fratrum, siue sint soli, siue cum patruis succedant.

Respondeo, hanc interpretationem corruere ex verbis sequentibus, quibus dicitur: *sed & ipsis fratrum filiis hoc beneficium tunc conferri, quando cum patruis succedunt.*

Respondet Sonsbechius, illa verba, *sed & ipsis*, contrarium probare, quia hoc Imperator

vult,

vult, non solùm filios fratrum, quando soli sunt, in suorum parentum iura succedere: sed etiam quando simul cum patruis vocantur ad successionem patrui defuncti: quod probatur, inquit, ex copulatiua, illa, *Et*, quæ sine causa ibi posita non est, imo habet emphasim. nam si voluisset Imperator id obtinere solùm in casu, in quo cum suis patruis succederent, & tunc demùm in locum parentum suorũ succedere, non dixisset, *sed & ipsis*, sed dixisset, *ipsis fratrum filiis*, neglecta copulatiua, *Et*, tũc hoc beneficium conferimus: aliàs Iustinianus culpandus esset, tanquam superflua dixisset. Nam idem suprà dixerat in vers. *Huiusmodi*.

Respondeo, nihil esse superflui, quia in vers. *Huiusmodi*, Iustinianus hoc statuit, vt huiusmodi priuilegium solis filiis fratrum, & non vlterioribus cõcedatur. In vers. Sed & ipsis. aliud statuit, vt nempe ipsis quoque fratrum filiis tunc illud beneficium competat, cùm ad successionem cum patruis vocantur: Et sic cum diuersa vtrobique statuerit, non potest superfluus videri. Et quod attinet ad distinctionẽ illam, *Et*, illa non malè posita in hoc sensu, quia hoc vult Imperator solis fratrum filiis priuilegium illud competere, & non aliis: sed & ipsis tunc solùm competere, cum ad successionem cum propriis patruis vocantur. quo sermone restringit illud beneficium, quod antea videri posset absolutè filiis fratrum competere; qui modus loquendi & vsitatus & congruus est.

Ex his patet responsio ad id, quod quarto loco Sonsbechius adfert.

Quintò idem Sonsbechius perpendit textum in §. Si verò neque fratres. vbi dicitur post fratres, & fratrum filios cæteros in capita succedere: ex hoc infert filios fratrum succedere in stirpes, & non in capita. Respondeo, non rectè illud inferri, quia Imperator in præcedẽti parte textus, locutus est de filiis fratrum succedentibus cum patruis suis, vel ad exclusionem venientibus patrui magni, aut fratris defuncti, ex vno latere tantum coniuncti, qui illis in casibus in stirpes succedunt, non autem in capita: quare postea subdit summa ratione, si nec fratres extent, nec filij fratrum, *sicut diximus*, reliquos cognatos in capita succedere. Quid autem sit iuris si soli fratrum filij existant, nec ad alterius exclusionem veniant, nõ declarauit Iustinianus vllibi in dicta Nouella; & ideo manet ius antiquum in suo robore & efficacia.

Sextò idem autor perpendit in eodem §. Si verò neque fratres. vers. Si autem plurimi, an xiè Imperatorem decidere, si vltra fratrum filios plurimi sint eiusdem gradus, tunc singulos in capita succedere, nõ in stirpes: quod tamen indubitatum erat, & antea constitutum. Ideo igitur putandus est Imperator id ita cõstituisse, ne quis crederet priuilegium fratrum filiis concessum, vt in locum parentis succederent, & sic in stirpes successio diuideretur, extendi ad nepotes, vel pronepotes quoque præmortuorum fratrum.

Respondeo, Iustinianum in ea parte idem statuisse, quod antiquo iure constitutum erat, & id non est absurdum: quia in tota illa constitutione multa innouauit & correxit, & de vniuersa successione statuit. Quare necesse fuit exprimere quid innouaret, & quid conuenienter antiquis legib. statueret, & non frustrà de vlterioribus cognatis id decreuit: quia forsitan existimari potuisset, aliquando iure repræsentationis locum futurum successioni in stirpes. Non tamen inde argumentari licet hoc Iustinianum voluisse, vt filij fratrũm in capita succederent. Et sanè probabilis coniectura nulla est: quoniam cùm Imperator sciret antiquis legibus successionem eis in capita deferri, si noluisset eas obtinere, certè id dixisset, sicut dixit & expressit illis in casibus, in quibus filij fratrum concurrunt cum suis patruis, vel ad exclusionem patruorum aliquorum veniunt.

Ex quibus patet postremum argumentum, quod idem author vrget, si Iustinianus noluit filios fratrum in stirpes absolutè succedere, nihil noui statuisset in d. §. Si verò neque fratres. Etsi enim nihil ea in parte noui statuisset, inutilis tamen constitutio non fuit, quoniam ex ea intelligimus, quid Iustinianus iuris antiqui abrogauerit, & quid iuri antiquo conuenienter statuerit. Neque enim vlla necessitas est, vt omnia iura vetera correcta esse putemus ex noua constitutione, sed satis est, si in aliquibus correcta fuerint, in aliquibus declarata, in aliquibus etiam confirmata.

CAPVT IV.

Quomodo ascendentes in pari gradu existentes succedant filiis vita functis nullo condito testamento.

TRes sunt Doctorum sententiæ hac de re. Prima, ascendentes hoc modo succedere filiis intestatis defunctis, vt in bonis, quæ ex paterna linea ad filios peruenerunt, pater succedat, matre exclusa, & mater contrà patre excluso in bonis, quæ ad filium ex linea materna peruenerunt, in cæteris bonis aliunde quæsitis æqualiter succedant. Ita Bartolus in Authent. Itaque. C. commun. de success. & multi alij, quos refert Andreas Tiraquell. de retractu consanguinitatis. § 14. nu. 11. & post eum Couarruuias de success. ab intestat. numer. 2.

Fundamentum est primò in l.3.C.de bonis, quæ lib.ibi: *Sin autem idem nepos superstitibus tam patre, quàm auo paterno diem suum sine liberis obierit eorum dominium, quæ ad ipsum ex matre, vel ab eius linea peruenerunt, non ad auum, sed ad patrem eius perueniat.* Secundò in §.1.Instit.Per quas personas nobis acquiri.ibi: *Qua enim inuidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reuerti?* Tertio, quia idem videtur receptum in successione fratrũ, vt frater vterinus in bonis illis succedat, quæ ad defunctum fratrem ex linea materna peruenerunt: in his verò, quæ ex paterna linea, succedat frater consanguineus. l. De emancipatis.C.de legitimis hæred.

Secunda est sententia nonnullorum, quos commemorat Couuar.loco annotato, solum patrẽ succedere in lucris nuptialibus, quæ ad filium peruenerunt ex linea paterna: & cõtrà, matrem solam in lucris acquisitis ex linea materna.Ita enim loquuntur l.2.& 3.C.de bonis, quæ liberis.

Tertia est sententia, quæ mihi verissima videtur, patrẽ & matrem cæterosque ascendentes in pari gradu existentes filiis suis æqualiter succedere nulla bonorum distinctione adhibita, vnde peruenerint ad filium. Ita Bald. in Auth.Defuncto.C.ad Tertyll. & alij multi, quos refert & sequitur Couuar. loco suprà citato.de successi.ab intestato.nu.2.& nouissimè Valentinus Forsterus de successio. ab intestato.libr.3. de successione ascendentium, conclus.4.

Fundamentum est solidum in text. Nouellæ.de hæred.ab intestato. *Si autem plurimi ascendentium viuunt: hos præponi iubemus, qui proximi gradus reperiuntur, masculos & fœminas siue paterni siue materni sint. Sin autem eundem habent gradum. ex æquo inter eos hæreditas diuidatur, vt medietatem quidem accipiant omnes à patre ascendentes, quanticunque fuerint: medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscunque eos inueniri contigerit.*

Hic nullam vides fieri distinctionem bonorum, vnde filiis peruenerint, quæ tamen distinctio, si necessaria erat, exprimi debuisset. Non ergo licet nobis eam inducere sine aliqua legis authoritate. Nam quod habetur in l.3. C. de bonis, quæ liberis. non pertinet ad rem prorsus: quia ibi dicitur patrem auo præferri in successione. Nam illa verba: *Non ad auum, sed ad patrem eius perueniat*, non sunt accipienda de patre matris, & sic de auo materno, sed de patre ipsius filij defuncti. Nam facti species loquitur de patre & auo paterno superstitibus, non autem de auo materno, vt patet ex verbis præcedentibus. ibi: *Sin autem idem nepos superstitibus tam patre, quam auo paterno diem suum sine liberis obierit, &c.* Nec non ex verbis sequentibus, ibi: *Vsufructu videlicet in huiusmodi casibus auo, dum superest, reseruando*, quæ verba intelligi non possunt de auo materno, sed de paterno, quia ille vsumfructum habere debet, non auus maternus.

Quod autem secundo loco adfertur ex Institutionibus, nihil offendit, quia loquitur de bonis à patre profectis, quod scilicet æquum sit ea patri acquiri, quod a quæstione nostra longè est alienum.

Denique id, quod tertio loco adfertur de fratre vterino & consanguineo, dubito, vt verum sit. Ego enim in sequenti capite falsum esse ostendam. Sed vt maximè verum esset, quod iterum inficior, non inde sequitur, idem etiam in successione ascendentium statuendum esse, quam a successione fratrum longè differre constat. Præsertim cùm videamus Iustinianum nulla bonorum distinctione facta, parentes æquo iure ad filiorum successionem vocasse.

CAPVT V.

De successione fratris vterini & consanguinei controuersia.

EXistimo fratrem vterinum & consanguineum æqualiter succedere fratri intestato defuncto nullis proximioribus superstitibus, nulla distinctione adhibita bonorum, vtrum ex linea paterna vel materna ad defunctum peruenerint. Et moueor authoritate textus in Nouella, De hæredibus ab intestato venient. §. Si igitur. vbi Iustinianus ita scribit: *Si igitur defunctus neque ascendentes, neque descendentes reliquerit, primum ad hæreditatem vocamus fratres & sorores ex eodem patre, & ex eadem matre natos: quos etiam cum patribus ad hæreditatem vocauimus. His autem non existentibus in secundo ordine illos fratres ad hæreditatem vocamus, qui ex vno parente coniuncti sunt defuncto, siue per patrem solum, siue per matrem.*

Vides clarum textum nullam differentiam bonorum comminiscentem, sed æqualiter vocantem fratres vterinos & consanguineos ad successionem. Authores eiusdem sententiæ habeo Fulgosium & Corneum in Auth. Itaque.C.commun.de success.

Communior sententia docet vterinum succedere in bonis, quæ a matre consecutus est defunctus: Consanguineum autem in illis bonis, quæ à patre habuit, in cæteris autem bonis æqualiter succedere. Bartolus in Authent. Itaque.C.commun. de success. Iason in l. Post dotem. ff. solut. matrim. alios refert & sequitur Couuar. de successionibus ab intestato.

post

post nu. 8 vers. Tertiò est animaduertendum. quibus adde Iacobum Cuiacium in consultatione 23.

Fundamentum est in l. De emancipatis. C. de legitimis hæredibus. in illis verbis: *Exceptis maternis rebus in quibus, si de eadem matre fratres, vel sorores sint, eos solos vocari oportet.*

Respondeo, Iustinianum ibi non loqui de fratre vterino, sed de fratre, qui ex latere etiam matris coniunctus est defuncto, vt is alteri fratri consanguineo præferatur in bonis, quæ defunctus frater à matre consecutus est. Nam hæc est sententia legis: Emancipato defuncto fratres & sorores ei succedere in dominio bonorum, patrem verò in vsufructu: fratres autem & sorores, scilicet ex vtroque latere, vel ex latere patris: Ita tamen, vt is, qui non solùm ex latere patris, verum etiam matris iunctus est, præferatur alteri consanguineo, quoad bona, quæ defunctus habuit à matre.

Hæc verissima interpretatio confirmatur, quia eo tempore frater vterinus ad successionem non admittebatur in ordine fratrum, sed in ordine aliorum cognatorum. Primum enim ad successionem vterini sunt admissi, ex l. Meminimus. C. eod. tit quæ lex est posterior. Nam edita est Iustiniano IV. & Paulino Consulibus. Altera verò, nempe l. De emancipatis. post Consulatum Lampadij & Orestis anno secundo.

Et in d. l. Meminimus. ita statuit Iustinianus: *Sed nec fratrem, nec sororem vterinos concedimus in cognationis loco relinqui: Cùm enim tam proximo gradu sunt, meritò eos sine vlla differentia, tanquam si consanguinei fuerint, cum legitimis fratribus & sororibus vocandos esse, sancimus, vt secundo gradu constituti, & legitima successione digni reperti alijs omnibus, qui sunt vlterioris gradus, licet legitimi sint, praecellant.*

Non igitur est verisimile Iustinianum in d. l. De emancipatis. locutum esse de vterinis fratribus, qui videlicet tantùm ex latere matris sunt coniuncti, quia eo tempore illi non erant in ordine fratrum. Præterea si Iustinianus ibi loqueretur de fratribus vterinis, eósque præferret in bonis, quæ à matre defunctus habuit, ratio postulabat, vt & consanguineos præferret similiter vterinis in bonis, quæ frater defunctus habuit à patre, quod est alterum membrum communis sententiæ & distinctionis bonorum, qua tamen de re nullum est verbum in tota illa lege: Imò, nullum verbum de vterino, vel consanguineo fratre, sed de fratribus & sororibus generatim textus loquitur. Quare verba illa: *Exceptis maternis rebus, &c.* hunc sensum habent, quem dixi, vt videlicet frater ex eadem matre solus bona illa consequatur, qui tamen frater sit etiam ex eo dem patre, non autem, qui sit ex eâdem matre vterinus, quia ille non admittebatur in ordine fratrum, vt dixi.

Et sanè, si talis distinctio bonorum esset adhibenda ex illa lege, æquum erat, vt idem Iustinianus in Nouella constitutione id aliquo modo significaret. Sed nihil hac de re dicit in dicta Nouella, quare argumétum euidens est nihil etiam in d. l. De emancipatis. statutum fuisse: Sed generaliter & indistinctè fratres vterinos æqualiter succedere cum fratribus vterinis, nulla ratione habita bonorum fratris defuncti, vnde illi prouenerint, vt in d. Nouella de hæredibus ab intestato venientibus. §. Si igitur.

CAPVT VI.

Si pater & mater, vel auus paternus & maternus simul succedant filio vel nepoti intestato defuncto, qui erat in potestate, an vsumfructum pater & auus paternus habeat in portione matris vel aui materni?

Existimo patrem vel auum paternum intestato filio defuncto, vel nepoti in potestate existentibus succedentem vna cum matre, vel auo materno præter suam portionem, quam pleno iure consequitur, iure etiam vsumfructum obtinere, donec vixerit, eius portionis, quæ matri, vel auo materno delata est. Moueor authoritate textus in l. vlt. C. ad Tertyll. vbi Iustinianus ita scribit: *Sin verò defuncta persona in sacris patris constituta decesserit: pater quidem vsumfructum, quem & viuente filio habebat, teneat, donec viuat, incorruptum, mater vero, quia hunc vsumfructum habere viuente patre non potest, totum apud patrem constitutum: vna cum fratribus defuncta persona ad proprietatem vocetur.* Ita docet Paulus Castrensis in Auth. D. functo. C. ad Tertyll.

Sed aliter pronunciatum est in Senatu Pedemontano apud Antonium Tessaurum decis. 156. Dubitatione iniecta ex Nouella Iustiniani de hæred. ab intest ato venien. Cuius hęc sunt verba: *Si autem pater aut mater fuerint: diuidenda inter eos quippe hæreditate secundùm personarum numerum vti & ascendentium & fratrum, singuli æqualem habeant portionem: nullum vsum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare: quoniam pro hac vsus portione hæreditatis ius, & secundùm proprietatem per præsentem dedimus legem.*

Sed, bona tantorum patrum venia, ratio dubitandi non erat magna, quia Iustinianus satis disertè vsumfructum patri aufert ex filiorum

portione, non autem matris, & causam adfert, quia scilicet vocatur ad successionem, ad quã aliâs non erat vocatus secundum antiquas leges. De matris autem portione nullum verbũ: cùm tamen loquatur etiam in eo casu, quo mater adest & succedit, vt patet ex verbis illis *vt & ascendentium* & fratrum, quæ significant non vnius patris, et plurium ascendentium successionem. Et ideo meritò subdit *nullum* vsum ex filiorum portione partem sibi vindicare. Item & de portione matris dicturus, si voluisset. Ergo non derogatur l. vlt. C. ad Tertyll. quatenus ex portione matris vsumfructum patri assignat, sed tantum quatenus ex portione fratrum. Atque ita sentio, & satis id mihi perspicuum videtur.

CAPVT VII.

An frater vtrinque coniunctus defuncti præferatur, an verò simul cum eo succedat?

Nigros iam diu meritissimo iure tulit calculos Iacobi Butrilij sententia in §. Si verò. in Nouella, de hæred. ab intesta. venien. existimantis fratrem vtrinque coniunctum auo præferendum esse in successione defuncti, eo argumento, quod frater vtrinque coniunctus vna cum patre ad successionem vocetur: Patet autem vti gradu proximior auum excludat. Etsi enim Chassanæus eam secutus fuerit sententiam in consuetudin. Burgundiæ, Rub. 7. §. 6. versic. Sed aduerte. cæteri tamen eam repudiarũt. Bartolus Castrensis Salycetus, Corneus in Auth. Defuncto. C. ad Tertyll. Couuar. de success. ab intestato. n. 5. Isti docent, simul auum & fratrem succedere, authoritate textus in dicta Nouella de hæredibus ab intestato venientibus. in illis verbis: *Si verò cum ascendentibus inueniuntur fratres, aut sorores ex vtrisque parentibus coniuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur.*

Proximus autem gradu is dicitur, quem nemo antecedit. l. Proximus. 92. ff. de verb. signif. Quare, si ex ascendentibus solus extet auus, cùm eo frater vtrinque coniunctus succedet, non autem eum excludet, quia auus erit tunc gradu proximus.

Ad argumentum respondetur, auum hoc in casu idem iuris habere, quod pater defuncti haberet. Est enim patre deficiente proximior, ideo a fratre excludi non potest, quemadmodum neque pater posset.

CAPVT VIII.

Vtrum fratres ex vno tantùm latere coniuncti succedant simul cum parentibus defuncti?

Respondet Chassanæus in cons. 9. & in cõsuetudin. Burgund. æ, Rub. 7. §. 6. vers. Dictum est hic, fratres vel sorores ex vno latere tantum iunctos succedere defuncto vna cum patre vel matre, authoritate motus l. vlt. C. ad Tertyll. vbi Iustinianus ita dicit: *Si quis, vel si qua matre superstite, & fratre, vel legitimo, vel solo cognationis iura habente intestatus vel intestata decesserit: non excludi a filij successione matrem, sed vna cum fratre mortui vel mortuæ, si superstites vel si ius, vel priuignus ipsius sit, ad eam peruenire ad similitudinem sororem mortui, vel mortuæ ita tamen vt siquidem sola sorores agnata, vel cognata, & mater defuncti, vel defunctæ supersint, pro veterum legum tenore dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant.*

Sed contrarium responderunt alij magis cõmuniter, vt videre licet ex Couuar. de success. ab intestato. nu. 5. Quibus Nouella Iustiniani adstipulatur de hæred. ab intestato. in illis verbis: *Si igitur defunctus descendentes quidem non relinquat hæredes, pater autem, aut mater, aut alij parentes eis supersint: omnibus ex latere cognatis hos præponi sancimus exceptis solis fratribus ex vtroque parente coniunctis defuncto sicut per sequentia declaratur.*

Hæc constitutio præponit parentes defuncti omnibus ex latere cognatis, exceptis solis fratribus vtrinque coniunctis, ergo eos præponit fratribus & sororibus, ex vno tantum latere coniunctis & cùm sit posterior, priori est meritò præferenda. Quare communem sententiam amplector repudiata Chassanæi opinione.

CAPVT IX.

Ad l. si infanti. C. de iure deliberandi. Controuersia.

Theodosius, &c. *Si infanti, id est, minori septem annis in potestate patris, vel aui, vel proaui constituto, vel constituta hæreditas sit derelicta, vel ab intestato delata à matre, vel linea, ex qua mater descendit, vel aliis quibuscunque personis: licebit parentibus eius sub quorum potestate est, adire eius nomine hæreditatem, vel bonorum possessionem petere: Sed si hoc parens neglexerit, & in memorata ætate infans decesserit, tunc parentem quidem superstitem omnia, ex quacunque successione ad eundem infantem deuoluta iure patrio, quasi iam infanti quæsita, capere, &c.*

Sed nunquid soli patri acquireretur hodierno iure, si matres, vel fratres, aut sorores extent vtrinque coniuncti? variatum sententiis est. Aiunt Ang. Salycet. Castrensis, & Alexan. eo in loco, quasi illud specialiter constitutum fuerit

fuerit in fauorem patris, vt indicare videntur illa verba: *Iure patrio, quasi iam infanti quæsita capere.* Negant Bartolus ad l. Ventre. ff. de acq. hæred. & ibidem etiam Aretinus, Iason in d. l. Si infanti. post n. 8. Decius in cons. 87. quibus & ipse subscribo. Nam si hæreditas fingitur iam infanti acquisita, sequitur, vt non ad solum patrem deferatur, sed & ad alios, qui vnà cũ eo vocãtur ad successionem, iuxta Nouellam de hæredibus ab intestato venient. Quod enim dicitur, illud specialiter in fauorem patris constitutum esse, locum habere potest, secundùm ius antiquum, quo pater iure patrio, & iure peculij omnia filiorum bona acquirebat, sed cùm iam in aduentitiis reb. eis succedat, vt hæres, iuxta Nouellam illam: De hæred. ab intest. veniẽt. non procul à principio. hinc efficitur, vt ius peculij, & patrium illud iam cesset, & locum habeat ius successionis & hæreditatis, quod cùm non solius patris sit, sed aliorũ quoque, qui cum patre vocantur ad hæreditatem, non soli patri conferendum sit sed etiam cęteris communicandum, quibus communis est hæreditas atque successio.

CAPVT X.

Nati ex coitu damnato & nefario, an sicut ascẽdentib. non succedunt, ita etiam excludantur ab intestati successione transuersalium?

NAtos ex nefario & damnato coitu ascendentibus non succedere certum est. §. vlt. in Auth. Quib. modis natur. effi. legitimi. & in §. vlt. quib. modis natur. effic. sui Sed controuersia est, an etiam excludantur à successione transuersalium, & contrà, transuersales ab eorum successione, siue ex eodem nati sint coitu, siue non, sed vnus saltem eorum scilicet, vel is, qui defunctus est, & de cuius successione agitur, vel is, qui debet succedere. Et quidem excludi etiam ab huiusmodi transuersalium successione responderunt Alexander in cons. 174. lib. 5. Decius in cons. 311. Ioan. de Anapia in cons. 95. & alij, quos refert & sequitur Cagnolus in l. Si qua illustris. C. ad Orficianum. num. 44 quibus adde Valentinum Forsterum de successionib. ab intestato. tit. de successionibus eorum, qui ex damnato coitu, & c. concl. 5.

Cæterùm nõ excludi responderũt Corneus Ioan. Petrucius Perusinus in d. l. Si qua illustris. Curtius iunior in cons. 123. & alij apud Afflictum decis. 96. alios citat Peregrinus de iure fisci, lib. 3. tit. 18. n. 45.

Fũdamentum prioris sententię est, quia nati ex tali coitu damnato, & punibili sunt odibiles, & nulla eis participanda clementia est, vt inquit Imperator in d. §. vlt. Nouella, Quib. modis natur. effic. legitimi. nec filij nominantur naturales, nec patri aut matri vllo modo coniungũtur, & ideo nec inter fratres aut cõsanguineos reputãdi sunt, siue persona patris, siue matris consideretur, sicut colligere licet ex d. Nouel. *Eos enim*, inquit textus, *qui semel ex odibilibus nobis, & propterea prohibitis nuptiis procedunt, neque naturales vocari, neque participanda eis vlla clementia est, sed sit supplicium etiam hoc patrum, vt agnoscant, quia neque quicquam peccatricis concupiscentia eorum habebunt filij.* Et rursus Nouella Quib. mod. natur. effic. sui. §. vlt. *Primum quidem*, inquit, *omnis, qui ex complexibus, non enim hoc vocamus nuptias, aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est à parentibus, neque habebit quoddam ad præsentem legem participium.*

Posterioris autem sententiæ argumenta hæc sunt. Primum ex l. Si Spurius ff. vnde cognati. Vlpianus: *Si spurius intestatò decesserit: iure consanguinitatis aut agnationis hæreditas eius ad nullum pertinet: quia consanguinitatis, itémque agnationis iura à patre oriuntur. Proximitatis verò nomine mater eius, aut frater eadem natus bonorum possessionem eius ex edicto petere potest.*

Secundum ex l. Hac parte. ff. eo. tit. ibi: *Item ipsi fratres inter se ex hac parte bonorum possessionem petere possunt, quia sunt inuicem sibi cognati.*

Tertium est, quia inter istos videtur esse quædam saltem naturalis cognatio. l. 4. §. Et cognationis. ff. de gradib

Quartum est, quia licet à parentum successione repellantur, nulla tamen est lex, quæ à successione fratrũ, & aliorum transuersalium eos excludat. Nec ratio legis contra eos locũ habere videtur, quia transuersales non peccarunt, sed parentes ex quibus tales procreati sunt filij.

Non obstat illud argumentum, quod sint exclusi à successione patrum, & nullam cùm eis habeant cõsanguinitatem, quia non inde efficitur eos non succedere aliis, & non esse aliis cõiunctos. Nam & aliâs coniunctus ex latere patris succedit, licèt pater nõ succedat. l. 2. §. Si sit consanguinea. ff. ad Orficianum. Rursus si pater reus sit perduellionis, filij non succedunt: & tamen nemo negabit eos inter se succedere, quia remanent agnati. Sic & nepos post mortem aui conceptus, auo nõ succedit. l. Titius. l. Item prætor. ff. de suis & legitim. & tamen nemo negabit, quin succedat filio aui.

Ego sanè iuris rationi magis consentaneam existimo priorem sententiam. Nã si tales nati ex coitu damnato & punibili nullum habeát

ius conſanguinitatis ſiue agnationis ex parte patris, & nullũ ius proximitatis ex parte matris, conſequens eſt, vt nec vllo ſint in gradu, per quem ſuccedere poſſint cæteris tranſuerſalibus: Sed verum eſt prius, verum igitur & poſterius.

Maior propoſitio probatur, quia Vlpianus de ſpuriis loquens ſic argumentatur, eos videlicet non poſſe iure cõſanguinitatis vel agnationis ad aliquem hæreditatem tranſmittere, quia ius cõſanguinitatis & agnationis à patre oritur, & ipſi patrem nominare non poſſunt, vnde ſi nec matrem nominare poſſent, ex qua iura proximitatis oriũtur, ſine dubio, nec iure proximitatis eis quempiam ſuccedere poſſe Vlpianus reſpondiſſet, eadem ratione. Minor autem probatur, quia tales nati ex nefario & damnato coitu, nec patrem nec matrem appellare poſſunt, quia nec ſunt digni filiorum naturalium nomine, nec parentibus ſuccedere poſſunt, ſed omni prorſus auxilio, & omni clementia deſtituti ſunt, vt patet ex Nouellis ſupra dictis. Igitur nõ habent iura conſanguinitatis ſeu agnationis, nec proximitatis. Et ideo rectè infertur, nec eos aliis ſuccedere tranſuerſalibus, nec tranſuerſales eis.

Nec difficile eſt ad argumenta reſpondere. Nam quod attinet ad l. Si ſpurius. & ad l. Hac parte. ff. vnde cognati. nihil obſtant, quia loquuntur de ſpuriis, qui non ſunt nati ex damnato coitu, ſed dicuntur vulgo quæſiti, iuxta l. Vulgo concepti. ff. de ſtatu homin. & §. Vulgo. in Inſtit. de ſucceſſion. cognator. Id patet, quia textus dictarũ legum ſupponit eos matri ſuccedere poſſe, quod in ſpuriis, qui nati ſunt ex damnato coitu, prohibitum eſt. Similiter & de vulgo quæſitis loquitur textus in l. 4. verſ. Et cognationis. ff. de gradibus.

Quod autem expreſsè non excludantur aliqua lege à ſucceſſione tráſuerſalium nil mouere debet, primò, quia Iuſtinianus eos indignos pronunciauit, & nomine filiorum naturalium, & omni clementia. Deinde, quia pater & mater ſunt fontes & origines, ex quib. iura conſanguinitatis, & proximitatis oriuntur: qui fons cùm eis deſit, nullum habent medium, ex quo gradum deducere cognationis valeant.

Et licet fratres, & alij tranſuerſales non peccauerint, tamen peccauerũt parentes, qui proinde ſunt digni hac pœna, vt filios omni iure ſanguinis deſtitutos eſſe intelligant, & quamuis nõ malè dicatur ex eo, quod filij à ſucceſſione parentum excludantur, non rectè inferri, quod etiã à mutua inter ſe ipſos ſucceſſione arceantur, tamen, quando filij à parentum ſucceſſione ideo excluduntur, quoniam iura prorſus eis deſunt cõſanguinitatis & cognationis, non malè infertur, eos etiam omni iure & gradu, ex quo ſucceſſio defertur, etiam inter ſeſe ſpoliatos & deſtitutos cenſeri.

CAPVT XI.

Titulus pro hærede in ſuis hæredibus, veluti ſunt filij in poteſtate, an proficiat ad vſucapionem?

SVi hæredes ideo appellantur, quia domeſtici hæredes ſunt, & viuo quoque patre quodam modo domini exiſtimantur, inquit Iuſtinianus in §. Sui. in Inſtit. de hæredum qualit. & differ. Domeſtici hæredes, id eſt, proprij, vt declarat Franciſcus Conanus lib. 10. cap. 5. n. 7. Quamobrem cùm ſint veri & proprij hæredes, cæteriſque fauorabiliores, vt notum eſt, non video rationem vllam, cur non, ſicut cæteri hęredes, titulo pro hærede vſucapiant. Proinde ſequor Viglium in §. Sui. in Inſtit. de hæredum qual. & diff. Forcatulum Dialogo 36. Cumanum in l. 2. §. Filium. ff. pro hærede. Fulgoſium in l. 1. C. eod. tit. Pinellum ad Rub. C. de bonis mater. in 2. part. poſt num. 38. docentes æquè ſuos atque alios hæredes titulo pro hærede poſſe vſucapere.

Contrarium docuerũt Accurſius, Bartolus, Paulus, Alexand. Alciatus, & alij antiquiores ac recentiores interpretes, quos refert & ſequitur Couuar. ad c. Poſſeſſor. in 2. parte. §. 5. de reg. iuris. lib. 6. & latius à Pinello commemorantur, quorum argumentis facilè reſponderi poteſt.

Primum eſt ex l. 2. §. Filium. ff. Pro hærede. *Filium quoque*, inquit Iulianus, *donatam rem à patre pro hærede negauit vſucapere. Seruius ſcilicet, quia exiſtimabat naturalem poſſeſſionem penes eum fuiſſe viuo patre, cui conſequens eſt, vt filius à patre hæres inſtitutus res hæreditarias à patre ſibi donatas pro parte cohæredum vſucapere non poſſit.*

Reſpondetur, vſucapionem ex titulo pro hærede meritò locum non habere in re donata filio, quia illam viuo patre poſſidet ex cauſa, ſiue titulo donationis. Licet enim donatio non valeat, tamen naturalem poſſeſſionem transfert, ſicut cùm vir vxori donat. l. 1. §. Si vir vxori. ff. de acq. poſſeſſ. Et ideo filius non poteſt rem donatam ex alia cauſa, nempe titulo pro hærede poſſidere. Nemo. n. cauſam ſibi mutare poſſeſſionis poteſt. l. 3. §. 1. ff. eo. l. 3. §. Illud. ff. de acq. poſſeſſ. Conſequẽter nec vſucapere poteſt pro hærede.

Et ſanè, vt Pinellus acutè animaduertit, ex hoc loco potius argumentum ſumi poteſt, filium regulariter poſſe vſucapere; quia ſi non poſſit vſucapere pro hærede, nulla erat ratio, cur quæreretur, an in ea ſpecie poſſet vſucapere, in qua illud obſtabat, quod nactus erat filius poſſeſſionẽ ex alia cauſa, quã pro hærede.

Secun-

Secundum argumentum est ex l. Nihil. C. pro hærede: *Nihil res hæredem posse vsucapi*, inquit textus, *suis hæredibus existentibus obtinuit*.

Respondetur, non hanc sententiam legis esse, suos hæredes vsucapere non posse. Neque enim verba hoc significant: Sed suis hæredibus existentibus, nullum alium posse vsucapere. Cuius rei ratio adferri potest ex l. In suis. ff. de lib. & posthum. vbi Paulus inquit: *In suis hæredibus continuationem dominij eo rem producere, vt nulla videatur hæreditas fuisse, quasi olim hi domini essent, &c.* Ex quo apparet in suos hæredes, & rerum dominium, & possessionem mortuo patre transfundi, & quamuis possessionem non apprehenderint, tamen eosdem intelligi possidere, vt si alius ex testamento forte quod vitiosum erat, hæreditatem adierit, vsucapere non possit, quia non possideat. Præcedit enim eius aditionem ea possessio, quam suis hæredibus lex tribuit.

Postremum argumentum est ex d. l. In suis. ff. de lib. & posthumis. Nam si filij patre mortuo dicuntur potius possessionem continuare, quàm hæreditatem acquirere, testimonio Pauli in d. l. ex hoc infertur, eosdem nec possessionem ex titulo pro hærede adipisci, nec ex eo titulo pro hærede (quem non habent) vsucapere posse.

Respondeo, filiis optimè, ac præ cæteris cõuenire titulum hæredis, quia sunt veri & proprij hæredes: & consequenter vsucapere titulo pro hærede posse, licet hoc amplius, quàm cæteri hæredes habeant, quod viuente patre quodammodo domini existimentur, & ideo videatur potius liberam bonorum administrationẽ mortuo patre consequi, quàm hæreditatẽ percipere. Sed non impedit hæc res titulum hæredis, & non facit, quominus filij hæredes dicantur. Erant quidem viuente patre existimatione quadam domini: Sed & mortuo patre verè sunt domini, verè sunt hæredes. Continuatio illa dominij ex legis interpretatione rei veritatem non immutat, atque adeò filijs, & titulum hæredis non aufert.

CAPVT XII.

Vtrum pater monachus effectus amittat vsumfructum, quem habet in bonis aduentitiis filij?

SI pater filium habens in potestate monachus efficiatur, vtrum vsumfructum bonorum filij aduentitiorum, siue maternorum amittat, an verò saltem, donec ipse viuit, monasterium habeat? pugnantes sunt doctorum sententiæ. Multi docuerũt vsumfructum manere debere apud monasterium, donec pater vixerit. Accursius in Auth. Idem est. C. de bonis quæ liberis. Baldus, Paulus Castrensis, & Corneus in commentariis dicti loci. Decius in c. In præsentia. n. 66. de probat. & alij, quos refert & sequitur Pinellus ad l. 1. C. de bonis maternis in 1. part. n. 49. Caualcanus de vsufr. pag. 421. n. 141.

Cæterùm alij etiam non pauci existimarunt vsumfructum ad monasterium non transire: sed statim professione secuta ad proprietatem redire. Ita olim docuit Martinus Silimanus, Salycetus in Auth. Idem est. C. de bonis, quæ liberis. & in Authen. Ingressi. q. 7. C. de Sacrosanct. eccles. & ibid. Iason col. vlt. Gynus, & Albericus in d. Auth. Idem est, C. de bonis quæ liberis. Hippolytus singulari 668. Couuar. in c. 2. n. 8. de Testam.

Alij denique dixerunt dimidiam vsusfructus partem apud monasterium manere debere: alteram verò dimidiam ad filium pertinere. Ita Bartolus, & Angelus in d. Auth. Idem est. Panormitanus in c. In præsentia. n. 57. de probat. Syluester Pierius in Summa, in verbo, Religio 6.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia si vsusfructus hoc in casu amitteretur, & ad proprietatem transiret, id eam ob causam cõtingeret, quia filius patria potestate solutus esset, quæ patria potestas est causa, vt patri acquiratur vsusfructus. Sed hæc causa non obstat, quia vsumfructum semel acquisitum pater retinet, licet patria potestas sit sublata: Ergo in casu proposito vsumfructum pater non amittit. Probatur assumptio ex l. vlt. C. ad Tertyll. & ex l. 3. C. de Vsufruct.

Secundæ opinionis fundamentum est, quia per ingressum religionis, & professionem tollitur patria potestas, quæ fons est, & origo acquisitionis vsusfructus patris. Nam cùm monachus ipse in potestate sit Abbatis, non potest alium in potestate habere, & mortuus dicitur mundo: consequenter non potest talia secularia munera obire & exercere, legitimusque administrator esse bonorum filij, actiones mouere, & excipere, bonaque administrare, vt paterfamilias debet filiorum, quos in potestate habet, sed orationi vacare debet, & in monasterio manere secundum regulas religionis.

Tertiæ autem opinionis illud est fundamentum, quoniam ita constitutum est in patre filium emancipante, vt dimidiam partem vsusfructus retineat ac lucretur. l. Cum oporteret. §. Cum autem C. de bonis, quæ liberis. Videtur autem pater monasterium ingrediens filium emancipare, quia seculo renunciat, seque & sua omnia offert, & dedicat Deo.

Ego puto vsumfructum extingui, & ad proprietatem redire, hoc nouo argumento. Nam certum est patrem ipsum monachum effe-

ctum vsumfructum, de quo agitur, non retinere, cùm nihil proprij iuris habeat: Ergo si apud monasterium manere debeat, iusta aliqua causa interueniat, necesse est. At nulla potest esse iusta causa. Nam si vlla esset causa, illa esset ex eo, quod pater monachus effectus sua omnia bona, & iura transferret in monasterium: Sed vsusfructus transferri non potest, quia extraneo cedi non potest, sed proprietatis domino tantum. §. Finitur. in Instit. de Vsufruct. Et licet ius percipiendorum fructuum vendi, locari, aut gratis concedi possit, vt in §. 1. in Institut. de Vsu & habitatione. tamen hoc non fit in præsenti specie. Nam cùm aliquis concedit alteri ius percipiendi fructus, retinet ipse sine dubio ius vtendi & fruendi, & quasi per alium videtur vti frui. Sed nullum ius apud monachū esse potest, quia, vt inquit Iustinianus in Auth. de Monachis. §. Si quis autem. *Ingredientem simul sequuntur omnino res, licet non expreßim qui introduxerat eas dixerit, & non erit dominus earum vlterius vllo modo.* Ergo non potest in monasterium ita transferri, consequenter extinguitur, & ad proprietatem reuertitur.

Ad argumentum contrariæ opinionis respondeo, leges, quæ adferuntur, loqui, quando patria potestas soluitur, morte filij: tunc enim pater vsumfructum nō amittit: sed nos loquimur cùm viuente filio, patria potestas soluta est: tunc enim, quia filius sui iuris effectus, pro patref. habetur, non videtur esse cōsonum rationi, vt rerum suarum vsufructu careat. Præsertim, quia, vt in sequenti capite ostēdemus, ipse filius statim patre monasterium ingresso, & religionem professo, ius habet legitimæ portionis consequendæ, perinde ac si naturaliter mortuus esset. Et quia filio emancipato certum est vsumfructum cessare, licet tunc in præmium emancipationis dimidia pars detur patri. l. Cum oportet. §. Cum autem. C. de bonis, quæ liberis.

Ad argumentum tertiæ opinionis respōdeo, illud habere locum, vbi pater filium emancipando liberat eum à potestate, tūc in præmiū factæ emancipationis consequitur, vt dictum est, dimidiam partem vsusfructus: Sed in proposita specie pater non habet filium emancipandi filium, sed religionem profitendi. Ex quia professione ius patriæ potestatis legis dispositione, non patris beneficio perimitur. Quare nullum inde præmium consequi debet, quia principalis intentio spectanda est.

CAPVT XIII.

Possitne filius patre monasterium ingresso, & religionem professo, adhuc viuente legitimam portionem petere?

Affirmant Corse:us in sing. in verbo, Legitima. num. 3. Ioan. Anan. in c. 2. de delictis puerorum. Baldus Nouel'us de dote, parte primā, in principio num. 3. Cosarúo c. 2. n. 7. de testam.

Negant Gloss. & Bart. in Auth. Si qua mulier. C. de sacrosanct. eccl. & ibid. Salycet. & Iason, Decius in c. In præsentia. num. 67. de probat. & ibid. Felyn. n. 56. Abbas in c. Cùm simus. de regul. Alex. ad l. Si cùm dotem. nū. 13. ff. sol. matr. Ascanius Clemens de patria potestate, c. vlt. n. 77.

Affirmantis fundamentum est in c. Cùm simus. de regularib. in illis verbis: *Et bona paterna, quæ ipsi ex succeßione proueniunt postulare.*

Huc accedat, quod dicitur in d. Auth. Si qua mulier. C. de sacrosanct. eccl. scilicet permissum esse patri religionem professo portiones legitimas filiis assignare. Id enim non permitteretur, si viuente patre portiones auferri monasterio non possent.

Negantis fundamentum est: quia filio legitima non debetur patre viuente. l. 1. §. Si impubere. ff. de collat. bonor. Nec contrarium est in præsenti specie cōstitutum: imò non posse legitimam peti viuēte patre, indicare videtur text. in d. Auth. Si qua mulier. illis verbis: *Sed si post ingressum monasterij moriatur, antè, quàm inter eos diuidat: filij legitimam percipient: reliqua substantia monasterio competente.* Et ad text. in d. c. Cùm simus. respondent, illa verba accipienda esse de successione per mortem patris.

Ego priorem sententiam veriorē puto trib. argumentis. Primum est §. Si quis autem. vers. Si verò filios. in Auth. de Monachis, vbi Iustinianus ita dicit. *Si verò filios habuerit: siquidem contigerit eum res aliquas donasse eis, aut per antenuptialem donationem, aut per dotis ex:actionem contulisse & fuerint hæc quartam ab intestato eius substantiæ: nullum in reliquis habeat participium filij. Sin autem nihil eis donauerit, aut minus quarta, postquam abrenuncians conuersatus fuerit inter monachos: nihilominus quarta debeatur filiis, aut supplementum, si contigit iam eos aliquid accepisse; aut etiam quatenus totum eis detur.*

Hoc in loco Iustinianus indicat legitimam filiis deberi, aut eius supplemētum, postquam pater monachus effectus, renuncians seculo professionem fecit. indicat inquam statim deberi, non expectata morte patris, ibi *nihilominus quarta debeatur filiis, &c.*

Secundum argumentum, quia omnia bona monasterio acquiruntur, vt patet ex Nouella supradicta: Ergo monasteriū tenetur filiis suā portionē statim assignare, ex qua se alere possint, aut lege cauēdum erat monasteriū teneri ad sup-

ad ſuppeditanda filiis alimenta, quod factum non eſt, nec iuris rationi conuenit: quia poſſet fieri, vt legitima portio, vel non ſufficeret ad alimenta, vel vt inde onus ſentiret monaſterium maius, quàm ſi legitimam portionem filio aſſignaret.

Tertium argumentum: quia patris monachi effecti & profeſſi nulla poteſt eſſe ſucceſſio, quia nihil habet. Nam omnia bona tranſtulit ad monaſterium. Authen. Ingreſſi. C. de ſacroſanct. eccl. Ergo fruſtrà expectari debet mors eius, vt filij in portionem legitimam ſuccedāt.

Ex his reſponſio patet ad contrariæ ſententiæ argumentum, quia licet regulariter filius non poſſit legitimā petere viuente patre: ſumma tamen æquitate & ratione videtur excipiendus caſus iſte, ne vel filius legitimo bonorum ſubſidio careat, vel monaſterium onus habeat alendi. & quod attinet ad text. in d. Auth. Si qua mulier. nihil obſtat: quia non dicit, filium petere non poſſe legitimam viuente patre monacho: ſed dicit, ſi non fuerit ante patris mortem aſſignata, patre mortuo aſſignandam eſſe. Interim non negat textus peti poſſe. Quod autem peti poſſit, & debeatur etiam patre viuente, ſatis luculenter colligi poteſt, ex argumentis ſupradictis.

CAPVT XLV.

Teſtamentum factum ante ingreſſum religionis, an per ingreſſum reuocetur, ſecuta ſcilicet profeſſione?

Teſtamentum antea conditum rumpi ex eo, quod teſtator poſtea fecerit religionem profeſſus, authores ſunt multi. Accurſius in Authen. Si qua mulier. C. de ſacroſanct. eccl. Federicus Senenſis in conſ. 65. Iaſon in d. Auth. Si qua mulier. n. 17. 18. & quidam alij. Fundamentum verò eſt, quia monaſteriū ſit habendum loco filij. Et ideo ſicut agnatione poſthumi rumpitur teſtamentum, ſi preteritus ſit, ita & monaſterij præteritione rumpi. Quod ſanè fundamentum ideo firmum non eſt quia iure non probatur monaſterium eſſe in locū filij. Etſi enim à multis id dicatur, à nullo tamē probatur: Et quæ adfertur Authen. Niſi rogati. C. ad Trebellianum. non hoc dicit, vt ex eius verbis, & ex Nouella vnde ſumitur, facilè eſt intelligere.

Alij dixerunt, teſtamentum rumpi, etiam ſi legitima portio monaſterio fuerit relicta, propterea, quòd teſtator videatur eſſe ex profeſſione capite diminutus, quaſi religionis profeſſio ſit capitis diminutio. Ita Salycetus & Fulgoſius in Auth. Si qua mulier. C. de ſacroſanct. eccl. Romanus in conſ. 287.

Sed non probatur iure, hanc eſſe capitis diminutionem. Non obſtat, quod de arrogatione adfertur, per quam teſtamētum rumpitur. l. Conficiuntur. §. Si poſt. ff. de iure Cod. §. Alio autē modo & §. ſeq. in Inſt. Quib. mod. teſta. infirm. quia hæc arrogatio non eſt. Quod enim dicitur, ſicut per arrogationem, ita & per iſtā profeſſionem bona tranſferri in alienam familiā, & poteſtatem: & libertatē amitti, quia monachus tranſit in poteſtatem Abbatis, parum iuuat hanc ſententiam, quia Monachus obedientiam reſpondet, non autem ſeruus efficitur, & ante ingreſſum monaſterij de rebus ſuis diſponere poteſt: *Ingredientē namque ſimul ſequuntur omnino res, & non erit vlterius earum dominus*, inquit textus in §. Illud. Nouella de Monachis. Et ideo, ſi res ſuas aliter diſpoſuerit teſtando, nō tranſeunt ad monaſterium: ſed ad illos, quibus relictæ ſunt. Auth. Nunc autem. C. de Epiſcop. & Cleric. ibi: *Si prius teſtatus non ſit*.

Et quamuis, vt teſtamentum valeat, neceſſe ſit teſtatorem habuiſſe factionem teſtamenti, & cùm illud fecit, & cùm mortuus eſt. l. 1. §. Exigit. ff. de bonor. poſſeſſ. ſecundum tab. non tamen ideo teſtamentum, quo de agitur, infirmari poteſt, quaſi mortis tempore factionem teſtator non habuerit, quia lex poteſtatem faciens teſtamenti ante ingreſſum religionis faciendi, in conſequentiam illud valere præcipit, licet poſtea mortis tempore factionem teſtator non habuerit.

Denique Romanus ſic argumentatur: Non rumpitur teſtamentum, quādo monachus inter liberos teſtatur. Auth. Si qua mulier. C. de ſacroſanct. eccleſ. Ergo rumpi debet, quando inter extraneos teſtatur. Nego conſequentiā. Verba enim textus hæc ſunt: *Sed ſi perſona liberos habens antequam de rebus ſuis inter eos diſponat, monaſterium intret, liceat ei poſtea inter eos diuidere legitima non diminuta*. Nō licet a contrario ſic argumentari, quia antequā monaſterium quis intret licentiam habet teſtandi, vt in d. §. Illud. Nouellæ de Monach. Auth. Nunc autem. C. de Epiſcop. & Cleric.

At Romanus id negat, exiſtimans textum in §. Illud. Nouella de Monachis. nō accipi de Teſtamento. Ait enim textus: *Antequam monaſterium ingrediatur, licentiam habere ſuis, quomodo voluerit, vti*: non dicit *teſtari de rebus ſuis*, ſed *vti*, quod verbum potius pertinet ad contractum, & ad diſpoſitionem inter viuos, quàm ad vltimam voluntatem.

Sed fallitur Romanus ex lapſu memoriæ. Extat enim alia conſtitutio, nēpe Nouella 76. ſub titulo, Hæc cōſtitutio interpretatur priorem conſtitutionem de his, qui ingrediuntur monaſterium. vbi Imperator declarans priorem illam conſtitutionem de Monachis. quæ ex Nouella 5. oſtendit teſtamētum fieri poſſe ante ingreſsū religionis ex d. Nouel. 5. Sic dicens: *Et quoniā noſtra pietatis lex vult eos qui ſe*

monaſteriis dederint, ſeu viros ſeu mulieres, ante quam ingrediantur monaſterium, eo quo voluerint modo, quæ ſua ſunt diſponere, &c. Hæc. n. verba, *eo quo voluerint modo, quæ ſua ſunt diſponere*, ſignificant proculdubio diſpoſitionem tam inter viuos, quam in vltima voluntate: quia oratio eſt vniuerſalis, vt patet.

Non igitur hæc ſententia rectè probatur, quæ monachiſmũ docet eſſe capitis diminutionem, aduerſus quam Cuiacius præclarè in expoſitione d. Nouellæ 5. *Hurognitu tractemus*, inquit *an verum ſit, quod Accurſius notat monachiſmum eſſe capitis minutionem. Equidem puto non eſſe: quia nec ciuitatem, nec libertatem, nec familiam adimit. Nõ omnis ſtatus mutatio, capitis minutio eſt: manumiſſio non eſt capitis minutio: Senatu motio non eſt capitis minutio: monachiſmus non eſt capitis minutio: nam & ius legitimarum hæreditatum monachi habent. l. vlt. §. Hoc etiam. C. de Epiſcop. & Cler. & ante hanc Nouellam habuerunt bona propria, & teſtamenti factionem. l. Generali. C. de ſacroſanct. Eccleſ. quaſi ciues, & irritum teſtamentum non fit monachiſmo, quod tamen conſtat irritum fieri capitis minutione etiam minima. Idque hac Nouella probat & 76. &c.* Hactenus ille.

Alij igitur diſtinctionem adhibendam cenſuerunt, vt ſi teſtator eo tempore, quo teſtamentum fecit, religionem ingredi cogitabat, minimè rumpatur teſtamentum. Cæterum, ſi non cogitabat, quaſi ex noua quadam voluntate rumpatur. Argum. l. Sancimus. C. de Teſtam. Ita Bartolus in d. Auth. Si qua mulier. n. 7. C. de ſacroſanct. Eccleſ. Decius in c. In præſentia. n. 61. de probatio. & eo loci Imola col. vltim. Clarus §. Teſtamentum. quæſt. 28. ver. Sed retenta.

Sed certè ad huius ſententiæ confirmationem nihil pertinet tex. in d. l. Sancimus. C. de Teſta. & nulla iuris ratio ei ſuffragari videtur.

Couuar. in 2. poſt n. 5. de Teſtam. poſt Antonium Butrium, quem refert in c. In præſentia. de teſtibus. Bartoli ſuprà dictam diſtinctionẽ amplectitur ad effectum, vt teſtamentum factum ab eo, qui religionis profeſſionem minimè cogitauerat, profeſſione ſecuta rumpatur ſolum, quo ad legitimam portionem monaſterio competentem.

Sed huic ſententiæ duo obſtant: Vnum eſt, quod Iuſtinianus licentiam concedit, vt ante religionis ingreſſum, aliquis diſponat res ſuas quocunque voluerit modo, & conſequenter poteſt etiam monaſterium præterire. Alterũ, quod iã concluſum eſt, iure nõ probari, quod monaſterium ſit loco filij: Et tũc ei portio legitima relinquenda ſit, quando iam ingreſſus monaſterium vniuerſas res ſuas inter filios diſtribuit: Debet enim eo caſu ſua perſona filiis connumerata, partem ſibi retinere, quæ monaſterio competere debet, vt inquit text. in d. Auth. Si qua mulier. C. de ſacroſanct. Eccleſ.

Poſtrema igitur ſententia eſt, quæ mihi veriſſima videtur, teſtamentum ante religionis ingreſſum conditum nequaquam ingreſſu & religionis profeſſione rumpi nulla diſtinctione adhibita, vtrùm de religione teſtator cogitauerit, vel non cogitauerit. Ita Franciſcus Aret. ad l. 1. n. 4 5. ff. de Teſtam. Panorm. in c. In præſentia. n. 52. & Felyn. ibid. n. 54. de probat. Et in hac ſententia maluiſſem perſiſtere Couuar. in d. c. de Teſtam. dum dixit ſe malle Abbatis & Aretini concluſionem defendere. Nã fundamentum eſt firmiſſimum huius ſententiæ in lege Iuſtiniani permittente bonorum diſpoſitionem, quocunq; modo ante ingreſſũ religionis, vt in d. Nouella 5. de Monachis. §. Illud. & in Nouella 76. Hæc conſtitutio, &c. Si enim licentia data eſt teſtandi ante ingreſſum iuſta eſt interpretatio teſtamentum valere, & nequaquam rumpi propter ingreſſum. Eſſet enim ridiculum dare hãc teſtandi poteſtatem ingreſſuro religionem, diſponendi, & eo iam ingreſſo teſtamentum infirmare. Nulla ſanè eſt ratio illud infirmandi, quia ante ingreſſum dominus eſt, qui teſtatur, bonorum ſuorum: quia teſtandi licentiam habet: Non per ingreſſum capite minuitur. Non per ingreſſum dominium amittit ſuum antea teſtatus eſt: ideò dixit textus, cum *non videtur dominum* futurum, id eſt, dominum eſſe, ac diſponere poſſe ante ingreſſum quocunque vult modo: non autem poſtea. Et magis clarè Ianus in Auth. Nunc autem. C. de Epiſcop. & Cleric. *Nunc autem* (inquit) *cum monachus factus eſt hæc ipſo res ſuas omnes obtuliſſe monaſterio videtur ſi prius teſtatus non ſit.*

CAPVT XV.

Teſtamentum factum ante profeſſionem, poſſitne monachus poſt factam profeſſionem reuocare?

TEſtamentum ante profeſſionem factum à monacho mutari & reuocari poſſe poſt factam profeſſionem reſpondit Bartolus in Auth. Si qua mulier. n. 14. C. de ſacroſanct. Ecc. Aretinus in l. 1. nu. 5. verſ. Circa articulum ſecundum. ff. de Teſtam. Antonius Butrius in conſ. 79. & in c. In præſentia. nu. 34. de probat. Guilhelmus Benedictus in c. Raiuncius. verſ. Mortuo itaque teſtatore in primo, n. 300.

Sed contrarium reſponderunt Decius in c. In præſentia. n. 68. de probat. & ibidem Auguſtinus Berous n. 557. & alij quos refert & ſequitur Couuar. in c. 2. n. 9. de Teſtam.

Alij dixerunt, teſtamentum poſt factā profeſſionem mutari poſſe in fauorem Eccleſiæ inter liberos & Eccleſiam diuidendo hæreditatem. Ita poſt Baldum, Fulgoſ. Ro. Caſt. & alios docet Iaſon in d. Auth. Si qua mulier. n. 33.

Prioris ſententiæ fundamentum poteſt in l. Sed ſi mors. §. 1. ff. de donat. inter vir. & vxor. ibid. *Humanum eſſe donationem cauſa mortis, quæ ab initio facta eſt, tali exitio ſubſecuto confirmari, tanquam ſi mortuo marito rata habeatur, vita tamen, vt non adimatur licentia marito eam reuocare, &c.* Idem habetur in l. Res vxoris C. eod. tit.

Adiit Aretinus hoc argumentum, quia ſcilicet ratiō, cur Monachus teſtari non poſſit poſt factam profeſſionem, illa ſit, quod non ſit dominus rerum, vt in §. Illud. in Authen. de Monachis. ſed hæc ratio non habet locū tempore mortis monachi, quia ſi tunc rerum dominus non eſſet, nec hæredem habere poſſet ex teſtamento antea condito: quia dominium rerum ipſo iure tranſit a defuncto in hæredem. l. Cum hæredes. ff. de acq. poſſeſſ. Cum igitur hæredem habeat, videtur eſſe dominus rerum mortis tempore, & conſequenter teſtamentum antea factum reuocare poteſt.

Ad extremum affert Io. Andr. doctrinam in c. Nō poteſt. de præben. lib. 6 quoties aliquis ex priuilegio redditur habilis ad faciendum teſtamentum, in conſequentiam eidem permiſſum videri, teſtamentum reuocare.

Fundamentum verō ſententiæ negātis poſſe teſtamentum reuocari illud eſt, quia profeſſione facta non licet amplius teſtari. ca. Quia ingredientibus. 19. q. 3. in Auth. de Monachis. §. Illud. Ergo nec reuocare licet teſtamentum quia reuocari non poteſt, niſi per aliud teſtamentum. §. Ex eo. in Inſtit. Quib. mod. teſtam. infir.

Huc accedat ratio. Nam facta profeſſione monachi non ſunt vlterius rerum ſuarum domini, vt in d. §. Illud. & in Authen. Ingreſſi. C. de ſacroſanct. Eccl. Ergo nec de illis poterunt aliquo modo diſponere.

Tertiæ opinionis fundamentum eſt in d. Authen. Si qua mulier. C. de ſacroſanct. Eccl. vbi dicitur poſt ingreſſum monacho permiſſum eſſe, vt inter liberos teſtetur, ibi: *Liceat ei poſtea inter eos diuidere.* Et infra: *Sua perſona pluis connumerata partem ſibi retineat, quæ monaſterio competere debet.* Si enim licet ei teſtari, ergo multō magis teſtamentum reuocare.

Ego ſententiam, quæ negat reuocari poſſe teſtamentum veriorem eſſe exiſtimo, & pro eius confirmatione perpendo verba Iuſtiniani in Nouella. Hæc conſtitutio interpretatur priorem conſtitutionem, &c. *Et quoniam*, inquit, *noſtra pietatis lex vult, eos, qui ſe monaſteriis dediderint, ſeu viros ſeu mulieres antequam ingrediuntur monaſterium, eo quo voluerint modo quæ ſua ſunt diſponere: nec poſſe, poſt quam ingrediuntur monaſterium, vlterius agere quicquam de propriis, vtpote dominos rerum non exiſtentes vlterius eo, quod nos ſanximus eiuſmodi viros & mulieres, cum corpore & anima ipſo ingreſſu ad monaſterium dedicare ſe ſuaſque ſubſtantias, &c.*

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia, quia maritus deportatus reſtitui poteſt, & ſic reſtitutus donationem mortis cauſa factā reuocare. Sed monachus effectus nō poteſt factā profeſſione reſtitui ad priſtinum ſtatum, vt ſic res ſuas recuperet, quæ iam monaſterio ſūt acquiſitæ: tenetur enim eas relinquere monaſterio, vt in c. Statutum. 18 q. 1.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, negando, monachum mortis tempore dominū eſſe: omnes enim ſubſtantias tranſtulit in monaſterium. Quod ſi dicatur hoc verum eſſe, ſi prius monachus teſtatus nō ſit, vt inquit textus in Auth. Nunc autē. C. de ſacroſanct. Eccl. reſpōdeo ſi monachus prius teſtat⁹ ſit, in monaſterium bona non tranſire, quātum ad hoc, vt iis perſonis auferantur, quibus in teſtamēto relicta ſunt: Nam auferri non poſſunt, ſed bona apud monaſterium manere debent, donec vixerit monachus, & poſt eius mortē debentur hæredibus inſtitutis: ſed non inde ſequitur, ipſum monachum adhuc dominū eſſe bonorum, & ius teſtandi, ac de illis diſponēdi habere. Nam omne ius diſponēdi admiſit profeſſione facta, ſalua diſpoſitione antea facta.

Non obſtat, quod dicitur, ſi non ſit dominus mortis tempore, dominium in hæredem tranſire non poſſe: quia licet dominus non ſit, lex tamen conſeruat ius hæredib. inſtitutis, quaſi monachus tunc mortuus naturaliter fuerit, cum teſtamentum condidit. Non enim vult lex, vt per ingreſſum, & profeſſionem fiat præiudicium illis, quibus bona relicta ſunt.

Quod verō dicebat Aretinus ex Io. Andrea locum habere poteſt, quando impedimentum medij temporis non obſtat. Poteſt enim eis, qui priuilegium teſtandi habuit, teſtamentum reuocare, niſi medio tempore, ſcilicet poſt conditum teſtamentum, impeditus fuerit, puta religionis ingreſſu & profeſſione, quę omnem de rebus propriis diſponendi facultatem admit.

Fundamentum denique ſententiæ vltimæ non eſt ſatis firmum: quia textus in Auth. Si qua mulier non dicit, teſtamentum antea factum reuocari poſſe in fauorem Eccleſiæ, & liberorum, ſed dicit, licere monaſteriū ingreſſo inter liberos bona diuidere, ſi antea nō diſpoſuerit: *Sed ſi perſona*, inquit, *liberos habens,*

Antequam de rebus ſuis inter eos diſponat, monaſterium intret, liceat ei poſtea inter eos diuidere, &c. Ratio eſt, quia non potuit pater iis vnquã præiudicare, quoad legitimam debitam.

CAPVT XVI.

Vtrum hæreditas delata monacho immediatè monaſterio deferatur, vt eam adire valeat abſque facto monachi, an verò ex perſona ipſius monachi, vt proinde neceſſaria ſit eius aditio?

IN hac iuris quæſtione in contrarias ſententias abierunt Canoniſtæ & Legiſtæ, vt videre licet ex commentariis Doctorum in ca. In præſentia. de probat. in l. 1. ff. de vulg. Socino in conſil. 52. li. 4. Claro in §. Teſtamentũ queſt. 30. Nam Canoniſtæ docuerunt, hæreditatem immediatè deferri monaſterio; Legiſtæ contrà immediatè monacho deferri. Negant illi, aiunt iſti, neceſſariam eſſe monachi aditionẽ. Nituntur illi hoc argumento, quod nulla ſit amplius penes monachum volantas ac poteſtas, ſed penes Monaſteriũ & Prælatos. c. Nolo. c. Non dicatis. 12. quæſt. 1. c. Si religioſus. de Elect. lib. 1. Nullum rerum dominium, nulla adminiſtratio. §. Illud. Nouella de Monachis. Quòd nõ ſibi, ſed monaſterio acquirat hæreditatem. ca. Statutum. 18. q. 1. Quod nulla ... habeatur perſonæ eius, ſed monaſt...rij, cuius etiam contemplatione in dubio ... præſumi debet. ca. Requiſiuiſti de Teſta. Nituntur iſti eo argumento, quod ſequitur ex l. Deo nobis. §. 1 C. de E... & Cle... *Omnem parentum ſub... ab inteſtato competit ſecundum leges ... defendant, nullo eis impedimento ex ... niali conuerſatione generãdo, &c.* Et quoniam, ſiue monachus ſeruo comparetur, ſiue filio in poteſtate exiſtenti, dicendum videtur, neceſſariam eſſe eius aditionem. Nam quod attinet ad ſeruum, neceſſariam eſſe eius aditionẽ, patet ex l. 3. C. de hæred. inſtit. Et olim filiusfam. non poterat abſque iuſſu parentis adire, vel repudiare, & ei acquirebat, & tamen iuſſu patris præcedente neceſſe erat, vt ipſe filius adiret. l. Placet. l. Is qui hæres. §. vlt. l. Qui in aliena. §. Iuſſum. ff. de adq. poſſeſſ. licet nouo iure Iuſtinianus ſtatuerit patrem adire poſſe etiã filio inuito, & contrà filium inuito patre, l. vlt. C. de bonis, quæ lib. Vnde & monachus dicitur acquirere monaſterio. ca. Statutum. 18. q. 1. Nec obſtat, quod dicitur, in monaſterium omnes res transferri, quia transferri non poteſt ius adeundi, quippe quod in bonis noſtris non eſt. l. Precia rerum ff. ad leg. Falcid.

Ego video hanc quæſtionẽ neutro iure deciſam eſſe, vtriuſq; autẽ iuris ratione perperã rectè decidi poſſe. Nam iure Ciuili certum eſt hæreditatem eſſe adeundam ab eo, cui delata eſt, vt ei acquiratur. Nam ſi repudietur, nõ acquiritur, l. 1. & 2. C. de repud. hæred. Item eodem iure certum eſt, hæreditatem deferri monacho ſanctimoniali profeſſione non obſtante. l. Deo nobis §. 1. C. de Epiſcop. & Cleric. nec contrariũ iure Canonico ſtatutũ eſt. Ergo neceſſaria eſt aditio monachi, ſed quia ille nil poteſt facere ſine conſenſu ſuperioris, c. Si religioſus. de elect. li. 6. neceſſarius erit ſuperioris cõſenſus, ac proinde, ſi defuerit, nec monacho, nec monaſterio hæreditas acquiri poterit. Nõ rectè monachus ſeruo, vel filiofam. cõparatur: nec. n. libertatẽ amittit, aut patrẽ nactus eſt, ſed ſuperiorem, ac prælatum. Non rectè etiam illud adfertur, quod dominium rerum ſuarum monachus amittat, quia id nemo negat, neque enim ſibi acquiri hæreditatem ex aditione, ſed monaſterio. Et quod dicitur, monachum non habere, *nec velle, nec nolle ſed ex illius, quem vice Dei ſupra caput ſuum poſuit, & cuius imperio ſe ſubiecit, voluntate pendere*, in c. Si religioſus de Elect. li. 6. hoc argumentum præſtat, monachum adire hæreditatem non poſſe, niſi cum conſenſu ſui ſuperioris.

Ex his patet, ſententiam Legiſtarum vtriuſque iuris rationibus ſatis conſentaneã videri.

CAPVT XVII.

Quid ſi monachus cui delata eſt hæreditas, adire nolit, an poſſit eo inuito monaſterium adire?

CVm Monachus nec ... habeat, nec nolle, ſed ex imperio ſui Superioris, ac Prælati dependeat, vt inquit textus, in ca. Si religioſus. de Elect. li. 6 raro poterit accidere, vt Prælato ſuo reluctetur iubenti eum hæreditatem adire, ſi tamen caſus acciderit, non dubito, quin vera ſit Bartoli ſententia in l. 1. nu. 21. ff. de vulg. docentis Prælatum ſiue Monaſterium eo inuito adire poſſe, non quidem ex comparatione, quã ipſe vtitur monachi & filij familias: ea enim nec ſatis probatur, nec perpetua eſſe poteſt, ſed ex iuris ratione, quæ ſumi poteſt ex eo, quod de filiofam. adire recuſante cõſtitutũ eſt, nẽpe vt pater adire nihilominus, & ſibi acquirere poſſit hæreditatem, l. vlt. C. de bonis, quæ lib. Id enim eã ob cauſam conſtitutum fuiſſe videri poteſt, quod iniquũ authori noſtro viſum eſt, factum filij, qui ſubiectus eſt patri, iuribus patris præiudicare, ac emolumenti acquiſitionem ei impedire, cum tamen ea ratio iniri poſſit, vt patre ad eũte nullum ipſe filius præiudicium, ac damnũ ſentiat. Hæc ſuggerit æquitas, etiamſi iure deficiamur, vt quod mihi non nocet, & tibi prodeſſe-

deſſe poteſt, facilè permittatur. l. 2. §. Item Varus. ff. de aqua plu. arcend. Hæc ratio locum ſibi vindicat in præſenti ſpecie; quia Monachus Prælato ſuo ſubiectus eſt: ideo nõ debet impedire ſua recuſatione monaſterij emolumentum, & commodum, cùm ipſe Monachus nullum damnũ eam ob cauſam paſſurus ſit, quia monaſterium ſine dubio tenebitur creditoribus & legatariis, ſicut paterfamilias tenetur eo in caſu, quo filius recuſat adire. Hinc fundamentum contrariæ ſententiæ corruit, quam ſecuti ſunt Angelus, Fulgoſius, Aretinus, & alij, quos commemorat Socinus in d. l. 1. ff. de vulg. nu. 22. verſ. Circa ſecundum. de qua latè diſſerit Ripa ibidem, n. 150. & ſeq. Nã in eo eſt poſitum, quod non poſſet Monachus filiofam. æquiparari, ſed potius ſeruo, & quod ſi filiof. comparandus ſit, ea comparatio locum habere debeat, cùm agitur de bonis profectitiis, hoc eſt, filio contemplatione patris relictis, vel donatis: tunc. n. locum non habet d. l. vlt. C. de bonis, quæ lib. Iſtud, inquam, fundamentum ideo corruit, quia ſentẽtia, quam defendimus, non ea nititur comparatione filijfam. ſed iuris ratione, qua nititur conſtitutio de filiofam. adire hæreditatem recuſante, vt dictum eſt. Quanquam nec mihi diſplicet argumentum, quo vſus eſt Ripa loco annotato, quod videlicet Monachus ſit pars monaſterij, ſuamq; voluntatem in monaſteriũ tranſtulerit. Et ideo, ſi monaſterium eo recuſante adierit, videri nihilominus ipſum Monachum adiuiſſe, ratione habita maioris partis, & communis conſilij, ac voluntatis Monachorum. Maneat igitur ſententia, quæ religioni fauet. l. Sunt perſonæ. ff. de relig. & ſumpt. funer.

CAPVT XVIII.

Quid ſi monachus deceſſerit ante aditam hæreditatem, an monaſterium poſſit illam adire?

RVrſus cõtrouerſia eſt inter Canoniſtas & Legiſtas in eadem facti ſpecie, ſi proponatur monachũ ante aditam hæreditatem deceſſiſſe, poſſitne monaſterium eam adire, & ſibi acquirere? Nam Canoniſtæ affirmant. Legiſtę verò negant, vt videre licet ex Bartolo in l. 1. ff. de vulg. n. 24. Socino ibidem n. 25. circa tertium. Ripa n. 154. & aliis ibid. interpretib. Item ex Panor. Felyno, Pariſio & aliis, in c. In præſentia. de probat. Couuar. in c. 1. de teſtam. n. 21.

Fundamentum legiſtarum eſt, quia aut monachus æquiparatur ſeruo, aut filiofamil. Si ſeruo, non poterit monaſterium adire eo defuncto, quia nec dominus poteſt ſeruo mortuo adire, l. 3. C. de hæred. inſtit. Si filiofam. Idẽ reſpondendum, quia nec parenti licet hæreditatem adire filio mortuo, niſi infans exiſtat, iuxta l. Si infanti. C. de iure delib.

Fundamẽtum Canoniſtarum eſt, quia monaſterium poteſt hæreditatẽ rectè adire abſq; perſona monachi, quia monachi nulla ratio habetur, cùm omnem ſuam voluntatem & poteſtatem in monaſterium tranſtulerit.

Ego ad propoſitam quæſtionem ita reſpondendum puto: Aut monachus ignorauit ſibi delatam fuiſſe hæreditatem, aut verò ſciuit. Si ignorauit, tunc nihil monaſterio exiſtimo nocere, quod viuente monacho adita non fuerit. Nam licet ex l. Quoniam ſororem. C. de iure delib. certum ſit, hoc in caſu hæreditatem non aditam ab eo, cui eſt delata, non tranſmitti ad hæredem, tamen non agitur hîc de tranſmiſſione. Neque. n. monaſterium petit hæreditatem, tanquam ad ſe tranſmiſſam ex perſona monachi defuncti, ſed eam petit, tanquam ſibi acquiſitam monacho viuente. Omnia. n. iura monachi acquiruntur monaſterio, vt dictum eſt in præcedentibus, & conſequenter etiam hæreditas delata monacho: Et ideo monaſterium non poteſt excludi ita actione petitionis hæreditatis, niſi ſpatio temporis longiſſimi. l. Licet. C. de iure delib. Si verò monachus ſciuit ſibi fuiſſe delatam hæreditatem, & ante aditionem anno nondum elapſo deceſſerit, tunc monaſterio annale tempus puto cõcedendum, iuxta l. Cum antiquiorib. C. de iure deliber. intra quod hæreditatem adire poſſit. Quod ſi illud tempus viuente monacho elapſum fuerit & ſciente delatam eſſe hæreditatem, tunc ſi nihil factum ſit, ex quo adeundam hæreditatem manifeſtauerit, monaſterium excludendum cenſeo, ſaluo tamen ipſi monaſterio reſtitutionis in integrum auxilio, iuxta c. 1. de reſtit. in integ. Intra quadriennium, iuxta c. 1. de in integrum reſtit. lib. 6.

CAPVT XIX.

Si intra annum profeſſionis monachus decedat, nullo condito teſtamento, ad quem pertineant eius bona an ad monaſterium, an verò ad hæredes, qui ſunt proximiores?

MOnaſterium ingreſſus ante factam profeſſionem moritur inteſtatus, cõtrouerſia eſt, an bona eius ad legitimos hæredes, qui ſunt ab inteſtato proximiores, pertineant, an verò ad monaſterium. Abbas Panormitan. in c. In præſentia. de prob. dixit ad monaſterium pertinere, ſi monachus expreſsè bona obtulit, ac dedicauit monaſterio. Cæterùm, ſi non dedicauit, ad legitimos hæredes pertinere. Fundamentum eſt, quando bona dedicauit, in c. In præſentia. de probat. in illis verbis: *Quare cùm conſtet, quod idem M. bis monaſterio veſtro obtulerit ſe, & ſua, nec ex aduerſo probetur, &c.* Idem ferè probatur in c. vltim. de ſucceſſ.

ab intest. Quando verò bona nõ obtulit, fundamentum est, quia monachus religiosus cũ effectu censeri non debet, antequam professus religionem fuerit tacitè vel expressè. c. Religioso. de sentent. excomm. lib. 6. Ergo nulla est ratio, cur bona pertinere debeant ad monasterium, & non potius ad legitimos hæredes. Idẽ docuit Imolensis in d. c. in præsentia. nu. 24. & Iason in Auth. Si qua mulier. ad finem. C. de sacrosanct. Eccl.

Contrarium docet post multos alios, quos commemorat Decius in d. c. In præsentia. n. 73. existimans absolutè bona defuncti monachi ad monasterium pertinere, quia per ingressum videtur purè facta dedicatio personę & bonorum monasterio, licèt illa resolui possit, si monachus discesserit ex monasterio. Huic sententiæ videtur adstipulari text. in Auth. ingressi. C. de sacrosanct. Eccles. *Ingressi monasteria ipso ingressu se suaq; dedicant, &c.* Sed illud est accipiendum, facta professione expressè vel tacitè.

Mihi probatur distinctio Parisij in d. c. In præsentia. sub n. 188. vt siquidem ingressus monasterium, animum habuerit absolutè mutã ii vitam, idque euidenter constet, vel professus fuerit tacitè vel expressè religionem, tunc ad monasterium bona pertineant. Et idem dicẽdum puto, quando sua bona monasterio dedicauit. Cæterùm, si nihil ex his interuenerit, ad hæredes proximiores bona spectare non dubito.

Nam quando facta est professio, res est plana, quod spectent ad monasterium sola legitima filiis reseruata. Auth. Si qua mulier. C. de sacrosan. Eccles. Idem constat iuris esse, quando bona expressè dedicata sunt monasterio, ex cap. In præsentia. de probationib. & c. vlt. de success. ab intest.

Cùm verò agitur de eo, qui non est professus, sed tamen proposuit absolutè vitam mutare, vt sub habitu regulari omnipotẽti Deo de cætero famuletur, res non est ita clarè decisa, sed tamen ratio suadere videtur, idẽ statuendum esse; quia is non potest amplius ad seculũ redire, licet aliud monasterium ingredi possit. c. consulti. de regularibus. c. statuimus. eo. tit. c. non solum. c. cõstitutionem. c. Priuilegium. eo. tit. in 6. Et ideo pro religioso haberi debet, ac proinde idem de bonis suis eo casu videtur statuendum, ac si professus fuisset. Nam hoc propositum etiam videtur simile esse aliquo modo professioni, in d. cap. Priuilegium. de regularib. li. 6. ibi: *Aut constet, quod vitam voluerit absolutè mutare, vel professionem expressam fecerit.*

CAPVT XX.

Vtrum ecclesia hæres teneatur inuentarium conficere, vt legis beneficijs frui possit, vt non teneatur vlt a vires hæreditarias?

GRatis in controuersiam hæc quæstio reuocata est à doctoribũ nostris, quoniam satis perspicuè à Iustiniano, cui locus nullus iur s canonici aduersatur, decisa est ita statuẽte in sua Nouella constitutione de hæredib. & Falcid. *Eam obtinere, & in omni persona siue priuata, siue militari, siue sacerdotali, siue imperiali, siue alterius cuiuslibet.* Et cùm, sicut leges nõ dedignantur sacros canones imitari, ita & sacrorum statuta canonum Principum cõstitutionib. adiuuentur. c. 1. de noui oper. nunc. dubitari non potest, quin Iustiniani constitutio, etiam ex Põtificio iure locum obtinere debeat. Atque ita rectè docuerunt Glos. in c. 1. de Testam. in verb. Pariaris, quam eo in loco secuti sunt Imola, Antonius butr. & Barbatia, Iason ad l. vlt. §. vlt. C. de iure delib. Alios refert eandem sententiam amplexus Rolandus à Valle in de confectione inuentarij, in 1. part. §. Duodecimò quæritur.

Contrarium docuerũt Cardinalis & Abbas in d. c. 1 de Testam. Bart. in d. l. 1. n. 46. C. de SS. Eccl. Bald. in d. l. vlt. C. de iure delib. & ibid. Angelus in §. Si verò postquam. Io. Anania in c. in literis. de raptorib. Felyn. in c. De quarta. de præscr. Castr. in Auth. Sicut. C. de SS. Eccl. Nouissimè Lælius Zanchus de Priuilegiis ecclesiæ. Priuilegio 126 n. 4.

Argumenta sunt ista: Primũ, quia ius ciuile obligare non potest ecclesiam vltra vires hæreditatis, cùm talis obligatio repugnare videatur iuri naturali. Secundò, quia in hæredibus cæteris ideo constitutum est, vt teneantur vltra vires hæreditarias, si inuentarium nõ confecerint, quia præsumuntur aliquid ex hæreditate subtraxisse. Hæc autem ratio cessat in ecclesia. Tertiò; quia nihil potest ecclesia accipere, ex quo oneretur vltra id, quod accipiat, vt In Auth. Sicut. C. de SS. Eccl. Postremò, quia sic in fisco videtur receptum, vt inuentarium facere non teneatur. l. 1. §. an bona. ff. de iure fisci.

Respondeo ad primum, ideo lege hac ciuili etiam ecclesiam obligari; quia iure canonico recepta est, aut certè non improbata, argumẽto text. in c. Raynal ius. de Testam. ibi: *Cumque inuentarium fecerit, &c.* Ad secundum. multi negant causam illam fuisse præcipuam, vt Anchar. cons. 411. Fuit n. potius impulsiua, vt nostri doctores loquũtur, & precipua causa, quia hæres adeundo hæreditatem absque inuentario, videtur suscipere onus soluendi, vt declarat Aretinus in rub. ff. de acq. hæred. in 2. col. vers. Ergo oportet. Ad tertium respondeo, textum, qui adfertur, ad rem hanc nostram non pertinere: neque enim loquitur de eo, quod ad ecclesiam peruenit ex hæreditate, sed ex alia

ex alia particulari cauſa, alioqui ſequeretur ad eccleſiā hæredem non pertinere res ſteriles & inutiles, cùm tamen hæres ſuccedat in vniuerſum ius. Verba ſic ſe habent: *Sicuti alienatio rerum eccleſiæ interdicitur, ita prohibetur, ne qua ſterilis ei detur poſſeſſio, aut alioqui onerosa, vel fiſcalium nomine, vel onere.* Vides, vt puto, lector, ad rem noſtram non facere: & vt certior ſis, videas textū in §. Sicut. Nouella, de non alien. reb. eccl, ex quo ſumpta eſt auth. Iuſtinian. vbi loquitur de eo, quod ex cauſa donationis, aut venditionis, alteriúſve contractus eccleſiæ datur: nō autem loquitur de eo, quod ad eccleſiā peruenit ex cauſa hæreditatis: *Interdicimus*, inquit, *rectoribus venerabilium domorum tale aliquid agere, quia ſi non cum omni ſubtilitate fecerint contractus, ſed ſanea quadam poſſeſſio, aut damnoſa detur eccleſiis &c.* Ad vltimum argumentum reſpondeo, negando fiſcum hæredem eſſe, cum ſuccedit in bona vacantia, ſicut loquitur textus, qui in argumento adfertur, de quo in capite ſequenti.

Alij hac vtuntur diſtinctione, vt eccleſia vltra vires hæreditarias teneatur creditoribus, cum quib. videtur adeūdo hæreditatem quaſi contrahere, non autem legatariis, quia in eccleſia ceſſat præſumptio ſubtractionis bonorum. Ita Alex. & Corneus in l. vlt. §. ylt. C de iure delib. Aret. in rub. ff. de acq. hær. quos videtur ſequi Couuar. in c. 1. poſt n. 14. de Teſt.

Sed non mihi probatur hæc diſtinctio, quia hæres ex quaſi contractu tenetur etiam legatariis, vt in §. Hæres. in Inſtit. de oblig. quæ ex quaſi contractu naſcuntur. & ideo non eſt ratio differentiæ inter creditores & legatarios. Et cùm præſumptio illa ſubtractionis bonorum nō fuerit præcipua cauſa legis, vt fatetur etiam ipſe Couuar. non eſt opus inquirere, an illa ratio ceſſet in eccleſia, ſeu miniſtris eius. Et ſi hæc ratio valeret, idem etiam, quātum ad creditores, reſpondendum eſſet; ac proinde etiam eo in caſu omnib. perpenſis diſtinctio illa conſiſtere non poſſet. Quare priorem ſententiam, quam initio propoſui, nunc quoque in fine capitis amplector: Saluo tamē iure eccleſiæ reſtitutionem petendi aduerſus omiſſam inuentarij confectionem.

CAPVT XXI.

Vtrum fiſcus teneatur inuentarium conficere: & eo non confecto vltra vires hæreditarias?

NOn eſt dubitandum, quin fiſcus hæres teneatur inuentarium cōficere, ſub pœnis poſitis à Iuſtiniano, in Nouella de hæred. & Falcid. Nimis. n. diſertè ſtatuit, eam conſtitutionem obtinere, *in omni perſona ſiue priuata, ſiue militari, ſiue etiam imperiali.* Et ideo nec fiſcum excluſiſſe videri poteſt, qui ſuam perſonam non excluſit. Quare nō rectè in dubium id reuocatum eſt a doctorib. noſtris, ad Rub. ff. de acq. hæred. & à Rolando à Valle, de cōfectione inuentarij, in 1. part. §. Vndecimò, quæſ. quarto. Cæterùm, non malè, imo verò iuri noſtro conuenienter reſponderunt, qui dixerunt fiſcum in bona ſuccedentem, vel ex delicto, vel propterea, quod ſint vacantia, & nullus hæres reperiatur, nō poſſe conueniri vltra vires bonorum. Nam præterquā quod fiſcus nō eſt hæres, ſed poſſeſſor, illa ratio accedit euidentiſſima, quod cùm id intelligatur ex bonis eſſe, quod deducto ære alieno ſupereſt. l. Subſignatum. §. Bona. ff. de verb. ſign. cōſequenter dici non poteſt, ad fiſcum bona aliqua perueniſſe vacantia, niſi ea, quæ deducto ære alieno ſuperſunt, quare ſi nil ſuperſit, nihil etiam bonorum ad fiſcum perueniſſe videri poteſt. Et ideo ſuperuacanea eſt quæſtio, an vltra vires bonorum fiſcus tunc obligari & cōueniri poſſit. Et iſtud eſt quod dicit Calliſtratus in l. 1. §. An bona. ff. de iure fiſci: *An bona*, inquit, *quæ ſoluendo non ſunt ipſo iure ad fiſcum pertineant quæſitum eſt. Labeo ſcripſit etiam ea, quæ ſoluēdo non ſunt, ipſo iure ad fiſcum pertinere, ſed contra ſententiam eius edictum perpetuum eſt, quod bona ita veneunt, ſi ex his fiſco nihil acquiri poſſit.* Clarius Iabolenus l. 11. eod. tit. *Non poſſunt vlla bona ad fiſcum peruenire, niſi quæ creditoribus ſuperfutura ſunt. Id enim bonorum cuiuſque eſſe intelligitur, quod æri alieno ſupereſt.*

Cæterùm, nouiſſimè Marcus Antonius Peregrinus de iurib. fiſci, lib. 4. tit. 1. n. 3. reſpondit, fiſcum etiam hæredem inſtitutum non teneri ad inuentarij confectionem. Primò: quia verbum *perſona*, quo Imperator vtitur in dicta Nouella, non comprehendit fiſcum, quia in materia ſtricta, & præiudiciali appellatione perſonæ, nō venit fiſcus, ex Butrio, in c. Graue, in 4. not. de præben. Sed reſponderi poteſt, vt maximè verum ſit, quod Butrius notauit, nihil tamen id ſuffragari poſſe: quia Imperator in dicta Nouella ita dicit, eam obtinere, *in omni perſona, ſiue priuata, ſiue militari, ſiue ſacerdotali, ſiue imperiali, ſiue alterius cuiuslibet.* Hæc poſtrema verba, *ſiue alterius cuiuslibet*, ita generalia ſunt, vt neminem excludant, & ſanè mihi videtur valdè improbabile, quod fiſcus melioris ſit cōditionis, quàm Imperator hæres ſcriptus. Secundò mouetur Peregrinus ex d. l. 1. §. an bona. ff. de iure fiſci, animaduertiſſe ſe dicens, illū textum referri ad omnes caſus præcedentes, inter quos ille continetur: cùm princeps fuit hæres inſtitutus. Reſpōdeo, Calliſtratum in ea lege varias cauſas retuliſſe, ex quibus nunciatio ad fiſcum

fieri solet; & inter cæteras etiam illam, quando Princeps hæres institutus est. Deinde proposuisse quæstionem illam, an bona, quæ soluendo non sunt, ipso iure ad fiscum pertineant. Hæc quæstio cõuenire potest illis in casibus, in quib. bona vacantia fisco deferuntur. Cæterum eo in casu quo Princeps institutus est hæres, congruere non potest. Nam aut is hæreditatem adiuit, aut nõ adiuit: Si hæreditatẽ adiuit, certum est, eum sequi commoda & incommoda. l. 1. ff. de bonor. possess. & consequenter is tenetur creditoribus hæreditariis satisfacere. Et si inuentarium non confecerit, tenebitur in solidum, licèt bona soluendo non sint, quia sic statuit ipse Imperator in d. Nouella de hæred. & Falcid. dum statuit eam habere locum in omni persona etiam *Imperiali*, quod fatetur etiam ibi Peregrinus, eam constitutionem locũ habere, cùm Imperator vti priuatus successit ab intestato, vel ex testamẽto. Igitur etiam id cõcedere debet, si ad hunc casũ referatur §. an bona. quo videlicet Princeps hæres institutus est, eum lege hac inuentarij nequaquam exemptum fore. Quo concesso, argumentum eius corruit.

Si verò Princeps hæreditatem non adierit, non potest in quæstionem illud vocari, an bona, quæ soluendo nõ sunt, ipso iure ad fiscum pertineant: neque enim ex titulo hæreditario pertinere possunt, cùm Princeps hæreditatem repudiauerit. Requiritur. n. hoc in casu aditio, vt declarat Bart. in d. §. An bona. quod si dicatur pertinere posse tanquam vacantia, quia nullus sit hæres, quo casu fisco deferuntur, tũc ad fiscum non pertinebunt, tanquam ad hæredem, de quo nostra est disputatio.

Non obstat quod Peregrinus subdit, si hæc sententia admittatur, fateri oportere fiscum auferentem hæreditatem alicui tãquam indigno, teneri creditorib. vltra vires, quia hæreditatem capit, quod tamen à vero abest. d. §. an bona. nam responderi potest non hoc sequi. Nam cùm fiscus hæres est ab intestato, vel ex testamento, bona possidet tanquam hæres, & ideo omnib. oneribus hæreditariis obstrictus est, quibus cæteri hæredes obstricti sunt: neq; enim exemptus reperitur. Cæterùm si alicui hæreditatem auferat, tanquam indigno, non dicetur hæres, sed possessor, & tãquam possessor conueniri debet, licet bona vindicet cum suo onere, & eisdem conditionib. parere debeat, quibus persona, à qua ad illũ peruenit, iuxta l. in facto §. Fiscus. ff. de cond. & demõst.

CAPVT XXII.

Vtrum fiscus succedens in bona vacantia, teneatur legata & fideicommissa præstare testamento, vel codicillis relicta?

SI nullo hærede existente, qui hæreditatem adire velit, fiscus succedat tanquam in bona vacantia, controuerti solet, an teneatur legata & fideicommissa præstare iis, quib. relicta sunt in testamento defuncti. Et teneri responderunt Baldus in l. Eam quam. C. de fideicommiss. n. 5. Salycet. ad l. vn. §. pen. num. 39. C. de cad. toll. Argumenta hæc sunt. Primum ex l. Cum fisco. ff. ad Sillan. Caius: *Cùm fisco caduca bona defuncti addicuntur propter multam mortem, in eum legatorum actio datur.*

Secũdum ex l. Recusare. §. Si fisco. ff. ad Trebellian. Vlpianus: *Si fisco vacantia bona deferantur, nec velit bona agnoscere & fideicommissario restituere: æquissimum erit quasi vindicauerit, sic fiscum restitutionem facere.*

Tertiũ est ex l. Dicitur. ff. de iure fisci. Caius: *Dicitur, ex asse hæreditatem ex Silaniano cùm fiscus vindicat, quod nec libertates, nec legata tueatur, quod apertè nullam habet rationem: cùm ex quibuslibet alys causis fisco vindicatis hæreditatibus & libertates, & legata maneant.*

Quartum est ex d. l. vn. §. pen. C. de cad. toll. ibi: *Tantum enim nobis superest clementia, quod scientes etiam fiscum nostrum vltimum ad caducorum vindicationem vocari, tamen nec illi pepercimus.* Vbi Glossa in verbo, Pepercimus, rationem adfert, quia scilicet bona ad fiscum transeunt cum suo onere. adducit l. In facto. §. 1. ff. de cond. & demonst. vbi Paulus. *Fiscus eisdem conditionibus parere debet, quibus persona, à qua ad ipsum, quod relictum est, peruenit. sic etiam cum suo onere hoc ipsum vindicat.* Idẽ probatur in l. Etiam C. ad legem Falcid. Sed nullus est locus illustrior, quàm Iuliani, in l. Quidam testamento. §. Quoties. de leg. 1. *Quoties*, inquit, *lege Iulia bona vacantia ad fiscum pertinent, & legata & fideicommissa præstantur, quæ præstare cogeretur hæres, à quo relicta erant.*

Verùm contrariam sententiam amplexi sunt alij non pauci, videlicet fiscum non teneri ad legata præstanda. Ita docuerunt Ripa in l. Ex facto. nu. 6. ff. ad Trebellian. Clarus §. fin. q. 78. vers. Sed an teneatur fiscus. nouissimè alios citans Marcus Antonius Peregrinus de iurib. fisci, lib. 4. tit. 3. n. 16. Prosper Farinacius Variarũ quæstionum criminalium lib. 1. quæst. 25. nu. 186. Fundamentum est, primò in generali regula. Si nemo hæreditatem adierit, nihil quod in testamẽto scriptum est, debetur. l. Si nemo. ff. de testam. tut. l. Si nemo. de regul. iur. Secundò in l. Quod diuo. ff. de manu. testam. vbi Papinianus: *Quod diuo Marco*, inquit, *pro libertatib. conseruandis placuit, locum habet irrito testamento facto, si bona venitura sint, alioquin vacantibus fisco vindicatis, non habere constitutionẽ locum, apertè cauetur.*

Tertiò in l. 4. §. Eadẽ cõstitutio. ff. de fideicommiss.

commiss.libert.in illis verbis: *Eadem constitutio prosp xit, vt si fiscus bona admiserit, aquè libertates competant. Ergo siue vacantia bona fisco spernente, siue agnouerit, constitutio locum habet. Caterùm si alia ratione agnoscat, apparet cessare debere constitutionem, quare etsi caducis legibus bona delata sint, idem erit probandum.*

Sic enim legendum est *caducis legibus*, non autem *caducis legionis*, vel aliter, vt in aliquibus exemplaribus legitur, sicut rectè admonuit Cuiacius ad l. 3. C. de bonis vacantibus, lib.10.

Ad leges, quibus prior nititur sententia, respondetur, eas loqui de fisco auferente hæreditatem alteri tanquam indigno: tunc enim tenetur eisdem parere conditionibus, quibus ille, à quo bona auferuntur, parere debebat: sed hæc responsio non videtur esse idonea ad l. Quidam testamento. §. Quoties. de leg. 1 vbi textus loquitur de fisco succedente in bona vacantia ei delata ex lege Iulia. Nec ad l. Vn. §. pen. C. de cad. tollen. qui locus videtur aduersari l. 4. §. Eadem. ff. de fideicommiss. libert. Et sane hæc res paulò abstrusior mihi videtur. Prima fronte illuc animus inclinabat, vt existimarem, si nullus ex testaméto hęres existat, vel ab intestato, & idcirco ad fiscum, tanquam vacantia bona pertineant, eum non teneri legata & fideicommissa præstare. Nam si testamento relicta sint, & ex eo nō fuerit adita hæreditas, iuris regula est plana: legata nullius esse momenti. l. Si nemo ff. de testam. tutela. si verò relicta sint in codicillis idem respondendum videtur, quia nullus est hæres, & legata præstari debent ab hærede: Est enim legatum donatio a defuncto relicta, ab hærede pręstanda. §. legatum. Instit. de legatis Et ideo leges, quæ dicunt fiscum ad præstanda legata, & fideicommissa teneri, necessariò accipiendæ sunt, quando ex testamento, vel ab intestato hæreditas est adita, tunc enim legata valent, & ideo licet fiscus postea succedat, auferendo hæredibus tanquam indignis hæreditatem & bona: tamen legata præstare debet, & fideicommissa, propterea quod valent. Esset enim valdè iniquum, vt culpa hæredum noceret legatariis & fideicommissariis: & ideo tunc bona pertinent ad fiscum, & ab eo vindicantur cum suo onere.

Cæterùm, re penitus examinata, vt contrariam sententiam amplecter, tria potissimùm loca effecerunt. Primus locus est in d. l. Quidam testamento. §. Quoties. de leg. 1. vbi verba sunt satis clara, & generaliter præcipiunt legata præstari a fisco succedente in bona vacantia. Secūdus locus est in d. l. Dicitur. ff. de iure fisci in illis verbis. *Cùm ex quibuslibet aliis causis fisco vindicatis hareditatibus, & libertates & legata maneant.* Sunt hæc verba generalia, quæ ad vnum tantum casum, quo videlicet hæreditas indigno sit ablata, restringi nō possunt salua ratione recti sermonis. Tertius est in l. Vna. C. de cad. toll. coniungendus §. pen. cum vltimo. sic enim ait Imperator in d. §. penult. *Si nulli sint hæredes, vel accipere nolunt, vel aliquo modo non capiunt* (hæreditatem) *tunc ad nostrum ærarium deuoluatur.* Deinde pergit, dicens. in §. vlt. *Tantum enim nobis superest clementia, quod scientes etiam fiscum nostrum vltimum ad caducorum vindicationem vocari, tamen nec illi pepercimus.* Ex quibus verbis patet, fiscum succedentem in bona vacantia, nullo hærede existente, qui velit, vel possit hæreditatem capere, vel qui capiat, teneri ad legata præstanda, sicut hæres tenebatur, à quo rel. &a erant.

Non obstat primum argumentum ex regula generali, si nemo ex testamento hæreditatem adierit, quæ in eo cōtinentur, nullius momenti esse: quia non est absurdum hanc regulam sic interpretari: vt locū non habeat, quando bona sic vacantia transeunt ad fiscum: tūc enim, quia is loco hæredis habetur, meritò præstare tenetur legata & fideicommissa.

Ad secundum & tertium argumentum notandum est, pro vera interpretatione ita olim rescripsisse diuum Marcum, vt si ij, qui libertatem acceperunt à domino in testamento, ex quo non aditur hæreditas, velint bona sibi addici, libertatum conseruandarum gratia audiatur, si idonee creditoribus cauerent de solido, quod cuique debetur, soluendo: & sic bona non vendantur: & tunc si fiscus bona agnoscere voluerit, tanquam ad se deuoluta, quia nullus sit hæres, libertas nihilominus salua manet, perinde ac si ex testamento hæreditas fuerit adita. Ita clarè & prolixè declarat hoc rescriptum Iustinianus in Institut. De eo cui libertatis causa bona addicuntur.

Quod igitur attinet ad l. Quod diuo. & ad l. 4 § Eadem. ff. de fideicommiss. lib. respondeo, non negari dictis legibus, libertatem testamento relictam locum habere, quando fiscus bona accipit vacantia, sed negatur locum habere ex dicta constitutione siue rescripto diui Marci. Sic enim loquitur tex. in d. l. Quod diuo. illud diui Marci rescriptum locum habere irrito testamento facto. si bona vænitura sint. *Caterùm vacantibus fisco vindicatis, non habere constitutionem locum, apertè cauetur.* Et in d. l. 4. §. Eadem *Caterùm*, inquit, *si alia ratione agnoscat, apparet cessare debere Constitutionem.* Itaque cessat eo in casu constitutio diui Marci, quo bona in eo statu non sunt, vt addici possint libertatum seruandarum causa, ne vendantur: tunc enim fiscus ea agnoscens, libertatem impedire non potest. Cæterùm si alia

ratione & causa ad fiscum ex caducariis legibus pertineant, tunc non habet locum illa constitutio. Sed tamen non inde sequitur libertates non deberi: Nam libertates quidem debetur, sed non ex Diui Marci constitutione, verùm ex aliis legibus, quibus cauetur ex quibuscunque causis fisco vindicatis hæreditatibus libertates & legata manere. l. Dicitur. ff. de iure fisci. Et eodem modo sunt accipienda illa verba d. l. 4. *Quare etsi caducis legibus bona delata sint, idem erit probandum.* Scilicet vt constitutio locum non habeat, sed tamen non negat textus libertates deberi, nec id negare potest, ne aliis legibus repugnet, quibus constitutum est, & libertates & legata præstanda.

CAPVT XXIII.

An iure Canonico hæres non confecto inuentario teneatur vltra vires hæreditatis?

IVre Canonico hæredem inuentarium non conficientem vltra vires hæreditarias creditoribus non teneri docuerunt Bald. ad l. Cum à matre. in fine. C. de rei vind. & in consi. 145. super primo puncto, n. 4. lib. 4. Antonius Butr in c. In literis. de raptorib. & in c. Rainal in 2 not. de testam Petrus Ancharanus in cons. 411 Argumenta nonnulla Ancharanus adfert, sed ad eam facti speciē pertinentia, super qua ipse respondit, hæredis videlicet ad vsuras restituendas obligari ex persona defuncti, quem docet vltra vires hæreditarias non teneri ob multas causas, quæ huc non pertinent. Fundamentum igitur non aliud inuenio huius sententiæ, nisi quia secundùm naturalem rationē & æquitatem, quam ius Canonicum plerumque sequitur, non tenetur hæres ex persona defuncti vltra vires hæreditarias.

Sed valde infirmum mihi videtur hoc fundamentum. Nam iustis de causis iure Ciuili constitutum est hæredem non conficientem inuentarium insolidum teneri, etiam vltra vires hæreditarias, vt patet ex Nouella Iustiniani de hæred. & Falcid. Nec iure canonico contrarium est constitutum, quare illa naturali æquitate iustas ob causas valere iussa, iuri Ciuili inhærendum videtur, argum. c. 1. & 2. de op. no. nunc. Atque ita docuerunt idem Baldus sibi contrarius in l. vlt. C. de iure delib. col. 2. Abbas in c. Rainal. de Testam. Ang. & Alex. in rub. ff. de acq. hæred. & multi alij, quos refert & sequitur Rolandus de confect. inuentarij, vlt. part. §. Nunquid de iure canonico. quos & ipse sequor in foro externo.

CAPVT XXIV.

Hæres, qui inuentarium non confecit, an vltra vires hæreditarias teneatur in foro conscientiæ?

NOn mittimus falcem in alienā messem, quoniam & Canonistæ & Legistæ hanc quæstionem tractant, sitne hæres in foro conscientiæ obligatus creditoribus & legatariis vltra vires hæreditarias, si inuentarium non confecerit? Tres sunt Doctorum sententiæ: Vna teneri. Altera non teneri. Tertia, distinguendos esse creditores à legatariis & fideicommissariis, & hæredem creditoribus quidem vltra vires hæreditarias teneri, legatariis autem & fideicommissariis nequaquam. Vide Bartolum, Castrensem, Iasonem, Aretinum, & alios ad Rubr. ff. de acqui. hæred. Ioan. And. & alios ad c. Quanquam. de vsuris, lib 6 Federicum Senen. consi. 21 Vasquium de successionum creatione, lib. 2. §. 2. num. 12. Couuar. in c. 1. de Testam. n. 16. 17. Roland. a Valle de confectione inuent. in vltima parte. §. An in foro conscientiæ. vbi multos alios citat, quibus addi potest Pierius in Summa, in verb. Hæreditas. 3. in 5. quæst.

Fundamentum prioris sententiæ illud est præcipuum, quoniam leges humanæ, si iustæ sint, habent vim obligandi etiam in foro conscientiæ a lege æterna, a qua deriuantur, secūdum illud Prouerb. 8. Per me reges regnant, & Legum conditores iusta decernunt. vt declarat S. Thomas 1. 2. q. 96 art. 4. sed negari non potest, quin Iustiniani lex sit iusta, quæ hæredem inuentarium non conficientem obligat vltra vires hæreditarias. Ergo hæres tenetur vltra vires hæreditarias ad satisfaciendum creditoribus etiam in foro conscientiæ.

Fundamentum autem eorum, qui negant hæredem obligatum esse vltra vires hæreditarias in foro conscientiæ, illud est, quia Iustiniani lex, quę ita hæredem obligat, si inuentarium nō confecerit, videtur niti quadam præsumptione, quòd scilicet hæres, qui inuentarium non confecit, aliquid ex hæreditate subtraxerit, vt patet ex Nouella, de hæredibus & Falcid. §. Hinc nobis. ibi: *Et nō per ea, quæ fortè surripiunt, aut malignantur, &c.* Sed in foro conscientiæ non est locus præsumptionibus, sed veritati, quæ sola spectatur. c. A nobis 2. c. Inquisitioni. de senten. excom. Ergo, si hæres nihil reuera subtraxerit ex bonis hæreditariis, non videtur esse in foro conscientiæ obligatus.

Tertiæ denique sententiæ fundamentū est: quia, quod attinet ad creditores, hæres etiam Iustiniani lege tenebatur illis vltra vires hereditatis satisfacere. l. Si te bonis. C. de iure deliber. Et hoc ea ratione, quia adeundo hæreditatem videbitur suscipere onus soluendi, quare etiam in foro conscientiæ tenetur, cùm illa lex

lex sit iusta. Cæterùm, quòd attinet ad legatarios & fideicommissarios, vt hæres illis obligatus sit vltra vires hæreditarias noua Iustiniani constitutione introductum est, ea præsumptione innixa, quod hæres inuentarium non conficiens aliquid subtraxerit ex bonis hæreditariis, quæ quidem præsumptio cùm in foro conscientiæ non spectetur, sed veritas præualeat, consequitur hæredem, qui nil subtraxerit, non fore obligatum in foro conscientiæ, licet inuentarium non confecerit.

Ego sanè eorum sententiam veriorem esse puto, qui simpliciter negant hæredem in foro conscientiæ vltra vires hæreditarias teneri: Et moueor hoc argumento: hæres in foro conscientiæ non debet in plus teneri, quàm defunctus teneretur, sed in tantum, in quantum defunctus tenebatur. Est enim hæreditas successio in vniuersum ius, quod defunctus habuit. l. Nihil aliud. ff. de verb. signif. Et hæres dicitur defuncti personam repræsentare, §. 1. in Auth. de iureiur. à morien. præstito. & ex eius persona dicitur obligari. l. Ex qua persona. de reg. iur.

Sed defunctus in foro conscientiæ nõ tenebatur ad creditoribus soluendum vltra vires suas, quia nemo tenetur ad impossibile. Sãctus Augustinus relatus in c. Si res. 16. q. 6. S. Thomas 2. 2. q. 62 artic. vlt. in responsione ad primum argumentum. Didacus Couuar. alios citans in relectione c. Peccatũ in 1. part. nu. 2. de regul. iur. lib. 6. Ergo neque hęres in foro conscientiæ obligatus erit.

Ad argumentum prioris sententiæ si amplectamur eorum sententiam, qui existimant legem Iustiniani fundatam esse in præsumptione illa, quod hæres non conficiens inuentarium aliquid subtraxerit, facilè responderi potest: Nimirum eiusmodi legem quantumuis iustam in foro conscientiæ non obligare, quoniam in eo foro veritas attenditur, & non præsumptio, vt declarat Nauarrus in Manuali, cap. 17. n. 283. Syluester in verbo Lex. quæst. 9. & colligitur ex c. Is qui. & c. Tua. de sponsalibus.

Verùm quia dubia est illa interpretatio, respondeo, legem Iustiniani obligantem hæredem vltra vires hæreditarias esse quidem iustam in foro externo, quia hæres videtur quasi contrahere cum creditoribus & legatariis adeundo ipsam hæreditatem, atque adeo onus soluendi suscipere in solidum ipsis creditoribus & legatariis. Cæterùm in foro interiori animæ iustũ nõ esse, vt hæres, qui nihil ex hæreditate subtraxit, in plus teneatur, quàm defunctus, defunctus autem vltra suas vires non tenebatur. Et in foro conscientiæ non habet locum illa fictio, siue præsumptio à lege indúcta quod hæres adeundo hæreditatem videatur suscipere onus soluendi in solidum omnia debita, etiam vltra vires hæreditarias. Hæc fictio lege quidem humana inducta est, sed non diuina. Ergo in foro Cæsaris obligabit, non in foro Dei, si nihil reuera hæres subtraxerit ex hæreditate.

CAPVT XXV.

Possitne testator inuentarij confectionem hæredi remittere in præiudicium legatariorum & fideicommissariorum.

INter omnes constat, testatorem hæredi remittere non posse inuentarij confectionem in præiudicium creditorum: sed an remittere possit in præiudicium legatariorum & fideicommissariorum, non est eadem omniũ sententia. Etenim affirmant Paulus Castrensis, Alexander & Aretinus in l. Nemo potest. de leg. 1. Idem Alexander in cons. 51. lib. 6 nu. 18. Decius in cons. 418. Aymo. consil. 74. & alij, quos refert & sequitur Rolandus a Valle de confectione inuentarij, in vltima parte. §. An Testator.

Sed negant Bald. in l. vlt C. arbit. tutelæ. Castrensis in l. Cum tale. §. 1. ff. de cond. & demonst. Iason in l. Nemo potest in prima lect. ad finẽ de leg. 1. Io. Crottus ibid. n. 52. ver. Secunda conclusio. Ioannes Annibal. num. 406. Procellinus tractatu de inuentario. c. 1. n. 15.

Prioris sententię fundamentum est, quia testator potuit legata & fideicommissa non relinquere, & relicta etiã adimere: ergo multò magis præiudicare ipsis legatariis & fideicommissariis remittendo hæredi confectionem inuẽtarij: Præsertim, quia fieri potest, vt ipsius testatoris intersit, aut hæredum eius, inuentarium bonorum suorum non fieri, ne patrimonium eius detegatur, quæ causa est, vt etiam tutori remitti possit confectio inuentarij. l. vl. C. arbit. tutelæ.

Posterioris autem fundamentum est, quia hæc inuentarij confectio videtur esse iure publico introducta, *vt viuentes relictis potiantur, & deficientes cum securitate moriantur: scientes, quia ex eis etiam sepultis ministrabit, & quæcunque illi disposuerint ad effectum ipsa perducet*, vt inquit Iustinianus in Nouella, de hæred. & Falcidia. non procul a fine: qua ratione etiam constat vsufructuario remitti non posse cautionem, quam secundum leges præstare debet. l. 1. C. de vsufruct. l. Scire debetis. C. vt in possess. legat. Huc accedat, quod si remitti inuentarij confectio posset, occasio daretur hæredi delinquendi, quia bona posset surripere, & occultare in fraudem legatorum & fideicommissorum.

Nec obstat, ꝙ in potestate testatoris fuerit

legata non relinquere: quia etiam in eiusdem potestate est non legare vsumfructum, vel legare etiam proprietatem simul cum vsufructu, & tamen cautionem remittere vsufructuario non potest.

Ad h potest ratio, quod nemo possit facere, quin leges locum habeant in suo testamento, l. Nemo potest. de legatis. 1.

Ego sanè in priorem sententiam longè sum procliuior, & pro eius confirmatione perpendo, hanc fuisse rationem constitutionis Iustiniani: quę mandat inuentarium confici ab hęrede, *vt viuentes relictis potiantur*, vt in summa voluntates defunctorum executioni mandarentur. Id ipse Iustinianus testatur in d. Nouella de hæredib. & Falcid. circa finem. ibi: *Hac nos vti communiter omnibus prosint hominibus scripsimus: quatenus & viuentes relictis potiantur & deficientes cum securitate moriantur &c.* Ergo si voluntates testatorum hoc fauore prosequi Imperator voluit, quo magis adimplerentur, vt hæredes compelleret ad inuentarium conscribendum sub pœnis, de quibus in ea constitutione, non videtur esse rationi consonum, vt ea constitutio locum habeat contra voluntates defunctorum. Quod enim fauore alicuius constitutum est, non debet in eius odium retorqueri. l. Quod fauore. C. de legibus. & quod ob certum effectum constitutum est, non debet contrarium operari.

Nec verum illud est, hæredibus occasionem hinc dari delinquendi, quod testator inuentarium remittens confisus est de hæredis integritate, & occasio remota nimis est, & ideo nō attendenda: Quamobrem in tutore locum non habet, vt patet ex l. vlt. C. arb. tutel. Et olim apud veteres, quibus inuentarium Iustiniani cognitum non erat hæredis, nulla vnquam habita est ratio huiusmodi occasionis & suspicionis.

Et sanè ego sic statuo, Iustinianum ad eam legem condendam motum non fuisse, eam præcipuè ob causam, vt huiusmodi occasionē hæredibus auferret occultandi res hæreditarias, sed vt eisdem consuleret, ne amplius hærerent circa deliberationem, an vellent adire, vel repudiare hæreditatem. Ita scilicet, vt in inuentario confecto ab omni periculo liberi essent, sicut ipse Iustinianus testatur in l. vlt. C. de iure delib. quanquam iusta fuit ratio auferendi legis beneficium, & obligandi vltra vires hæreditarias eos, qui legem contemnendam putauerint, vt in d. Nouella, de hæredib. & Falcidia prolixè habetur.

CAPVT XXVI.

Legatum obscurum; an in fauorem Ecclesiæ, seu piæ causæ latius sit interpretandum?

SEmper in obscuris, quod minimum est, sequimur. l. Semper. de reg. iur. Et ideo in legatis, quod minimum est, debetur, si obscura sit testantis voluntas. l. Nummis. de leg. 3. Sed controuersia est, an & in legatis ad pias causas idem sit iuris. Negant enim multi, & multi affirmant, vt videre licet ex Tiraquello de priuilegiis piæ causæ. 25. Priuilegio. vbi Authores citat copiosè, quibus adde Cagn. ad l. semper in obscuris. de reg. iur. Couuar. in c. Indicante. n. 4. de Testam. Menoch de Præsumpt. libr. 4. Præsumpt. 106. n. 3.

Omnis difficultas posita est in l. Titia §. Seia, ff. de auro & argent. leg. quam Doctores tam pro affirmante, quàm pro negante sententia perpendunt. Eius verba hæc sunt: *Seia testamento ita cauit. Si mihi per conditionem humanam contigerit, ipse faciam. Sin autem ab hæredibus meis fieri volo, subeóque signum Dei ex libris centum in illa sacra ade, & in patria statui, cum subscriptione nominis mei quæsitum est, cum in illo templo non nisi area, aut argentea sint dona, hæredes Seia, vtrum ex auro an argento signum ponere compellendi sint an areum? Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, argenteum ponendum.*

Igitur qui affirmant etiam in legatis piis id, quod minus est, sequendum, ita legunt textum: *Quæsitum est. cùm in illo templo, non nisi aurea, aut argentea sint dona.* Et quoniam Iurisconsultus respondit argenteum ponendum, inde argumentatur, quod minus est deberi. Si enim quod maius est, deberetur, aureum præstandum esset.

Qui verò cōntrarium docent, ita legendum putant: *Cùm in illo templo non nisi area aut argentea sint dona, &c.* Et ideo inferunt, quod maius est deberi. quia Scæuola respondit, argenteum ponendum, quod est maius, quam æreum.

Ego non libenter repugno eorum sententię, qui piæ causæ fauent, sed tamen si liceat, quod probabilius videtur, ingenuè fateri, existimo potius legendum *aurea, aut argentea*, quam *area, aut argentea* quia textus dicit quæsitum esse: Vtrum *hæredes ex auro an argento signum ponere compellendi sint.* Hæc quæstio non fuisset proponenda, si in templo non fuissent etiam aurea dona. Nam si ærea tantum, vel argentea fuissent, quæstio erat proponenda, an ex ære vel argento hæredes ponere compellendi essent.

Et licet Iurisconsultus quærat etiam, an æreum esset ponēdum, non tamen id suffragatur contrariæ sententiæ, quia licet in templo essent dona tantùm aurea, vel argentea, quæri tamen potuit, an æreum esset ponendum: quia testatrix non expresserat quale signum Dei, id est, ex qua materia ponendum esset.

Et ideo in dubio dicendum videbatur, ſufficere ſi æreum poneretur ex centum libris à teſtatrice expreſſis. Contrarium tamen deciditur, nempe æreum non eſſe ponendum. Ratio eſt, quia in eo templo dona erant duntaxat aurea, vel argentea, & ideo videtur fuiſſe teſtatricis voluntas, vt ſecundùm ipſius templi cõditionem ſignum poneretur, ſcilicet, vel ex auro, vel ex argento. Et quia res erat obſcura, id quod minus hæredes grauabat, eligendum erat, atque ideo ad ponendum argenteum compellendi. Hæc mea eſt coniectura, cui tamen piæ cauſæ commodum, & fauores haud grauatè præfero, ſimul & Florentini Codicis authoritatem.

CAPVT XXVII.

An hæres conueniri poſſit in rem actione intra tempus, quo inuentarium conficitur.

SIc Iuſtinianus ſtatuit: *Donec tamẽ inuentarium conſcribitur, &c. nulla erit licentia, neque creditoribus, neque legatarijs, vel fideicommiſſarijs eos vel inquietare, vel ad iudicium reuocare, vel res hæreditarias, quaſi ex hypothecarum authoritate vindicare, ſed ſit hoc ſpatium ipſo iure pro deliberatione hæredibus conceſſum.* l. vlt. §. Donec. C. de iure delib. Hanc legem ſic Doctores magis communiter interpretati ſunt, vt hæres nõ poſſit à creditoribus, vel legatariis, aut fideicommiſſariis cõueniri, ſed tanquam poſſeſſor conueniri poſſit actione in rem propoſita per eum, qui ſe dominũ eſſe alicuius rei, quam defunctus in hæreditate reliquerit contendat, eámque iure dominij vindicet. Nam ad hunc caſum verba legis non pertinent. Vide Alexandrũ in commentariis dicti §. Donec. & poſt eum Rolandum à Valle de confectione inuentarij in 4. parte. §. Quarta eſt vtilitas.

Sed mihi iuſtior interpretatio videtur Cyni & Alberici, qui dixerunt generaliter conueniri non poſſe hæredẽ etiam ab iis, qui nec creditores ſunt, nec legatarij, nec fideicommiſſarij. Nam ſi hæres moleſtari nõ poteſt à creditoribus & legatariis, qui actionem habent tam certam, tantoque fauore dignam, cur ab aliis poſſet? Expendamus cauſam huius priuilegij, quod hæredi eſt conceſſum, dum inuentariũ conſcribitur: *Sed ſit hoc ſpatium* (inquit Imperator) *ipſo iure pro deliberatione hæredib. conceſſum.* Conſequenter moleſtari & conueniri non poteſt hæres intra illud tempus, non tanquam hæres, & hoc certũ, & expreſſum eſt in textu, ſed nec tanquam poſſeſſor, quia non dicitur poſſeſſor, niſi ſit hæres. Neque enim intelligi poteſt alio, quàm hæredis titulo is poſſidere, qui hæreditate ſibi delata inuentarium conficit. Quare, ſi nõ habetur pro hærede intra tempus conſtitutum ad inuentarium conficiendum, ſequitur, vt nec pro poſſeſſore intra idem illud tempus haberi poſſit.

Denique ad rationem legis reſpiciamus. Aliqua. n. procul dubio ratio Imperatorem induxit ad inducias illas hæredib. concedendas: & illa profectò (neque. n. alia facilè occurret) quia hæredes occupati ſunt eo tempore in inuentario cõſcribendo, quod ſanè opus requirit diligentiam, laborem, & fidem: citãdi & vocandi ſunt legatarij, creditores, res inſpiciendæ, obſeruandæ, tabellariis præſentib. Itaque viſum eſt æquum, vt interea hæredes non poſſint inquietari. Hæc ratio legis etiam ad hunc caſum pertinet, de quo noſtra eſt diſputatio, quare, etſi verba legis nõ inſeruiant, fauet tamen ratio legis. Quod ſufficit.

CAPVT XXVIII.

Hæres, qui ſimpliciter adiuit hæreditatem, nulla facta proteſtatione de inuentario conficiendo, vtrum beneficijs eiuſdem poſtea confecti perfruatur?

ANgelus ad l. 1. §. Hæc ſtipulatio. ff. Si cui plus, quàm per legem Falcid. circa inuẽtarium docuit hæredis proteſtationem, antequam is hæreditatem adeat, neceſſariam eſſe, qua ſcilicet declaret velle ſe inuentarium cõficere, & eius beneficiis vti: quod ſi ſimpliciter, ac purè hæreditatem adierit nulla proteſtatione facta, non profuturam ei confectionem inuenta. ij. Motus eſt in hanc ſententiam ex l. vlt. C. de iure delib. in illis verbis: *Cùm igitur hæreditas ad quandam ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato delata, ſiue ex aſſe, ſiue ex parte, ſiquidem recta via adire maluerit hæreditatem, & ſpe certiſsima hoc fecerit, vel ſeſe immiſcuerit, vt non poſtea eam repudiet: nullo indiget inuentario, cùm omnibus creditoribus ſuppoſitus eſt, vtpote hæreditate ei ex ſua voluntate infixa.*

Sed hanc ſententiam meritò poſteriores interpretes repudiarunt, vt conſtat ex Rolando de confectione inuentarij in 4. parte. §. Beneficiũ inuentarij. quia nõ alia eſt ſententia Imperatoris, quam hæredi ſic adeunti neceſſariũ non eſſe inuentarium, cùm ſcil. ſpe certiſſima hoc fecit, quod lucroſa ſit hæreditas, & nullo ſit opus inuentario, vt indicant illa verba, *nullo indigeo inuentario, &c.* Et illa verba, *ſpe certiſſima hoc fecerit,* quibus verbis non negat Imperator, hæredi competere beneficia inuẽtarij, ſi illud conficeret: ſed negat opus eſſe inuentario, & ſignificat hæredem poſſe illud omittere, ſi velit, ſicut enim hæreditatem repudiare eum poſſe, qui ſimili modo non

citubante animo eam reſpuendam, vel abſtinendã crediderit, vt ſtatim Imperator ſuddit. Quod ſi hæres ſimpliciter agnouerit hæreditatem, & forſan dubius, an ſit vtilis, vel damnoſa futura, inuentarium poſtea conficere voluerit, non dubium eſt, quin ei profuturum ſit inuentarium. Sic enim ſubiungit Iuſtinianus: *Sin autem dubius eſt, vtrùm ne admittenda ſit, nec ne defuncti hæreditas: non putet ſibi eſſe neceſſariam deliberationem, ſed adeat hæreditatem, vel ſeſe immiſceat: omni tamen modo inuentarium ab ipſo conficiatur, &c.*

Ex quibus omnibus apparet, tres conſtitui caſus ab Imperatore. Primus eſt eius hæredis, qui certiſſima ſpe adductus hæreditatem agnoſcit, & inuentarium propterea negligit, & hunc dicit non indigere inuentario, & obligatum eſſe creditoribus omnibus ſimpliciter. Secundus caſus eſt hæredis, qui deliberauit hæreditatem non adire, eamque repudiauit, & hũc dicit alienum eſſe ab hæreditate, ſiue dãnoſa, ſiue lucroſa ſit. Tertius eſt illius, qui vult quidem hæreditatem adire, ſed non ita certus eſt de eius viribus, quin fortaſſe eam ſibi repudiandam iudicet, & hunc dicit a lire poſſe, ac ſeſe immiſcere, deinde inuentarium facere oportere intra conſtitutum tempus. Nullã Imperator à tali hærede proteſtationem requirit, antequam hæreditatem agnoſcat, ſed ait ſimpliciter & abſolutè, *adeat hæreditatem, vel ſeſe immiſceat, omni tamen modo inuentarium ab ipſo cõficiatur.* Hæc paulò fuſius explicaui; quoniam etſi omnes ab Angelo recedant, pauci tamen hanc rem ediſſerunt. Tunc autem arbitramur nos aliquid ſcire, cum cauſam cognouerimus, & fundamentum rei.

CAPVT XXIX.

Hæres, qui fecit inuentarium an detrahere poſſit ſumptus factos in litigando pro defendenda hæreditate?

SEd & controuerſia eſt, ſi hæres, qui inuentarium cõfecit, ſumptus fecerit pro defendenda hæreditate, quam alius ſibi vindicabat in iudicio, poſſitne eos detrahere? Variæ ſunt doctorum ſententiæ. Prima eſt, non poſſe, ita docuit Baldus in l. vlt. §. In computatione. C. de iure delib. quem videtur ſequi Paulus Caſtrenſis in commentariis eiuſdem loci: & fundamentum eſt, quia non dicitur hæres hoc in caſu ſumptus feciſſe pro hæreditate, ſed pro ſua vtilitate, vt ſcil. hæreditatem obtineret. Et ideo non debet eiuſmodi ſumptus detrahere, ſicut non detrahit ſumptus, quos alioqui pro ſua neceſſitate feciſſet domi, vt in l. Sed etſi lege. §. Quod autem. ff. de petit. hæred.

Secunda eſt ſententia Angeli, quem ſecutus eſt Alexander in eodem loco, ſumptus detrahi poſſe ab hærede, quos fecit in litigando, ſi obtinuit. Fundamentum eſt, quia videtur fieri hæreditatis gratia, vt ſcilicet illum habeat in dominum, quem defunctus voluit, vel ex teſtamento, vel ab inteſtato, iuxta l. Conficiuntur. ff. de iure codicillor.

Adducitur pro confirmatione, quod habetur in c. Vt præteritæ. de elect. & in l. Iam tamen. §. In hac ſtipulatione. ff. iud. ſolui.

Tertia eſt ſententia Cornei, in commentariis eiuſdem loci, ſi hæres expenſas fecit occaſione hæreditatis, quas non repeteret ab alio, puta in confectione inuentarij, in inſtrumento ipſius teſtamenti, & ſimilibus, ſine quib. ſe defendere non poſſet, tunc eas detrahere poſſit, & eo in caſu locum habeat Angeli ſententia; in aliis verò ſententia Baldi.

Quarta eſt ſententia Iaſonis, in d. §. In computatione, ſi hæreditas ſoluendo non ſit, expenſas iſtas poſſe detrahi, & videtur eſſe eadem cum ſententia Angeli.

Animaduerto Angeli ſententiam magis communiter receptam eſſe, vt intelligi poteſt ex Emiliano in conſ. 15. Rolando à Valle, de confectione Inuentarij in 4. parte. §. Quid de expenſis. & Marzario de fideicommiſſis, in vltima parte Epitom. quæſt. 67. Et omnib. maturè conſideratis veriorem quoque iudico, argumento textus in d. l. vl. §. In computatione. C. de iure delib. vbi Iuſtinianus ita ſcribit: *In computatione autem patrimonij, damus ei* (ſcil. hæredi) *licentiam excipere, & retinere quicquid in funus expendit, vel in teſtamenti inſinuationem, vel inuentarij confectionem, vel in alias neceſſarias cauſas hæreditarias approbauerit ſe perſoluiſſe.* illa verba: *vel in alias neceſſarias cauſas*, videntur dirimere quæſtionem iſtam. Nam negari non poteſt, quin hæc ſit cauſa neceſſaria, cùm hæreditas defenditur aduerſus eos, qui eam iniuſtè vindicare ac auferre conantur lite mota; quare communiorem hanc ſententiam & ipſe probo.

CAPVT XXX.

Hæres, qui confecit inuentarium an damnum ſentiat ex interitu rerum hæreditariarum?

CErtum eſt damna quæ ex rerum interitu poſt teſtatoris mortem acciderint, ad heredem pertinere, nõ autem ad legatarios, niſi ſpecies, id eſt, certa corpora relicta ſint, quæ abſque mora hæredis perierint, vt in l. ratione. 30. §. Diligenter. ff. ad legem Falcid. Cæterum eſt controuerſia, an idẽ iuris ſit in eo hærede, qui inuentarium confecit. Et negat Bartolus idem iuris eſſe tam in d. §. Diligenter. quàm in l. vltim. §. Etſi præfatam. C. de iure delib. quem

quem secuti sunt Alexander post alios, quos citat in d. §. Diligenter. nec non Iason, & Corneus in d. §. Etsi præfatam. dum loquuntur de sexta inuentarij successione.

Fundamentum est, quia hæres, qui confecit inuentarium, debet esse sine damno: vt in d. §. Etsi præfatam. Deinde, quia hæres est debitor quantitatis respectu certæ speciei, id est, propter res hæreditarias & earum respectu. Debitor autem quantitatis respectu certæ speciei, interitu ipsius speciei ante moram liberatur, vt notant omnes in l. Quod te. ff. si certum petatur. & dixi lib. 2. Controuersiarum iuris. cap. 71. in prima parte.

Cæterum, Castrensis in d. §. Etsi præfatam. contrarium docuit, nimirum periculum & damnum interitus rerum pertinere ad hæredem, quoties post aditam hæreditatem contigit: sequitur eandem sententiam Ripa in l. 1. §. Si is qui quadringenta. nu. 9. ff. ad legem Falcid. & Rolandus a Valle, de Confectione inuentarij in 4. parte. §. Sexta est vtilitas.

Fundamentum est, quia post aditam hæreditatem, si illa sit soluendo, hæres dicitur obligatus esse in solidum legatariis, & consequenter rerum interitu non liberatur. l. Incendium. C. si certū petatur. Huc accedat, quod olim hæres etiam nullo inuentario confecto, nō tenebatur legatariis vltra vires hæreditatis. l. 1. §. Si is qui quadringenta. ff. ad legem Faleid. & tamen periculum interitus ad eum, non autem ad legatarios spectabat, vt habetur in d. l. In ratione. §. Diligenter. ff. ad leg. Falcid.

Prior sententia mihi magis probatur: quia quod hæres inuentarium conficiens nullum damnum subire debeat, certum & exploratum est ex d. l. vlt. §. Etsi prefatam. & ex Nouella de hæred. & falcid. §. Hinc nobis. ibi: *Homines excepimus ex damno rerum suarum, &c.* Quod autem vt dicebat Paulus Castrensis in solidū hæres teneatur post aditā hæreditatem quando est soluendo, valde incertum est, nam etsi hæres tunc legata soluere teneatur, & debita defuncti, tamen dicit textus in d. §. Etsi præfatam. *Eis satisfaciāt* (hæredes) *ex hæreditate defuncti: vel ex ipsis rebus, vel earum forsitan venditione.* Ex quibus verbis indicatur hæredibus licere res hæreditarias, aut vendere, aut in solutum dare creditoribus & legatariis, & consequenter hæredes non esse absolutè, & simpliciter obligatos ad soluendum ex sua ipsorum substantia, & bonis: Quare, si ipsæ res hęreditariæ non extent, videntur hæredes liberati ab onere soluendi: & sic fundamentum Pauli Castrensis non subsistit.

Quod verò Castrensis vrgebat, olim quoque vltra vires hæreditarias obligatos hæredes non fuisse ad satisfaciendum legatariis, & tamen damnū ex interitu ad eos pertinuisse, nō deterret nos ab hac sententia, quoniam ea comparatio non est idonea, quæ fit inter hæredem respectu legatariorum secundū ius antiquum, & hæredem, qui inuentarium cōficit secundum ius nouum, propterea quòd hæres, qui facit inuentarium ex lege Iustiniani plura commoda & beneficia consecutus est, etiam respectu legatariorum, quàm ille, qui antiquo iure legatariis in solidum nō tenebatur. Nam ex sua substantia non tenetur legata soluere, sed ex rebus hæreditariis: item potest soluere legatariis & creditoribus, qui prius venerint, & suas actiones saluas habet, & omnino nullum damnum sentire debet, & nihil ex sua substantia amittere, vt in d. §. Etsi præfatam. & reliquis §§. d. l. vlt. C. de iure delib.

Et cūm toties dicatur, hæredem nullum damnum, nullum periculum subiturum, si inuentarium confecerit, non videtur ea sententia satis consentanea menti Iustiniani, quę iacturam istam ex rerum interitu ad eum pertinere docet.

Non obstat, quod nonnulli obiiciunt commoda ex alluuione, vel fœtu animaliū, aut aliunde venientia pertinere ad hæredem istum, qui inuentarium conficit. Id enim nemo negauerit, & consequenter etiam incommoda pertinere debere. l. Secundum naturā. de reg. iuris. NAM respondetur id voluisse Iustinianū vt hæres inuentarium conficiens secundum formam ab eo præscriptam, nullum damnum sentiret, sed non prohibuit, quin lucrum faceret: imò voluit eum lucrari, vt patet ex legis Falcidiæ beneficio, vt in d. §. Etsi præfatam. & ex aliis multis commodis, quæ habet hæres. ex quo manifestum est, non rectè inferri posse: lucrum sentire potest, ergo & damnum pati: quia sæpenumero accidere potest, vt hæreditas lucrosa sit, Iustiniano id nequaquam impediente: Nunquam verò vt sit damnosa, eodem ab omni damno hæredes eximente, æquissima sanè & laudatissima sua constitutione.

CAPVT XXXI.

Si hæres inuentarium confecerit, an illud prosit fideicommissario, cui restituit hæreditatem?

INuentarij ab hærede confecti beneficium non trāsire in fideicommissarium, cui restituta est hæreditas absque cessione, Bartolus existimauit in l. In ratione. §. Quod vulgo nu. 9. ff. ad legem Falcid. Motus ex l. Si hæres pecuniam. ff. ad Trebellian. & l. Hæres à debitore. ff. de fideiusso. quibus legibus probatur actionem ex hæredis facto quæsitam in fideicommissarium non transire. Alij contrarium

docent ex l. Sicut. §. 1. ff. Quib. mod. pig. vel hypoth. solu. vbi probatur exceptionem pacti, quod hæredi creditor fecit, fideicommissari o, cui restituta est hæreditas ex Trebelliano S.C. prodesse, vt latè adductis authoritatibus deducit Roland. à Valle, de confectione inuentarij, parte 4. §. Quod si hæres.

Ego subscribo posteriori huic sententiæ, quia hæc non est actio, nec exceptio pacto, vel stipulatione ab hærede quæsita, sed exceptio, quæ hæredi competit inuentarium conficienti ex iuris dispositione, vt scilicet vltra vires hæreditarias non teneatur. l. vlt. §. Etsi præfatam. C. de iure delib. Ex hoc enim sequitur, eam fideicommissario quoque prodesse. Nam in fideicommissarium restituta hæreditate actiones transeunt, quæ in hæredem antea cõpetebant. l. 1. ff. ad Trebellian. At in hæredem in solidum non competunt, sed pro viribus hæreditatis, si inuentarium fecerit: ergo eodẽ modo competunt aduersus fideicõmissarium.

CAPVT XXXII.

Si emptor sit hæres venditoris, & inuentarium conficiat, & res euicta sit, an in ponenda ratione bonorum hæreditatis habeatur ratio dupli euictionis nomine promissi, vel tantum simpli?

Existimo simplum imputandum esse, non duplum, authoritate l. Cùm emptor. ff. ad legem falcidiam. Paulus: *Cum emptor venditori vel contrà hæres extitit, euicto homine, vtrùm duplum in æs alienum deducere: vel computare debeat, an simplum: duplum enim esset, si alius hæres extitisset. Et benignius est eodem hærede existente simplum ei imputari.* Atque ita rectè docet Bartolus in commentariis illius legis, & accedit text. in l. Si ei. §. 1. ff. de Euictio.

Verùm Cynus contrarium docuit in l. vlt. §. In computatione. C. de iure delib. nempe duplum imputandum esse, quia hæres inuentarium conficiens non amittit actiones, quas contra defunctum habet. Habet autem hoc in casu actionem ad duplum euictionis nomine promissum. Et quod attinet ad d. l. Cum emptor. respondet illam non loqui de hærede inuentarium conficiente. Eo enim tempore lex Iustiniani de inuentario conficiendo non erat lata.

Sed non placet hæc sententia, quia licet tempore Pauli non esset lata lex de inuentario conficiendo, erat tamen ita constitutum, vt in imponenda legis Falcidiæ ratione omne æs *alienum deduceretur, etiam id, quod ipsi hæredi mortis tempore deberetur quamuis hæreditatis aditione confusæ sint actiones.* l. In imponenda C. ad leg. Falcid. Et sic, quantum ad hunc effectum rationis ineundæ bonorum, ita hæredis actiones sunt saluæ, quemadmodum inuentario confecto, quoad alios omnes iuris effectus, saluæ sunt hæredi ex d. §. In computatione. & tamen Iurisconsultus respondit, summo iure posthabito, quod suadet duplum imputari, *benignius esse*, simplum imputari hoc in casu.

Angelus in d. l. Cùm emptor. distinguit: aut euictio rei emptæ secuta est ante aditam hæreditatem ab emptore, aut post aditam hæreditatem. Priore in casu imputandum est duplum, quia emptori ius quæsitum erat ad duplum ante aditam hæreditatem, quod ius debet illi inuentarium conficienti saluum esse ex d. l. vlt. §. In computatione. Posteriori casu secus odio pœnæ.

Sed primo distinctionis membro obstat primò, quod d. l. Cùm emptor. loquitur expressè, quando euictio accidit post aditam hęreditatem. Deinde, quod non habetur ratio, verum ius ad duplum petendum quæsitum emptori sit: etsi enim quæsitum sit, tamen æquitas præualet, & facit, vt simplum tantùm imputetur. Tertiò, quoniam etiamsi euictio post hæreditatem aditam contingat, tamen ius ad duplum hæredi quæsitum est, & ideo secundum iuris rigorem duplum esset imputandum. sed tamen contrarium Paulus respondit in conflictu rigoris & æquitatis, æquitatem secutus potius, quam rigorem.

Et hæc est causa cur Angeli distinctionem, quam plerique sunt secuti apud Rolandum de confectione inuentarij in 4 parte. §. Pone Titius. ego non amplectar. Hoc enim mihi propositum est leges legúmque rationes sectari, iustitiæque & ęquitatis rationes, posthabita nonnunquam communiori sententia interpretum doctissimorum.

CAPVT XXXIII.

Vtrum hæres, qui inuentarium non confecit, deducere possit id, quod sibi à defuncto debebatur aduersus eum, cui ex Trebelliano restituit hæreditatem?

HÆc est maximi momenti controuersia, ergo non parum accuratè tractanda & explicanda. Hæres grauatus per fideicommissum hæreditatem alteri restituere, verum, si non confecerit inuentarium, actiones, quæ illi competunt aduersus defunctum, amittat, an verò saluæ ei maneant, vt proinde hæreditatem fideicommissario restituendo deducere & petere possit, vel retinere id, quod sibi debetur. Nam si inuentarium confecerit, explorati iuris est actiones non confundi, ex l. vlt. §. In computatione. C. de iure delib.

Commu-

Communis eſt ſententia non confundi actiones hoc in caſu, & ideo hæredem poſſe, quod ſibi debetur, retinere, vel deducere, aut etiam petere, ita docuit Baldus in l. Debitori. C. de Pactis. Paulus Caſtrenſis in l. ita tamen. §. Si ex Trebelliano. ff. ad Trebell. & ibidem etiam Alexander, & ita ſæpè reſpondit idem Caſtrenſis & Alex. Socinus ſenior & iunior, & plurimi alij, quos adducit Roland. à Valle, de confectione inuentarij, parte 4. §. Pone hæres. Adde Crauettam in conſ. 144 n. 7.

Contrarium docuerunt Imola in l. ab omnibus. §. vlt. de leg. 1. & in l. Debitor. ad Trebel. & Ruinus in conſ. 99. n. 4 lib. 2.

Videamus argumenta Communis ſententiæ argumenta hæc ſunt: Primum ex l. Debitor. ff. ad Trebell. vbi patet actionem pignoratitiam ſaluam manere hæredi debitoris, licet inuentarium non confecerit: non enim id requirit ibi Iuriſconſultus.

Secundum eſt ex l. in imponenda. & l. irritum C. ad legem falcid. vbi patet, in imponenda ratione legis Falcidiæ aduerſus legatarios deducendum eſſe, quod hæredi debetur: Ergo & idem videtur eſſe ſtatuendum aduerſus fideicommiſſarios.

Tertium eſt ex iuris ratione. Nam ſicut olim hæres abſque inuentario in ſolidum legatariis non tenebatur: quia poterat falcidiam deducere: ita nunc non tenetur fideicommiſſario vltra vires hæreditarias, imò Trebellianicam deducere poteſt: neque enim eius detractio prohibita videtur, etiam hodierno iure, licet inuentarium non fuerit confectum, ſecundum veriorem & communiorem ſententiam.

Quartum eſt argumentum, quia hæres per fideicommiſſum reſtituere hæreditatem rogatus non intelligitur grauatus reſtituere, niſi id quod eſt in hæreditate: & ideo non tenetur vltra vires hęreditarias, nec fideicōmiſſo propria hæredis bona continentur, vt conſtat ex l. Cohæredi §. Cùm filiæ. ff. de vulg. & pupil.

Nec obſtat textus a contrario ſenſu in l. vlt. §. In computatione. C. de iure delib. quia argumentum, quod ſumi poteſt, actiones confundi inuentario non confecto, locum habere poteſt contra legatarios, inſpecto nouiſſimo iure, & contra creditores nouo & antiquo iure, & contra fideicommiſſarium: quia nec olim, nec hodie tenetur hæres fideicommiſſario vltra vires hæreditatis.

Fundamentum autem contrariæ ſententiæ poſitum eſt in d. l. vlt. §. In computatione. C. de iure delib. à contrario ſenſu, quia dum ibi dicitur actiones non confundi hærede inuentarium conficiente, argumentum eſt confundi, ſi inuentarium hæres non conficiat. Et eſt regula generaliſſi creditor debitori ſuccedat, quod actiones confundantur, quia non poteſt idem eſſe debitor & creditor. l. Debitori. C. de pactis. Hæc alij.

Nunc quid ipſe ſentiam paucis explicabo. Ego puto, ſi actio aduerſus defunctum competēs ſit realis, puta pignoratitia, ſiue hypothecaria, vel rei vindicatio, ſimiliſve, illam non confundi, licet hæres inuentarium non confecerit: Cæterùm ſi perſonalis ſit actio, nō dubito, quin confundatur. Pro huius ſententiæ confirmatione adfero textum in l. Debitor. ff. ad Trebelli n. Papinianus: *Debitor ſub pignore, creditorem hæredem inſtituit, cúmque rogauit reſtituere hæreditatem filiæ ſuæ, id eſt, teſtatoris: cùm nollet adire, vt ſuſpectam, coactus iuſſu prætoris adiit & reſtituit: cùm emptorem pignoris non inueniret, deſiderabat permitti ſibi iure dominij id poſſidere: Reſpondi aditione hæreditatis confuſa quidem obligatio eſt. Videamus autem ne & pignus liberatum ſit ſublata naturali obligatione. Atquin ſiue poſſidet creditor actor, idemque hæres rem, ſiue non poſſidet: videamus de effectu rei, & ſi poſſidet, nulla actione à fideicommiſſario conueniri poteſt, neque pignoratitia, quoniam hæreditaria eſt actio: neque fideicommiſſum quaſi minus reſtituerit, rectè petetur, quod eueniret, ſi nullum pignus interceſſiſſet: poſſidet enim eam rem quaſi creditor. Sed etſi fideicommiſſarius rem retineat, & hic Seruiana actio tenebit. verum eſt enim non eſſe ſolutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cùm amiſſa eſt actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, ſed etiam petitio pignoris nomine competit, & ſolutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.*

Hic vides illa verba poſtrema: *Remanet ergo naturalis obligatio propter pignus.* Quæ ſignificant propter alia obligationem eſſe confuſam: ſed remanere propter pignus, quod & ſuperiora verba indicant, illa ſcilicet: *Reſpondi aditione hæreditatis obligatio quidem cōfuſa eſt.* Confuſione igitur tollitur perſonalis obligatio, non realis: & ratio eſt, vt inquit Iacobus Cuiacius ad Aphricanum Tractatu 9. quia confuſio perſonarum non mutat cauſam rerum. l. Cùm quis. § vlt. ff. de ſolutio. ibi: *Quamuis ex fideiuſſoria cauſa non tenearis nihilominus tamen pignus obligatum manebit.*

Dices valde iniquum videri, ſi hæres rogatus ſit hæreditatem reſtituere; quod ſibi debetur, deducere nō poſſit, præſertim verò ſi coactus adierit hæreditatem, vt in illa ſpecie d. l. Debitor. reſpondeo, iniquum non eſſe: quia primò inuentarium facere poterit, & actiones erunt ſaluæ: Secundò, quia ſi non coactus adiit hæreditatem, detrahere poteſt quartam partem ex Trebelliano. Tertiò. quia cogi

non poterit adire, niſi quicquid ſua intereſt, & omne damnum & lucrum à fideicommiſſario ſarciatur, vt in l. apud Iulianum. ff. ad Trebell. & ſic etiam id, quod ſibi debetur, petere poteſt ex hæreditate deduci: Si ergo non petierit id deduci, ſibi imputare debebit.

Ex hac autem concluſione noſtra perſpicuũ eſt, rectè reſpondiſſe eos, qui dixerunt, deduci ab hærede poſſe aduerſus fideicommiſſarium, bona ipſi hæredi debita ex cauſa fideicõmiſſi. Item bona dotalia ſiue dotes. Nam conſtat, bona ex fideicommiſſo debita vindicari poſſe eueniente cõditione. l. penult. §. Sin autem. C. commu. de leg. & pro dote actio hypothecaria competit. l. vn. C. de rei vx. act. quare eiuſmodi actiones tanquam reales hæreditatis aditione non confunduntur.

Cæterùm actiones merè perſonales cõfunduntur, vt dictum eſt, niſi hæres coactus adire cautione in id, quod intereſt, petita ſibi proſpexerit.

Huic concluſioni non obſtant argumenta communioris ſententiæ. Nã quod attinet ad d. l. Debitor. iam reſponſum eſt, & ſatis clarè demonſtratum, niſi fallor, ea lege perſonalem obligationem confundi hæreditatis aditione, non autem realem.

Quòd verò attinet ad l. In imponenda. & ad l. Irritum. C. ad leg. Falcid. nihil aliud dicunt, niſi in ponenda ratione legis Falcidiæ deductionem, & computationem fieri eius, quod defunctus hæredi debuit, & contra: hoc ideo quia initur ratio omniũ bonorum, quæ mortis tempore fuerunt, perinde, atque ſi ea bona, quæ tunc fuerunt, nunc quoq; eſſent, nec vlla confuſio ſuperueniſſet ex aditione hæreditatis. Mortis autem tempore fuit æs alienũ, vel nomina debitorum quæ propterea vel in bonis numerantur, vel ex eis deducuntur.

Ad tertium argumentum reſpondeo, hæredem non teneri fideicommiſſario vltra vires hæreditatis, id concedo, ſed non inde rectè infertur eum deducere poſſe, id, quod ſibi debetur. Nam remedium habet, quo ſuæ indẽnitati proſpiciat, licet actio perſonalis confundatur, vel ex deductione Trebellianici quadrantis, vel ſi coactus adierit, vt curet ſibi ab ipſo fideicõmiſſario caueri, quod nullum dãnum patiatur, iuxta l. Apud Iulianum. ff. ad Trebellian. & conſequenter, vt quod ſibi debetur, ſoluatur, aut deduci ex hæreditate permittatur.

Ad poſtremum argumentum reſpondeo, in fideicommiſſo non contineri hæredis grauati iura & bona: & ſic etiam nos dicimus, reales actiones & iura in rem non confundi: ſed cõfunduntur tamen perſonales actiones, niſi vel inuentarium ſit confectum, vel curet hæres ſe non aliter ad adeundam hæreditatem cogi, quàm ſi omne damnum & lucrum ſibi à fideicommiſſario refundatur.

CAPVT XXXIV.

Hæres, qui inuentarium non confecit, an in ſolidum teneatur, ad præſtandum legatum alimentorum?

ALimenta iudicis arbitrio taxanda & moderanda, vt ſecundum perſonæ dignitatem & patrimonij quantitatem, regioniſque conſuetudinem ea decernat, & ex aliis cauſarum circumſtãtiis, in cõfeſſo eſt apud omnes, vt per Menoch. de Arbitr. iudicum, caſu 169. Iam verò facti ſpecies hæc proponitur, Teſtato alimenta legauit, hæres inſtitutus inuentarium non confecit, legatarius ea petit ſibi præſtari abſolutè ac in ſolidum: Hæres excipit facultates eſſe exiguas, & ſecundùm illarum modum eſſe præſtãda, quæritur quid iuris. Reſpondet Baldus in l. Voluntatis. C. de fideicõmiſſis. præſtanda eſſe arbitrio iudicis ſecundùm quãtitatem, & vires patrimonij & hæreditatis. ſequitur Aretinus in rubr. ff. de acquir. hæred. col. 3. verſ. Vnde Alexã. ibidem in fine. Vitalis in tract. de Clauſulis, tit. Nil nouari in inuentarij confectione pendente. num. 56. verſ. Quintus caſus.

Fundamentum eſt: quia hæc eſt legitima interpretatio legati alimentorum, ad quam teſtator te[?] p[?]xiſſe intelligitur. Nec inuentarij omiſſio obſtare poteſt: quia hæres inuentariũ conficiens non tenetur ad plus præſtandum, quàm legati qualitas expoſcat.

Cæterùm hæredem inuentarium non conficientem in ſolidum teneri ad alimenta legatario præſtanda, Iaſon exiſtimauit in l. vlt. §. Etſi præfatam. in 4. limit. C. de iure deliber. Natta in conſ. 387. num. 9. Cotta in Memorial. in verſ. Inuentarij confectio. Adderes ad Matheſilanũ ſingul. 157. num. 6. & alij, quos refert & ſequitur Rolãdus à Valle de cõfectione inuentarij in vltima parte. §. Quid ſi teſtator.

Fundamentum eſt, quia hæres inuentarium non conficiens in ſolidum tenetur creditoribus & legatariis, vt in d. §. Etſi præfatam. & in Nouella de hæredibus & falcid. §. Si verò non fecerit, quia præſumitur ſubtraxiſſe res hæreditarias: Ergo in ſolidum præſtare debet alimenta: quia hæreditas præſumitur eſſe ſufficiens pro alimentis à teſtatore relictis.

Ego in poſteriorem hanc ſententiam facilè deſcenderem, ſi verum eſſet illud, quod in argumento adfertur, nimirum hæredem inuentarium nõ conficientem præſumi ſubtraxiſſe res hæreditarias: ſed vereor, vt verum ſit: Nemo enim præſumitur delinquere. l. Meritò. ff. pro

ff. pro socio. Nec Iustinianus in d. Nouella, de hæred. & Falcid. hoc dixit, hæredem videlicet præsumi aliquid ex rebus hæreditariis subtraxisse, sed dixit: *Nec per ea, quæ fortè subtraxerunt, inducere tentent falcidiam.* Itaque si heres velit Falcidiam deducere eo nomine, quòd legata dodrantem hæreditatis excedat, id vetat Imperator hæredi exprobrans culpam, cur non fecerit inuentarium: Posset enim fieri, vt hæres bona aliqua subtraheret, deinde diceret, bona nō esse sufficientia, nec remanere sibi falcidiam. Ad occurrendum huic fraudi nō quidem a legum latore præsumptæ, sed ne committatur, verenti ac timenti mandat inuentarium cōfici. Sicut exempli causa: Ne circa testamenta fraudes committātur, lex multa introduxit solennia, & numerum testium & alia: non tamen rectè quis dixerit testamētum conditum non adhibitis tot solennibus, statim falsum præsumi. Nullum quidem erit, sed non falsum statim præsumitur. Itaque hæres, qui inuentarium non confecit, insolidum quidem tenetur creditoribus & legatariis, sed non tenetur, nisi secundum legati qualitatem & naturam. Et ideo in proposita specie cōcludo priorem sententiam probabiliorem videri. Et tantò magis, si hæres, qui non confecit inuentarium, paratus esset probare, non alia in bonis hæreditariis relicta esse à testatore, quàm ea, quæ ipse fatetur & indicat: Tunc enim validè iniquum esset illum condemnare in solidum ad præstanda legatario alimenta, nō habita ratione rerum hæreditatis, quę verè constat fuisse tempore mortis testatoris, atque ita sentio.

CAPVT XXXV.

Si filius patria potestate aliter, quàm per emancipationem liberetur, puta per dignitatem Episcopalem, vel Patritiatus honorem, vel per matrimonium contractum, vbi ex consuetudine, vel statuto Ciuitatis liberatus esse intelligitur à patria potestate, an pater vsumfructum amittat bonorum aduentitiorum & maternorum?

OMisso nunc inuentario hæredis, de quo sat multa diximus, ad patremfamilas reuertamur. Filius liberatur patris potestate per Patritiatus honorem, vel Episcopalem dignitatem. §. Filiusfamil. in Institut. Quibus mod. ius patrię potestat. sol. Auth. Sed Episcopalis. C. de Episcop. aud. Multis etiam in Ciuitatibus cōsuetudo, vel statutum extat, per Matrimonium ab ipso filiofamil. contractum patriam solui potestatem: Quæritur, an pater vsumfructū amittat, quem habet in bonis aduentitiis & maternis, iuxta l. 1. C. de bonis maternis. l. Cum oportet. C. de bonis, quæ liberis. Videntur mihi pugnantes doctorum sententiæ. Nam multi dixerunt, patrem non amittere vsumfructum, licet filius patria potestate liberetur propter dignitatem, vel Episcopalem, vel Patritiatus honorē, vel aliam qualitatem, vt videre licet ex Ascanio Clemente de patria potestate, c. 6. effectu 2. n. 23. Rursus multi affirmarunt, patrem vsumfructum amittere, si filius patris potestate liberetur per Matrimonium contractum, vt intelligi potest ex Boërio decis. 197. n. 5. 7. & 8. Domino meo Cephalo in cons. 423. n. 54. lib. 3. Ioan. Schneideuu. ad tit. de patria potestate, n. 47 & ibi etiam Vvesembec. & de consuetudine Lusitaniæ, Pinello, ad l. 1. C. de bonis mater. in 1. parte, n. 39.

Fundamentum prioris sententiæ est in l. vlt. C. ad Tertyll. & in l. 3. C. de vsufruct. quibus legibus probatur, cessante patria potestate per mortem filii, non cessare vsumfructum patri quæsitum: & ratio illa adfertur, quia cessante causa non cessat effectus, quando iam est cōsūmatus & perfectus. l. vlt. ff. vnde liber. Bart. in l. 2. §. vlt. ff. de donatio. Sed hic effectus est consummatus, quia patri ius quæsitū est, ergo licet cesset patria potestas, non debet amitti.

Istis non obstantibus posteriorem sententiam longè probabiliorem esse iudico, & moueor, quia id videtur esse legibus nostris consentaneum, & rationi quoque: vt filius sui iuris effectus integro iure bona sua obtineat, nec eorum vsufructu careat, cùm pro patre familias habeatur. Id probatur primò ex l. Cum oportet. §. Cum autē. C. de bonis, quæ lib. Ex qua lege ita argumentari licet: Si pater non amitteret vsumfructum iam acquisitum filio eius potestate liberato, nulla ratio adferri posset, cur, si per emancipationem filius eius potestate liberetur, vsumfructum omniū bonorum pater non retineret: Neque enim minus iuris pater habet in bonis filij eum emancipādo, quàm si aliter, quàm per emancipationem patria potestas tollatur: imò plus iuris habet, siquidem in præmium emancipationis dimidiam partem habet vsusfructus, vt in d. §. Cum autem. Cum igitur per emancipationem factam pater vsumfructum non retineat, sed illam duntaxat dimidiam, quam in præmium habet emancipationis. Inde argumentum sumi potest fortissimum, nullum vsumfructum patrem retinere soluta patria potestate aliter, quam per emancipationē: tunc enim nullum præmium patri debetur: quia ipse non est causa, vt tollatur patria potestas, sed filius liberatur patria potestate legis beneficio.

Secundò, nam certum est vsumfructū patri deberi ratione patriæ potestatis. l. Cum opor-

ret. C. de bonis, quæ liber. ibi: *Eorum vsusfructus apud patrem, vel auum, vel proauum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat.* Et quod ad bona materna attinet, illud est certissimum quia dos materna ad filios spectat, tanquam hæredes matris. l. Vna. §. Illo procul dubio. C. de rei vxo. act. & ideo pater nihil iuris habere potest, nisi ex pactis nuptialibus, vt ibi dicitur, vel ex statutis lucrum dotis ipsi deferatur, alioqui iis cessantibus nullum ius habet, nisi quoad vsumfructum, & id ratione patriæ potestatis: Est enim necesse, vt inde illud ius oriatur, cùm aliunde non possit oriri, & subrogatum est in locum plenæ acquisitionis, quæ olim patri deferebatur, bonorum filij, vt in §. Igitur liberi nostri. in Inst. Per quas personas nobis acquiritur.

Denique, si pater vsumfructum retineret in bonis filij, quia iam sui iuris effectus est, non liceret filio ea bona obligare, vel alienare sine patris consensu. arg. l. vlt. §. Filiis autem familias. C. de bonis, quæ lib. Quod tamen est absurdum, cùm filius sit dominus, & iam sui iuris effectus, & pro patrefam. habeatur, & contrahentes quodammodo deciperentur, qui nullum patris consensum exigerent.

Non obstant argumenta contrariæ sententiæ. Nam quod ad l. vlt. C. ad Tertyll. attinet, & similes, quibus dicitur, mortuo filio patrem nihilominus retinere vsumfructum, respõdeo, illam facti speciem longè differre ab hac nostra, quando scilicet filius viuit, & sui iuris effectus est: tunc enim rationi conuenit, vt ipse sua bona possideat, & eis vtatur, ac fruatur, nõ pater, ex cuius sacris solutus iam est. At cùm mortuus est filius, tunc nihil obstare potest patri superuiuenti, quo minus vsumfructum bonorum filij aduentitiorum retineat in dies vitæ suæ.

Quod verò dicebatur, cessante causa, non cessare effectum, qui iam cõsummatus & perfectus est, vt maxime verum sit, (est autem generale brocardicum) non potest ad speciem hanc nostram accommodari, quoniam, si locum in quæstione nostra haberet, sequeretur patrem vsumfructum acquisitũ ex patria potestate non amittere, licet filium emanciparet: quia videlicet effectus acquisitionis erat iam perfectus & consummatus, quod tamen est falsum, & contra l. Cum oportet. §. Cum autem. C. de bonis quæ lib. vbi datur tantùm patri dimidia in præmium emancipationis ipsius vsusfructus.

CAPVT XXXVI.

Hæreditatis diuisio, an peti possit post longissimum tempus?

Cohæredes in communione mãserunt triginta annis, postea vnus alterum ad diuisionem prouocat hæreditatis, vtrum sit audiẽdus? Negauit semper Accursius existimãs lõgissimi huius temporis spatio actionem familiæ herciscundæ tolli in l. 1. §. Nemo. in verb. Communi diuidundo. C. de annali except. & in l. 1. vers. Cohæredibus. ff. Famil. hercisc. & alibi. Accursium secuti sunt Iacobus Butrig. Baldus & Angelus in d. §. Nemo. & alij nonnulli ex antiquioribus, quos commemorat Iason in §. Quædam. n. 28. in Instit. de actiõn.

Fundamentum verò est in d. §. Nemo. vbi Imperator ita dicit: *Nemo itaque audeat, neque actionem familiæ herciscundæ, neque communi diuidundo, neque finium regundorum, neque pro socio, neque furti, neque vi bonorum raptorum, neque alterius cuiuscunque personalis actionis vitam longiorem esse XXX. annis interpretari.*

Nec obstat, si dicatur, neminem inuitum in communione retineri posse. l. vlt. C. Commũ. diui. Item, si cõueniat, ne omnino à diuisione discedatur, huiusmodi pactũ nullas vires habere. l. In hoc iudicium. §. Si conueniat. ff. Cõmun. diuid. Ergo, nec vires habere temporis præscriptionem, quia respondetur in aliquibus casibus esse constitutum, vt quis inuitus in communione retineatur, vt in l. vlt. ff. de alien. iud. mutan. causa fact. & in l. Pupillorum. ff. de rebus eorum, qui sub tut. Et consequenter idem & in proposito casu constituendum videtur propter longissimum tempus. Et licet illud pactum non valeat, non tamen sequitur præscriptionem non valere.

Cæterùm affirmarunt diuisionem peti posse, non obstante longissimi temporis lapsu in specie facti supra dicta, magis communiter Doctores, quos sequor, Bartolus in d. §. Nemo, & ibidem Cynus, Baldus sibi non constans in l. vlt. C. fin. regund. Iason alios adducens in d. §. Quædam. nu. 31. in Institut. de actio. & ibidẽ Zasius n. 10. Quorum fundamentum est in d. l. vlt. C. Commun. diuid. vbi nemo inuitus cogitur in communione permanere.

Ad textum in d. l. 1. §. Nemo. C. de annali except. respondent familiæ herciscundæ actionem vitam longiorem xxx. annis non habere, *Ex quo ab initio competit, & semel nata est,* vt inquit ibi Imperator. Sed actio ista non oritur, nisi ex voluntate cohæredum, qui videlicet diuidere volunt hæreditatem, & ex eo tempore competit, quo alter alterum ad diuisionem prouocauit. Verùm donec communiter, ac pro indiuiso bona possident, non oritur actio ista, quare nec lapsus triginta annorum ex eo tempore, quo in communione cohæredes bona possident, inducere potest præscriptionem, & actionem extinguere: sed requiri-

requiritur lapſus triginta annorum ex eo tempore, quo cohærêdum alter diuidere voluit, & alterum ad diuiſionem prouocauit.

Hanc reſponſionem Accurſius non ignorauit, & ideo ſemper eam confutauit, dicens; Actionem famil. hercisc. oriri ex quaſi contractu, vt in §. Item ſi inter aliquos. in Inſtit. de oblig. quæ ex qua contr. non autem ex voluntate hæredum.

Et re vera nō eſt bona reſponſio. Nam familiæ herciſcundæ actio oritur ex legib. XII. tabularum. Namque cohæredib. volentibus à communione diſcedere, neceſſarium videbatur aliquam actionem conſtitui, qua inter eos res hæreditariæ diſtribuerentur. l. 1. ff. Famil. hercisc. Et ſine dubio competit ex eo tempore, quo hæreditas eſt adita. Nam hæc actio eſt mixta in rem & in perſonam, vt in §. Quædā. in Inſt. de actio. In rem dicitur reſpectu portionis hæreditatis, quæ ad ipſum cohæredem pertinet: quia cohæres vindicat dominium rei ſuæ, ſcilicet hæreditatis portionem ad ſe pertinentem. In perſonam autem dicitur reſpectu portionis alterius cohæredis. Etenim in diuiſione fienda hæreditatis, neceſſe eſt alteri cohæredum attribui pro diuiſo, quod alterius cohæredis erat pro indiuiſo, quod tamē viciſſim debitum eſſe dicitur cohæredibus, & ideo inde oritur actio in perſonā, & etiam ex perſonalibus præſtationibus, vt in l. Item Labeo. 13. §. Familiæ. ff. Fam. hercisc. ibi: *Conſtat ex duobus, id eſt, rebus & præſtationibus, quæ ſunt perſonales actiones.*

Ad argumentū igitur quod ſumitur ex d. §. Nemo, reſpondetur, illum textum ita eſſe accipiendum, vt actio famil. hercis. non habeat longiorem vitam XXX. annis, quando ſcilic. cohæres, cui illa competit, non eſt in poſſeſſione bonorum pro indiuiſo, ſed aduerſarius eius, ſcil. cohæres, omnia bona poſſidet hæreditatis: tunc. n. poſt elapſos XXX. annos excluditur talis cohæres, qui tanto tempore non prouocauit ad diuiſionem, nec ſuam hæreditatis portionem vindicauit. Exemplū: Titius & Caius cohæredes exiſtunt Sēpronij defuncti. Titius ſolus hæreditatem totam poſſidet, Caius id patitur, nec interpellat eum prouocando ad diuiſionem; labitur tempus longiſſimum XXX. annorum: Poſtea ad diuiſionem illum prouocat, Non poteſt, quia actio familiæ hercisc. ex longiſſimi temporis lapſu ſublata eſt, quare meritò excluditur. Hæc eſt ſententia d. §. Nemo.

Et ratio eſt manifeſta; quia ſine poſſeſſione nō procedit vſucapio. c. Sine poſſeſſione. de reg. iur. lib 6. Ergo, ſi Titius non poſſideat vniuerſa bona hæreditaria, nō poterit ea vſucapere, ſeu præſcribere longiſſimo tempore. Et hoc eſt illud, in quo lapſus eſt Accurſ. memoriā, nam cum videret perſonales actiones tolli ſpatio XXX. annorū, & actionem famil. hercıſcund. perſonalem eſſe, non eſt recordatus etiā realem eſſe: & licet actio in rem tollatur præſcriptione longiſſimi temporis, non tamen in propoſita facti ſpecie tolli poſſe, quandoquidem ambo cohæredes præſupponuntur in communione manſiſſe, & ideo ambos poſſediſſe pro indiuiſo res hæreditarias, conſequenter locum eſſe non poſſe præſcriptioni in fauorem eius, qui non poſſidet, & in præiudicium eius qui poſſidet, & ideo neceſſe non habet bona vindicare, nec ſi maneat in cōmunione, & pro indiuiſo poſſideat, dici poteſt negligens: ideo. n. non petit, quia & ipſe ſuam habet portionem. Non petit autem diuiſionem, quia libenter in communione manet ſciens, quandocunque voluerit ſibi licere alterum cohæredem ad diuiſionem prouocare, iuxta l. vlt. C. Commu. diui.

CAPVT XXXVII.

Tractatur controuerſia inter Legiſtas & Canoniſtas circa diuiſionem hæreditatis, an illa ſic inſtituenda ſit, vt maior diuidat ex fratribus & minor eligat?

CAnoniſtæ docent; ita hæreditatis diuiſionem inter fratres exequēdam eſſe, vt maior diuidat, minor eligat: authoritate textus in c. 1. de Parochiis. in illis verbis: *Ita vt ille diuidat, qui amplius temporis in Epiſcopatu habet, & minor eligat.* Item teſtimonio S. Auguſtini de ciuitate Dei, lib. 16. c. 20. ita dicentis: *Hinc fortaſſis effecta eſt inter homines pacifica conſuetudo, vt quando terrenorum aliquid partiendum eſt, maior diuidat, minor eligat.* Locutus eſt autem ibi S. Auguſtinus de diuiſione Lothis & Abrahæ fratrum, & verba Abrahæ, qui erat ſenior, recenſuit, dicentis ad Loth: *Si tu in ſiniſtram ego in dextram: vel ſi tu in dextram, ego in ſiniſtram.* quod quidem teſtimoniū S. Doctoris munitum authoritate veteris, vel noui Teſtamenti. Canoniſtæ dicunt præferendum eſſe cuicunque conſtitutioni, vt per Glo. in c. De libellis. 20. diſtinct. & habetur apud Gratianum 16 quæſt. 2. c. Placuit.

Legiſtę contrà iudicis ſiue arbitri officio diuiſionis hæreditatis negocium committunt, & quod ab eo definiri non facilè poteſt, ſorte dirimendū cenſent. l. 4. §. & d. l. In hoc iudicio. ff. Famil. hercisc. §. Si familię. in Inſt. de off. iud. & argum. l. Si duobus C. comm. de leg.

Vide Hoſtienſem, Ioan. Andr. & Butr. in d. c. 1. de parochiis. Iaſonem in l. 1. n. 39. ff. Si certū petat. & in §. Quædam. n. 62. Andream Geyll. lib. 2. obſeruat. 16. n. 14. vbi dicit, Conſuetudine Germaniæ in Cameria Imperiali approbata

receptum esse, vt senior fratrum diuisionem pro suo arbitrio bona fide, & ex æquo faciat, & minor natu eligendi prærogatiuam habeat. Aliquid etiam per Cuiacium ad l 2.C.quando & quib.quarta pars.lib.10.

Ego consuetudinem, vbi illa viget, seruandã esse non dubito: Iure autem si agatur, Canonistarum sententiam præferendam censeo in foro Ecclesiastico, & Summi Pontificis ditione temporali; Legistarum in foro Cæsaris. Neque enim Canones hac in re vlli extant, qui leges abrogent. Nec exemplum Abrahæ & Loth generale continet præceptum, cui necessariò parendum sit; sed ex eo orta est consuetudo illa laudabilis, vt frater maior diuidat, minor autem eligat, sicut S. Augustinus loquitur, non autem dicit præceptum datum esse generaliter, vt ita fiat ab omnibus, & frater minor illam habeat prærogatiuam.

CAPVT XXXVIII.

Hæreditas, si delata sit filio alicuius furiosi, an possit absque consensu patris adiri, vt nullum inde emolumentum patri acquiratur?

SI hæreditas delata sit filiofamilias, cuius pater sit furiosus, vtrum possit adiri à solo filio, ita vt non acquiratur patri emolumentum, non vulgaris est controuersia. Negãtem sententiam amplexi sunt Bartolus & Castrensis in l.Cũ hæres.ff. de acq. hæred. & ibid. Angelus, Imola, Romanus & Aretinus, Iason in l. Qui in aliena. §. Interdum. num.13. ff. eod. Crauetta ad l. Cùm filio.in 2.parte.num.13.de leg.1.Sed contrarium docuerunt Cumanus in d.l.Cùm hæres.ad finem. Socinus in l.Cùm filio.num 14. Vers. Vel fortè melius. de leg.1.& Pinellus ad l.1.C. de bonis maternis in 1.part. nu.61.

Prioris sententiæ fundamentum est in d.l. Cùm hæres Marcianus: *Cùm hæres institutus erat filius, & habebat patrem furiosum, in cuius erat potestate: interponere se suam beneuolentiam diuus Pius rescripsit, vt si filiusfam. adierit, perinde habeatur, ac si paterfam. adijsset. Permisit itaque ei, & seruos hæreditatis manumittere.*

Posterioris argumenta sunt ista. Primum ex l. Antistius 62.§. vlt. ff. de acq. hæred. Iabolenus: *Furiosus acquirere sibi commodum hæreditatis ex testamento non potest, nisi si necessarius patri aut domino hæres existat: per alium autem acquiri ei potest, veluti per seruum, vel eum, quem in potestate habet.*

Secundũ est ex l. Patre furioso.ff. de his, qui sui, vel alieni iuris sunt. vbi dicitur patriam potestatem manere, licet pater sit furiosus. Ex quo sequitur effectum etiam manere ipsius patriæ potestatis, vt per filium patri etiam furioso acquiratur.

Tertiũ est ex l. vlt. §. Quæri potest. ff. Quis ordo in bonor. possess. ser. vbi probatur filiofam. non acquiri bonorum possessionem, nisi pater approbauerit, & textus loquitur de patre furente, ibi: *Patre eius absente, &c. Vel etiam furente.* Et rursus ibi: *Tamen non antè acquireretur, quam pater comprobasset.*

Nec id repugnat (ut obiter id addã) l. Cùm hæres. ff. de acq. hæred. quia ibi acquiritur hæreditas, adirique potest ex gratia Principis, nõ ex mero iure, vt patet ex his verbis: *Interponere se suam beneuolentiam diuus Pius rescripsit, &c.*

Alia quædam argumenta Pinellus adfert, quæ non videntur mihi vrgere, & quod affert ex l. penult. ff. de Curatore furioso. non est solidum, quia illa lex non dicit id, quod Pinellus testatur, vt quilibet ex ea facilè cognoscet.

Respondet Bartolus distinguendo, verum filius adeat sponte hæreditatem, an verò iussu Curatoris patris furiosi. Priore casu dicit sibi acquirere ex d. l. Cum hæres. Posteriori acquirere patri ex dict. l. Antistius. Addit Paulus Castrensis rationem, nimirum hæreditatem commoda, & etiam onera continere; & ideo æquum non esse, vt pater ignorans oneribus hæreditariis propter filij aditionem sit obstrictus.

Ego puto vnà cum Pinello, non eam esse sententiam d.l. Cùm hæres, vt filiofam. adeũti hæreditatem acquiratur emolumẽtum, & nõ patri, in cuius potestate est, licet furiosus sit. Primò, quia hoc illa lex non dicit, quod tamẽ dicere debuisset, si ea erat mens, quoniam iurisconsultus nouerat filium in patris potestate esse, licet furiosi. Item sciebat effectum acquisitionis, quem producit patria potestas, & ideo casus ille verbis claris & disertis excipiendus erat à regula generali, quod tamen factum non est. Secundò, quia textus mentionem facit gratiæ diui Pij concedentis filiofamil. vt adire possit hæreditatem, & perinde habeatur, ac si pater adiuisset, non censetur autem id concessisse in præiudicium patris, cui hæreditas acquirebatur: neque enim solet Princeps aliquid vni largiendo alteri præiudicare. l. 2. §. Merito. ff. pro socio. Tertiò, quia textus dicit Imperatorem filiofam. permisisse, vt seruos hæreditatis manumitteret. Certè non erat opus ea permissione, (quod ante me Pinellus notauit) si filius dominus esset hæreditatis. Quartò, quia hæc interpretatio repugnat dict. l. Antistius. §. vlt. vbi patet, patri furioso commodum hæreditatis quæri per filium. Et parum probabilis est illa explicatio, vt intelligatur, quando filius cum consensu cura-

curatoris patris furiosi adiuit; non autẽ, quando sponte filius adiuit ex Principis gratia, cuius fit mentio in d.l. Cùm hæres. Nam verba d.§.vlt. optimè cõueniunt, & aptari commodè possunt vtrique casui, cùm videlicet etiam sponte filius adiuit. Postremò, quia ratio Pauli Castrensis existimantis non esse iustum, vt onera hæreditaria transeant in patrem furiosũ & ignorantem, non habet multum ponderis, quoniam hæc disputatio, qua de agitur, tunc solùm incidere potest, cùm curator patris furiosi vult agnoscere hæreditatem & eius onera subire, si enim nolit, & filio adeunti relinquat hæreditatis commoda & incommoda, cessabit omnis disputatio Filio enim tunc soli adeunti hæreditatem Principis permissu totũ acquiretur emolumentum ex hac repudiatione, præsertim nouissimo iure l.vlt. C. de bonis, quæ lib. Cùm itaque fundamentum d.l. Cum hæres, super quo sententia primo loco relata nititur, non sit satis firmum, non vereor posteriorem sententiam longè probabiliorem esse affirmare, eámque priori anteponere.

CAPVT XXXIX.

Quomodo sit accipiendum quod dicitur in l. vlt. §. Vbi autem in vnum. C. de bonis, qua liber. videlicet patrem legitimum administratorem bonorum filij aduentitiorum mouere & excipere actiones posse adhibito filij consensu.

IMperator Iustinianus ita statuit: *Vbi autem voluntas eorum* (scilicet patris & filij) *in vnũ concurrit: & pater vsumfructum, & filius habeat proprietatem, & in agentibus & fugientibus pater quidem suscipiat actiones & moueat, cuiuscunque ætatis filius inueniatur: Adhibeatur autem filiorum consensus, nisi adhuc in prima ætate sunt, &c.* in l.vlt. §. Vbi autem. C. de bonis, quæ liber.

Controuersia est autem, quomodo illud sit accipiendum, quod de consensu filij adhibẽdo præcipitur. Et ratio dubitationis oritur, ex l.1. C. de bon. mat. vbi Constantinus nulla mẽtione facta consensus filij ita constituit: *Parentes autem, penes quos maternarum rerum vtendi fruendiq́ tantum potestas est, omnem de bene tuenda rei diligentiam adhibere: & quod iure filiis debetur, in examine per se, vel per procuratorem poscere: & sumptus ex fructibus impigrè facere, & litem inferentibus resistere, atq́ ita omnia agere, tanquam eis integrum perfectumq́ dominium acquisitum fuisset, &c.*

Hic nullum verbum, quod filij consensus adhibendus sit à patre, vt meritò dubitetur, cur eiusmodi consensus à Iustiniano requiratur in d.l. vlt. §. Vbi autem.

Controuersia est, dixi, quomodo id accipiẽdum sit. Et prima est sententia Bartoli in d.§. Vbi autem. consensum filij in constituendo procuratore non requiri: quia dum filius consensit patri in aditione hæreditatis, videtur etiam tacitè consentire, vt procuratorem constituat.

Hæc sententia refellitur ex verbis dicti §. Vbi autem. Nam Iustinianus ibi loquitur de filio & patre in vnam voluntatem concurrentibus circa aditionem hæreditatis, & tamen requirit filij consensum, dicens: *Adhibeatur autem filiorum consensus, &c.* Ex quo patet nõ sufficere consensum præstitum circa aditionem hæreditatis.

Secunda est sententia Angeli in l. vlt. §. Pupillus. ff. de verb. oblig. patrem absque consensu filij constituere posse procuratorem, arg. l.1. C. de bonis matern. nisi de nuda proprietate lis instituenda sit: tunc enim etiam filij consensus erit adhibendus, & ita accipiendum, quod habetur in d §. Vbi autem.

Sed huic sententiæ repugnant verba d.§. Vbi autem quib. exigitur filij consensus nulla distinctione adhibita inter proprietatem & vsumfructum.

Tertia est sententia, distinguendum esse inter procuratoris cõstitutionem, & alios actus iudiciales. Pater itaque procuratorem absque consensu filij constituere potest, vt in d.l.1 C. de bonis matern. vbi nullum verbum de consensu filij adhibendo; sed actiones mouere & suscipere non poterit, nisi filij consensus interueniat. ita Baldus & Castrensis in d.l. vlt. §. Vbi autem, C. de bonis quæ liberis. qui textus non loquitur de procuratore, sed de actionib. mouendis vel suscipiendis. Eandem sententiam secutus est Pinellus aliis adductis in l.1. C. de bonis mater. in 2. part. sub n.66.

Sed obstat, quod etiam in l 1. C. de bonis mater. textus loquitur de actionib. mouendis, & excipiendis à patre, vt patet ibi: *In examine per se vel per procuratorem poscere.* Et rursus ibi: *Et litem inferentibus resistere.* Et tamẽ nulla fit mentio consensus filij in hoc adhibendi. Rursus obstat quod hæc distinctio inter procuratorem, & alios actus iudiciales rationem nõ habet diuersitatis, cur potius in vno, quàm in altero casu filij consensus adhibendus sit. Et quod Pinellus dicit maius esse periculum in agendo vel defendendo, quàm in procuratore constituendo, nihil mouet: quia hęc sunt paria, agere per se, vel per procuratorem, & ideo in procuratore constituendo, idem periculum versatur, imò aliquando maius, tam propter mandati formam, quàm etiam propter ipsam personam procuratoris, vt sit idoneus & non suspectus.

Postrema est sententia, vt mihi videtur, ve-

ra & cõmunior textum in l.1.C. de bonis matern. declarandum & supplendum ex l. vlt. §. Vbi autẽ.C.de bonis, quæ lib. nempe patrem agere posse, & defendere, & procuratorem cõstituere, vt in d.l.1. Sed tamen adhibito cõsensu filij, vt in d.§.Vbi autẽ. Hęc sanè interpretatio nullam habet difficultatem, quia non est nouum, vt vna lex per aliam declaretur, suppleatur & interpreterur. Ita docuerunt Innocentius in c.Accedens. de procur. Imola & Aret.in l.vlt.§.Pupillus.ff.de verb.oblig. Angelus in §.Actiones.nu.4.in Instit de act. Romanus in cons.241.nu.10. Capella Tholosana decis.105. Et hanc esse magis receptam Legistarũ & Canonistarum sententiam, aliis adductis authoritatibus, fatetur Pinellus loco proximè citato. Quamobrem & ipse eam sequor.

CAPVT XL.

Poßitne paterfam. absque Prætoris decreto res aduentitias filij ob æs alienum distrahere?

SCribit Salycetus in l.Pręses.C.de Transact. patrem legitimum administratorem bonorum aduentitiorum filij alienare non posse absque decreto Prætoris bona immobilia, etiam causa æris alieni soluendi, argumento sumpto ex legibus, quibus idem in patre tutore filij constitutum est.l 3.C. de prędiis minor. l.Si pupillorum.§.Si pater.ff.de reb.eorum, qui sub tut.vel cur.sunt. Eandem sententiam tuetur ibi Iason num. 5. & pro eius confirmatione præter alia perpendit verbum *ritè*, in l. vlt. §.Sin autem æs alienum.C.de bonis quę liber. & adfert iuris regulam, quæ colligitur ex l. Si quando. C.de inoff. testam. quoties licentia conceditur aliquid faciendi intelligi debet adhibita iuris solennitate: Et ideo patri licentia concessa alienandi bona filij aduentitia propter æs alienum, ita debet intelligi, vt iudicis decretum interueniat. In eandem sententiam propendet Curtius iunior ibid.n.15 & eam secutus est Crotus in l.Frater à fratre.nu.3.ff.de cond.indeb. Chassaneus in Consuet. Burgundiæ, Rub 6 §.5 n.14.

Sed hæc sententia facilè refelli potest perpenso textu d.l.vlt. §. Sin autem æs alienum. C.de bonis quæ lib. Cuius verba hæc sunt: *Sin autem æs alienum ex defuncti persona descendit: Cùm etiam apud veteres hac esse substantia intelligatur, quæ post detractum æs alienum superfederit: habeat pater licentiam ex rebus hæreditariis primùm quidem mobilibus: sin autem non sufficiunt, ex immobilibus, sufficientem partem nomine fi ij venundare, vt illico reddatur æs alienum, & non vsurarum onere pragrauetur.*

Hîc ego perpendo tria. Primùm licentiam expresſè ab Imperatore concessam patri hoc in casu alienandi bona filij, non igitur decreto Prætoris opus habet: quid enim est aliud Prętoris decretum, quam permissio aliẽnandi? l.5. §.Non passim.ff.de reb.eor.

Deinde hoc perpendo, licentiam ab Imperatore datam alienandi causa addita, *ne vsurarum nomine pragrauetur*, & modo siue ordine etiam adiecto, circa alienationem istam, nempe *ex mobilib. primùm, sin autem non sufficiunt, ex immobilibus*. In his autem potissimum versatur Prætoris diligentia & officium, vt scilic. excutiat, an aliunde possit æs alienum solui, quam ex immobilibus. Quare frustra in hac re Prætoris decretum desideratur, cùm in ea agenda modum & formam Imperator designauerit.

Tertiò, animaduerto nullam fieri mentionem decreti iudicis seu Prætoris in hac alienandi licentia ab Imperatore data: & sanè nõ immeritò. Nam lex confidit multum de patris prudentia hoc in potissimùm casu, quoniam ipsius patris interest, vt res filij tam mobiles quam immobiles cõseruentur, & si fieri possit non alienentur, quia & ipse pater in his habet vsumfructum, quamobrem non dubitat lex, quin alienatio a patre facta in vtilitatem filiorum cessura sit.

Contrariam itaque sententiam, decretum scilicet nòn requiri probabiliorem esse iudico, quam amplexus fuit Azo, & receptissimã esse Pinellus testatur allatis authoritatib. in l. 1.C.de bonis mater.in 3.par.n.21.

Non obstant argumenta contrariæ sententiæ. Nã quod attinet ad primum, illud locum habet in patre tutore filij emancipati: nos autem loquimur de patre legitimo administratore bonorum filij, qui plus iuris habet, habet enim vsumfructum, & alienandi potestatem a lege propter æs alienum simpliciter, & absolutè secundùm formam legis nulla mentione facta decreti adhibendi, vt dictum.

Ad secundum respondeo, solennitatem hoc in casu aliam nõ requiri, quàm a lege positam, vt scilicet causa subsit æris alieni dissoluendi. Item vt primùm ex mobilibus, &c. vt in d.§. Sin autem æs alienum.

Ad tertium ex verbo *ritè*, respondeo, nõ esse in textu: quod si in aliquibus exemplarib. habeatur, significat ordinẽ seruandum à patre in ipsa alienatione fienda, nimirum, vt primùm mobilia distrahãtur, tum immobilia, non autem significat iudicis decretum: quia hoc in casu nec à lege requiritur, nec necessarium videtur.

CAPVT XLI.

Ad l.lege obuenire 130 ff.de verb.sig. & l.3.§.De illo.ff.pro socio.

Vlpianus

VLpianus: *Lege obuenire hæreditatem non impropriè quis dixerit, & eam, quæ ex testamento defertur, quia lege 12 tabularum testamentariæ hæreditates confirmantur.*

Paulus: *De illo quæritur, si ita societas coita sit, vt si qua iusta hæreditas alterutri obuenerit, cõmunis sit, quæ sit iusta hæreditas? vtrum quæ iure legitimo obuenit an etiam quæ ex testamento, & probabilius est ad legitimam hæreditatem tantùm hoc pertinere.*

Iam controuersia oritur, quomodo hæc responsa accipienda sint. Nam si non impropriè legitima hæreditas dicitur apud Vlpianum, quæ ex testamento defertur, ergo & apud Paulum respondendum videbatur etiam hæreditatem ex testamento delatam in ea specie cõtineri. Variæ ac diuersæ sunt interpretum sententiæ quas hic ordine recẽsebo, tum eligam, quæ mihi probabilior videbitur.

Prima est sententia Iasonis in l. Vn. nu. 8. C. quando non peten. part. distinguendum, vtrũ à lege, vel ab homine proferantur hæc verba. Si à lege, tunc etiam testamentaria hæreditas intelligitur, si verò ab homine, tunc intelligitur ea, quæ ab intestato defertur.

Refellitur à multis hæc interpretatio, quia nec rationem affert vllam diuersitatis inter verba hominis, & verba legis: quia non est satis rationi consentanea, cum verba hominis accipienda sint secundùm interpretationem legis.

Secunda est sententia communior cæteris, Vlpianum loqui secundùm latiorem significationem verbi: Paulum verò secundùm strictam & propriam. Ita omnium prius docuit Accurs. in l. Legitimam 8. ff. de petit. hæredit. Decius & Cagnol. ad d. l. Vn. C. quando non peten. part. latè Bellonus lib. 3 Supputationum iuris. c. 7. & Pinellus ad l. 2 n. 7. C. de bonis mater.

Huic sententiæ obstare videntur illa verba Vlpiani: *Lege obuenire hæreditatem non impropriè quis dixerit, & eam quæ ex testamento defertur.* Et ideo Alciatus semper communem hanc sententiam impugnauit, arbitratus tam quæ ex testamento, quàm quæ ab intestato defertur, hæreditatem legitimam propriè dici, vt latè prosequitur lib. 4. Paradoxorum, c. 7. & in commentariis d. lege obuenire.

Tertia igitur est sententia ipsius Alciati locis annotatis legitimam quidem hæreditatem vocari, tam eam, quæ ex testamẽto quàm quæ ab intestato defertur: sed iustam hæreditatem eam appellari, quæ ab intestato defertur: Et de ea Paulus locutus est, non autem de legitima: *Igitur sciendum est*, inquit, *iustum non simpliciter dici, quod à iure prouenit: sicut quod à lege legitimum: sed eo amplius dicto hac eam habet emphasim, vt illud significet, quod omni ex parte perfectum est, & cui ad rem, de qua agitur nihil deest.* Et infra: *Itaque vt ad rem redeamus*, inquit, *iustam hæreditatem iuris author definiuit, quæ ab intestato capitur: quoniam ea non ex lege solùm, sed & naturali ratione ex bono & æquo debetur.*

Sed Alciatum refellunt locis suprà annotatis Pinellus & Bellonus eo argumento, quod frequentius in iure iustum accipiatur pro legitimo, veluti iusta ætas, id est legitima. l. Cũ filio. in fine. de leg. 3 Iusta possessio pro ciuili. l. Quod seruus, ff. de acq. possess. Iustus filius pro legitimo, siue adoptiuo. l. 2 ff. de adopt. Imò & iusta vxor dicitur, quæ solo rescripto Principis vxor fit. l. S. senator. ff. de ritu nupt.

Ego ex præmissis sententiis secundam ordine relatam communiorem, vt dixi, eligo, & pro eius confirmatione adfero primùm Cuiacium nouissimè ad lib. 32. Pauli ad Edictum, vbi tractans locum illum l. 3. §. De illo scribit: *Ergo vt legitimæ, ita iustæ hæreditatis nomine significatur tantùm ea quæ obuenit ab intestato non quæ ex testamento, quamuis etiam ea sit legitima: sed legitima propriè ea dicitur, quæ ex sola lege defertur, sine testamento, sine voluntate defuncti, ista quæ ex solo iure defertur.*

Secundò adfero Fornerium in commentariis d. l. lege obuenire. ff. de verb. sig. qui præclarè hanc sententiam confirmat. Et totam hanc rem eleganter explicat. Eius verba hæc sunt: *Etenim si verum amamus, ea demùm legitima dicetur hæreditas, quæ à lege 12. tabularum, Edicto: S. C. vel qua alia iuris parte ab intestato defertur, l. . De illo. pro socio. l. penult. de statu homin. . Cæterum. ff. de legitim. agnat. succ. l. 1. Is autem. de iure patrona. l. 1. Capitis, de suis & legitim. hæred. l. 1. l. 2. ad S. C. Tert. l. l. 6. quia l. seq. Si quis omissa causa testam. l. 8. legitima. de petitio. hæred. l. 26. si cum. de neg. gestis. l. 47. si pater. de fideicommiss. libert. l. 10. Pater. de capi. l. . de interd. & releg. Vnde fit vt testamentaria ac legitima hæreditas inuicem, sicut hæres legitimus ac testamentarius, perpetuò opponantur. dict. §. De illo. l. 14. Controuersia. de Transactio l. penult. de except. rei iudic l. 82. si quis ita hæres. de hæredit. instituit. l. 1. si quis omissa caus. l. 9. Proponebatur. de Castrensi peculio. l. 77. Cùm pater. §. Filius. de leg. 2. l. 29. statuliberi. de statu liber. l. 12. si quis. . Funus. de relig. Non secus ac testamentaria tutela legitima ex aduerso respondet, vt quandiu illa speratur, hæc cesset: legitimos tutores nemo dat: sed lex 12. tabularum legitimos tutores facit. l. 11. si quis sub. l. 27. Idem de testament. tut. l. 1. l. 5. lege sequenti. de leg. tuto. Testamentarius igitur hæres minus propriè legitimus, l. 35. Nam si l. seq. de inoff. testam. imò non legitimus perspicuè vocatur. l. 24. Generaliter.*

de fideicom.libert. Verumtamē propter confirmationem legis, non adeo impropriè lege obuenire videtur & ea, quæ testamento defertur hæreditas. Hactenus Fornerius qui paulò ante illa verba enarrans dict. l. lege obuenire, nempe *non impropriè. Vt inter velle & nolle*, inquit, *medium & interiectum est non nolle, sic & inter propriè & impropriè est non impropriè.*

CAPVT XLII.

Ad interpretationem l. 3. C. de bonis maternis.

Controuersia est circa l. 3. C. de bonis maternis. interpretationem, an pater virilem vsusfructus portionem cōsequatur, tanquam vxoris hæres, & quasi vxori suæ succedat, an verò per ipsos liberos, quos emācipauit. Nam Baldus, Salycetus & Corneus dixerunt per liberos eam portionem acquiri. Sed Io. Faber, Cyn. Fulgos. & Castrens. virum in ea portione vxori succedere contendunt, & ante eos Accurs. in verbo Præscripta. dicens, *nota casum in quo vir succedit vxori in aliquo.*

Posteriorem hanc sententiam secutus est Pinellus in commentariis d. l. 3. eo potissimum argumento, quod auo paterno competit hæc portio cum nepotibus ex filio emancipato natis post emancipationem, & sic quos auus in potestate non habuit, nec in eos beneficium contulit: Item: quia datur etiam eadem portio auo materno cū nepotibus, quos nec habuit, nec habere potuit sub potestate, & sic patet auum hæredem, maritúmque defunctæ succedere ex beneficio legis, non autem per nepotes id acquirere, cùm eos nunquam habuerit in potestate, deficiátq. illud necessarium potestatis fundamentum, quo parenti per liberos acquiri solet.

Sed priorem sententiam ego puto esse probabiliorem, & sic existimo, si bona obueniant filio iam emancipato materna, patri concedi virilem portionem vsusfructus, non tanquam in hac parte hæredi vxoris suæ, sed munus capienti a lege oblatum reuerentiæ patris manumissoris, vt verbis vtar Cuiacij in paratitlis illius tituli.

Non obstat argumentum Pinelli, quia notanda sunt verba textus: *Nam licet hoc nouū, inquit, præsens lex constituat in nepotes, non tamen ab re est, vt in hoc casu deteriores esse nepotibus filij non sinantur.* His enim verbis indicat textus in nepotibus, & aliis ad quos extenditur legis constitutio, non habere locum rationem huius beneficij, quia propter emancipationem patri collatum est à lege, sed tamen idem nihilominus statui alia ratione, ne scilicet absurdum sequatur, vt filij deterioris conditionis existant nepotibus. Quasi dicat, cùm in filiorum præiudicium sit constitutum, vt pater emolumentum illud consequatur virilis portionis vsusfructus ob memoriam beneficij in filios collati emancipationis, æquum bonum est, etiam in præiudicium nepotum idem statui.

CAPVT XLIII.

Hæreditatem petens ab intestato, tanquam consanguineus, an probare teneatur se proximum esse?

Is qui petit hæreditatem, tanquam cognatus siue consanguineus defuncti ab intestato, vtrum necesse habeat probare se proximiorem esse, an verò sufficiat ei probare se cognatum, vel consanguineum, non est parui momenti controuersia, aliquibus affirmantibus sufficere consanguinitatis seu cognationis probationem, aliquibus contrà asserentib. docendū esse de proximiori gradu. Authorū nomina vtriusque sententiæ, & loca diligenter & copiosè refert Couuar. lib. 2. variar. resol. c. 6. & post eum Ioseph. Mascardus de probat. vol. 3. conclus. 1245 qui si tam accuratè fundamenta iuris expendisset, omnis opera nostra superuacanea videri posset. Nos igitur laborem eius in Authorum catalogo conscribendo laudantes, argumenta adferemus, eáque expēdemus pro more nostro, & pro studiosorū vtilitate: Nō ingratum nos facturos arbitrati viris doctis & eruditis, qui non ex authorum numero, sed ex momentis rationum iuris controuersias expendere soliti sunt ac definire.

Igitur qui putant hoc sufficere, vt consanguinitas cognatióve iudici probetur, adducti in eam sententiam sunt: Primum ex l. Si scriptum. C. de probat. Diocletianus: *Si scriptum hæredem ab amita tua, vel testamenti vitio, vel quacunque alia ratione non posse obtinere hæreditatem, probari à te posse confidis: de hac hæreditate apud Rectorem prouinciæ agere potes.*

Hæc lex non iuuat sētentiam istam, tantùm enim hoc vult, cognatum agere posse, & hæreditatem petere, nihil autem textus dicit, circa probationem, qualis esse debeat, & sine dubio præsupponit eum, qui agit, proximiorem esse amitæ suæ.

Secundò, ex l. Amitæ. C. commun. de successionibus. quæ lex nihil ad rem nostrā pertinet, declaratúrque & restituitur à Cuiacio lib. 12. obseruat. cap. 7. Nō ego frustra huc verba eius adferam, cùm facilè legi possint, & nihil prorsus contineant, vnde argumētum sumi possit.

Tertiò

Tertiò, ex l. Si auiæ. C. de successorio edicto. quæ nihil ad rem facit: hoc enim dicit, si is, qui in quarto gradu constitutus est, non petat, vel non rectè petat bonorum possessionem, eum, qui est in quinto gradu, admittendum esse. Hoc autem cum proposita quæstione nihil commune habet.

Quartò ex l. Ex facto. §. penul. ff. ad Trebell. vbi hoc perpenditur, quod non sit necesse probare grauatum decessisse sine liberis, quia *si naufragio, vel ruina, vel aggressu, vel quo alio modo, si sius simul cum patre perierit, magis est non defecisse conditionem* (si leicommissi) *quia non est verisimile filium superstixisse patri.*

Hoc autem nil ad Rhombum, bona doctorum pace: quid enim hęc res commune habet cum quæstione nostra? Nostra quæstio est, an probandus sit gradus proximior eius, qui hæreditatem petit tanquam cognatus, Vlpianus scribit patre & filio simul pereuntibus, non deficere cōditionem fideicommissi, quod patri scilicet iniunctum erat, si absque liberis moreretur: quia non præsumitur filius superuixisse patri. Longo hæc res distat interuallo ab eo, quod quæritur in specie proposita, vt patet, qua de re latè Couuar. libr. 2. variar. resol cap. 7.

Quintò, ex notatis in Glos. l. Cùm de. ff. de probat. vbi textus dicit. Cùm de lege falcidia quæritur, hæredis onus esse probandi, locum esse Falcidiæ. Glos. autem ibi dicit hæredem hoc probare, *si probet tot esse legata, & tantum esse in bonis: etsi legatarij dicunt tantum apud hæredem manere, quod sufficiat ad falcidiam, ipsi debent probare.*

Sed mirum quantum hæc res distet à quæstione nostra, ego certè sic censeo, tam aliena argumenta, & ex diuersis conflata, confutatione apud viros graues, & doctos non egere.

Sextò, quia cùm aliquis tanquam consanguineus hæreditatem petit, verisimile est, si alij extarent proximiores, petituros esse, quare, si nulli alij petant, credendum est non extare, & consequenter consanguineo eam petenti attribuenda est.

Sed responderi potest accidere posse, vt alij extent proximiores, qui absint, vel ignorent hæreditatem sibi delatam, & consequenter argumentum non est satis firmum.

Septimò ex eo, quod difficile probari potest hæc negatiua, vt loquar cum nostris doctoribus, nempe proximiores alios non extare. Et ideo rarò possent cognati & consanguinei hęreditatem obtinere.

Sed responderi potest, difficile quidem id futurum, si necessariæ probationes requirerētur, sed quæ est difficultas ex iis testib. qui cōsanguineum esse petitorem hæreditatis, & cognatum testificantur, intelligere, alios nō extare consanguineos defuncti proximiores? Testes, qui ad hæc probanda adhiberi solent, plerumque sint vicini, eiusdem ciuitatis, & tales, qui sicut eum nouerunt, qui hæreditatem petit, esse cognatum, ita facilè alios non extare scirent. Est enim hæc negatiua satis coarctata loco, tempore & personis, vt ideirco non ita difficilis eius probatio videatur.

Postremò, quia quod alij extent proximiores consanguinei, ex facto pendet: Quod autem in facto consistit, nō est præsumendum, sed probandum. l. In bello. §. Factæ. ff. de captiuis.

Responderi potest, non præsumi quidem alios extare, sed tamen, quia, vt extarent, fieri posset, eius esse partes id probare, quod non extent, qui in eo suam intentionem fundat.

Nec obstat id, quod replicatur non incumbere onus probandi ei, cui militat iuris præsumptio: Nam negatur militare iuris præsumptionem pro actore. Aliud enim est dicere, nō esse præsumendum alios extare proximiores, quod sponte nos fatemur: aliud verò præsumendum esse, nō extare quod ideo negamus, quia iure non probatur: Est enim hoc incertum, extent necne proximiores. Quamobrem ei, qui dicit non extare, onus probandi incumbit.

Contrarium igitur sententiæ fundamentum est præcipuum, quia is, qui petit hereditatem, tanquam cognatus, sine dubio dicit, se in aliquo gradu coniunctum fuisse defuncto, puta in tertio, quarto, quinto, &c. Ergo ex hoc apparet alios extitisse in proximiori gradu, nec enim potest vnus in tertio, vel quarto gradu coniunctus esse, nisi alij in secundo & propinquiori fuerint cōiuncti. Debet igitur hæc duo probare, se in eo gradu coniunctum esse, & alios, qui præcesserunt non extare. Nam præsumuntur extare, & adhuc viuere.

Sed certè, quod præsumuntur extare, vel adhuc viuere, non videtur mihi satis iuri consonum. Et ideo magis semper placuit vitam, vel mortem ab eo probandam esse, qui eam allegat, vt declarat Couuar. li. 2. variar. resol. cap. 7. n. 6. & nos aliâs differemus.

Existimo itaque hanc sententiam, quæ docet, probandum esse proximiorem gradū, probabiliorem esse ex cōmuni regula iuris: quemlibet probare debere id, quod est fundamentum suæ intentionis. l. Actor. C. de probat. l. In illa. l. Hoc iure. ff. de verb. oblig. l. pen. §. Docere. ff. ne quis eum, qui, &c.

Hoc est autem actoris intentionis fundamentum, quod sit proximior. Nam hæreditates à lege nō deferuntur simpliciter cognatis, & consanguineis, sed proximioribus. Iustinianus Nouella de hæredib. ab intestato venien. §. penult. *Si verò*, inquit, *neque fratres, neque*

filios fratrum, sicut diximus, defunctus relique-rit, omnes deinceps à latere cognatos ad hæreditatem vocamus, secundum uniuscuiusque gradus prærogatiuam, vt viciniores gradu ipsi reliquis præponantur.

CAPVT XLIV.

Tractatur controuersia de eo, qui fideicommissum petit sub conditione relictum, si institutus absque liberis decesserit, an teneatur probare grauatum absque liberis decessisse?

TEstamento hæres institutus rogatus est per fideicommissum, si absque liberis moriatur, hæreditatem Caio restituere: Verum Caius hærede defuncto, hæreditatem ex fideicommisso petens, probare teneatur, eum absque liberis decessisse? Non teneri, sed potius eum, qui asserit hæredem superstitibus liberis decessisse, id probare debere, authores sunt Bartolus & Angelus in l. Ex facto. § Si quis autem. ff. ad Trebell. Alexander in cons. 39. libr. 1. Paulus Cast. ensis in cons. 387. lib. 1. Decius in consil 578. non procul a principio. Alciatus de Præsump. Regula prima, Præsump. 49. alios citat Mantica de coniecturis vltimarum voluntatum li. 11. tit. 4. & post eum Mascardus de probat. vol 1. concl. 343 & libr. 3. concl. 1344. vbi latissimè & nouissimè Menochius de Præsumptionibus, li. 4. Præsumptione 1 2. n 5.

Argumenta sunt ista: Primum ex d. l. Ex facto. § Si quis autem ff. ad Trebell. Vlpianus: *Si quis autem susceperit quidem filium, verum viuus amiserit, videbitur sine liberis decessisse. Sed si naufragio, vel ruina, vel aggressu, vel quo alio modo simul cum patre perierit: an conditio defecerit videamus? Et magis non defecisse arbitror: quia non est verisimile filium eius superuixisse. Aut igitur filius superuixit patri, & extinxit conditionem fideicommissi: aut non superuixit, & extitit conditio. Cum autem quis ante, & quis postea decesserit, non apparet, extitisse conditionem fideicommissi magis dicendum est.*

Hæc postrema verba pro hac sententia adferuntur. Nam si pronunciandum est in dubio fideicommissi conditionem extitisse: Ergo pronunciandum est in dubio hæredem grauatum absque liberis decessisse, atque adeò fideicommissi conditionem euenisse.

Secundum argumentum est, quia quod quis decedat absque liberis, congruit cum primo statu naturali hominis: Hæc enim est qualitas, quæ inest cuilibet ab initio, quia non habet liberos, quare is, qui contrarium dicit, probare debet.

Tertium argumentũ est, quia quod aliquis liberos habuerit, in facto consistit, & præsupponitur vxorem quoque habuisse, & eos suscepisse, ac superstites reliquisse, quæ omnia non præsumuntur, sed probari debent. l. 1. C. de probatio. l. Adseueratio. C. de non numer.

Sed contrarium docuerunt Raphael Cumanus, Imola, Alexander & Ripa in d. l. Ex facto. § Si quis autem. ff. ad Treb. Et fundamentum eorum est, quia vnusquisque tenetur probare id, in quo consistit suæ intentionis fundamẽtum, vt in l. In illa. in l. Ita stipulatus. § Quod si initio. ff. de verbor. oblig. l. pen. § Docere. ff. ne quis eum, qui in ius vocat. est, vi exim. l. actor. C. de probat. Sed hoc est fundamentum intentionis actoris, quod hæres grauatus fideicommisso absque liberis decesserit: quia sub illa conditione, si videlicet absque liberis decederet, grauatus fuit, ergo id probare debet.

Couuar. lib. 2. variar. resol. cap. 7. num. 7. 8. & post eum Mantica loco superius annotato, distinguunt hanc rem in aliquot casus.

Ego verò in posteriorem hanc sententiam lubens descendo, omissa casuum distinctione, quocunque enim modo res proponatur, existimo actorem fideicommissarium probare debere hoc, quod est suæ intentionis fundamentum, nempe grauatum hæredem absque liberis decessisse: Dixi actorem fideicommissarium: Nam si is sit reus, & in possessione bonorum, & aduersarius auferre ei hæreditatem velit, eam ob causam, quod dicat grauatũ decessisse liberis superstitibus, non dubito, quin is probare debeat liberos superstites fuisse. Et in his terminis respondit Castrensis d. cõs. 387. libr. 1. Excipio autem casum, de quo loquitur Vlpianus in d. l. Ex facto. § Si quis autem. ff. ad Trebell. vt videlicet, si pater & filius perierint ruina, vel naufragio, locus sit fideicommisso, quasi in dubio filius prius decessisse præsumatur, vt ibi dicitur.

Cur autem in hanc potius sententiam, quæ paucorum est, descenderim, illud effecit; quoniam in eligenda opinione hoc potissimum obseruare soleo, vt momenta rationũ expendam, tum ei sententię adhæream, quę solidiori nititur fundamento. Iam pro hac sententia, quam sequor, pugnat iuris regula, quæ docet actorem probare debere suam intentionem: Ergo fideicommissarius, qui est actor, probare debet grauatum hæredem absque liberis decessisse. Hæc est enim intentio sua, quia fideicommissum illam conditionem habuit, si absque liberis hæres moreretur, & constat fideicommissum, quod sub cõditione relictum est, non deberi, nisi conditio euenerit. l. Legata. 41. ff. de condit. & demonstr. cum aliis multis. Ergo iuris rationi conuenit, vt id probetur ab actore fideicommissario, qui asserit conditio-

nem euenisse: non autem ab aduersario eius id negante. Etenim onus probandi incumbit, qui dicit, non qui negat. l. 2. ff. de probat.

Contra verò sententia prior, licet magis cõmuniter recepta, nullo firmo nititur fundamento. Nam quod attinet ad text. in l. Ex facto. §. Si quis autem. ff. ad Trebellia. ad quęstionem istam non pertinet. Rectè enim sumitur argumentum ex illo responso, quoties dubiũ est, vter prior decesserit, pater an filius, præsumendum esse priorẽ patrem decessisse, vt fideicommisso sit locus, sed non inde inferri potest in omnibus casibus ita pronunciandum: alioquin eodem modo generalis inde sumeretur conclusio, quod fideicommissum conditionale petens, non teneretur docere, conditionem euenisse, quod tamen repugnat iuris regulis & rationi.

Cur autem in ea specie, qua pater & filius naufragio, vel ruina perierunt, & ignoretur vter prior decesserit, illa interpretatio locũ habeat, illa est causa, quia testator voluit hæreditatem peruenire, primò ad hæredem institutum, deinde ad eius liberos, quos substituto prætulit, iuxta l. Lucius. ff. de hæred. inst. Tertiò ad substitutum. Cùm igitur hæres decesserit, & filij non extent, quos testator prædilexit, extet verò fideicommissarius, siue substitutus, ad quem testator voluit hereditatem filiis non extantibus peruenire, meritò, vt voluntas testatoris effectum sortiatur, & seruetur, illa interpretatio adhibetur, vt si non constet patrem prius decessisse, & res dubia sit, locus sit fideicommisso.

Et sanè falluntur, qui putant vltima verba d. §. Si quis autem. non pertinere ad speciem ibi propositam, cùm verba sint clara. Nã postquam Vlpianus dixit, conditionem fideicommissi non defecisse, nec filium præsumi patri superuixisse, resumens articulum, & ex omni parte eum tractans, ac expendens, tres casus constituit: primum, si constet filium superuixisse, & tunc, inquit, fideicommissum extingui. Secundum, si constet, patrem superuixisse, & tunc dicit conditionem extitisse fideicõmissi. Tertium, cùm non apparet quis ante & pòst decesserit, id est, an pater, an verò filius, & tunc extitisse conditionem magis dicendum esse respondit.

Quod autem secundo loco dicebatur, illam præsumptionem præualere, quod quis absque liberis decesserit, quia conformitatem habeat cum primo naturali statu hominis, quia scilicet, is natus liberos non habet, nihil mouere debet. Nam hæc est debilis admodũ argumẽtatio, & nulla lege, nulla firma ratione munita. Homo in lucem editus vxorem non habet, non liberos: igitur nec postea præsumitur habuisse. Eiusdem farinæ sunt, quæ de paupertate dicuntur, quia nascimur nudi, ideo non præsumatur quis diues. Sunt hæc brocardica planè, & parũ probabilia, nec digna, quæ pro decisione controuersorum iuris articulorum adferantur. Cùm longè diuersus sit hominis status, qui postea sequitur, ab eo, quem primò habuit. Et frequenter vxorem ducat, liberos procreet, diuitias acquirat, & longè aliã, quàm initio habuit, conditionẽm consequatur. Quo fit, vt incertum ac obscurum planè existat: an quis absque liberis, vel cum liberis mortuus sit. Et ideo is, qui dicit mortuum quempiam absque liberis, probare tenetur, si iuris regulas magis sequi, quàm leues coniecturas velimus.

Non procul ab his distat, quod tertio loco dicebatur, quæ in facto consistunt, non esse præsumenda: Hæc autem in facto consistere, quod quis vxorem duxerit, & liberos procreauerit, &c. Nam non dicimus præsumi quempiam liberos habuisse, sed dicimus id incertũ, dubium, & obscurum esse, habuerit nécne. Quare probationem ei incumbere, qui dicit absque liberis hæredem grauatum fideicommisso decessisse. Hic enim illud moneo, quod & in præcedenti capite, hæc inter se differre, quempiam non præsumi superstitibus liberis decessisse. Item quempiam præsumi mortuum absque liberis. Prior propositio vera est. Nam cùm incertum sit, an quis decesserit liberis superstitibus nécne, non videtur temerè affirmandum, ac præsumendum, cum liberis superstitibus obiisse. Posterior autem propositio vera non est. Nam cùm id incertum sit, an liberos reliquerit superstites nécne, non est temerè affirmandum ac præsumendum non reliquisse: sed veritas est inquirenda, & probandi onus actori secundùm regulas iuris iniungendum videtur.

CAPVT XLV.

Controuersia de pupillari substituto, qui probat mortem instituti, an teneatur probare eam in pupillari ætate contigisse, vt obtineat?

AGit pupillariter substitutus impuberi testatoris filio, & probat mortem eiusdem filij instituti, controuersia est, an sufficiat ea generalis probatio mortis, an verò necesse sit probare eum in pupillari ætate decessisse. Et quidem probationem mortis sufficere, nec requiri, vt probetur in pupillari ætate eam contigisse, respondisse fertur Baldus in consilio quodam, incipiente, Ex parte contingenti. Quod sanè responsum nemo hactenus in libris impressis inuenire potuit, sed multi tamen grauissimi interpretes huius responsi mentionem faciunt, & hanc sententiam amplectuntur, Socinus in cons. 89. col. 4. libr. 1.

Decius in c. In præsentia. num. 10. de probat. Ioan. Bapt. à S. Seuerino in l. Precibus. n. 58. C. de impub. & aliis substitut. & multi alij, quos commemorat Mascardus de probat. vol. 2. concl. 666 n. 39. & vol. 5. concl. 1347. n 4. qui tamen Mascardus etiam in citanda decisione 491. In vna Fulginatensi apud Puteum, lib. 2. Dixit enim, Rotam ita determinasse, cùm tamen nil determinauerit, sed vnus ex iudicibus dubitauerit: *An probata morte eius, cui facta est substitutio pupillaris, præsumatur mortuus in pupillari ætate.* Rursus non fideliter citauit Paulum Castrensem in l. Ex facto. §. Si quis autem. ad Trebell. quasi eiusdem sententiæ authorem, cùm tamen contrariam sententiam amplexus videatur.

Fundamentum huius sententiæ, quatenus mihi diligenter quærenti intelligere licuit, positum est in d. l. Ex facto. §. Si quis autem. ff. ad Trebell. quatenus ibi pronunciatur locum esse fideicommisso, cum incertum est, an prius pater decesserit, vel liberi eius. Præsumit enim lex prius liberos decessisse, vt locus sit fideicommisso: Ergo & in proposita specie præsumendum videtur eum, cui pupillaris substitutio facta est, impuberem decessisse, vt locus sit pupillari substitutioni, quę fauorabilior est fideicommisso.

Contrarium respondit Bartolus in cons. 56. ad finem lib 1. Couuar. lib. 2. variar. resol. cap. 7. n. 6. post cum aliis adductis, Mantica de coniecturis vltim. volunt. lib 5. tit. 9. n. 6. post Manticam Maschardus locis proximè citatis. Post Maschardum Menochius de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. 182. n. 4.

Fundamentum est in iuris regula: Quilibet tenetur probare, quod est fundamentum suæ actionis, siue exceptionis. l. Actor. C. de probat. l. 2. ff. de probat. l. In exceptionibus. ff. eod. tit. Sed hoc est fundamentum actionis institutæ, quod is, cui substitutus est, impubes decesserit, vt patet: ergo substitutus id probare debet.

Ego non dubito, quin hoc sit firmissimum fundamentum. Contrà autem vix quemquam futurum puto, qui non facilè intelligat, quàm infirmum sit alterius sententiæ fundamentū, quamobrem posteriorem hanc sententiam veriorem puto, ipséque amplector.

Ad textum in d. l. Ex facto. §. Siquis autem. respondeo, nec obstare, nec pertinere ad rem nostram. Primò, quia continet speciem longè dissimilem. Secundò, quia constare non poterat in illa specie, an prius pater mortuus fuisset, vel eius liberi. In quæstione verò nostra constare potest, an is, cui facta est substitutio, mortuus fuerit impubes, vel pubes. Tertiò, quia hæc præsumptio, quod quis impubes mortuus fuerit, non est legitima, nec verisimilis, cùm vita hominis sit longior plerúque, & vel centum, vel certè septuaginta anni ordinarium vitæ cursum hominis conficiant.

CAPVT XLVI.

Hæreditatem petens tanquam proximior in successione intestati, an probare teneatur, eum, de cuius hæreditate agitur, nullo condito testamento decessisse.

Licet hanc controuersiam diligenter post antiquos & nouos interpretes ad l. Si emancipati. C. de collat. exequatur Franciscus Mantica de coniecturis vlt. volun. lib. 2. tit. 1. & ante eum Couuar. lib. 2. Variar. resol. cap. 6. n. 5. & post eos Menochius de Præsump. lib. 4. Præsumpt. 1. & Mascardus de Probationib. vol. 2. conclus. 997. & vol. 3. concl. 1352. spicas tamen post optimorum messorum terga, & ipse colligam nonnullas, ex quibus vera sententia magis adiuuetur foueatúrque.

Aio petentem hæreditatem probare debere se proximiorem esse defuncti, ac proinde a lege sibi delatam hæreditatem. Nego incumbere illi probationem, testamentum à defuncto conditum non fuisse. Pro huius sententiæ cōfirmatione non confugio ad l. Si emancipati. C. de collat. neque enim illa huc pertinet, nec ad vulgatum brocardicum illud: *Facta nō præsumuntur.* Testamentum est quid facti. Ergo non præsumitur, nec ad alterum: Negatiuam non coarctatam loco & tempore probari non posse. Tum quia his brocardicis non multum fido, tum quia in decidendis controuersiis, vbi leges non suppetunt, firmā iuris rationem valere oportere iudico. Ea verò hæc est: Defuncti hęreditas pertinet de iure ad proximiores eius, Iustiniano ita decernēte post veteres legum authores in Nouella de hæredibus ab intest. venient. §. Si verò neque fratres. Et in leg. 12. tabularum antea constitutum: *Agnatus proximus familiam habeto.* l. Pronunciatio. §. Familiæ. ff. de verb. sign. Hanc propositionem nemo negat. Sed is, qui hæreditatem in hypothesi nostra petit, proximiorem se esse defuncti probat: Igitur ad eum pertinet hæreditas defuncti. Fieri autem potest, vt is, de cuius agitur hæreditate, testamentum fecerit, ac in eo hunc proximiorem hæredem non instituerit. At secundum iuris regulas: *Ab ea parte, quæ dicit, aduersarium suū prohiberi specialiter aliqua lege vel cōstitutione, id probari oportere.* Paulus respondit in l. Ab ea parte. ff. de Probat. Ergo is, qui dicit, testamentū esse cōditū, & alios hæredes institutos esse, id probare debet: quia nihil aliud dicit, quā proximio-

rem

rem hunc prohiberi propter testamentum hæreditatem capere. Cur enim iste legitimus hæres probare teneretur nullum conditum testamentum, cùm etsi conditum esset, fieri tamen possit, (& frequentiùs fieri solet) vt in eo sit hæres ipse institutus? Nunquid leges hoc exigunt ab actore, vt postquam intentionem suam probauerit, teneatur etiam probare nulla exceptione excludi eam posse: Non hoc exigunt: sed vt reus suas probet exceptiones, præcipiunt. l. In exceptionibus. ff. de probat. Ex quo apparet actori sufficere suam intentionem probare: si enim reus exceptiones suas non probauerit, condemnabitur. Argumenta contrariæ sententiæ refert, & refellit satis luculenter Mantica, quamobrem ipse non refero, neque refello, ne actum agam.

CAPVT XLVII.

Ad c. Cùm esses. de testamentis.

Hanc epistolam decretalem Alexandri tertij præclarè defendit Melchior Canus locorum Theologicorum lib 6. c. 8. Hoc nunc non agimus, sed iustam eius interpretationem inquirimus. Variæ & pugnantes sunt doctorum sententiæ. Prima est Glossæ in verbo, Improbamus. epistolam illam accipiendam esse de testamentis ad pias causas, iuxta eiusdem Pontificis Maximi responsum in c. sequenti. & ita respondit Fulgosius in consil. 29. Paulus Castr. in cons. 431. libr. 2. quibus & alij accesserunt à Neuizano citati in cons. 26. num. 16. & à Michaele Grasso de successionib. §. Testamentum. qu. 56. in fine.

Verùm illud ipsum sequens capitulum hanc interpretationem euertit, quoniã in eo Summus Pontifex de relictis ecclesiæ loquens diuersam formam statuit ab ea, quam statuerat in dict. cap. Cùm esses. Nam in cap. Cùm esses. sic statuit, *testamenta, quæ parochiani coram presbytero suo, & tribus vel duabus aliis personis idoneis in extrema fecerint voluntate, firma esse.* At in cap. Relatum. sequenti: *Mandamus quatenus, cùm aliqua causa talis ad vestrum fuerit examen deducta, eam non secundùm leges, sed secundùm decretorum statuta tractetis, tribus aut duobus legitimis testibus requisitis.*

Cùm itaque in relictis ecclesiæ duo vel tres testes sufficiant, ex c. Relatum. In aliis autem casibus duo vel tres testes requirantur vnà cũ presbytero parochiali, ex c. Cùm esses. perspicuum est, hoc postremum capitulum non loqui de relictis ad pias causas tantùm, & consequenter idoneam non esse hanc primam interpretationem.

Secunda est interpretatio, quæ versatur in altero extremo, videlicet hanc decretalem accipiendam esse generaliter in omnibus legatis tam piis, quàm profanis, & tam in foro seculari, quàm ecclesiastico explosis iuris ciuilis solennitatibus tãquam legi diuinæ aduersantibus, quæ dicit: *In ore duorum vel trium stet omne verbum.* Et ideo, non valeant ciuiles leges, quæ septem testes requirunt in testamentis. ita Host. Ant. Butr. & Abbas in d. cap. Cùm esses. Alciat. in l. 1. in verb. liber sic stylus. C. de sacrosanct. Eccl.

Refellitur hæc sententia à Couuar. in relect. dict. cap. Cùm esses, quia dum lex diuina duorum vel trium testimonium approbat, indicat non sufficere vnius testimonium, non autem prohibet plures, quàm duos vel tres adhiberi, si ita reipub. expedire pro qualitate causæ videatur, & hoc est, quod textus docet in c. Licet vniuersis. de testibus. sic dicens: *Licet quædam sint causæ, quæ plures, quàm duos exigunt testes, nulla tamen est causa, quæ vnius testimonio, quamuis legitimo, terminetur.*

Tertia est sententia Alciati in cap. Nouit. de iudiciis, n. 47. hanc epistolam locum habere in foro conscientiæ, non autem in foro iudiciali. Pro confirmatione huius sententiæ perpendit primò verba illa textus: *Penitus rescinduntur.* Visum enim est Pontifici Maximo iniquum esse, vt testamenta absque iuris ciuilis solennitate penitus rescinderentur, quia debebant sustineri saltem per denunciationem euangelicam, de qua in c. Nouit. de iud. quando veniens ab intestato haberet conscientiam læsam. Secundò rationem illam ex lege diuina: *In ore duorum vel trium stat omne verbũ. Quæ ratio,* inquit, *fuit introducta, quoad forum conscientiæ,* vt apparet in Euangelio. Tertiò, Alciatus animaduertit Summum Pontificem præsupponere talem in eo Episcopatu consuetudinem fuisse, vt testamenta rescinderentur, nisi cum subscriptione septem, vel quinq; testium fierent, ergo Summus Pontifex loquitur de foro conscientiæ, non autem de foro contentioso, quia in foro contentioso talia testamenta non per consuetudinem, sed per legem rescissa fuissent. l. Si vnus. C. de testam.

Non placet hæc interpretatio, quia Summus Pontifex apertè ibi decernit testamenta, quæ parochiani coram presbytero suo, & tribus, vel duabus aliis personis idoneis fecerint, firma permanere: *Et sub interminatione anathematis prohibet, ne quis huiusmodi audeat rescindere testamenta.* Ergo, nemo poterit etiam in foro externo & contentioso aliter pronunciare, quàm sit à Pontificiis constitutum. Nec obstant illa verba, *penitus rescinduntur*, quia hoc vult dicere Summus Pontifex, talia testamenta rescindi non debere, *sed*

firma permanere, vt in verbis sequentibus postea decernit. Nec illa ratio, *quia in ore duorũ, &c.* pertinet ad forum duntaxat conscientiæ: sed etiam ad forum contentiosum, & externũ: quia duo testes vel tres regulariter sufficiunt. c. Forus. §. In omni quoque negocio, de verb. sign. l. Vbi numerus. ff. de Testib. licet in testamentis & vltimis voluntatibus ob iustas causas non sufficiant secundum leges.

Quod verò Summus Pontifex illam consuetudinem Hostiensis ecclesiæ reprehendat, & per eam testaméta infirmari præsupponat, nihil mouet, quoniam absque vlla hæsitatione dicendum est, consuetudinem illam iuri consentaneam fuisse, quod ex verbis textus patet, dum ait: *Secundum quod leges humanæ decernunt.*

Postrema est interpretatio vera, communis, & vsu recepta, & ideo amplectenda: Summi Pontificis epistolam intelligendam esse, vt locum habeat in quibuscunque testamentis, & etiam in foro contentioso, tam ecclesiastico, quàm seculari: sed quantum ad forum seculare in ditione Summi Pontificis tantum, in qua ius canonicum seruandum est, saluis iuris Cæsarei solennibus in testamento adhibendis, & legibus ea de re loquentibus in foro Cæsaris suum obtinentibus vigorem. Hæc interpretatio est consentanea verbis textus, rationi conueniens, & nihil ei obstare potest. Nam Summus Pontifex suis in vtroque foro subditis ferebat leges, Hostiensibus nempe ciuibus: Ideo legem ciuilem, qua Imperatores in regionibus suis vtuntur, improbare noluit: sed iudices etiam laicos in ecclesiæ patrimonio non secundum Imperatorum leges, sed secundum statuta canonum de testamentis iudicare. Nec enim æquum esse censuit, vt in rebus temporariis adiudicandis tam solliciti essent canones, quàm sunt leges, honestiúsque esse iudicauit, in ciuitatibus & oppidis, quæ in ecclesiæ iure ac dominio sunt, non legis ciuilis, sed canonum consuetudinem obseruari. Vide Couuar. in d. cap. Cùm esses. Clarum §. Testamentum. quæst. 57. Maschardum de Probationib. vol. 3. concl. 1352. n. 27.

CAPVT XLVIII.

Hæres an præsumatur habere notitiam testamenti, postquam hæreditati se immiscuit?

CElebris est distinctio Bartoli inter suos & extraneos hæredes, vt extranei notitiã habere præsumendi sint testamenti a defuncto cõditi, sui autem hæredes haudquaquam. Ita ille docet in l. Eius, qui in prouincia, in 5. notab. ff. si certum petat. & in l. Qui Romæ. §. Duo fratres. in 3. quæst. ff. de verb. oblig. & alibi Alexan. in d. §. Duo fratres. n. 53. & ibid. Ripa & Crot. Iason in d. l. Eius qui nu. 4. Cagnol. ad l. Qui in alterius. nu. 12. de reg. iuris, quam distinctionem impugnarunt Fulgosius, Paulus Castrensis, Crauetta & alij, quos commemorant Rolandus a Valle, in cons. 36. li. 2. Maschardus de probationib. vol. 2. conclus. 780. & conclus. 849. Iosephus Ludouicus decis. Perusina 19. & 1. parte, & isti latè & copiosè adferunt authores, qui Bartoli sententiam secuti sunt, eam communiorem esse profitentes, qua de re, non tam ipse sollicitus sum, quàm vtra ex dictis sententiis iuri magis consona videatur.

Pro Bartoli distinctione, quantum ad suos hæredes attinet, pugnare videtur regula iuris: Ignorantia præsumitur, nisi probetur scientia. l. Verius. ff. de probat. c. Ignorantia de reg. iur. libr. 6. Deinde ratio illa, quòd cum ipso iure hæredes sint. l. 3. C. de iure delib. §. Sui. in Instit. de hæred. qualit. & differ. siue testamentum conditum sit, siue intestatus parens decesserit, necesse non est, vt testamentum inspiciant: & ideo nulla est causa, cur præsumere debeamus ipsos notitiam habuisse testamenti conditi.

Quantum verò ad extraneos attinet, quoniam hæredes non possunt esse aliter, quam ex testamento, necesse est, vt sciant hæreditatem ex testamento delatam esse, atque adeò se institutos hæredes. Quare cùm viderimus eos immiscuisse se hæreditati, & pro hæredibus se gessisse, in consequentiam quasi necessariam existimare debemus eos notitiam testamenti habuisse.

Pro contraria autem sententia hoc argumẽtum adfertur. Sui hæredes beneficium habent abstinendi. §. Sed his prætor. in Instit. de hæred. qualit. & differ. Quamobrem est perinde, ac si liberum arbitrium adeundæ hæreditatis haberent. l. Nam & emancipatus. de leg. 1. Ergo ipso iure sunt hæredes non magis, quàm emancipati vel extranei. Et sicut clausis tabulis testamenti sui possunt hæreditatem adire. l. 3. C. de iure deliber. Ita etiam & extranei. l. Vn. §. In nouissimo. C. de cad. tollend. Quare non videtur inter suos & extraneos, quantum ad hunc effectum attinet, constituenda differentia.

Respondet Alexan. in l. Qui Romæ. §. Duo fratres. post n. 53. ff. de verb. oblig. *Si quæratur, an ad hoc, vt per immixtionem fiat filius in potestate cum effectu hæres, adeò quod possit conueniri à creditoribus hæreditariis. & quoad alios effectus, quos non operatur sola existentia suitatis: & verum est, quod ad talem effectualem immixtionem requiritur illa eadem notitia testamenti, quæ requiritur in emancipato, vel:*

vel in extraneo. Aut ſolùm quærimus an eo ipſo, quod filius in poteſtate conſitetur ſe ſimpliciter hæredem etiam abſque eo, quod dicat ex teſtamento vel ab inteſtato: vel vbi non apparet, quòd dixerit ſe hæredem, aliquo modo præſumatur habere ſcientiam contentorum in teſtamento, & ſic non poſſit poſtea allegare ſe ignoraſſe contenta in teſtamento, & tunc dicendum eſt, quod non præſumitur ſcientia. Hactenus Alexander.

Sed certè doctores loquuntur, quantum ad effectualem immixtionem, vt ipſe loquitur, v. g. ſi quid hæres fecerit, promiſerit, dixerit, tanquam hæres: & dicunt non præſumi notitiam contẽtorum in teſtamento: & fideicommiſſorum habuiſſe, ſi ſit ſuus, puta per diuiſionem hæreditatis factam, quæ ſine dubio fit poſt immixtionem: & tamen dicunt renunciatum fideicommiſſo non cenſeri: quia non præſumitur hæres ſuus notitiam habuiſſe fideicommiſſi.

Ego in hac controuerſia ſic ſtatuo, ſi clauſis tabulis teſtamenti adeatur hæreditas, prout adiri poſſe conſtitutum eſt in d. l. Vn. §. In nouiſſimo. C. de cad. toll. tam in ſuis hæredibus, quam in extraneis ignorantiam contentorum in teſtamento præſumendam eſſe: quia cùm tabulæ ſint clauſæ, teſtamenti tenor proculdubio ignoratur.

Cæterum, ſi non clauſæ proponantur tabulæ teſtamenti, puto ſcientiam præſumi, quia non poteſt hæreditas adiri, quantum ad hoc vt oneribus hæreditariis obligetur hæres: In quibus terminis hæc quæſtio accipienda eſt, niſi hæres ſciat an ab inteſtato, vel ex teſtamẽto fuerit delata. Item an purè vel ſub conditione inſtitutus fuerit. Moueor ex l. 22. ff. de acq. hæred. Paulus: *Nam vt quis pro hærede gerendo obſtringat ſe hæreditati, ſcire debet, qua ex cauſa hæreditas ad eum pertineat, veluti agnatus proximus iuſto teſtamento ſcriptus hæres antequam tabulæ proferantur, cùm exiſtimaret inteſtato patremfamil. mortuum, quamuis omnia pro domino fecerit, hæres tamen non erit.* Et ex l. 32. ff. eod. tit. Vlpianus: *Sed etſi ſcit*, hæres, *ſe hæredem inſtitutum, ſed vtrum purè an ſub conditione ignoret, non poterit adire hæreditatem, licet purè hæres inſtitutus ſit, vel ſub conditione, & paruerit conditioni.*

Si ergo adiri non poteſt hæreditas, niſi cognito tenore teſtamenti, nec antequã tabulæ teſtamenti proferantur, ſequitur dicendum, ſi fuerit adita hæreditas, & hæres ſe obſtrinxerit ad aliquid faciendum, præſumendum eſſe (ſi dicamus valere geſta ab hærede) ipſum cognouiſſe, ex qua cauſa ſibi delata ſit hæreditas, & quo modo hęres inſtitutus fuerit, & cõſequenter teſtamenti notitiam habuiſſe: Neque enim veriſimile eſt eum, qui vnam partem teſtamenti vidit, reliquas partes ignorare.

CAPVT XLIX.

An hæreditas repudiata eſſe intelligatur, cùm quis dixit, ſe nolle hæreditatem adire?

SI quis dixerit, ſe nolle hæreditatem adire, controuerſia eſt, an videatur hæreditatem repudiare, vt videre licet ex Gloſ. & doctoribus ad l. Qui ſe patris. C. vnde liberi. tam antiquis, quam recentioribus: & prætetea ex Mãtica de coniecturis vltim. volunt. lib. 11. tit. 14. Maſchardo de Probat. vol. 2. cõcluſ. 833. Menochio de Præſumpt. lib. 4. Præſumpt. 102. nu. 5. Mihi & verborũ naturam, & eorũ vſum apud iuriſconſultos intuenti, probabilior eorum ſententia videtur, qui dixerunt huiuſmodi verbis repudiationem ſignificari. Nam negari non poteſt, quin horum verborum ea ſit vis & ſignificatio, quòd quis nolit hæres eſſe, & hæreditatem acceptare, conſequenter quòd hæreditatem repudiet, & habere nolit. Et cùm Paulus dicat: *Recuſari hæreditas non tantùm verbis, ſed etiam re poteſt, & alio quouis indicio voluntatis.* l. Recuſari. ff. de acq. hęred. non video, quod ſit maius indicium voluntatis, quã ſi quis dicat, ſe nolle hęredem eſſe, vel hæreditatem adire.

Sed iuriſconſultos audiamus, & verborum & rerum optimos magiſtros. Paulus: *Filius qui ſe nolle adire hæreditatem matris dixerit, an poſſit mutata voluntate adire, ante quàm conſanguineus, vel agnatus adierit videndum, propter hæc verba: Si nemo filiorum volet hæreditatem ſuſcipere, quia extenſiua ſunt, & cum verba extenſiua ſint, pœnitentia eius, vſque ad annum admittenda eſt*, &c. l. Filij. §. 9. ff. ad Tertyl.

Vlpianus: *Si nemo filiorum, eorúmve quibus ſimul legitima hæreditas defertur, volet ad ſe eam hæreditatem pertinere, ius antequam eſto. Hoc ideo dicitur, vt quandiu vel vnus filius vult legitimam hæreditatem ad ſe pertinere, ius vetus locum non habeat. Itaque ſi ex duobus alter adierit, alter repudiauerit hæreditatem, ei portio adcreſcet.* l. 1. §. Si nemo. ff. ad Tertyl.

Vides quod dictum eſt: *Si nemo volet ad ſe hæreditatem pertinere*, idem eſſe quod repudiare.

Vlpianus in l. 1. §. Qui ſemel. ff. de ſucceſſor. edicto. *Qui ſemel noluit bonorum poſſeſſionem petere, perdidit ius eius, etſi tempora largiatur. Vbi enim noluit, iam cœpit ad alios pertinere bonorum poſſeſſio, aut fiſcum inuitare.* Idem Vlpianus, paulo infra: *Quibus ex edicto bonorum poſſeſſio dari poteſt, ſi quis eorum aut dari ſibi noluerit, aut in diebus ſtatutis non admiſerit: tunc cæteris bonorum poſſeſſio perinde competit, ac ſi prior ex eo numero non fuerit.*

Et quid est, quod scribit idem Vlpianus. l. Nolle. ff. de acquir. hæred. *Nolle adire hæreditatem non videtur, qui non potest adire?* Nisi dicamus nolle adire hęreditatem, perinde valere, atque ipsam hęreditatem repudiare Et quia is repudiare potest; qui potest acquirere. l. is potest. ff. eod. tit. rectè colligi, cum non videri nolle adire, hoc est, repudiare hęreditatem, qui non potest adire.

Denique huc etiam pertinet, quod scribit Paulus in l. In plurium. §. vlt. ff. de acq. hæredit. *Et ideo dicendum est, & in eo casu, si respondit, neutram hæreditatem ad se velle pertinere, bona defuncti à creditoribus possidenda sunt.* Item quod respondit Vlpianus in l. Si seruum. §. Si quis suus. ff. eod. tit. *Si quis suus se dicit retinere hæreditatem nolle, aliquid autem ex hæreditate amouit, abstinendi beneficium non habet.* Et l. Filium. 60. ff. eod. ibi: *Nam filius emancipatus cùm hæreditatem testamento datam, ad se pertinere noluit, continuo ad substitutum hæredem transit.*

Respondent contrariæ sententiæ authores, non hoc decidi his legibus & responsis, quod illa verba: *Nolo hæreditatem adire*, repudiationem significent, sed præsupponi hæreditatem repudiari, & de repudiationis effectu disputari, & responderi. Sed hoc ego contendo, verba illa ita a Iurisconsultis vsurpari, vt significent hæreditatis repudiationem, atque idem esse iurisconsultis repudiare, & nolle adire hæreditatem, quòd sanè negari non potest.

Quod verò dicunt pro contrariæ sententiæ fundamento, hæc verba; *Nolo adire hæreditatem, Nolo hæres esse*, accipi etiam posse de eo hærede, qui deliberare velit, quasi nondum deliberauerit, non tamen absolutè velit hæreditatem repudiare, nihil mouet. Potest enim huic rectè obiici, vt sententiam quidem suam retineat sed aliis vtatur verbis: *Nondum decreui hæreditatem adire, Nondum adeo, Deliberabo.* Hæc verba non significant repudiationem & ad hæredem deliberare volentem pertinēt, non autem illa: *Nolo hæreditatem adire*, neque enim includunt animum deliberandi, sed voluntatem indicant ab hæreditate adeunda alienam, quod voluntatis indicium sufficit ad repudiationem inducendam ad l. Recusari. ff. de acq. hæred.

Quæ verò adferuntur leges pro huius sententiæ confirmatione, confutatione non egēt, nihil enim iuuant eam sententiam, l. Nonnunquam ff. de collat. bonor. l. Celsus. §. vlt. cum l. seq ff. de recept. arb. l. Quia poterat ff. ad Trebell. & si quæ sunt aliæ. Nihil iuuant eam sententiam, vt quilibet videre potest. imò ex l. Quia poterat. contrarium sumi potest argumentum, ex illis verbis. *Quia poterat fieri, vt hæres institutus nolit adire hæreditatem, &c.* Nolit adire, id est, repudiare, ideò cogi potest à fideicommissario, vt ibi dicitur.

CAPVT L.

His verbis: Volo hæreditatem adire, *an censeatur adita hæreditas?*

NOn censeri aditam hæreditatem his verbis ab hærede prolatis: *Volo hæreditatem adire*, scriptum reliquerunt multi, iique grauissimi authores, nonnullis tamen moderationibus adhibitis. Bartol. in l. Gerit. nu. 10. ff. de acquir. hæred. Menochius alios citans de arbitrariis iudicib. casu 496. nu. 21. & nouissimè de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. 100. num. 10. Mantica de coniect. vltim. volunt. lib. 12. tit. 11. Mascardus de Probationibus, volum. 1 conclus. 41 n 5.

Fundamentum est, quia non hæc videtur esse mens proferentis eiusmodi verba, vt tunc hæreditatem adeat, sed eiusmodi verbis significat se adire velle, scilicet alio tempore, sicut cùm quis dicit: *Ego volo eligere, testari, ire, agere*, nunc tunc eligit, nec testatur, sed in tempus futurum suam refert dispositionem.

Sed contrarium docuerunt Raphael Cumanus & Aretinus in d. l. Gerit. regulariter ex iis verbis aditionem hæreditatis induci affirmātes, quibus me socium adscribo. Etenim latū mihi videtur esse discrimen inter aditionem hæreditatis, & alios actus, qui pro similibus adferri solent. Nam, verbi gratia, actus testandi non expeditur per solam & nudam voluntatem, quam quis habet testamentum faciendi, sed necesse est, vt ad rem ipsam, nempe ad testamenti confectionē procedat, & cum effectu testetur. Sic & electio sola voluntate non fit, sed requirit actum ipsum. Etsi quis dicat, volo relinquere, & similia: Requirunt ista factum ipsum, & actum apparentem & realem. Verùm hæreditatis aditio non est huiusmodi, sed nuda volūtate expeditur. Paulus: *Gerit pro hærede, qui animo agnoscit successionem.* l. Gerit. ff. de acquir. hæred. l. Si auia. ibi. *Et sola animi destinatione pater tuus hæres fieri poterat.* C. de iure delib. Iustinianus in §. vlt. in Instit. de hęredum qualit. & diff. *Potest aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate hæres fieri.*

Quare si quis dicat: *Volo hæreditatē adire*, videtur mihi satis clarè suam voluntatem exprimere, & quia nuda voluntas sufficit, videtur eo ipso hæreditatem adire, & agnoscere. Id fatentur Doctores contrariæ sententiæ, si quis dicat: *Volo hæres esse.* ex l. Iā dubitari. ff. de acq. hæred. Quæ igitur hæc est subtilitas, id negare, cū quis dicit: *Volo hæreditatem adire.* Profectò hæc nō differunt: qui enim vult hęres esse, vult

vult hæreditatem adire, & ecõtrariò, qui vult hæreditatem adire, vult quoque hæres esse.

Denique, si vera est ea sententia, quam in capite præcedenti posui, atque defendi, illa verba: *Nolo adire hæreditatem*, repudiationem indicare, non intelligo, cur & hæc sententia vera non sit, verba ista: *Volo adire hæreditatem*, aditionem importare, atque significare. Aditio enim, & repudiatio iisdem regulis consistunt. §. vlt. in Instit. de hæredum qual. & diff. ibi: *Sicut autem nuda voluntate extraneus hæres fit, ita contraria destinatione, statim ab hæreditate repellitur.* & idem probat l. Sicut. C. de repud. hæred.

Excipio speciem illam in qua manifestè apparet, eum, qui dicit, *Volo hæreditatem adire*, non habuisse animum tunc adeundi, quod vix arbitror accidere posse, nisi quoties, conditione annexa proferuntur illa verba, puta: Volo hæreditatem adire, si prius inuentarium fecero, eius vires cognouero, si hoc vel illud erit. Alioqui certè mihi videntur illa verba tam apertè animum adeundi, & destinationem voluntatémque significare, vt vix dubitandi mihi locus videatur, licet contraria sententia magnos habeat propugnatores.

CAPVT LI.

Aditio hæreditatis an ex eo inducatur, quòd debita quis non soluerit?

Sit hæc facti species. Paterfamil. dotem ab vxore accepit, ex eã liberos suscepit; Vxor moritur, liberis infantibus relictis, si non restituerit dotem acceptam, videtur filiorum nomine matris hæreditatem adire, iuxta l. Si infanti. C. de iure delib. Similiter, si liberi grandiores natu, dotem matris defunctæ (patre quoque mortuo) non restituant, videntur matris hæreditatem adire. Ita docuit Bartolus in l. Gerit. n. 28. ff. de acquir. hæred. id ita sibi locũ vindicare dicens, si filij ipsi ex hoc se hæreditatem adiuisse allegauerint, non si alij, aditæ ab eis hæreditatis inde argumentum attulerint. Bartolum secuti sunt quam plurimi apud Maticam de coniecturis vltimar. volunt. lib. 12 tit. 13. & apud Menochium de Præsumpt. lib. 4 Præsumpt. c. 1 n. 89.

Sed contrarium multi docuerunt. Baldus in l. 1. n. 40. C. Qui admitti. & alib. sæpe. Salycetus in l. Cum antiquioribus. n. 5 C. de iure delib. Aretinus ad l. Gerit. n. 6. Zasius in l. Etsi cõtra tabulas in fin. ff. de vulg. & pupillar.

Argumenta prioris sententiæ hæc sunt. Primũ est ex l. Recusari ff. de acquir. hæred. Paulus: *Recusari hæreditas non tantùm verbis, sed etiam re potest & alio quouis indicio voluntatis.* Exemplum attulit Iacobus de Arena cùm quis negligit res hæreditarias, & patitur eas interire, & sic ex non facto, vt Doctores loquuntur, induci potest repudiatio ergo similiter & aditio, quia iisdem regulis consistunt. l. Sicut. C. de repud. hæred. §. vlt. in Institut. de hæred. qualit. & diff.

Hoc argumentum ideo nullius momenti mihi videtur, quòd vt maximè verũ esse proponatur, iisdem regulis aditionẽ ac repudiationem consistere, & ex non facto, siue ex negligentia repudiationem induci: non tamen inde efficitur, ex negligentia, siue ex non facto, de quo agitur, induci. Non enim ex omni negligentia induci posse, vel aditionẽ, vel repudiationem, probatur: Sed ex ea, quę indicat animum repudiandi, quamobrem probãdum est, hanc, qua de agimus, negligentiam animum adeundi indicare.

Secundum argumentũ est ex l. vlt. §. Sin autem aliquis. C. de iure delib. Iustinianus: *Sciant omnes, quod omnimodò post petitam deliberationem si adierint, vel pro herede gesserint, aut non recusauerint hæreditatem omnibus in solidum hæreditariis oneribus teneantur. Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inuentarium autem minimè conscripserit: & vel adierit hæreditatem vel minimè eam repudiauerit, non solùm creditoribus in solidum teneatur, sed etiam legis Falcidiæ beneficio minimè vtatur.*

His verbis patet, aditionem hæreditatis induci, & probari ex eo, quod quis post tempus sibi datum ad deliberandum, eam non repudiat, siue enim adierit, siue nõ recusauerit hæreditatem, hæreditariis oneribus tenetur: & sic adiuisse hæreditatem intelligitur.

Hoc argumentum nihil ad rem pertinet, quia tempus ad deliberandum conceditur, vt vel hæreditas adeatur, vel repudietur: si ergo lapsum fuerit tempus, & hæreditas repudiata non fuerit, meritò adita esse videtur, quare res quàm longo à quæstione proposita distet interuallo, nemo non intelligere potest. Neque enim in specie nostra certum tempus ad deliberandum hæredi conceditur, an velit adire, vel repudiare. Quare etsi textus iste à Bartolo rectè allegatus sit: *quando scilicet ad petitionem creditorum assignatus est terminus hæredi ad adeundum, vel repudiandum, & intra terminum nihil facit.* non tamen rectè applicatur ad quæstiones & exempla, quæ postea ipse Bartolus proponit, in quibus nõ ita terminus hęredi est assignatus ad adeundam, vel repudiandam hæreditatem, & in his nostra versatur in præsenti disputatio, quare nihil ad eum argumentum allatum pertinere, manifestum est.

Tertium argumentũ est: Debitor adueniẽte die tenetur soluere. l. Magnam. C. de contra. & commit. stip. si non soluat, dicitur esse in

mora. Sed mora est delictum. l. Quod te. ff. si cert. pet. l. Qui sinc. de reg. iur. l. Omne delictū. ff. de re milit. Delictum autem non præsumitur. l. Meritò. ff. pro socio. Ergo in dubio præsumere oportet hæredem, eundémque debitorē ideo non soluisse debitum; quoniam hæreditatem adire voluerit, quo casu debitum ipsum extinguitur.

Sed hoc argumentum ita confectum, non admodum est forte; primò, quia negari potest moram esse delictum; est quidem culpa, negligentiáve, sed non delictum; & loquimur de mora in soluendo debito commissa, non de militis segnitia, contumacia, vel desidia, de qua loquitur text. in d. l. Omne delictum. ff. de re milit. Illa enim meritò punitur, quia est contra disciplinam militarem, vt ibi dicitur. Secundò, quia debitor, qui non soluit, à culpa excusatur hoc in casu, cùm nullus hæres esset, cui solueret. l. Pecuniæ. ff. de vsuris. §. vlt. ibi. *Si tamen post mortem creditoris nemo fuit, cui pecunia solueretur, eius temporis inculpatam esse moram constitit.*

Postremum argumentum est huiusmodi: Sicut hæreditas aditur solo animo, qualitercunque fuerit declaratus. l. Pro hærede. l. Gerit. ff. de acquir. hæred. Ita etiam peculium seruo adimitur nuda voluntate. l. Non statim. ff. de peculio. Sed si dominus est debitor serui, & non soluit, in dubio creditur illud de peculio adimere, seu diminuere voluisse. l. Peculium. §. Sicut. ff. de peculio leg. Ergo sic, & in proposito casu, si debitor non soluit, probabilis est cōiectura, cum voluisse adire hæreditatem.

Sed longè hæc distant, & valdè dissimilia sunt: Peculium, Dominus, ademptio, hæreditas, Hæres, non solutio debiti, hæreditatis aditio. Quare argumentum procul dubio satis firmum & solidum non est: & ipsum retulisse, confutasse est.

Sed & posterioris sententiæ argumenta non satis firma sunt. Adfertur enim l. Cum antiquioribus. C. de iure delib. vt ex ea probetur, in adeunda hæreditate factum requiri propter verbum *gesserit*, quod argumentum nullius est argumenti, cùm ex nuda voluntate aditio inducatur. §. vlt. Institut. de hæred. qual. & diff. Item l. Non hoc. C. vnde legitim. quæ nihil facit propter illa verba: *adquirendæ sibi hæreditatis*. Item l. Si filius. C. de petit. hæredit. vbi aditio præsumitur ex longi temporis patientia: sed non rectè ex ea licet argumentari, aditionem non induci, licet longum tempus non præterierit, si alia adsint voluntatis eius adeūdæ argumenta atque indicia. Et quædam aliæ adferuntur leges, quæ nullum præstant probabile argumentum. Illud nonnihil vrgere videtur, aditionem præsumendam non esse in dubio hærede tacente, ne videatur se oneribus hæreditariis obligare, argumen. l. Inuitus. ff. de procurat. & eius quod vulgo dicitur, tacentem non videri consentire in sui præiudicium. l. Qui vas. §. Vetare. ff. de furtis. cum aliis similibus. c. Qui tacet de reg. iur. lib. 6.

Mihi tamen diligenter totam hanc disputationem mente agitanti, prior sententia verissima videtur. Nam omissa nimia quadam iuris subtilitate, quæ plerūque perniciosa est, ipsam iustitiam, æquitatem, veritatem considerandam arbitror: Tum quod rationi magis consentaneum est, & veritati magis proximè accedit, verisimiliúsque & probabilius videtur. Nobis hæc species proponitur: Filij vocantur ad matris defunctæ hæreditatem: Aut eam adire debent, aut repudiare. Si repudiare volūt, illa defertur proximioribus secundùm ordinem edicti successorij, quibus ipsi filij bona materna, tanquam hæredibus, scilicet dotem, & si qua sunt alia bona, restituere tenentur. Si adire velint, omnia bona materna consequūtur, & iustissimè retinent. Iam nobis non constat, an voluerint adire, vel repudiare: sed constat eos nemini bona materna restituisse lapso iam tempore, quod legibus ad dotē restituendam hæredibus vxoris constitutum est. Hic alterum ex duobus præsumere debemus, eos, vel adiuisse hæreditatem, vel repudiasse: Si præsumamus eos repudiasse, multa ex hoc incommoda oriuntur. Primum est, quod dicere cogimur filios iniustè bona materna retinuisse, cum aliis legitimis hæredibus ea restituere deberent. Secundum quod suam hanc repudiandi voluntatem iniustè occultauerint, & non manifestauerint. Tenebantur enim repudiare palàm, vt cæteris adeundi hæreditatem potestas esset, ipsis recusantibus. Tertium est, quòd non sit verisimile, si filij repudiassent alios defuturos hæredes, qui adiuissent hæreditatem, aut similiter eam repudiassent. Si verò præsumamus filios adiuisse, omnia incommoda cessant, & res vero similis, & rationi consona videtur. Nam si filij sunt, meritò sunt hæredes. Isti maximè præsumuntur, quia bona materna retinuerunt. Cur matris hæreditatem repudiassent, retinendo dotem? non expressè eam recusando, non dotem offerendo aliis, qui ad hæreditatem vocantur, deponendo? Si igitur hæc præsumptio locum habeat, cessat omnis iniustitia, & id quod naturæ, rationi, veritati maximè consentit, asseritur. Si contraria præsumptio præferatur, filios iniquos iudicamus aliena retinentes: hæreditatem iacuisse, & à nemine aditam fuisse fateri cogimur, quid plura? à veritate, à ratione, ab æquitate discedimus nimiam iuris subtilitatem sequētes. Multa huc adferre possem ad ostendēdum ex generalibus Doctorum regulis præferendam

rendam hanc, quam sequimur, interpretationem, sed quia ἀγχινοῖς hæc scribo, non dupondiis, notissima referre supersedeo.

CAPVT LII.

Aditio hæreditatis, an ex fructuum perceptione inducatur?

NOn censeri aditam hæreditatem ex eo, quòd is, cui delata est (id non ignorans) fructus ex rebus hæreditariis perceperit, sed standū esse ipsius hæredis declarationi, Bartolus docet in l. Gerit. num. 24. quem sequi videtur Ruinus in consil. 13. num. 4. lib. 3 & Menochius de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. c. 1. n. 71. quibus ego non assentior. Fundamentum enim ponunt in l. Pro hærede. §. Seruos. ff. de acquir. hæred. quæ lex eam sententiam nihil iuuat. Verba eius hæc sunt: *Seruos hæreditarios pauit* (hæres) *iumenta, aut pauit, aut distraxit, si hoc, vt hæres gessit, pro hærede, aut si non, vt hæres, sed vt custodiat: aut putauit sua, aut dum deliberat, quod fecit, consulens, vt salua sint res hæreditariæ, si fortè ei non placuerit, pro hærede gerere: apparet non videri pro hærede gessisse: Proinde, etsi fundos, aut ædes locauit, vel fulsit, vel quid aliud fecit. non hoc animo, quasi pro hærede gereret, sed & dum ei, qui substitutus est, vel ab intestato hæres extiturus prospicit: aut res tempore perituras distraxit, in ea causa est, vt pro hærede non gesserit: quia non hoc animo fuerit.*

Hæc lex Vlpiani ideo nō iuuat Bartoli sententiam, quia loquitur de eo, qui hæc fecit nō eo animo, vt pro hærede gereret; Sed nos loquimur in dubio, cum videlicet non constat, hæredem animum non habuisse pro hærede gerendi, sed incertum est, & hoc in casu videtur præsumendum hæredem ea fecisse animo adeundi, & gerendi se pro hærede. Id ex Vlpiano eadem lege non obscurè colligitur in verbis præcedentibus, dum ita scribit: *Et ideo solent testari liberi, qui necessarij existunt, non animo hæredis se gerere, quæ gerunt, sed aut pietatis, aut custodiæ causa, aut pro suo, &c.*

Hæc igitur protestatio operatur, vt nō præsumatur hæres animo adeundi hæreditatem, ea quæ sequuntur in eadem lege gessisse, ex quo rectè inferri videtur ex factis istis adeundæ hæreditatis animum præsumi: alioquin superflua protestatio esset.

Et hæc sententia, quod ex fructuum perceptione arguatur aditio hæreditatis, euidenti argumento vera esse demonstratur. Nam certum est ex fructuū perceptione possessionem probari. l. Titia. ff. de solutio. latissimè id probat Maschardus de probationib. vol. 3. concl. 1183. Ergo hæres fructus percipiendo dicitur res hæreditarias possidere. Sed non potest res hæreditarias iustè possidere, nisi pro hærede se gerat. Nullam. n. aliam causam eum habere possidendi supponendum est: Ergo præsumere debemus eum iniustè possedisse. Hoc autē est absurdum, quia cùm potest alia coniectura sumi, cessare debet illa, quæ dolum includit, secundum regulas vulgares.

Dices posse capi cōiecturam, eum custodiæ causa fructus percepisse, vel vt substituto, aut hæredib. aliis prospiceret. Respondeo, protestationem requiri, vt locum habeat hæc coniectura, qua scil. declaret hæres, se custodiæ causa id fecisse, vel aliam ob causam, argum. d. l. Pro hærede. in illis verbis: *Et ideo solent testari liberi, &c.*

Nulla facta ab hærede protestatione, præsumi debet suo nomine potiùs, quàm alieno fructus collegisse. Id. n. est magis vero simile, & iuris præsumptioni consonum, iustius est, sæpius fit, sua. n. quisque curat magis, quàm aliena. Denique alieno nomine hæredem nihil protestantem id fecisse, possibile est, suo autem nomine fecisse verisimile est.

Atque ita repudiata Bartoli sententia docuerunt Imola in l. Gerit. col. vlt. ff. de acquir. hæred. & ibidem Aret. col. 5. vers. In quantum. etiam ipse Bald. in l. 1. C. de repud. hæred. Corneus consi. 103. n. 4. lib. 3. Barbatia consil. 5. col. 8. in fine lib. 1. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 12. tit. 12. n. 8. vers. Illud autem. quibus & ipse assentior.

CAPVT LIII.

Hæreditatis aditio an inducatur ex habitatione domus paternæ?

VIdeo tres diuersas interpretum sententias in hoc iuris articulo: si filius post mortem patris domum paternam habitauerit, an hæreditatem videatur in dubio adiuisse. Nam aliqui id negant, & probandum esse contendunt filium habitasse, tanquam hæredem. Alij affirmant. Alij denique ita hanc rem explicant, vt si filius dotis maternæ causa hypothecam in domo habuerit, & ideo eo nomine habitare potuerit, præsumitur adiuisse hæreditatem, vel non adiuisse, prout ei vtilius est, in eoque standum eius assertioni & testimonio. Vide Bartolum in l. Gerit. num. 21. ff. de acquir. hæred. & ib. Castren. Aret. Imolam & alios, Baldum in l. Non hoc. & ibidem Salyc. Alexand. & alios. Manticam de Coniecturis vltimar. voluntatum, lib. 12. tit. 12. num. 8. Maschardum de Probationibus, vol. 1. conclus. 44. num. 22. & conclus. 45. in princip. Menochium de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. c. 1. num. 34. Ego eorum sententiam magis probo, qui affirmant, ex habitatione domus præsumendum esse filium hæreditatem adiuisse paternam. Moueor duobus

argumentis, quorum primum ſumitur ex lege, alterum ex iuris ratione. Quod attinet ad primum, illud ſumitur ex l 1. C. de repud. hæred. Imperator Antoninus: *Si paterna hæreditate abſtinuiſſe conſtiterit, & non vt hæredem in domo, ſed vt inquilinum, vel cuſtodem, vel ex alia iuſta ratione habitaſſe, liquido fuerit probatum: Ex perſona patris te conueniri procurator meus prohibebit.*

Hac lege apparet filiũ probare oportere ſe à paterna hæreditate abſtinuiſſe, & nõ vt hæredem in domo habitaſſe, ergo præſumitur in dubio habitaſſe, tanquam hæres patris. Nam ſi id non præſumeretur, ſed probandum eſſet, filio non incumberet probatio, ſe paterna hęreditate abſtinuiſſe: quia fundatam haberet intentionem, vt loquuntur noſtri ex ſola negatione, ſe tanquam hęredem patris habitaſſe: ſed Imperator probationem requirit per quã conſtet filium ſe abſtinuiſſe ab hæreditate patris, & non tanquam hæredem in domo habitaſſe, ergo argumentum hinc ſumitur filium habitantem in paterna domo, præſumi hæreditatem patris adiuiſſe, & tanquam hæredem in ea habitaſſe.

Quod verò ad alterum argumentum attinet, illud eſt huiuſmodi. Hæreditatis aditio præſumitur ex facto, quod licitè & iuſtè geri citra ius & nomen hæredis non poteſt. l. Pro hęrede. §. Papinianus. ff. de acquir. hęred. lib. ibi: *Itaque nunc pro hærede geri dicendum eſſe ait: quoties accipit, quod citra nomen, & ius hæredis accipere non poterat.*

Dixi *iniuſtè & licitè*, quia de facto & iniuſtè multa fieri poſſunt citrà ius & nomen hæredis in aliena hæreditate. Sed filius iuſtè domũ paternam habitare non poteſt citra ius & nomen hæredis. Ergo domum habitando præſumitur pro hærede gerere, & ſic hæreditatem adire.

Minor propoſitio probatur, quia, ſi filius nolit hæres eſſe, poſſidere non poteſt bona patris, ſed illa pertinent ad alios hæredes ſubſtitutos, vel ab inteſtato vocatos. Si dicatur poſſidere filium poſſe, vel cuſtodiæ cauſa, vel vt deliberet, an velit adire, vel repudiare: reſpondeo, id fieri poſſe, ſed non præſumi, & neceſſariam eſſe proteſtationẽ filij, vt in d. l. Pro hærede. ff. de acq. hæred. ibi: *Et ideo ſolent conteſtari liberi non animo hæredis ſe gerere, quæ gerũt, ſed aut pietatis, aut cuſtodiæ cauſa.* Et ratio eſt: Nã filius poſſidere poteſt ex titulo pro hærede, de quo iã cõſtat, quia, ſi filius, ergo hæres, & quidem hæres ſuus, & id planũ, & certum eſt, verum autẽ cuſtodiæ cauſa poſſidere velit, incertum eſt, eo præſertim id non conteſtante. Ergo in dubio præſumẽdus potiùs eſt filius poſſidere domũ paternam ex titulo, de quo iam conſtat, quam ex cauſa, quæ incerta eſt & nõ apparet. Præſumitur. n. quis poſſidere ex titulo præambulo. l. 1. § 1. ff. de except. rei vend. l. 1. C. de acquir. poſſ. ſſ. l. non ſolum. §. Quod vulgò. ff. de vſucap. vbi illa verba ad rẽ noſtram pertinent: *Idem hic, ſi à domino hæres inſtitutus fuerit, vel bonorum poſſeſsionem acceperit, incipiet pro hærede poſsidere.*

Rurſus, ſi dicatur filium poſſidere poſſe, ex cauſa dotis maternæ propter hypothecam, quam habet in bonis paternis, iuxta l. vn. C. de rei vxo. act. Reſpondeo, nullo iure conceſſum creditori, vt propria authoritate bona debitoris poſſideat: id probatur in l. Dotis. C. ſol. mat. ibi: *Ingredi enim poſſeſsionem rerum dotalium hæredibus mariti non conſentientibus, ſine authoritate competentis iudicis nullam habes facultatem.*

Porrò cõtrariæ ſententiæ argumentum facilè confutatur. Eſt enim ſumptum ex l. Non hoc. C vnde legitimi. Diocletianus: *Non hic, an tenuerit quis res hæreditarias nécne ſine voluntate adquirendæ ſibi hæreditatis quærendum eſt, ſed an admiſerit hæreditatem, vel bonorum poſſeſsionem.*

Reſpondeo, textũ loqui in caſu certo, quãdo ſcilicet, *ſine voluntate acquirendæ hæreditatis* quis poſſedit res hęreditarias, nos autem loquimur in dubio, quando non conſtat, an habuerit hæres animum adeundæ hæreditatis: & dicimus præſumendum eſſe, quod habuerit, niſi conſtiterit eum abſtinuiſſe, iuxta l. 1. C. de rep. hæred.

CAPVT LIV.

Aditio hæreditatis, an inducatur eò, quòd inuentarium hæres confecerit?

Explicanti mihi iuris articulos, qui inter doctores cõtrouerſi ſunt, non alienum viſum eſt, hoc in loco admonere lectorem, nullam verè controuerſiam eſſe ſuper eo iuris articulo, quem propoſui, licet diſſentientes doctorum ſententiæ referantur à Maſchardo de probationib. vol. 1. conclu. 48. & Menochio de Præſum. lib. 4. Præſumpt. c. 1. num. 94. & ante eos etiam ab antiquioribus interpretibus ad l. vlt. §. Sin autẽ hoc. C de iure delib. Ponunt iſti, aditionẽ hæreditatis ex inuentarij confectione ſimpliciter induci ex ſententia, in primis Bartoli in l. Gerit. col. vlt. ver. Ad tertium. ff. de acquiren. hæredit. qui hoc non dicit. Secundo Cyni ad leg. vltimam. §. Si verò poſtquam. C. de iure deliberan. vbi hoc non dicit ita ſimpliciter, ſed quando vt hæres inuentarium conficit. Tertiò Ruini in conſil. 168. nu. 1. lib. 4. vbi nihil aliud dicit, niſi quod Bartolus in d. l. Gerit. & loquitur, quando quis vt hæres fecit inuentarium. Quartò Capræ in

conſ.

cōſ.9.n.1. vbi nihil de hoc ſcribit. Quintò Cacherani deciſ. Pedemont. 47.nu 22. vbi nullū de hoc verbum. Poſtremò, Crauettæ in conſil. 348.n 3.4.li.3. vbi loquitur de eo, qui tanquam hæres proteſtatus eſt, ſe velle inuentarium conficere, & diſputat an videatur adire hæreditatem, ſi inuentarium ſit nullum.

Poſt hæc adferunt authores negantes aditionem induci ex inuentarij confectione, Salycet. Alexand. & Iaſonem in d.l.vlt.§. Sin autem hoc. C. de iure delib. in conſ.9.n.15. Franciſc. Marc. deciſ. 29. part.1. Roland. a Valle, de confect. inuen. part.3 §. Sed an per confectionem. Manticam de coniect. vlt. volunt. lib.12. tit.9.n.15.

Sed iſti non loquuntur, quando aliquis, vt hæres inuentarium conficit, ſed quando ſimpliciter deſcribuntur hæreditatis bona ab hærede, vt deliberet, an velit adire, vel repudiare, quo in caſu nemo eſt, qui iudicat aditionē hæreditatis induci ex confeſſione inuentarij. Hoc enim in caſu hæreditas adhuc repudiari poteſt, & inuentarium conficitur animo deliberandi, vt cognitis rebus hæreditariis hæres deliberet, an velit adire, vel repudiare. Sic enim ſtatuit Imperator in d.l.vlt.C de iure delib. *Sin autem hoc aliquis fecerit, & inuentarium conſcripſerit (neceſſe eſt enim omnimodo deliberantem inuentarium cum omni ſubtilitate facere) non liceat ei poſt tempus præſtitum, ſi non recuſauerit hæreditatem, ſed adire maluerit, noſtræ legis beneficio.*

Ad rem non pertinet text. qui ab aliquibus adfertur in §. Sin autem dubius. Hæc indicare volui, vt noſtrorū hac in re non curantia prodatur, vt lector authores videat, non ſemper referentibus fidem adhibeat: *Namque opere in longo fas eſt obrepere ſomnum. Omnium habere memoriam, & in nullo penitus errare, diuinitatis potius eſſe, quàm mortalitatis.*

CAPVT LV.

Per ceſſionem, vel in ſolutum dationem bonorum, vel iurium hæreditatis, an hæreditas adita eſſe cenſeatur, ſi proteſtatur is, qui cedit, vel in ſolutum dat, ſe non animo adeundi cedere, vel in ſolutum dare?

HÆres inſtitutus cedit iura hæreditaria, vel in ſolutum dat creditoribus, proteſtans ſe non animo hereditatem adeundi hæc facere: controuerſia eſt, an videatur nihilominus adire. Affirmat videri nihilominus adire hæreditatem, Socin. iun. in conſ.107. lib. 2. Eiuſdem ſententiæ malè citantur à Maſchardo de Probationib. vol.1. cōcl.44.n.3. Rim. ſenior conſ.346.n.17. li.7. & Anchar. in conſ. 252.n.3. quia id nō dicunt. Negat autem Alciat. hæreditatem aditam videri hoc in caſu, propter factam proteſtationem in conſ.344.

Fundamentum Alciati eſt, quia hoc operatur proteſtatio, ex qua animus colligitur. Hæreditatis enim aditio ex animo pendet. Adfertur textus in l. Etſi quis. §. Plerique. ff. de relig. & ſumptib. funer. ibi: *Tamen ne vel miſcuiſſe ſe neceſſarij, vel cæteri geſſiſſe, pro hærede videantur, ſolent teſtari pietatis gratia ſe facere ſepulturam, &c.*

Sed clarior & ad rem magis accommodatus eſt text. in l. Pro hærede. ff. de acquir. hæred. ibi. *Et ideo ſolent teſtari liberi, &c.*

Et liceat factum videatur repugnare proteſtationi, tamen id nihil iuuat aditionem, argumento l. Qui aliena. §. Celſus ff. de acquir. hæred.

Fundamentum Socini eſt: quia proteſtatio eſt contraria facto, & ideo factum ipſum ceſſionis videlicet, & in ſolutum dationis creditoribus factæ, inſpici debet, & cōſequenter aditionē hæreditatis induci, argumento l. Pro hærede. §. Papinianus. ff. de acq. hæred. vbi filius qui ſe abſtinuerat ab hæreditate patris, (Hoc procul dubio idem valeret, quod proteſtatio) nihilominus adire cenſetur, recipiendo pecuniam a ſtatu libero, qui hæredi dare damnatus erat.

Reſpondet ad l. Qui in aliena. §. Celſus. diſtinctionem adhibendam eſſe inter actū, qui ſit contrarius proteſtationi, vtrum ex ſola voluntate proteſtātis pendeat, an verò cum alio geratur. Prioris caſus exemplum eſt, ſi quis proteſtetur, ſe nolle adire hæreditatem, deinde adierit, tunc non inducitur aditio, & ita loquitur textus in d. §. Celſus. Poſterioris autem caſus exemplum eſt, cùm hæres ſoluit alteri, vel accipit ſolutionem: & tunc proteſtatio contraria non impedit ipſam aditionem hæreditatis. Pro cuius diſtinctionis cōfirmatione adferri poſſunt, quæ notantur a Maſchardo d. vol.1. de Probationibus concluſ.47. num.11. & 12.

Verùm Alciatus reſpondet ad l. Pro hærede. § Papinianus. textum illum accipiēdum eſſe, de facto contrario proteſtationi, quod geſtū eſt cum alio ignorante, qui aliàs deceptus remanſiſſet. Nam ſtatuliber ille ſoluit filio tanquam hæredi, ignorās eum ab hæreditate abſtinuiſſe, ideo ex ſolutione facta filius cenſetur adire; Poteſt enim etiam poſteà quàm ſe abſtinuit nihilominus adire. l. vlt. C. de repud. hæred.

Ego puto Alciati ſententiam veriſſimam eſſe. Nam certum eſt, actus, qui alioqui ad hæredem pertinēt, & aditionem hæreditatis ſignificant, non tamen eam inducere, quoties alio animo, quàm adeundæ hereditatis facti ſunt,

quod ex proteſtatione colligitur, vt in l. Pro hærede. ff. de acquir. hæred. Etſi ergo ceſſio bonorũ vel in ſolutum datio ex his actibus ſint, qui ad hæredem pertinent, & ideo immixtionẽ hæreditatis ſignificare videantur, & aditionem inducere: tamen proteſtatio facta ſufficit vt aditio non inducatur. Poteſt enim quis cedere, vel in ſolutum dare creditoribus bona hæreditaria, vel negocij hæreditatis gerendi cauſa, vel aliam ob cauſam. Nam ſi hęres, qui proteſtatur, ita faceret tãquam hæres, & nulla alia cauſa ſubeſſe poſſet: tunc voluntas ex ipſo facto appareret adeundi hæreditatem, & proinde contrariam, quæ ex proteſtatione oritur, præſumptionẽ tolleret, & in his terminis nec loquitur, nec intelligendus eſt Alciatus.

Quòd verò in contrarium adfertur argumentum, ex l. Pro hærede. §. Papinianus. nihil prorſus mouet. Nam nos loquimur, quando eodem tempore, quo actus geritur, is qui cum gerit, teſtatus ſe non animo hæreditatis adeũdæ illum gerere. Operatur hæc proteſtatio, vt hæreditas non cenſeatur adita: quia aditio ex voluntate pendet, & voluntatem adeũdi deeſſe, verba proteſtationis oſtendunt, quamobrem actus aliam ob cauſam geſtus fuiſſe iudicari debet, ſiue validus ſit, ſiue non ſit validus. Sed Iuriſcõſultus in d. §. Papinianus: loquitur de eo, qui prius ab hæreditate patris ſe abſtinuit, poſtea à ſtatu libero pecunia accepit, & tunc ſiquidem is iuſſus erat hæredi dare, videtur filius hæreditatem adire, etſi enim prius eam recuſauerit, tamen licentiam habet, rebus paternis in eodem ſtatu permanentibus nihilominus adire. l. vlt. C. de repud. & abſtin. hæred. Poteſt ergo coniectura ſumi, quod filius hoc in caſu pœnitentia ductus voluerit adire hæreditatẽ, quandoquidẽ poſt abſtentionem pro hærede ſe geſſit, recipiendo à ſtatu libero pecuniam. At in ſpecie noſtra cõiectura iſta locum habere non poteſt: quia eodem tẽpore, quo actus geritur conueniens aditioni hæreditatis, proteſtatio fit, quod non animo hæreditatem adeundi geratur, quæ proteſtatio facit, vt hæreditas adita non videatur. l. Pro hærede. ff. de acquir. hæred. Atque ita ſentio, ſaluo meliori iudicio.

CAPVT LVI.

Si filius aſſerat ſe aliqua bona patris defuncti poſſidere pro ſua legitima, an videatur adiſſe hæreditatem ſibi teſtamento relictam?

RECtè docet Bartolus in l. Gerit. n. 22. ff. de acq. hæred. Filium aſſerentem ſe aliqua bona poſſidere pro ſua legitima, adiuiſſe hæreditatem, quia legitima eſt pars hæreditatis, & nõ poteſt quis hæreditatis partem adire, & partem repudiare. l. 1. & 2. ff. de acquir. hæred. & vnam portionem adeundo omnes acquirit: l. Si ſolus. ff. eo. tit. Vnũ caſum excepit, quando filio vulgaris datus eſt ſubſtitutus, de quo diſſeremus in ſequenti capite. Sententiam Bartoli ſecutus eſt ibidem Aret. col. 5. verſ. Item adde. & multi alij a Tiraquello citati, de iure primogenio. q. 35. n. 10. & q. 75. n. 5. Et cõfirmari poteſt ex his, quæ nos ſupra li. 4. ca. 95. attulimus in ea controuerſia, an filius poſſit legitimam portionem acceptare, & reliquam hæreditatẽ repudiare? Nam pendet huius rei definitio ab illius articuli definitione. Sic enim argumentari licet: Aditio hæreditatis inducitur ex actu, qui nõ poteſt fieri, citra ius & nomen hæredis. l. Pro hærede. §. Papinianus. ff. de acq. hæred. Sed iſte actus, nempe acceptationis legitimæ fieri non poteſt, niſi quis totam hæreditatem acceptet, quia legitima eſt pars hæreditatis, & hæreditas aut tota debet acceptari, aut tota repudiari, vt dictũ eſt. Ergo in præſenti caſu aditio hæreditatis inducitur.

Contrariam ſententiam in hoc ipſo articulo aditionis hæreditatis nonnullorum authoritatibus adductis defendi poſſe ſcribit Menoch. de Præſumpt. lib. 4. Præſumpt. c. 1. nu. 53. cuius argumentis reſpondendum eſt. & hæc addi poterunt iis, quæ deduximus dicto lib. 4. cap. 65. Primum argumentum eſt ex eo, quod filius poſſit legitimam portionem acceptare, & hæreditatem repudiare: Conſequenter non videtur hæreditatem adiuiſſe. Antecedẽs probat, quia filius eſt creditor legitimæ. Creditor autem poteſt repudiare hæreditatem debitoris ſaluo eius credito. Reſpondi huic argumento ſupra li. 4. c. 65. diuerſam eſſe rationem legitimæ ab aliis creditis: quia legitima eſt pars hæreditatis, conſequenter ſola acceptari non poteſt, reliqua parte repudiata. l. 1. & 2. ff. de acq hæred. quod impedimentum non habet locum in aliis creditis: & ideo nil mirum, ſi ſaluis aliis creditis repudiari poteſt debitoris hæreditas.

Secundum argumentum eſt: Legitima differt ab hęreditate: eſt enim pars bonorũ, non autem pars hæreditatis: Ergo poteſt filius illam acceptare & hæreditatem repudiare, ſicut poteſt legatum quis acceptare & hęreditatem repudiare: quia legatum eſt diuerſum ab hęreditate. l. Filio pater. de leg. 1. l. cum reſponſo. C. de legat.

Reſpondi aliâs, & repero, legitimam eſſe trientem vel ſemiſſem hæreditatis, iuxta Nouellam de Triente & Semiſſe. & conſequenter partẽ hęreditatis eſſe. Nec obſtat, quod legitima intelligatur deducto ęre alieno. l. Papinianus. §. Quarta. ff. de inoff. teſtam. Quia id pertinet ad quantitatem & ſupputationem ipſius legitimę, neque enim intelligi poteſt quanta

quanta sit, nisi prius deducatur æs alienũ. Sed alioqui debetur tanquam pars hæreditatis, & titulo hæreditario.

Non obstat id, quod replicatur, titulo hæreditario legitimam filio relinquendam fauore ipsius filij: Ideo quod fauore inductum est, nõ debet in odium retorqueri. l. Quod fauore. C. de legib. Nam legitima semper est triens vel semis hæreditatis, & secundùm legem titulo hæreditario, siue institutionis relinquẽda est. Hoc ius est certum & generale, ideo non potest filius eius formam immutare, atque adeò efficere, vt non sit pars hæreditatis, vt non relinqui debeat titulo institutionis; & sic naturam legitimæ a lege constitutam immutare non potest: & licet possit in aliquo casu testamentum approbare, in quo legitima non titulo institutionis relicta sit, non efficeret tamen, quin ipsa legitima sit triens, vel semis ipsius hæreditatis: quia nõ est in potestate priuatorũ, legum sanctiones, & iuris formam pro libitu euertere. l. 1. ff. de Testam. Et in quæstione nostra ex facto proponitur, filium velle legitimã acceptare, & hęreditatem repudiare: Ergo vult acceptare partem ipsius hæreditatis, nempe trientem, & reliquam partem repudiare. At hoc non potest, vt dictum est.

Illud autem argumentum: Legitima propter inobedientiam vel propter nõ confectum inuentarium non perditur, & tamen perditur hæreditas. Auth. Hoc amplius. C. de fideicomm. ff. Auth. Sed cũ testator. C. ad legem Falcid. Ergo legitima est quid diuersũ ab hæreditate: ita refellitur, quia licet legitima sit pars hęreditatis, est tamen filio debita, & necessariò relinquenda titulo institutionis, atque ideo hoc singulari iure donata, vt nulli grauamini, nulli cõditioni obnoxia esse queat: nullam ob causam auferri, nisi ea sit legitima & iure approbata: quæ singularia locum non habent in reliqua hæreditate, ideo nil mirum videri debet, si ea ex causis suprà relatis non amittatur: reliqua autem hæreditas amittatur.

Tertium argumentum, repudiatio & aditio hæreditatis eodem iure censentur. §. pen. Insti. de hæred. qual. & diff. Sed repudians hæreditatem non dicitur repudiare legitimam, ergo è contrario acceptans legitimam non videtur adire hæreditatem.

Respondi aliàs & repeto negãdo argumenti assumptionem. Nec enim id probatur ex l. Si quando. §. Et generaliter. C. de inoff. testam. Nihil. n. aliud dicit, nisi eum qui simpliciter agnouit, & approbauit defuncti iudicium, non idcirco prohiberi legitimæ repletionem petere. Minus iuuat illud argumentum. Dos est ad instar seu loco legitimæ. Sed filia potest dotem retinere repudiata patris hæreditate. l. vlt. ff. de collat. dotis. ergo similiter & filius legitimam retinere poterit hæreditate repudiata.

Respondeo enim in hoc esse discrimen inter dotem & legitimam, (quod attinet ad rem nostram) quoniam legitima est triens, & sic pars hæreditatis. & dos non est pars hæreditatis, sed debitũ, quo pater viuens obstringitur. Tenetur. n. filiæ dotem dare. l. Qui liberos. ff. de rit. nupt. l. vlt. C. de dotis promiss.

Quartum argumentum. Filius in legitima grauari non potest. l. Quoniam in priorib. C. de inoff. testam. Sed si diceremus filium non posse hæreditatem repudiare, & legitimã retinere, grauaretur in ea ipsa legitima, quia cõtra suam voluntatem cogeretur acceptare hæreditatem. Est enim onus, cogi aliquid facere contra propriam voluntatem: Ergo dicẽdum est filium posse hæreditatem repudiare, & legitimam retinere.

Respondi alias & cõfirmo, id non esse grauamen legitimæ adiectum ab homine, sed iuris hanc esse formam, vt quis nõ possit partem hæreditatis retinere & partem repudiare: legitima autem est pars hæreditatis. Nulla ratio eiusmodi oneris habenda est, quia id ex iuris forma procedit. Sicuti nemo dixerit grauamẽ adiectum esse legitimæ eam ob causam, quod non aliter debeatur, quàm si filius erga parentes ingratus non extiterit. Hoc enim summa ratione iure constitutum est, vt filij ob iustas ingratitudinis causas exhæredari à parentibus possint, vt in Nouella, Vt cum de appell. cognosc. §. Aliud. Iuris igitur forma non continet iniuriam, sed obseruari debet.

Quintum argumentum. Legitima debetur iure naturali, sed ius naturale perimi non potest iure ciuili: ergo legitima non potest auferri per non aditionem hęreditatis, qui actus iuris ciuilis est: ex quo sequitur legitimam retineri posse repudiata hæreditate.

Respondeo, legitimam non posse auferri iure ciuili nisi ex causa iusta: etenim si absolutè auferri non posset, nõ liceret parẽtib. filios exhæredare etiã ob iustas ingratitudinis causas: Id enim iure ciuili constitutum est: & tamen id nemo dixerit. Hæc est autẽ iusta causa, quando filius reliquam repudiat hæreditatẽ, sic enim partem hæreditatis acceptaret, & partem repudiaret, quod fieri non licet iustissimas ob causas; ne quis pro parte testatus, & pro parte intestatus moriatur, quod repugnat iuris regulis: ne pro parte hæredem habeat, pro parte non habeat, quod rationi repugnat, & multa continet incommoda & absurda.

CAPVT LVII.

Possitne filius in re propria grauatus legitimam portionem retinere, & reliquam hæredita-

tem repudiare, ſi ſubſtitutum habeat vulgarem?

PApinianus ita ſcribit: ſi libertus patrono hæredem inſtituto ab eo petierit, vt ſeruum manumittat, vel vt decem alicui det, *ſi ſubſtitutum habebit, æquè decreti remedium poterit procedere, vt accepta debita portione, cætera pars ad ſubſtitutum perueniat.* l. Si libertus patrono. ff. de bonis libert.

Huius legis authoritate communiori doctorum ſententiã receptum eſt, filium, cui datus eſt vulgaris ſubſtitutus, hæredem inſtitutũ repudiare poſſe hæreditatem, & legitimam retinere, ſi legato rei propriæ grauatus ſit. Nã ſi ita reſpondit Papinian. in patrono, cui legitima portio in bonis liberti debetur, id multò magis recipiendũ videtur in filio, cuius cauſa eſt longè fauorabilior, Bart. in l. Gerit. nu. 23. ff. de acquir. hæred. Paulus Caſtr. & Alex. in l. 3. C. de impub. & aliis ſubſtitut. Iaſon ibid. n. 152. Couuar. in c. Raiuuc. § 11. nu. 11. de teſtam. Menochius de Præſumpt. lib. 4. Præſumpt. c. 1. nu. 69. Alexand. Trentacinq. de ſubſtitut. parte 1. cap. 10. n. 27.

Iſtis ego non aſſentior, quia aut filius hæres inſtitutus, in legitima eſt grauatus, quia non habet integrã legitimam, aut quia onus aliquod & grauamen ſeu conditio ei eſt adiecta: Priore caſu teſtamentum impugnare nõ poteſt, ſed repletionem petere. l. Omnimodo. C. de inoff. teſtam. Poſteriori caſu grauamen ſeu cõditio adiecta non valet, & pro non ſcripta habetur. l. Quoniam in priorib. C. eo. tit. Cum teſtamentum impugnare non poſſit, non videtur etiam ei licere legitimam retinere, & reliquam hæreditatem repudiare: Quoniam, vt dictum eſt in præcedenti capite, nemo poteſt partem hæreditatis adire, partem repudiare. l. 1. & 2. ff de acquir. hæred. Nec refert ſiue ſubſtitutum habeat, ſiue non habeat. l. Si ſolus. ff. eodem tit.

Non erant hæc in legitima patroni ita conſtituta Papiniani tempore, ideo nil mirum, ſi patronus ſic grauatus repudiata hæreditate legitimam portionem retinere potuerit; quod ſanè nec Bart. ignorauit. Sic enim ſcribit in l. Excuſatus. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſta. *Si aliquis eſt grauatus in legitima, habet iuſtam cauſam omittendi. Hodiè iſta non eſſet iuſta excuſatio, quia de dictã portione ſubducitur omne grauamen, tam in patrono, quàm in libertis.*

Sed ne ſolus videar communi ſententiæ aduerſari, authores habeo Salycetum in l. Quoniam in prioribus. C. de inoff. teſtam. & Ancharanum in conſ. 319. incipiente: Ex ſola vulgari. Verba quin adſcribam facere non poſſum, etſi paulò rudiora: *Sed ſaluo ſemper ſaniori iudicio credo, quod grauamen in legitima non poteſt prætendi, ſi in reliqua portione hæreditatis, in qua eſt filius inſtitutus, dato ſubſtituto, non allegetur grauamen, nec eſt ibi cauſa iuſta rumpendi iuris regulas, nec etiam nouiſſimè leges, quæ de nouo ius agendi ad ſupplementum introduxerunt, hoc, ſed oppoſitum voluerunt, dum tam filiis quàm etiam teſtamentis, & voluntatibus teſtatorum ſubuenire voluerunt, vt patet in l. Quoniam in prioribus. & in l. Omnimodo. C. de inoff. teſtam. ſecundùm enim illas leges grauamen ſuccedendi eſt, & filius remanere debet hæres, vt teſtator diſpoſuit, vt ſic tam teſtatori, quàm filio conſulatur, & hæc cognitio, an filius ſit grauatus in legitima nec ne, eſt iudicis, non ipſius filij. Nam oportet ad hoc eum agere. Si enim deductis legatis & aliis oneribus legitima non ſupereſt, iudex eam ſupplere debet. Si verò ſupereſt legitima, & etiam fortè multum vltra, non credo filium poſſe legitimam retinere, & illud repudiare, & ſubſtituto locum facere: quia ille concurſus inſtituti, & ſubſtituti, & partem adire, & partem repudiare, eſt contra iuris regulas. Non obſtat l. Si libertus patrono. ff. de bonis libertor. Nam illum caſum ſpecialem in legitima patroni non traham ad legitimam filij. l. Quod contra. ff. de legibus. Vel ſecundùm illam legem ius agendi ad ſupplementum, & ſubmouendi omne grauamen de legitima non erat cognitum. Ideo fortè illa lex non haberet locum in patrono, & multò minus in filio, cui eſt plenè conſultum per l. Omnimodo. & hoc ſentit expreſsè Bartolus in l. Excuſatus. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtament.* Hactenus Ancharanus.

CAPVT LVIII.

Bonorum poſſeſſionem an agnouiſſe præſumatur ille, qui poſſeſſoriam hæreditatis petitionem contra bonorum occupatores inſtituit?

INter veteres ac nouos interpretes, qui commentaria ſcripſerunt in Rub. C. qui admitti, &c. controuerſia agitata eſt, de eo, qui poſſeſſoriam hæreditatis petitionem inſtituit, an videatur bonorum poſſeſſionem agnouiſſe, prout requiritur. Et poſt eos iterum hæc res in examen vocata eſt a Mantica de Coniecturis vltimar. volunt. lib. 12. tit. 15. & a Menochio de Præſumpt. lib. 4. Præſumpt. 103. Controuerſia inde orta eſt, quod olim cauſa cognita & decreto Prætoris interueniente agnoſcenda erat bonorum poſſeſſio. l. 3. §. Si cauſa cognita. ff. de bonor. poſſeſſ. Nunc verò qualiſcunque teſtatio amplectendæ hæreditatis apud quemcunque iudicem ſufficit ex lege Conſtantini, quæ eſt l. vlt. C. qui admitti. Eſt igitur in eo controuerſia poſita, an ex eo, quod quis in iudicio poſſeſſoriam hæreditatis petitionem mouet, videatur bonorũ poſſeſſionem agnoſcere,

ſcere. Et mihi eorum ſententia magis probatur, qui dixerunt videri. Nam procul dubio is, qui agit in iudicio, & bona ipſa vindicat, ſatis declarat ſe bonorum poſſeſſionem agnoſcere, atque hæc videtur eſſe ſufficiens *teſtatio amplectendæ hæreditatis*. Neque enim aliqua verborum ſolennitas ad hoc eſt neceſſaria, neque etiam decretum iudicis eſt neceſſarium, vt aliàs diſputatum eſt, quia Conſtantinus *inanium verborum* ſuſtulit *captiones* & hoc obſeruari decreuit, *vt qualiſcunque teſtatio amplectendæ hæreditatis oſtendat*, illáque ſufficiat loco antiquæ ſolennitatis. Si ergo qualiſcunque ſufficit teſtatio, rectè infertur, & hanc, qua de agitur, ſufficere.

Reſponderi ſolet ſpecificam expreſſionem (ita enim loquuntur) requiri, & præterea Prætoris conſenſum. Et ideo non induci agnitionem ex poſſeſſoria hæreditatis petitione inſtituta: neque enim ſpecificam id expreſſionem continet, neque iudicis decretum.

Sed replicari poteſt, ſpecificam illam non requiri expreſſionem: id enim meritò negari poteſt, cùm ex Conſtantini lege ſufficiat qualiſcunque teſtatio, hoc eſt, declaratio amplectendæ hæreditatis. Hæc autem eſt aliqua declaratio amplectendæ hæreditatis. Nam qui poſſeſſoriam hæreditatis petitionem mouet, ſine dubio agnoſcit bonorum ſibi delatam poſſeſſionem, & ſatis apertè declarat, ſe illam amplecti. Id confirmari poteſt ex reſponſo Papiniani in l. Cùm quidam. ff. de bonor. poſſeſſ. in illis verbis: *Attamen, quia hoc propoſito accuſationem inſtituit, vt ius ſuum ſibi ſeruet: agnouiſſe ſucceſſionem non immeritò videbitur.*

Quod verò dicitur, decretum iudicis eſſe neceſſarium, nequaquam defendi poſſe, multis rationibus à nobis ſuprà diſputatum eſt, & oſtenſum lib. 5. cap. 74.

At inquiunt contrariæ ſententiæ authores: Bonorum poſſeſſionis agnitio iudicis præſentiam requirit, quod patet ex d. l. vlt. C. qui admitti. ibi: *apud quemlibet iudicem, &c.* Ergo requirit & intelligentiam. l. Coram. ff. de verb. ſignif. Non intelligit autem iudex actorem velle bonorum poſſeſſionem agnoſcere, ſed iam agnouiſſe præſupponit, quandoquidem actionem inſtituit.

Reſpondeo, imò iudicem optimè intelligere ipſum actorem agnoſcere, quæ enim clarior amplectendæ hæreditatis contestatio eſſe poteſt, quàm illius, qui bona ipſa hæreditaria vindicat eo nomine, quòd ei delata ſit ipſa bonorum poſſeſſio? Ea vindicatio includit animum agnoſcendæ poſſeſſionis tunc eſſe, verum prius fuerit incertum eſt: quid enim prohibet quo minus tunc primùm, cùm poſſeſſio vindicatur, animus agnoſcendi detegatur?

CAPVT LIX.

Bonorum poſſeſſio an intra ſtatuta à legibus tempora agnita fuiſſe præſumatur?

Maxima eſt controuerſia, vtrum, ſi conſtet agnitam fuiſſe bonorum poſſeſſionem ab eo, cui delata eſt, præſumatur fuiſſe agnita intra tempora legibus conſtituta ad agnoſcendam bonorum poſſeſſionem. Nam multi affirmant, multi negant. Alij aliis atque aliis diſtinctionibus vtuntur, vt videre licet ex antiquis & nouis doctoribus, qui commentati ſunt in Rubr. C. qui admitti. & nouiſſimè ex Mantica de coniecturis vlt. volunt. lib. 12. tit. 15. nu. 13. & Menochio de Præſumpt. libr. 4. Præſumpt. 104.

Non animaduerti ego aliqua lege hunc iuris articulum decidi poſſe, quanquam multa variáque hinc inde proferantur argumenta. Hoc enim dũtaxat legibus decisum eſt, agnoſcendam eſſe bonorum poſſeſſionem intra tẽpora ſtatuta. l. vlt. C. Qui admitti. quod ad deciſionem huius articuli non rectè trahitur, quemadmodum nec illa verba Iuſtiniani trahi poſſunt in §. vlt. in Inſt. de bono. poſſeſſ. *Sed quocunque modo admiſerint eam indicium (intra ſtatuta tamen tempora) oſtenderit, plenum habeat earum beneficium.*

Horum enim verborum eadem eſt ſententia, quæ Conſtantini in d. l. vlt. C. qui admitti. *Qualiſcunque teſtatio amplectendæ hæreditatis oſtendatur ſtatutis priſco iure temporibus coarctanda, &c.*

Sed non eſt hoc punctum, de quo diſputatur: Quod enim intra ſtatuta tempora ſit agnoſcenda bonorum poſſeſſio, ex his teſtimoniis ſatis conſtat: Vtrum verò præſumatur agnita intra conſtituta tempora, noſtra hæc diſputatio quærit.

Ex generalibus ergo iuris regulis & præceptis petenda eſt deciſio. Prior regula ſit hæc: Si agnoſcens bonorum poſſeſſionem bona ipſa teneat atque poſſideat, & ab alio conueniatur negante fuiſſe agnitam conſtituto tempore, iſte negans probare debet, & donec id probauerit, præſumendum erit agnitam fuiſſe tempore conſtituto. Hæc regula probatur ex eo, quòd pro poſſeſſore præſumitur. §. Commodum. Inſtit. de interd. l. vlt. C. de rei vind. c. Ex literis. de prob. l. 2. ff. vti poſſid. l. 1. §. 1. ff. Si pars hæred. petatur.

Secunda regula: Si non poſſideat, ſed tamen ipſa bonorum poſſeſſio iudice præſente, & ſuam interponente authoritatem agnita ſit (quanquam enim neceſſarium non ſit iudicis decretũ, nihil tamẽ prohibet quo minus intercedat) tunc præſumitur agnita tẽpore legibus cõſtituto: quia præſumitur iudex rectè & ritè

processisse. l. 2. C. de off.ciui.iud.c.Abbate de verb.sig.

Tertia regula: Si is, cui delata est bonorum possessio non ignorauerit sibi delatam esse, ex morte eius, cuius de hæreditate agitur, non erit difficile intelligere, an intra tempora legibus constituta fuerit agnita necne. Nam dies delatæ bonorum possessionis spectabitur, & agnitionis factæ: & ex his facilè cognosci id poterit, ac proinde nullus disceptationi locus esse poterit.

Quarta regula: Si is, cui delata est bonorum possessio, ignorauerit eam sibi delatam, eamque agnouerit, aduersario dicenti non fuisse agnitam in tempore, probatio incumbet. Nã tempus ad agnoscendam bonorum possessionem non currit, nisi ex die scientiæ. l. 2. l. Quãdiu. C. Qui admitti. Cùm ergo ignorauit delatam esse, non potest in dubium vocari, an tempore constituto agnouerit, nisi probetur ex die scientiæ lapsum esse legitimum tempus intra quod agnita fuerit.

Quinta regula: Si non constet, vtrum is, cui delata est bonorum possessio, scierit, vel ignorauerit sibi delatã, in dubio præsumitur ignorantia. l. vlt. ff. pro suo. l. Verius. ff. de probatio. c. Ignorantia. de reg. iuris, libr. 6. nisi probetur scientia, quæ facilè probabitur, si mors in eadem Ciuitate contingit, publicè omnibus cognita, si is, cui delata est bonorum possessio, fuit præsens, & ab intestato delata sit: sicut econtrariò, si fuerit absens, vel ex testamento delata sit, & fortè sit extraneus, ignorantiæ præsumptio erit. Verùm hæc ex variis causarum figuris & circumstantiis variè definiri poterunt.

Alia multa ex Mantica & Menochio adferri possunt locis annotatis, sed cùm ea non expenderim, consultius fore putaui, ad eos Lectorem remittere, his paucis, quæ ad principalem controuersiam pertinent & iuris regulis videntur mihi consentanea, contentus.

CAPVT LX.

Si quis dixerit, Credo hanc hæreditatem esse respuendam, & mihi non expedire, *an repudiata censeatur post trium mensium lapsum?*

SI hæres institutus non repudiauit, neque adiuit hæreditatem, sed dixit eam respuendam credo, vel sibi non expedire, hæc verba cum concursu trium mensium inducũt repudiationem, ita docet Bartolus in l. vlt. §. Cùm igitur. n. 1. C. de iure deliber. & in l. si quis suus. nu. 8. ff. eodem tit. Sequitur Paulus Castrensis in d. §. Cum igitur. n. 9. & in l. Qui se patris. n. 2. C. vnde liberi. Mantica de coniecturis vlt. voluntatum, lib. 12. tit. 4. n. 20. & alij quos cõmemorat Menochius de Præsumpt. li. 4. Præsumpt. 102. nu. 7.

Sed non placuit hæc sententia Iasoni in d. l. Qui se patris. nu. 41. vers. Secundò limitat. nec Decio ibidem num. 18. nec aliis, quorum facit mentionem Mascardus de Probationib. vol. 2. concl. 853. n. 14. 17. Nec mihi quoque placet, nisi verba sint talia, quæ per se repudiationem inducant, iuxta ea, quæ disseruimus supra hoc eod. lib. cap.

Nam fundamentum, quo prior nititur sententia, valdè est infirmum: Est enim positum in l. vlt. §. Similique modo. C. de iure delib. *Similique modo* (inquit Iustinianus) *si non titubãte animo respuendam, vel abstinendam esse crediderit hæreditatem, & apertissimè intra trium mensium spatium ex quo ei cognitum fuerit, scriptum se esse, vel vocatum hæredem, renunciet, nullo nec inuentario faciendo, nec alio circuitu expectando, sit alienus ab eiusmodi hæreditate, siue onerosa, siue lucrosa sit.*

Hæc est Iustiniani sententia: quia hæres intra spatium trium mensium, ex quo scit hæreditatem sibi delatam esse, inuentarium facere tenetur, si intra illud tempus apertissimè hæreditati renunciauerit: quia non titubante animo sed deliberato & firmo crediderit non sibi expedire, vt eam agnoscat, & adeat, & ideo abstinendam vel repudiandam esse: tunc alienus erit ab eiusmodi hæreditate, siue damnosa siue lucrosa sit: nec erit opus, vt inuentariũ faciat, vel quid aliud expectetur, quia scilicet manifestum est eum nolle hæreditatem adire, & ei renunciare.

Hoc in loco spatium trium mensium nihil operatur, sed apertissima renunciatio eius, cui delata est hæreditas, totum facit, quamobrem vt dixi, si renunciatio ex verbis, aut factis non appareat, non puto aliquid ad eam inducendam valere lapsum trium mensium.

Nec obstat, si dicatur aliquid valere lapsum trium mensium, quia illud tempus datur ad conficiendum inuentarium: Et ideo, si hæres illud non conficiat, videtur significare, se non habere animum hæreditatem adeundi: præsertim cùm dixit illa verba, *sibi eam non expedire: Eam abstinendam siue respuendam credere.* Nam respondeo, si hæc verba dixerit is, cui delata est hæreditas, quia *non titubante animo*, sed certo ac firmo decreuerit abstinere, vel repudiare, sicut loquitur textus, nõ tamẽ eam repudiauerit, vel abstinuerit *apertissimè*, tunc nihil profuturũ esse lapsum trium mensiũ: Ex eo enim lapsu tẽporis excludetur quidem hæres à beneficiis inuentarij, quia illud nõ confecit: sed non propterea ab hæreditate excludetur. Neque enim ideo minus hæres esse, & hæreditatem adire aliquis potest, quoniam inuenta-

inuentarium facere neglexit. Etſi enim ab initio dubitauerit, an eſſet adeunda, & procliuis eſſet ad eam reſpuendam, vel abſtinendam: quia tamen poſtea non renunciauit, præſumi poteſt velle deliberare, iuxta l. Cum antiquioribus, C. de iure delib.

Et ideo nequaquam eorum ſententiam probo, qui hoc in caſu, quo labitur trimeſtre ſpatium, hærede non apertè renunciante, exiſtimāt eum adiuiſſe hæreditatē. Cur enim hanc coniecturam capiūt repugnantem priori eius conteſtationi, cum alia capi poſſit huic negotio magis accommodata, vt videlicet, ſi non perſpicua ſit repudiatio ex priori conteſtatione, vel aliàs poſteà intra trium mēſium ſpatiū eum, cui delata ſit hæreditas, credatur velle deliberare, cùm poſſit conſtitutionis beneficium inuentario non confecto intra ſtatuta tempora negligere, & ad deliberationis auxiliū conuolare. d. l. vlt. §. Sin autem hoc aliquis fecerit. C. de iure delib. ibi: *Cùm enim gemini tramites inuenti ſint, vnus quidem ex anterioribus, qui deliberationem dedit: alter autem rudis, & nouus à noſtro numine repertus, per quem adeuntes ſine damno conſeruantur: Electionem ei damus, vel noſtram conſtitutionem eligere, & beneficium eius ſentire: vel ſi eam aſpernandem exiſtimauerit, & ad deliberationis auxilium conuolauerit, eius effectum habere.*

CAPVT XLI.

Repudiatio hæreditatis an inducatur ex eo, quod is, cui delata eſt, verbis futurum tempus ſignificantibus teſtetur ſe nolle adire?

VNum reſtat de repudiatione controuerſum: Sitne repudiatio hæreditatis inducenda ex verbis futurum tempus denotantibus, puta ſi is, cui delata eſt hæreditas, dicat: *Non adibo: Profiteor me non aditurū* Affirmāt induci repudiationem Baldus in l. Qui ſe patris. num. 12. C. vnde lib. nec non ibidem Salycetus & Alexand. num. 6. ver. Tertiò fallit. Mātica de Coniecturis vlt. volunt. lib. 12. tit. 14. n. 22. Menoch. de Præſumpt. lib. 4. Præſump. 103. num. 9. Negant Iaſon in d. l. Qui ſe patris. poſt num. 41. verſ. Quartò mirabiliter. Decius poſt n. 18 & quidam alij à Maſchardo relati de Probationib. vol. 1. concl. 853. vbi quandam diſtinctionem adhibet ad conciliandas opiniones ex Benedicto Plumbino.

Sed certè hac in re dictinctione opus non eſt: quoniam ſatis plana eſt & perſpicua. Etenim conſtat inter omnes, recuſari hæreditatem poſſe verbis, & quocunque indicio volūtatis. l. Recuſari. ff. de acq. hæred. ſed quænam ſunt verba magis apta iſtis: Non adibo, Profiteor me non aditurum? His verbis vſi ſunt ad declarandam hæreditatis repudiationem Iuriſconſulti, vt in l. 1. ff. de Curatore bonis dando: vt in l. Vnius. §. 1. ff. Quibus ex cau. in poſſeſſ. eatur. Vnde non obſtat, quod reſponderi ſolet, hæredi ſtatutum fuiſſe tempus ad repudiandum, vel adeundum in caſibus, de quibus Iuriſconſulti reſponderunt: quia vnū hoc perpendo: vſos eos fuiſſe verbis illis, & ita interpretatos, vt repudiandi animum ſignificent.

Quod verò Iaſon attulit, non tam ad impugnandam hanc ſententiam pertinet, quam ad oſtendendum nullum eſſe diſcrimen inter verba præſentis & futuri temporis. Quod etſi cōcedi poſſe non dubitem, quoniam illa verba, *nolo adire*, mihi repudiādi animum ſignificāt, vt ſuperius explicaui, tamen non idem omnibus videtur, & leges ab Iaſone citatæ nihil eū iuuant, quoniam in eo caſu loquuntur, quo certum eſſe præſupponitur, hęredem animum repudiandi habere, quod Decius Iaſoni parum æquus non reticuit.

CAPVT LXII.

Vtrum pater feudum vni ex filiis prælegare poſſit?

VTrum pater prælegare vni ex filijs feudū poſſit, variæ ac diſſidentes ſunt Doctorū ſententiæ, vt videre licet ex Curtio iuniore de feudis in quarta part. Tiraquello de retractu conſanguin. 11. Gloſ. 6. n. 23. Claro in §. Feudum quæſt. 40.

Prima eſt ſententia: patrem poſſe feudum prælegare vni ex filiis, ita reſpondit Paulus Caſtrenſ. in conſ. 179. incipiē. in cauſa, quam Magnificus. lib. 1. qui multos habuit ſequaces. Fūdamentum eius eſt, quia valet argumētum ex ſimilib. l. Non poſſunt. ff. de legibus. Sunt autem multi caſus ſimiles, in quib. pater poteſt vni ex filiis aliquid prælegare. Nam lucra nuptialia tenetur mater reſeruare filiis primi matrimonij, & tamen vnum ex eis poteſt eligere, & alios excludere: l. 2. C. de ſecund. nupt. Et licet illa lex Nouella Iuſtiniani ſublata ſit, tamen ratio illius ſublata non eſt.

Secundò, ius patronatus deſcendit in omnes liberos æqualiter l. Vt iuriſiurandi. §. Si liberi ff. de operis liberto. tamen poteſt vni ex filiis aſſignari, aliis excluſis. l. 1. ff. de aſſign. liber.

Tertiò, ſi quis rogatus ſit aliquid familiæ relinquere, poteſt vnum ſolum ex familia eligere, cui relinquat. l. Vnum ex familia. de leg. 2.

Quartò, licet quis receperit emphyteuſim pro ſe & liberis ſuis, poteſt tamen vnum eligere ex eis, cui relinquat, cæteris excluſis, vt docet Speculator tit. de locato, quæſt. 8.

Sic ergo & de feudo reſpondendum, licet teneatur pater illud omnibus filiis reſeruare,

pro quibus fuit conceſſum. Poterit tamen illud vni prælegare.

Nec obſtat, ſi dicatur non eſſe permiſſum vt quis de feudo teſtetur, vt in c. 1. de ſucceſſ. feudi. Quoniam id intelligendum eſt, quando in extraneos quis teſtari vellet, & extraneis feudũ legare: non autem ſi liberis relinquere velit, præſertim ſi hoc faceret propter publicam vtilitatẽ, vt puta, ſi feudum iuriſdictionẽ haberet annexam. Expedit enim, vt vni tantum aſſignetur: quia melius per vnum, quam per multos iuriſdictio adminiſtratur.

Cæterum hoc fundamẽtũ Pauli Caſtrenſis facilè deſtruitur. In primis text. in c.1. de ſucceſ. feudi. excludit interpretationem, quam ipſe adfert. Sic enim ait. *Si quis igitur deceſſerit filiis & filiabus ſuperſtitibus, ſuccedunt tantum filij æqualiter, vel nepotes ex filio, loco ſui patris, nulla ordinatione defuncti in feudo manente vel valente.*

Illa verba textus: *Nulla ordinatione*, excludunt omnem ordinationem. Sunt enim generalia. Et quoniam in præcedentibus verbis dictum eſt, filios æqualiter in feudo ſuccedere, & ſtatim ſubiecta eſt illa clauſula: *Nulla ordinatione, &c.* ſatis aperte colligitur non valere vllam defuncti ordinationem, per quam filij non æqualiter ſuccederent.

Deinde, quod attinet ad l. 2. C. de ſecund. nupt. illa eſt prorſus ſublata ex Iuſtiniani Nouella 2. & 22. Quare, vt maximè olim ex ea liceret argumentum ſumere, quod vni ex filiis pater feudum prælegare poſſit, exemplo matris, quæ lucra nuptialia vni ex filiis poterat relinquere, hoc tamen argumentum non poteſt amplius adferri: quoniam matri ius illud eligendi vnum ex filiis ademptum eſt.

Denique, argumentum ex iure patronatus ideo non obſtat: quia de eo teſtari pater prohibitus non eſt, ſicut de feudo, imò teſtamento aſſignare libertum poteſt. l. Teſtamento. ff. de aſſignã. liber. Similiter nec ille, qui aliquid familię rogatus eſt relinquere. Quod verò adfertur ex Speculatore de emphyteuſi argumentum, non magni ponderis eſt: tum quia controuerſa eſt illa Speculatoris ſententia, tum quia in emphyteuſi talem prohibitionem teſtandi non habemus.

Solet à nonnullis & hoc argumentum adferri, quòd ſi pater vni ex filiis feudum prælegauerit, ideo conſiſtat legatum: quia non poteſt alter filius patris voluntatem impugnare, cùm ſit hæres. l. Ex qua perſona. de reg. iur. l. Cùm à matre. C. de rei vind. Sed facilè refellitur hoc argumentũ. Etenim non eſt filius, qui hoc in caſu patris voluntatẽ impugnet, ſed eſt lex, quæ prohibet patrẽ teſtari, & conſequenter feudum ipſum prælegare. Ita quoque nemo diceret, hæredem obligatum eſſe ad legata præſtanda, quæ ſecundùm legem nullius ſunt momenti, vt in §. Non ſolum. in Inſtit. de legatis. & tamen, quia defuncti voluntatem impugnare hæres non poteſt, dicendum eſſet, teneri ad ea legata præſtanda, quod eſt abſurdum.

Secunda eſt opinio, diſtinguendum eſſe inter feudum antiquum & nouum videlicet à patre ipſo quæſitum: vt ſi de feudo antiquo agatur, illud pater vni ex filiis prælegare non poſſit, ſi verò de nouo feudo agatur, poſſit. Authores huius ſententiæ putantur fuiſſe, Andreas Iſernia in c.1. de alienat. feud. Andreas Siculus in conſ. inſerto inter conſilia Alexandri, 4. lib. conſ. 55. nu. 58. 59. & eam ſecutus eſt Clarus, d. §. Feudum. quæſt. 40. & multi alij à Tiraquello citati loco annotato.

Fundamentum eſt, quia in feudo antiquo non poteſt pater filiis præiudicare, quibus eſt ius quæſitum ex antiqua conceſſione a domino facta. c.1. de aliena. feudi paterni. Cæterùm in feudo nouo, quod ipſe pater acquiſiuit, poteſt, argumento l.3. ff. de ſeruis exportan. & d. c.1. de aliena. feudi. pater. à contrario ſenſu.

Sed hæc ſententia haud difficulter refutari poteſt. Quoniam dato, quod pater viuens alienando præiudicare poſſit filiis ſuis in feudo nouo, non tamen ſequitur eum poſſe teſtando præiudicare: quia alienatio feudi cum conſenſu domini valet, ſed teſtamentaria diſpoſitio de feudo non valet.

Tertia eſt opinio, diſtinguendum eſſe inter feudum hæreditarium, & non hæreditarium. Nam, ſi ſit hæreditarium, vt puta conceſſum pro quibuſcunque hæredibus etiam extraneis videtur patri licere illud vni prælegare, ſecus, ſi non ſit hæreditarium. Ita poſt alios Alexander reſpondit in conſ. 28. col. vlt. lib. 5. & Curtius iunior hanc ſecutus eſt ſententiam loco ſuprà citato, nec non etiam Clarus. Et fundamentum eſt, quia tale feudum tranſire poteſt ad quemcunque extraneum: ergo multò magis ad filium. Item quia non tranſit ad filios, niſi ſint hæredes patris. Ergo non licebit eis impugnare defuncti teſtamentum ac voluntatem, argum. l. Cùm à matre. C. de rei vindic.

Sed hæc ſententia non eſt recipienda propter duas cauſas. Prima eſt, quod cũ diſputamus, an feudum poſſit vni à patre prælegari, id de feudo proprio accipiendum videtur. Illud autem eſt impropriè feudum, quod tranſit ad extraneos hæredes. Deinde, quia etiam in eiuſmodi feudo improprio locũ habet generalis prohibitio teſtandi, & ratio illius, vt ex ſequentibus patebit. Et quod dicitur, filium hæredem patris impugnare non poſſe eius voluntatem, refutatur ex his, quæ ſuperius dicta ſunt.

Quarta

Quarta igitur sententia docet, patri non licere feudum vni ex filiis prælegare, quæ mihi verissima videtur. Et est communis sententia, teste Zasio de feudis in 8. part. in 3 particu. ver. Et hanc partem multi etiam secuti sunt, quos loco annotato Tiraquellus commemorat, ego addo Iacobum Cuiacium in commentariis ad lib. 4. feudor. tit. 54.

Probatur multis argumentis. Primò, quia nulla defuncti ordinatio in feudo valet, vt in c. I. de success. feudi. ergo nec illa valebit, quæ vni ex filiis feudum prælegauerit.

Secundò. Nam patris ius omne, quod habet in feudo, morte eius extinguitur, & aliis defertur, qui ex concessione vocati sunt. Nemo autem legare potest ius, quod morte sua periturum est. l. Vxor patrui. C. de legat.

Tertiò, nam si posset vasallus de feudo testari, & feudum legare, illud alienare, & in alium transferre posset absque domini consensu, quod legibus feudorum repugnat. c. I. de prohib. feudi alienat. per Fridericum. Nec dicatur posse adhiberi domini consensum: *Nam satis constanter veteres decreuerunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.* l. Illa institutio. ff. de hæred. instituend.

Quartò, omnes filij æqualiter in feudo succedunt. c. I. de success. feudi, ergo non licet patri aliter disponendo efficere, vt vnus tantum succedat. argumento Nouellæ 2. & Nouellæ 22.

Si dicatur etiam in aliis rebus idem constitutum esse, vt æqualiter liberi ab intestato parentibus succedant, & tamen licet ipsis parentibus plus vni legare, quam alteri. l. Parentibus. C. de inoff. testamen. Respondeo, hæc esse dissimilia. Nam in aliis rebus permissum est parentibus testamentum condere. At in feudis permissum non est. Deinde in aliis rebus ius filiis non competit excepta legitima portione, at in feudo ius competit ex concessione domini, qui post mortem patris liberos ad feudum inuitauit. Quod si proponas patri duntaxat feudum concessum fuisse, non etiam eius liberis tunc res erit magis perspicua, quod pater non possit feudum vni prælegare, quoniam ius quod habet, morte ipsius perimitur, & filiis defertur non tanquam à patre transmissum, sicut cætera iura transmittuntur ad hæredem: sed tanquam à lege delatam ipsis filiis, non tanquam patris hæredibus, sed tanquam filiis.

Hæc postrema ratio locum non habet in feudo hæreditario, sed tamen in eo sufficere possunt aliæ rationes, præsertim quia de feudo proprio disputatio accipienda est, non de eo, quod propriam feudi naturam non habet, quale est illud, de quo loquitur text. in c. I. tit. de feudo non habente propriam naturam feudi, & si qui alij sunt similes.

CAPVT LXIII.

Pater an prælegare possit emphyteusim vni ex filiis suis?

Pater emphyteusim stipulatus est sibi suisque liberis, vtrum eam testamento prælegare vni ex filiis possit? Negat Bartolus ad l. Vt iurisiurandi. §. Si liberi. ff. de operis libertor. Affirmat Io. Imolensis in c. Potuit. nu. 68. de locato. Vtrique non desunt adstipulantes, vt videre licet ex Curtio iuniore de feudis in 4. part. post nu. 132. Vers. Subiicit tamen. Claro in §. Emphyteusis, q. 16. Couuar. variar. resol. lib. 2. cap. 18. n. 2.

Fundamentum Bartoli est primò in c. I. de success. feudi. ibi: *Nulla ordinatione defuncti in feudo tenente vel valente.* Idem igitur & in emphyteusi. Secundò, quia filiis ius quæsitum est omnibus æqualiter ex stipulatione patris, ergo non potest eis auferri, argum. l. Si cùm pater. §. Si pater. ff. sol. matr. l. Id quod nostrum. de reg. iur.

Fundamentum Imolensis est, quia filiis ius acquisitum est beneficio patris, ergo pater auferre potest. argum. l. 3. ff. de seruis exportan. l. Qui Romæ. §. Flauius. ff. de verb. oblig. cum ibi notatis à Bartolo.

Deinde, quia pater dum acquirit filiis suis aliquid, videtur illis donare. l. Filiæ. C. fam. hercis. sed donatio reuocari potest, vt ibi dicitur. Videtur autem reuocari ex eo, quod pater vni prælegauit, quia ex eo apparet patrem nolle, vt alij habeant: Ergo prælegatum valet. Addi potest emphyteusim alienari posse, & in alios transferri. l. 3. C. de iur. emphyt. §. Adeò. in Instit. de locat. Ergo & legari poterit.

Ego puto Bartoli sententiam veriorem esse, & moueor hoc argumento: Quoties pater filio stipulatur in tempus, quo sui iuris est, actio ipsi filio acquiritur. l. Nō quodcunque. 45. §. Si quis ita. ff. de verb. oblig. Vlpianus: *Si quis ita stipulatus sit, post mortem meam filiæ meæ dari. vel ita: post mortem filiæ meæ mihi dari, vtiliter erit stipulatus: sed primo casu filiæ vtilis actio competit, licet hæres ei non existat.* Dicitur autem vtilis actio competere, & non directa, quia nemo alteri stipulari potest, tamen hoc in casu valet stipulatio, quia pater est, qui filio stipulatur: sed quia refertur stipulatio in tempus, quo sui iuris est, videtur idem, ac si extraneo, vel emancipato stipuletur, ideo non oritur directa actio, sed vtilis.

Sed in præsēti casu pater filiis suis stipulatur in tempus, cùm erūt sui iuris effecti, nimirum post mortem ipsius patris: quia emphyteusis

hoc modo concessa, intelligitur concessa primum patri,& eo mortuo filiis:ergo post mortem patris actio filiis acquiritur.

Hoc ita posito sic argumentor: Emphyteusis post mortem patris ad filios spectat æqualiter, quia æqualiter omnibus pater acquisiuit & stipulatus est: Ergo non licet patri eam vni tantum prælegare.

Probo consequentiam. Nam si filiis omnib. emphyteusis acquiritur post mortem patris, ergo patris ius morte finitur. Sed quando aliquis legat rem aliquam, in qua ius habet, sed illud morte eius extinguitur, non valet legatum. l. Vxor patrui. C. de legatis l. Si domus. §. vlt. & l. Quod in rerum natura. §. 1. de leg. 1. Ergo in proposito casu legatum non valet.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respõdeo, illud procedere, quando id, quod pater stipulatur vel acquirit filiis, non refertur ad illud tempus, quo sui iuris sunt, quia tunc ius acquiritur filiis, ac proinde eis auferri non potest. Nec ad rem pertinet l. 3. ff. de seruis exportand. & similes, quibus dicitur, vẽdito seruo, vt intra certũ tempus manumittatur, posse venditorem ab hac manumissionis lege discedere, & eo pœnitente, non teneri emptorem seruum ea lege venditum manumittere. Nam ratio est ibi manifesta, quia seruus est venditoris, quia pactum adiecit, neque seruo actio quæsita est, licet enim libertatis sit capax, ac proinde fiat liber ex pacto: non tamen ius acquirit irreuocabile, sed hoc pendet ex voluntate domini. At in casu nostro actio filiis acquiritur ex stipulatione patris, quia refertur in illud tempus, quo sui iuris sunt, quo casu patri non acquiritur.

Ad secundum argumentum concedo donationem esse, sed quia confertur in tempus, quo filij sui iuris sunt, illis actio competit, quam pater auferre non potest prælegando, quia prælegatum post mortem patris effectum habet, quo tempore pater nullum ius habet in emphyteusi.

Ad argumentum, quod attuli de alienandi potestate, quæ patri competit, respondeo, diuersam esse rationem inter alienationem & legatum. Nam alienatio fit inter viuos à patre, qui tunc obtinet & possidet emphyteusim, ac proinde potest illam alienare. Nam acquirendo sibi & filiis, primùm sibi acquisiuit, deinde filiis: quare si velit, potest meritò alienare. Neque enim dum filiis stipulatus est, intelligitur sibi præiudicare voluisse, quò minus suo iure rem alienare posset. Sed prælegatum fit in vltima voluntate, & in tempus refertur, quo pater nullum ius habet: sed filiis ex stipulatione ius competit. l. Illa institutio. ff. de hæred. instit.

Si quis autem huc adferat iuris regulam: Hæredem non posse voluntatem defuncti impugnare, ac proinde filium, qui est patris hæres prælegatum agnoscere, ac minime impugnare oportere, cùm & res aliena legari possit, & ipsius hæredis propria. Respondeo, non filium hæredem patris legatum impugnare sed legẽ, quæ hãc legati speciem non fouet: quia hoc legatum interpretatur, non tanquam rei alienæ legatum, sed tãquam legatum rei propriæ legantis, qui crediderit se ius habere legandi, cum non haberet. Vis clariùs hoc videre? *Vxor patrui tui, si testata decesserit, res tuas, tantùm vsumfructum earum habens, legare non potuit.* l. Vxor. C. de legatis. Hic testator si res alienas legauerit, ideo non valet legatum, quia videtur legare ius quod habet, illud autem morte eius extinguitur: Id non latuit Accursium, qui ita scribit eo in loco: *Sed nónne potuit rem alienam legare? Respondeo, vtique, sed cùm non sit sua, ius quod habet tantùm legare videtur, at hîc post mortem nullum ius remanebit, quare legatum non tenet.* Et sequuntur Iason, Bart. & alij in commentariis d. l. Vxor.

Atque huc pertinent verba illa l. Sticho. ff. de vsufr. legat. *Videri Stichum potius, quod habere se crederet, quàm quod onerare hæredes vellet, legasse.* Et est communis omnium sententia, quod legatum non valeat, quoties testator legat rem, in qua ius habet morte sua periturum: in feudo, & emphyteusi exempla adfert post alios ab eo citatos Menoch. de Præsump. lib. 4. Præsumpt. 118. n. 19. 20.

Quod si proponatur testatorem omnino voluisse, etiamsi sciret post mortem suam nihil sibi iuris competere in emphyteusi, sed eam ad liberos pertinere, pro æquis portionibus, eam vni prælegare, tunc putarem legatum valere, quia in claris non est opus coniecturis, ex traditis per Alexandrum in cons. 9. nu. 16. li. 2. cum aliis à Menochio citatis loco proximè annotato. n. 23. & Præsump. 117. n. 6. 7. eod. lib. Est enim exploratum, rem alienam legari posse. l. Cum alienam. C. de legatis, & rem hæredis. l. Vnum ex familia. §. si rem. de leg. 2. l. cum filius. §. Dominus. ff. eodem. cum multis aliis similibus.

Verùm in istis terminis controuersia à nobis hoc in capite proposita, non est inter doctores: sed quando pater simpliciter prælegat vni ex filiis totam emphyteusim, quæ communis est omnibus filiis, tale legatum non valet, quia patris ius morte extinguitur, ex iis, quæ iam allata sunt.

CAPVT LXIV.

De donatione simplici an sit conferenda? ad l. Filia. C. fam. hercisc. l. Si donatione. C. de collat. & l. penult. C. eod. tit.

Superiore

SVperiore libro nonnullas de collationibus quæſtiones controuerſas expoſui, atque illam in primis: an donatio ſimplex filiofamilias collata ſit conferenda nec ne? quam & in hoc capite iterum exponendam propoſui. Iuuat autem eam retractare, quoniam illa quædam in mentem venerunt, quæ veritati magis conſona eſſe planè iudico: nec illud moror, quod fortè aliqua ex parte, iis, quæ aliàs dixi, hæc aduerſabuntur: quoniam hoc vnum mihi præcipuum ſtudium eſt, veritatis inquirendæ, eiuſdémque inuentæ ad publicam vtilitatem in lucem proferendæ, paratúſque ſemper ero, toties mutare ſententiam, quoties veritatem vel ipſe inuenero, vel ab aliis inuentam cognouero.

Controuertitur, an donatio ſimplex, vt dixi conferenda ſit. Non eſſe conferendam probat l. Filiæ. C fam. hercis. Conferendam eſſe probat l. Si donatione. C. de collat. Rurſus conferendam non eſſe probat l. pen. C. eod.

Quod attinet ad l. Filiæ. eam ſic accipio, vt loquatur condito teſtamento, propter illa verba: *Si non poſtea cõtrarium eius iudicium probetur.* Videntur enim indicare, textum accipiendum eſſe, quãdo aliquod extat patris iudiciũ, ſcilicet teſtamentum, ſed non contrariũ donationi factæ: Et in hoc aſſentior Iacobo Cuiacio lib. 3. capite 30.

Quod attinet ad l. Si donatione. quæ eſt eiuſdem Diocletiani, eam puto accipiendam nullo condito teſtamẽto, vt videlicet tũc collationi locus ſit: nullum enim eſt ibi verbum, ex quo teſtamentum conditum ſignificetur.

Sed contra obiicitur: eiuſmodi donationem conferendam nõ eſſe, quia non valet, & morte patris ſilentióque confirmatur l. Donationes, C. de donat. inter vir. & vxor. Et ideo videtur filius rem donatã habere, quaſi ex legato vel fideicommiſſo, atque adeo poſt mortem patris acquirere, quo in caſu collationi locum non eſſe inter omnes conuenit, & verum eſt. l. Nec emancipati. C. de collat.

Item opponitur l. pen. in fin. C. eod. tit. vbi dicitur: *Simplicem donationem non aliter conferri, quàm ſi donator eam legem ſuæ liberalitati poſuerit.*

Non ſatisfacit, quod nonnulli dicunt, Diocletiano imperante nondum fuiſſe conſtitutum, vt donatio morte patris confirmaretur, quaſi id a Iuſtiniano conſtitutum fuerit in d. l. Donationes. quoniam etiam Diocletiani tẽporibus idem iuris fuiſſe, vt donatio cõfirmaretur morte & ſilentio donatoris, indicant l. 2. C. de inoff. donat. l. Si nõ verum is. C. de donat. inter vir. & vxor. l. Cum de bonis. 11. C. de donat. & ex ipſa l. Donationes. apparet non Iuſtinianum illud primùm ſtatuiſſe, ſed declaraſſe, quomodo eſſet accipiendum id, quod iam erat conſtitutum, & quod donatio retrotrahenda eſſet ad diem, quo conſcripta eſt.

Et hæc eſt communis veterum interpretum ſententia, quod donatio morte patris olim cõfirmaretur, vt videre licet ex Bartolo, Caſtrenſi, & aliis ad l. 1. §. 1. ff. de donatio. quibus non obſtat ille textus, dicens, vſucapi nõ poſſe rẽ à patre donatam filiofam. cum aliis à Cuiacio notatis ad l. 2. ff. pro hærede. ad lib. 5. ſenten. Pauli tit. 11. quia, vt poſt Cynum declarat Caſtrenſis in d. §. 1. confirmatur quidem morte patris donatio, ſi pater rem ſuam donet: ſecus ſi alienam, tunc enim iniquum eſt, vt confirmetur in præiudiciũ alterius, qui eſt dominus. Et notandum eſt, idem eſſe, quod dicitur ſilentio donatoris patris confirmari donationem, ſicut loquitur l. Donationes C. de donat. inter vir. & vxor. ac ſi dicatur, ſi pater in eadem voluntate perſeuerauerit, vt loquitur Diocletianus in l. Si non verum is. C. eod. tit. Dicitur enim in eadem voluntate perſeueraſſe, qui mortuus eſt voluntate non mutata. Et ideo Iuſtinianus in d. l. Donationes. *Ita firmas eſſe*, inquit *per ſilentium donatoris vel donatricis ſancimus, ſi vſque ad quantitatem legitimã, vel eam excedentes actis fuerint inſinuatæ.* Et paulò infra, *Tunc & ſilentium donatoris, vel donatricis, & ſpecialis confirmatio ad illud tempus refratur, quo donatio conſcripta eſt.* Ex quibus verbis apparet Iuſtiniano idem eſſe perſeuerantiam in eadem voluntate, & ſilentium donatoris. Et id ſolum ſtatuiſſe, vt tunc cõfirmetur donatio, cùm non excedit quantitatem legitimam, vel cùm eam excedens fuerit actis inſinuata. Item vt donatio retrò trahatur ad tempus, quo conſcripta eſt, quod antea cõſtitutum non erat.

Item non probatur quod ad l. penult. dicũr, illam eſſe accipiendam de filio emancipato, quia ibi loquitur textus de donatione matris, quam conſtat non habere filios in poteſtate. Nam nullum ibi fit verbum de filio emãcipato, ſed de filio ſimpliciter, & fit mentio etiam donationis patris: & quod caput eſt, filium emancipatum cõferre debere donationem ſimplicem, dubitari non poteſt ex forma edicti Prætoris, de quo in l. 1. ff. de collat. bonor. & in l. Si emancipati. C. de collat. & in l. Vt liberis. C. eod. ad finem.

Exiſtimo itaque ita reſpondendum eſſe, licet ſimplex donatio patris non valeat, & morte confirmetur, tamen conferri debet, quoniã legati & fideicommiſſi naturam non habet, ſed potius donationis inter viuos. Id patet, quia retrotrahitur ad tempus, quo conſcripta eſt: & ſic non valet ex die mortis patris, vt cætera legata & fideicõmiſſa, ſed fingitur ab initio valuiſſe, vt in d. l. Donationes. ibi *Tunc & ſilentium donatoris vel donatricis, & ſpecialis*

confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit. Cum itaque retrotrahatur, atque perinde habeatur, ac si ab initio valuisset, cùm fuit conscripta, cessat argumentū, ex quo videbatur locus non esse collationi, quasi filius donationem post mortem patris consecutus esset, & ex vltima eius voluntate. Videtur enim eam consecutus patre viuente: & ideo meritò conferenda, vt seruetur æqualitas inter filios parentib. intestatis succedentes: vel etiam attento nouissimo iure testamento condito defunctis, iuxta Nouellam de Triente & Semisse. §. Illud.

Quod verò attinet ad l. pen. non puto sensū esse illius legis hunc, vt donatio simplex non conferatur, si pater, vel mater intestati decesserint: sed si decesserint testamēto cōdito, quod per querelā rescissum sit. Tūc enim ex antiquis legibus certum erat, donationem inter viuos conferendam non esse, nisi donator eam legem suæ liberalitati apposuerit, vt in l. Si non mortis. ff. de inoffic. testam. in l. Si quando. §. Illud. & §. Generaliter. C. eodem tit. Vlpianus: *Si nō mortis*, inquit, *caussa fuerit donatum, sed inter viuos, hoc tamen contemplatione, vt in quartam habeatur, potest dici inofficiosi querelam cessare, si quartam in donatione habeat, at si minus habeat, quod deest, viri boni arbitratu repleatur: aut certè conferri oportet id quod donatum est.*

Vides, vt puto, lector, hîc locum esse collationi, etiam testamento condito. Item donationē simplicem conferri, quia eam conditionem donator apposuit, vt conferretur. Id patet ex illis verbis: *Hac tamen contemplatione, vt in quartam habeatur.* Est enim perinde, ac si dictum fuisset, hac tamen contemplatione, vt conferatur, quia omnia conferuntur, quæ in quartam imputantur, vt patet ex d. l. penult. C. de collationib: *Vt omnia*, inquit textus, *quæ in quartam portionem ab intestato successionis computantur iis, qui ad actionem de inofficioso testamento vocantur, etiamsi intestatus is decesserit, ad cuius hæreditatem veniunt, omnimodo cohæredibus suis conferant.*

Ad eundem modum loquitur textus in d. l. si quando. §. Et generaliter. C. de inoff. testam, vt patet ibi: *Aliquid dederis, vt mortis caussa donatione, vt inter viuos, sub ea conditione, vt hoc inter viuos donatio in quartam ei computetur.* Et post hæc textus loquitur de illa specie, in qua testamentum est conditum, & minus legitima portione filio relictum est.

Donatio itaque inter viuos in legitimam filij non imputatur, & ideo testamentum inofficiosum filius dicere potest: nisi ea cōditio donationi adiecta sit, vt in legitimam imputetur. Nam eo in casu querela cessat, & conferenda erit, vt in d. l. Si non mortis.

Hæc igitur est sententia Iustiniani in dict. l. pen. C. de collat. licet simplex donatio non conferatur, nisi eam conditionem donator, scilicet pater vel mater, vel alij parentes adiecerint: tamen illo in casu conferenda erit, vt inter liberos æqualitas seruetur, quando alter filius confert dotem vel donationem propter nuptias.

Exemplum esto: Vnus ex filiis confert dotē vel donationem propter nuptias. Alter in quē simplex donatio collata est, negat se conferre debere: Adfert hanc rationem, quia est donatio simplex inter viuos, quæ non confertur, nisi donator eam conditionem apposuerit. Imperator statuit, vt ea exceptione non obstante conferre debeat.

Illa verò exceptio, quod simplex donatio non conferatur, non habet locum in successione intestati, sed testati duntaxat, & in hūc modum obiicitur. Nam cùm ita constitutum sit, vt si testamentum sit inofficiosū, illud rescindi possit à filio exhæredato, licet donationem inter viuos simplicem consecutus fuerit, ea conditione non adiecta, vt conferatur, vel vt in legitimā portionem imputetur: & sic eo in casu donatio simplex non conferatur. Tamē fieri potest, vt alter ex filiis, ei, qui simplicem donationem accepit, conferre teneatur dotem vel donationem propter nuptias, si fortè testamentum tanquam inofficiosum rescissum sit: & tunc Iustinianus statuit, illum quoque, qui simplicem donationem accepit, cōferre oportere donationem ipsam, vt æqualitas seruetur ea exceptione non obstante. Quod autem rescisso testamento per querelam locus collationi sit dotis vel donationis propter nuptias, manifestā est ex l. vt liberis. C. eod. tit. in qua sic statuit Imperator Leo: *Vt liberis siue sui iuris siue in potestate constitutis quocunque iure intestata successionis, id est, aut testamēto penitus non condito, aut si factum fuerit contra tabulas bonorum possessione petita, vel inofficiosi querela mota rescisso, æqua lance parique modo prospici possit: hoc etiam æquitatis studio præsenti lege credidimus inserendum, vt in diuidēdis rebus intestato defunctorum parentum tam dos, quàm ante nuptias donatio conferatur.*

Hæc est mea hac in re longè difficillima sententia, ex qua primò perspicuum euadit simplicem donationem filio in potestate factam conferendam esse, & hanc amplector quicquid dixerim. Secundò, nullam esse antinomiam inter l. Filiæ. & l. Si Donatione. Tertiò, aliam esse sententiam, quàm vulgo credatur. l. pen. C. de collat.

CAPVT LXV.

Ad l. vlt. C. de collat. an sit extendenda ad filios emancipatos.

Contra-

Controuerſia eſt maximi momenti, an quod conſtitutum eſt in l. vlt. C. de collatio. vt aduentitia bona non conferantur, iuſta interpretatione trahi ad emancipatos poſſit. Et licet ſupra lib. 5. cap. 83. ea de re aliquid dixerim, placet tamen diligentius expendere, ne ſummas difficultates præterire, & eis quodammodo videar terga vertere: *Vt nemini*, inquit Iuſtinianus, *de cætero ſuper collatione dubietas oriatur, neceſſarium duximus, conſtitutioni quam iam fauore liberorum fecimus, hoc addere, vt res quas parentibus adquirendas eſſe prohibuimus, nec collationi poſt obitum eorum inter liberos ſubiaceant. Vt enim Caſtrenſe peculium in commune conferre in hæreditate diuidenda, & ex priſci iuris authoritate minimè cogebantur: ita & alias res, quæ minimè parentibus adquiruntur propriàs liberis manere cenſemus.*

Qui negant hanc cõſtitutionem ad emancipatos pertinere, duo perpendunt. Primum, quod Iuſtinianus dicit: *Vt nemini de cætero ſuper collatione dubietas oriatur.* Hæc dubitatio oriri non poterat, quantum ad filios emancipatos, quia certum erat eos conferre debere ſua, cum appetunt paterna. l. 1. ff. de collat. bonor. l. Si emancipati. l. Vt liberis. C. de collat. ſed oriri poterat hæc dubitatio, quantum ad filios in poteſtate, quia Iuſtinianus iã ſtatuerat in l. Cùm oportet, C. de bonis, quæ liberis. vt aduentitia bona patri nõ acquirerentur, niſi quantum ad vſumfructum, quamobrem meritò dubitare quis poterat, an aduentitia conferre tenerentur. Nam eos ad conferendum teneri illa ratio adferri poterat, quod antiquæ leges hunc caſum non excipiebant. Contrà nõ teneri: quia cùm patri aduentitia bona non acquirerentur, non videbantur etiam conferenda ſicut nec Caſtrenſia, vel quaſi Caſtrenſia bona, quæ patri non acquirebantur.

Alterum eſt, quoniam Iuſtinianus dicit ſe hoc addere velle conſtitutioni, quam iam fauore liberorum fecit, vt res, quas patribus acquirendas eſſe prohibuit, nec collationi poſt obitum eorum inter liberos ſubiacerent. Illa autem cõſtitutio pertinet tantùm ad liberos, qui ſunt in poteſtate. Eſt enim in l. Cùm oportet. C. de bonis, quæ liberis. Ergo & hæc noua conſtitutio de collationibus ad eoſdem tantùm pertinere debet.

Pro confirmatione addi poteſt argumentũ aliud, nimirũ, ſi emancipatus aduentitia bona conferre non teneatur, fore, vt edicto Prætoris forma, quæ in l. 1. ff. de collat. bonor. habetur vnà cùm aliis legibus, quæ emancipatos conferre præcipiunt, ſublata nunc ſit: quod tamen cum expreſsè à Iuſtiniano factum non ſit, non videtur eſſe temerè præſumendum.

Iſtis non obſtantibus ab ea ſententia nõ recedo, quam poſui ſuprà d. l. lib. 5. cap. 83. nempe Iuſtiniani conſtitutionem ad emancipatos etiam pertinere ex interpretatione prudentũ, & ideo nec emancipatos hodierno iure ad cõferenda bona aduentitia obligatos videri. Moueor hoc argumento, Nam ratio, cur emancipati olim conferre tenerentur aduentitia bona, hæc erat, quoniam quicquid acquirebat filius in poteſtate exiſtens, acquirebat patri, exceptis Caſtrenſibus, vel quaſi. l. Placet. ff. de acqu. hæred. l. 1. ff. Si à parente quis fuerit manu. Illud autem, quod acquirebat filius emãcipatus, acquirebat ſibi: Ergo iniquum erat, vt emãcipatus æqualem haberet partem bonor. paternor. in quibus erant etiam bona à filio in poteſtate quæſita, niſi ipſe quoque emancipatus ſua bona cõferret: & hæc eſt illa æquitas, cuius meminit Iuriſconſultus in l. 1. ff. de collat. bonor. *Vt ſua quoque bona in medium conferant, qui appetunt paterna.* & ibi Bartolus optimè declarat. Quapropter, ſi emancipatus olim aliqua bona acquireret, quæ non acquirerentur fratri, licet in poteſtate patris eſſet, illa non conferebantur. l. Si patres. §. Idem Papinianus. ff. pro ſocio. ibi: *Quamuis filius emãcipatus hæc non cogatur conferre fratri in poteſtate manenti, quia etſi in poteſtate maneret, præcipua ea haberet.*

His adde, Iuſtinianum ipſum in d. l. vlt. ſimili modo ratiocinantem, dum ait: *Vt enim Caſtrenſe peculium in commune conferre in hæreditate diuidenda, & ex priſci iuris authoritate minimè cogebantur, ita & alias res, quæ minimè parentibus acquiruntur, proprias liberis manere ſancimus.*

Cùm igitur aduentitia bona ex l. Cùm oportet. C. de bonis, quæ liberis. non acquirantur patri, licet filius ſit in poteſtate, ceſſat proſus ratio & fundamentum collationis. Nam ſicut emancipatus non acquirit patri, ita nec ſuus. Ergo ille non poteſt emancipatum cogere, vt cõferat, eam ob cauſam, quod ipſe filius in poteſtate omnia patri ſuo acquirat, emancipatus autem ſibi. Nam nec ſuus aduentitia quærit patri, ſed ſibi. Et ideo res redacta eſt ad antiquam regulam illam, cuius meminit Papinianus in d. l. Si fratres. §. Idem Papinianus. ff. pro ſocio. *vt quæ emancipatus ſi in poteſtate maneret, præcipua haberet, non cogatur cõferre fratri in poteſtate manenti.* Sed iam aduẽtitia, quæ emancipatus habet præcipua, ſimili modo præcipua haberet, ſi in poteſtate maneret. ex l. Cùm oportet. C. de bonis, quæ lib. ergo conferre non tenetur.

Ad argumenta in cõtrarium reſpondeo, fatẽdo verba Iuſtiniani pertinere ad filios in poteſtate manentes, quod ſatis clarè euincũt rationes ſuperius allatæ: ſed noſtra diſputatio eſt,

an ex interpretatione idem ſtatuendum nunc ſit in emancipatis: & dicimus idem eſſe ſtatuendum, atque ita Iuſtiniani legem, quæ de ſuis loquitur ad emancipatos extendimus ob cauſas iam allatas.

Antiquas verò leges, & Prætoris edictum ideo nõ offendimus, quia ceſſat ratio nũc antiquarum legum, & Prętorij edicti propter nouam l. Cũ oportet. C. de bonis, quæ lib. & iſto in ſtatu, in quo nũc res eſt, etiam veteres Iuriſconſultos reſponſuros fuiſſe collationi locum non fore, ſatis perſpicuum eſſe ex ſupradicto Papiniani reſponſo exiſtimamus.

CAPVT. LXVI.

Ad l. Qui ſe patris. C. vnde liberi.

IMperator Conſtantius. *Qui ſe patris poſt auum inteſtatum defuncti negat heredẽ, mortui aut paterni ſuſcipere facultates non poteſt, maximè emancipatus, niſi per bonorum poſſeßionem ad huiuſmodi beneficium peruenerit.* l. Qui ſe patris. C. vnde liberi.

Iacobus Cuiacius lib. 2. obſeruat. c. 6. *Hoc reſcriptum, vt obſcurum eſſe exiſtimetur, Accurſij interpretatio facit, quæ nutat, vacillátque adeò vt certi ex ea, quod ſtatuas, colligere vix quicquam poſſis. Mihi huius reſcripti ſpecies apertiſſima videtur. Si poſt mortem aui inteſtati filius delata hereditate priuſquam ſe immiſceret, deceſſerit, nepos ex eo dubitari poteſt, an auo hæres ſit. Si filius miſcuiſſet ſe, nihil dubitaremus: nec enim tunc, niſi per patrem nepos aui hæreditatem obtinere poſſet. At ſi filius non miſcuerit ſe & deceſſerit, dubitatur, an nepos auo hæres ſit. Et ſanè, ſi patris ſui, id eſt, ſi filij hæreditatem ſuſcipiat, ſuſcipiet etiam aui hæreditatem tranſmiſſionis iure, quoniam ſui etiam ignorantes parentum hæreditatem ad hæredes tranſmittunt. l. Apud hoſtes. C. de ſuis & legit. hæred. l. 2. §. Si quis ex liberis. ff. ad Tertyll. At ſi nepos nolit filio hæres eſſe, an dicemus eum auo ſuum hæredẽ futurum? Minimè verò, idque in emancipato nepote dicemus facilius, quàm in eo, qui eſt in poteſtate aui. Sed tamen in vtroque idem iuris eſt, quoniã in ſuis hæredibus ſucceßio non eſt. l. 1. §. Sciendum. ff. de ſuis & legitim. hæred. Tempore enim delata hæreditatis eum filius in ea hæreditate præceßit. At defendi poteſt, daturum ei Prætorem bonorum poſſeßionem, Vnde liberi, & hoc ſentit in eo reſcripto Conſtantius, cum ſit poſitum ſub tit. Vnde liberi, &c.*

Hæc, quam attulit Cuiacius, interpretatio antiquorum fuit interpretum Baldi, Aretini, Iaſonis, Cagnoli, & aliorum multorum.

Sed vt reuertar ad Cuiacium, ille explicat cauſam, ob quã iure Ciuili nepos non admittitur, vt alij explicarunt, & ſatis eſt perſpicua. Verùm in eo verſatur difficultas, quo pacto nepos bonorum poſſeſſionem petere poſſit. Etenim hæreditas aui ad filium eius tranſiit ipſo iure, tanquam ſuum hæredem, qui moriẽs eam etiam non agnitam ad hęredem tranſmiſit. l. Apud hoſtes. C. de ſuis & legit. hęred. Sed nepos negat ſe patris hæredem eſſe, ergo ad alios patris hæreditas pertinere debet: Et conſequenter etiam aui hæreditas, quæ mixta eſt, & in vnum patrimonium redacta.

Reſpondent Cagnolus & alij ex antiquioribus, æquitatem Prætoris hoc efficere, propter ſummam coniunctionem aui & nepotis, vt hęreditas deuoluatur ad extraneos. Non rectè, quia ſibi nepos imputet, qui abſtinet ab hæreditate patris, cui admixta eſt & aui hæreditas. Nec enim Prętor aliis auferre ius ſuum poteſt, & iuris formam tollere.

Alij dixerunt, patrem in ſpecie dictæ legis repudiaſſe hæreditatem patris ſui, id eſt, aui ipſius nepotis: Gloſ. Bartolus, Paulus Caſtrenſis & Aretinus. Sed illis obſtat primò, quod tunc nepos potuiſſet etiam iure Ciuili ſuccedere in hæreditate aui. l. Defunctis, C. de legitim. hæred. Secundò, quod nepoti hoc in caſu nil noceret repudiatio hæreditatis paternæ. Videtur autem à cõtrario ſenſu Conſtantinus indicare nepotem, ſi non neget ſe patris hæredem, iure Ciuili admittendum ad hęreditatem aui. Et tamen id ei non prodeſſet, ſi pater eius abſtinuiſſet: neque enim ex perſona eius, tanquam hæres, auitam hæreditatem conſequi poteſt.

Alij dixerunt nepotem iſtum, qui ſe patris negat hæredem, non videri bonorum poſſeſſionem iure prætorio competentem omittere. l. Suum. C. de iure delib. l. Quoties duplici. de reg. iur. itaque excluſus ab adeunda hæreditate iure Ciuili, videtur bonorum poſſeſſionem vnde liberi, petere poſſe, ita Albericus, quem ſequuntur Duarenus & Decius, repugnante Cagnolo, quoniam hæreditatis appellatione veniat etiam bonorum poſſeſſio, ex l. Hæreditatis appellatione. ff. de verb. ſig. & l. Puberem. C. de iure delib. quæ leges id non dicunt.

Sed libenter ſcirem, quo pacto id accipiendum ſit: an nepos petita bonorum poſſeſſione obtineat etiam patris ſui facultates: an verò aui duntaxat? Si patris quoque ſui, res eſt ſatis plana, ſed vereor, vt Cæſareo reſcripto ſit conformis: quia præſupponit nepotem patris ſui hæredem non eſſe, & cõſequenter loquitur eo in caſu, quo facultates eius nõ obtinet, nõ ponens vim in eo, quod negando ſe patris hæredem à bonorum poſſeſſione excluſus non ſit: nec illud requirẽs, vt nepos bonorũ poſſeſſionem petat patris ſui, ſed dicit ad huiuſmodi beneficium

beneficium per bonorum poſſeſſionem, nepotem peruenire, vt ſcilicet aui paterni ſuſcipere facultates poſſit.

Si verò aui paterni duntaxat bonorum poſſeſſionem nepos conſequitur, in ſuperiorem ſcopulum incidimus, quo pacto liceat Prętori bonorum poſſeſſionem hoc in caſu concedere nepoti abſtinenti ab hæreditate patris, cùm ad alios hæredes ipſius patris pertineat & hæreditas, & bonorum poſſeſſio aui; quæ cum paterna hæreditate in vnum patrimonium eſt redacta.

Hæc eſt mea coniectura, hunc, de quo agitur, nepotem ſuum eſſe patris defuncti, in cuius eſt poteſtate, ſed cum beneficio abſtinendi, iuxta §. Sui. in Inſt. de hæred. qualit. & diff. Tanquam igitur patris hæres conſequitur etiam auitam hęreditatem; Illam enim, vt rectè dictum eſt, etiam non agnitam tranſmittit filius. l. Apud hoſtes. C. de ſuis & legitim. hęred. & ideo ad hunc nepotem hæredem tranſmittit. Cùm itaque nepos iſte, tanquam hęres patris, etiam hæreditatem aui obtineret, ſolebat abſtinere ab hæreditate patris, & aui hæreditatem retinere. Reſpondit Conſtantinus iure Ciuili non poſſe id fieri; quia videtur eſſe vna & eadem hæreditas patris & aui: iure autem Prætorio id obtineri poſſe per bonorum poſſeſſionem: ratio eſt, quia licet videatur vna eſſe hæreditas, tamen conſiderari debet ex æquitate prætoria vt duplex hæreditas. Nam ſi nepos, tanquam hæres patris ſui, vellet ſe abſtinere hoc in caſu ab hæreditate aui, poſſet id facere. l. Si quis filium 7. §. 1. ff. de acquir. hæred. Paulus: *Si filius priusquam ſciret ſe neceſſarium extitiſſe patri hæredem, deceſſerit, relicto filio neceſſario, permittendum eſt nepoti abſtinere ſe aui hæreditate, quia & patri eius idem ius tribueretur.*

Si, vt vna hæreditas conſideranda eſſet; nō liceret nepoti abſtinere, quia nemo poteſt hæreditatis partem retinere, & partem repudiare. l. 1. & 2. ff. de acq. hæred. Sed quia duplex eſt hæreditas, ideo permiſſum eſt nepoti, retenta patris hæreditate, abſtinere ab hæreditate aui.

Idem ergo permiſſum eſt e contrario, vt nepos hæres patris ſui, & aui abſtineat ab hæreditate patris, & aui hæreditatem obtineat. Hoc autem Prætoris beneficio obtinebit per bonorum poſſeſſionem, non iure Ciuili: quia in ſuis hæredibus ſucceſſio non eſt l. 1. §. Sciēdum. ff. de ſuis & legit. hæred. hoc eſt, non eſt locus edicto ſucceſſorio ex perſona in perſonam; & ſic ex perſona filij in perſonam nepotis. Quamobrem ad hæreditatem aui nepos non vocatur quia filius gradu eum præcedit, & ſuus hæres eſt ipſo iure; nec enim abſtinuit iſto in caſu. Iure tamen Prætorio bonorū poſſeſſionē obtinebit ex capite *Vndę liberi.* quandoquidem filius ei non obſtat, nec alius extraneus hæres.

CAPVT LXVII.

An l. Qui ſe patris C. vnde liberi. hodie ſit correcta?

POſt hæc breuiter tractanda eſt illa controuerſia, an l. Qui ſe patris. C. Vnde liberi. correcta ſit. Accurſius enim correctam eſſe exiſtimauit, quem poſteriores vſque ad Bartolum refutarunt. Sed Bartolus, Caſtrenſis, Decius defendunt. Iaſon contradicit, & quidam alij. Rei difficultas in hoc eſt poſita, quod nouo iure ſucceſſorium edictum locum habet inter agnatos, ideo ſi filius in ſpecie huius legis patris hæreditatem repudiaret, iure Ciuili nepos admitteretur tanquam agnatus. §. Placebat. in Inſtit. de legitim. agnato. ſucceſſ. & Bartolus textum pro hac ſententia adfert notatu dignum in l. Defunctis. C. de legitim. hęred. Diocletianus: *Defunctis ſuis extantib. hæredibus & abſtinentibus, vel repudiantibus hæreditatem, frater iure conſanguinitatis ſuccedere poteſt.* Reſpondetur ab aliquibus, ſed malè, textus illos de collateralibus loqui; Nam licet de his loquantur, argumentum tamen nō tollitur, quia ex iis textib. apparet ſuis hæredibus abſtinentibus, alios ex edicto ſucceſſorio vocari: Et conſequenter nepotes vocabuntur ex capite *Vnde legitimi.* Nam ex capite Vnde liberi. vocari non poſſe cōſtat, ſiquidem in ſuis non eſt ſucceſſio. l. 1. §. Sciendum. ff. de ſuis & legitim. hæred. Et ideo, ſi plures ſint hæredes ſui vno abſtinente, alij ſuccedunt ex iure accreſcendi. l. Vn. C. quando non peten. partes. Si vnus tantùm ſit & abſtineat, ad alium gradū defertur. l. 2. §. Sed ſi ſint ſui. ff. ad Tertyll. l. 1. §. Poſt ſuos. ff. de ſuis & legitim. niſi ipſe ſuus velit ex alio capite ſuccedere. l. 1. §. Sed videndum. ff. de ſucceſſo. edicto.

Igitur Accurſij, Bartolíque ſententia nititur hoc fundamento, & pręſupponit accipiendam eſſe l. Qui ſe patris. in eo caſu, quo pater nepotis hæreditatem aui repudiauit: tunc enim ad nepotem iure Ciuili defertur ex ſucceſſorio edicto, quapropter Prætoris beneficio non indigeret.

Fundamentum eſt firmum, ſed legis interpretatio quæ præmittitur, conſiſtere non poteſt ex his, quæ ſuperiore capite deducta ſunt, ad refellendā eorū ſententiam, qui hanc legem accipiendam putant, eo in caſu, quo pater repudiauit, quibus addo nunc argumenti loco illud abſurdum, quod ex ea interpretatione ſequeretur, nempe legem iſtam repugnare alijs legibus, quibus probatur, ſuis hæredibus abſtinentibus ad alios hæreditatem perti-

nere iure Ciuili. Non enim dico correctam esse: Qui enim Diocletianus, qui fuit prior, Constantini (Cuiacius putat Constantij esse) legem tollere possit? Hæc igitur lex, quam in manibus habemus, neq; correcta est, & alium habet sensum, quàm Accursius & Bartolus existimauerint, vt in præcedenti capite latius disputatum est.

CAPVT LXVIII.

De euictione inter cohæredes præstanda.

QVæstionem hanc, de euictione inter cohæredes præstanda, nonnihil controuersam elucidare conabor aliquot conclusionib. propositis, atque vt res postulauerit discussis ex his, quæ interpretes adferre solent ad l. Cùm pater. §. Euictis. de leg. 2. in l. Si familiæ. C. famil. hercisc. in l. Si fratres. C. commun. vtriusque iud. in l. Qui Romæ. §. Duo fratres. in vlt. quæst. Bart. ff. de verbor. oblig. & post eos Cabalinus de Euictionib. §. 4. post nu. 51. Menochius in cons. 87. lib. 1. Bursatus in cons. 173. lib. 2.

Prima conclusio: Si res vni ex hæredibus prælegata sit, ob euictionem actio non competit. Papinianus: *Euictis prædiis, quæ pater, qui se dominum esse crediderat, verbis fideicommissi filio reliquit: nulla cum fratribus & cohæredibus actio erit.* l. Cum pater. §. Euictis. de leg. 2.

Secunda conclusio: Si diuisio facta sit à testatore inter cohæredes quia prælegatæ cuiq; res censentur. l. Ex facto. ff. de hæred. instit. si res vni assignata fuerit euicta, non competit actio, sed exceptio. Idem Papinianus loco proximè citato: *Si tamen inter filios diuisionem fecit, arbiter coniectura voluntatis non patietur eum partes cohæredibus prælegatas restituere, nisi parati fuerint & ipsi patris iudicium fratri conseruare.*

Hoc in loco Bartolus, & cæteri cõmuniter perpendũt, Papinianum non dicere, rei euictæ nomine actionem dari cohæredi, sed eum se tueri posse exceptione, si conueniatur à cohæredibus, vt prælegata restituat, vt videlicet ea restituere non teneatur, nisi parati fuerint & ipsi patris iudicium conseruare.

Fulgosius à cæteris dissentit existimãs etiam actionem cohæredi competere: propter illa verba: *Arbiter coniectura voluntatis non patietur.* Nam si hæc voluntatis coniectura est, sequitur, vt ex ea detur tam actio, quam exceptio. arg. l. Cùm proponebatur. de leg. 2. & l. 1. C. comm. de legat.

Ego Fulgosio assentior, tum propter coniecturam istam volũtatis paternæ, tum propter ipsam legis rationem, tum quia Bartoli & aliorum interpretatio de exceptione non est satis solida. Nã si voluntas patris fuit, vt quilibet hæredum prælegatus partes obtineret, vt Papinianus existimauit, & testificatus est, actio competere debet de euictione, quemadmodum competit, quoties rem alienam coniunctæ personæ etiam ignorans alienam esse testator legat. l. Cũ alienam. C. de legat. competit, inquam, ad rei euictæ æstimationem, vt declarant Bartolus in l. Si domus. §. De euictione. nu. 3. & ibidem Castrensis, nu. 6. Iason num. 30.

Quod si rationem legis spectemus, fortissimum inde suppeteret argumentum. Nam cùm vni tantùm ex hæredibus aliquid prælegatur, ideo non habet actionem de euictione, ne oriatur inæqualitas, & inuidia inter cohæredes. Neque enim existimandus est testator voluisse legare, si credidisset rẽ alienam esse, & huc alludũt illa verba dict. §. Euictis, *Pater, qui se dominum esse crediderat.* quoniam, vt dixi, repugnat ratio inæqualitatis, quæ inde orietur. Hæc inæqualitatis ratio locum non habet, cùm a testatore facta est diuisio, & aliis etiam cohæredibus partes aliæ prælegatæ sunt: imò coniectura voluntatis est testatorem id, quod euictum est, prælegaturum fuisse, licet alienũ esse credidisset, & ideo statim textus subdit: *Si tamen diuisionem fecit, arbiter coniectura voluntatis, &c.*

Quod autem solida non sit Bartoli & aliorum interpretatio in eo, quod de exceptione dicunt, perspicuum est ex eo, quòd non negat textus actionem competere: sed sententia legis est, si alij cohæredes velint, & ipsi partes prælegatas consequi, eos conseruare cohæredi partem euictam debere. Nam si nollent succedere, procul dubio non tenerentur. Itaque est perinde, ac si textus diceret eos teneri de euictione, si partem suam consequi contendunt.

Tertia conclusio: Actio de euictione locum habet in diuisione facta inter cohæredes iudicio familiæ herciscundæ. l. Si familiæ. C. famil. herciscund. l. Si fratres. C. commu. vtriusque iudic. l. Hæredes. §. Item curare. ff. famil. herciscund.

Quarta conclusio: Nõ habet locum euictionis actio inter cohæredes, quoties res euicta est ex facto ipsius cohæredis. l. Fundũ meum. ff. de euict. Idem iuris est, si euincatur facto testatoris. Ita omnes docent in d. §. Duo fratres. vbi Zasius num. 15. quia hæres defuncti factum præstat. l. Ex qua persona. de reg. iur. de quo tamen videndi sunt alij doctores in d. §. Duo fratres. Est enim articulus, quem ibi latè tractant, à nostra disputatione nonnihil alienus.

Quinta conclusio: Nõ est locus actioni de euictio-

euictione inter cohæredes, quoties non ignorant res diuisas periculo euictionis subiacere, nisi pacto, vel stipulatione conuentum sit, vt euictio præstetur. l. Si fratres. C. commu. vtriusque iud. l. Si fundum sciens. C. de euict.

Sexta conclusio: Inter scientes tamen res euictionis periculo subesse, præstanda est euictio, quoties vni soli res euictioni obnoxia in diuisione attributa est, cæteris autem bona libera obuenerunt. ita dicebat olim Guido Suzarius Alexand. in l. Qui Romę. §. Duo fratres. n. 34. ff. de verbor. oblig. Alciat. ibid. n. 40. Menoch. d. cons. 87. n. 84. Bursatus in d. consil. 173. num. 19.

Dum tamen in hoc aduertatur, inquit Alciatus, *an qui bona fideicommissa accepit, id fecerit: quia in præsenti essent vtiliora, volueritque eam vtilitatem cum futuri euentus periculo compensare*, argumento l. De fideicommisso. C. de transaction.

Mihi placet Alciati sententia: Amplius generaliter existimo ei, qui sciens bona fideicommisso subiecta acceperit in diuisione, actionem de euictione non competere, nulla ratione habita, quod cæteris hæredibus bona libera obuenerint in ea diuisione. Imputandum est enim huic, quod scienter bona fideicommisso subiecta acceperit. Item quod sibi de euictione pacto vel stipulatione non prospexerit. l. Si fratres. C. comm. vtriusque iud. Diocletianus: *Nam si fundi scientes obligationem dominium suscepistis tantum euictionis promissionem solennitate verborum, vel pacto promissam probantes, eos conueniendi facultatem habebitis.*

Hoc in loco nō distinguitur, an cæteris fratribus bona libera obuenerint: sed generaliter negatur euictionis actionē ei competere, qui sciuit obligationem, quod iuri consentaneum est. d. l. Si fundum sciens. C. de Euict.

Quod si hoc in casu quis læsus esse dicatur, tunc iuris remedia suppetunt opportuna. l. 3. C. comm. vtriusque iud. sed non pertinent ad euictionem.

Septima conclusio. Quoties euictionis periculum inter cohæredes mutuum & cōmune est, quia omnes possident res obligatas creditoribus, vel aliter obnoxias euictioni: tunc si vni res euincatur, is non habet actionem de euictione aduersus cohæredes, quia versantur & ipsi quoq; in eodem periculo. Ita post Gulielmum Cuneum docet Paul. Castr. in d. l. Si familiæ. n. 2. C. fam. hercisc. adducta l. Cum duob. C. de inoff. testam quæ nihil probat.

Salycetus autem in d. l. Si familiæ. existimat actionem hoc in casu competere, cui Ripa adstipulatur in d. l. Qui Romæ. §. Duo fratres. n. 98. Alciatus autem ibid. n. 34. distinguendum putat, vt si in limine iudicij euictio immineat locum habeat sententia Bald. (Nam & Baldus Cuneum secutus est) *alias*, inquit, *Salycetum sequar.*

Difficultas in hoc cōsistit, cùm l. Si familię. C. fam. hercisc. generaliter dicat, inter cohæredes locum esse euictioni, nisi cōtrarium pacti fuerint, vtrum hęc sit iusta interpretatio. Si omnes hæredes res possideant periculo euictionis obnoxias, & vni fuerint euictæ, alteri non, euictionem præstandam non esse: quia sufficit aliis quoque cohæredibus idem periculum imminere: & ideo si non eis res euincatur, id lucro eorum cedere debere, & casui fortuito adscribendum. Non puto iustam esse interpretationem. Nam diuisio vicem obtinet permutationis, at in permutatione clarum est præstari euictionem, sicut in venditionis contractu. Quare si vni sit res euicta, prę standa est euictio. Quod si & alteri euincetur, similiter præstanda erit. Interim non debet ipse propter periculum, quod imminet, liber esse. Deinde nulla lege, nulla iuris ratione probari potest hæc interpretatio. Lex autem generalis est, & euictionem præstandam inter cohæredes decernit.

Octaua cōclusio. Quoties euictio ex natura rei contingit, inter cohæredes euictionis actio non habet locum, nisi pacto aliter sit conuētum. Exēplum: Si vni ex hæredib. bona feudalia obuenerint, & eo mortuo absque filiis masculis, filia superstite, feuda fuerint euicta, non datur actio. ita docet Accursius in d. l. Si familiæ. C. famil. hercisc. ibid. Bartol. Salycet. Castrens. Alexand. consil. 21. n. 4. lib. 5. Socinus iun. cons. 119. n. 2. lib. 3. alios citat Menoch. d. cons. 87. n. 78.

Probatur argum. l. Si seruus. ff. de euict. illis verbis: *Quia nemo eum euincat, sed fatum humanæ sortis.*

Verum Alciatus in cons. 138. n. 3. hoc in casu locum esse euictionis actioni respondit, si ex coniecturis id actum probabiliter arguatur. v. g. quando manifesta læsio aliàs induceretur: vt quia bona paris æstimationis essent cuilibet fratrum assignata. *Videtur enim*, inquit, hoc casu præstanda euictio: quia cessat ratio, quod mutuum periculum suscepisse videantur, quæ fuit opinio Guidonis de Suzario quē refert Alexander in §. Duo fratres. Suadet hoc & æqualitas, quę inter fratres seruari debet, maximè in diuisionibus. Idem respondit Menoch. d. cons. 87. n. 84. 85. 86. Bursatus d. cons. 173 n. 19.

His ego non assentior. Nam pręsuppono factam esse diuisionem ęqualem inter cohęredes sine dolo & fraude. Vnum hoc dubium existere: an si vni feudalia obuenerint, & aliis allodialia, prę standa sit euictio, quę contingit ex natura feudi. Et nego prę standam. Pro cōȷ

firmatione huius sententiæ addo argumentum aliud. Nam is, qui feudalia bona accepit, sciebat aut scire debebat ea secundum naturā suam ad masculos pertinere, non ad fœminas; quare si decessit nullis filiis masculis superstitibus, filia hæres non habet actionem de euictione, propter patris sui scientiam. Sicut enim scienti actio non datur, vt supra conclusione 5. ita nec hæredi eius. Nec enim melioris conditionis est hæres, quam sit author eius. Quod si forte res feudales illi obuenerunt, vel ex iudicis sententia, idem est dicendum. Nam præsuppono iustè diuisionem factam, & consequenter bona feudalia assignata fuisse secundùm æstimationem iustam, ratione scilicet habita qualitatis ipsorū bonorum. Huc accedat, quod in læsione diiudicanda spectandum est tempus contractus celebrati. l. Si voluntate in fin. C. de rescind. vend. Tempore autem diuisionis factæ nulla læsio interuenit.

Nec Guidonis Suzarij placita me deterrent, quæ superius etiam confutaui. Nec argumentum ex inæqualitate; quia, vt dixi, suppono æqualem & iustam diuisionem: Quod si casus eam iniquam fecit, non propterea videtur mihi actio concedenda. Nam & aliis cohæredibus res, quæ attributæ sunt, secundum naturā earum perire potuerunt, serui puta mori potuerunt, fructus corrumpi, res aliæ etiam perdi varias ob causas, & nemo diceret tunc euictionem præstandam fore: quoniam non est euictio, sed natura ipsius rei.

CAPVT LXIX.

Diuisio patris inter filios facta bonorum eius, si iuramento firmata sit, an possit reuocari?

EXistimo diuisionem bonorum à patre factam inter filios in potestate existētes, etsi iuramento firmata sit, tamen reuocari posse. Nam non est donatio simplex, quæ iuramēto firmatur, vt aliâs disserui, in 1. part. controuers. li. 5. c. 77. sed potius supremi iudicij diuisio est. l. Si filia. §. Si pater. ff. fam. herci. Vlpianus: *Si pater inter filios sine scriptura bona diuisit, & onus æris alieni pro modo possessionum distribuit, non videri simplicem donationem, sed potius supremi iudicij diuisionem, Papinianus ait.* Supremum autem iudicium reuocari posse, procul dubio est. Non obstat iuramentum, quia non mutat naturam rei. Intelligitur enim nisi patrem pœnituerit, secundùm naturam vltimæ voluntatis. Item facit, vt pater sit periurus, non vt reuocatio impediatur. Ita respondit Oldradus in cons. 231. Et licet contraria sententia sit magis communiter recepta, vt videre licet ex Cacherano decis. Pedemontana 125. Seraphino de Priuilegiis iuramēti. Priuilegio 112. Id tamen nequaquam mouet: quoniam præcipuum fundamentum, quo illa nititur, non est solidum. Fundamentum enim est, quia iuramentum confirmat patris donationem, & alios contractus, qui aliàs non valent, c. Quāuis. de Pactis. lib. 6. & notatur in l. Frater a fratre. ff. de cond. indeb. Respondeo, vt id maximè verum sit, ad casum, de quo agitur, non pertinere, quia nec de donatione loquimur, nec de alio contractu inter viuos, sed de vltima voluntate, quæ reuocari potest, non obstante iuramento, vt dixi lib. 4. . 8. ad fin. *Ambulatoria est enim voluntas hæredis, vsque ad vitæ supremum exitum.* l. 4. ff. de adim. legatis. Est autem hæc diuisio non simplex donatio; sed potius supremi iudicij diuisio, vt in d. §. Si pater. Vlpianus testatur. Quamobrem meritò reuocari poterit.

CAPVT LXX.

Ad l. Filium quem habentem. C. familiæ herciscunda.

DIocletianus: *Filium quem habentem fundum portionem hæreditatis fratribus, & quibusdam alijs sub conditionis verbis precarijs restituere sanxit testator: post eius conditionis euentum hæreditaria parte prædij in quartæ ratione retenta, compensato præterea quod à cohæredibus vice mutua percepit: & si quid deest, in supplementum deducto: quod à cæteris in eo fundo soluitur, supra quartam habens reddere compellitur,* l. Filium. C. fam. hercis.

Difficillimam hanc legem veteres dixerūt, quia eam non intellexerunt: Aliis fundum filio in peculium à patre datum existimātibus; Aliis dicentibus donatum, aliis prælegatum fuisse. Sed primæ interpretationi obstat, quod ea, quæ filiis in peculium dantur, mortuo patre in hæreditate remanent inter filios cohæredes diuidenda, ex l. Certum. C. eod. tit. consequenter quarta ex fundo, in peculium concesso, deduci non potest magis, quàm ex aliis rebus hæreditariis. Et ideo intelligi non potest, cur hæreditariam partem prædij in quartæ ratione filius retinere possit, cùm prædium sit commune, sicut aliæ res hæreditariæ cæteris cohæredib. Nec enim iure probatur, quod solet pro solutione adferri ex coniectura voluntatis paternæ, & ne dura priuatio eius inducatur, fundum iam assignatū in quartam imputari. Hic enim casus exceptus nō est à regula iuris: quæ mandat ex singulis rebus quartā deduci. l. Linea. l. Plautius. ff. ad leg. Falcid.

Secūdæ autē expositioni illud obstat, quod donatio illa morte cōfirmatur, & ideo vt præcipua filio assignatur. l. Filiæ C. eod. titul. Nec in quartam imputatur, quia non habet illam filius

filius iudicio teſtatoris, vt requiritur. l. In quartam. ff. ad legem Falcid.

Tertiæ autem expoſitioni nihil re vera obſtat, ſed ideo veterib. non placuit, quia crediderunt obſtare illa verba textus: *Filium quem non habentem fundum, &c.* Nam ſi filius fundũ habebat eo tempore, quo teſtamentum fuit conditum, fieri non potuit, vt illum ex prælegato haberet, quia prælegata ex teſtamento teſtatore defuncto debentur, non prius.

Sed verba illa nihil obſtant, quia non hunc ſenſum habent, quod filius fundum haberet eo tempore, quo teſtamentum fuit conditum, ſed indicant legatum fundum filio fuiſſe, *Vindicationis iure.* Caius in Inſtitut. tit. de legatis. *Vindicationis legatum eſt. ſi teſtator ſic locutus fuerit: Illum ſeruum tibi do, aut lego, vel illam rem tibi præſume, habe, vindica.*

Hunc antiquorum interpretum errorem, & veram expoſitionem primus omnium Alciatus detexit lib. 6 paradoxorum, cap. 5. *Teſtator,* inquit, *pluribus filiis hæredibus inſtitutis, vni prælegauit fundum per legatum vindicationis, quod fiebat hoc modo: Fili mi, talem fundum tibi habe, vel præſume, vel vindica, vt Caius in Inſtit. ſub rub. de Legatis ſcribit. Idem teſtator eum rogauit, vt hæreditatem fratribus reſtitueret, ſi nauis ex Aſia veniret, mandauitque vt ipſi fratres vice mutua decem illi darent: Ea conditione eueniente, quæritur, quid quartæ ex S.C. Trebelliano deducenda imputandum ſit. Etſi hæreditas reſtituenda centum æſtimetur, XXV. erunt pro ea quarta retinenda: quæ computatio ſic initur, vt imprimis portionem hæreditariam fundi imputet, quæ ſi fundus XXIV. valeat, cùm tres hæredes ſcripti proponantur, erunt VIII. Rurſus decem quoque illa, quæ à cohæredibus vice mutua percipit, compenſet: quod verò ad quartam deeſt, nempe VII. ex eo, quod reſtituere debet, ſibi ſuppleat. Reliquas enim partes fundi ſuprà quartam habet nec imputat.* Hactenus Alciatus.

Huic veriſſimæ expoſitioni, ſi Cuiacij adiungas obſeruationem, rectè alium errorem confutabis: Eorum ſcilicet, qui ex hac lege probari crediderunt, filium per fideicommiſſum rogatum hæreditatem reſtituere nõ poſſe niſi vnam quartam detrahere, propter illa verba textus, *ſupra quartam habens reddere compellitur*: ac ſi lex diceret, filium oneratum fideicommiſſo conditionali reddere compelli, quod ſupra quartam habet: *Cùm hoc lex potius dicat ſimpliciter exiſtente conditione fideicommiſſi, filium portionem hæreditatis cohæredibus, quibus eam reſtituere rogatus eſt, reddere compelli, fundi prælegati partem, quam iure hæreditario capit, imputare in Falcidiam, partem quam iure legati capit à cohæredibus, quibus vice mutua portionem ſuam reſtituit, compenſare, partem quam iure legati capit, à cæteris cohæredibus, quibus nihil reſtituit, ſupra quartam habere: id eſt, neque imputare, neque compenſare: & ſic extra quartam accipitur in l. In quartam ff. ad leg. Falcid. & ſupra quartam l. 15. §. pen. ff. eod.* Hactenus Cuiacius lib. 8. obſer. cap. 3.

Gratiæ igitur habendæ ſunt in hac re recentioribus, in multis aliis antiquiorib. interpretibus habemus, quos proinde non ſuperbè contemnere, etſi quandoque errarunt, debemus, ſed venerari, & colere, quod nobis multa legum arcana aperuerunt, plurimas deciſiones veriſſimas tradiderunt.

CAPVT LXXI.

Ad l. vlt. C. de fideicommiſſis. an teſtator poſſit legatario ſtipulari?

QVæ ſit huius legis ſentẽtia, nemo melius explicat, quam Iuſtinianus in §. vltim. in Inſtitut. de fideicommiſſ. hæreditat. Cæterùm Bartolus in l. Nemo de leg. 1. nõ procul à principio, hanc legem adducens adiicit hęc verba: *Ponere in fine hæredis, ita quod hæres promittat, hoc defuncto, ſapit naturam contractus, & ita hæres, qui hoc promiſit, ad hoc conuenitur, arg. l. Quidam cùm filium. de hæred. inſtit. & l. Spadonem. §. 1. de excuſa. tutor.*

Hæc verba Bartoli dicit Io. Imolenſis in d. l. Nemo. column. 2. quem refert & ſequitur ibid. Alexander colum. 3. ponderanda eſſe, quia ex eis colligitur alia interpretatio dict. l. Vlt. C. de fideicommiſſ. nimirum eam loqui, cùm teſtator *fecit ſibi promitti per hæredem, quod legatario vel fideicommiſſario dabit legata: & ſic videtur hæc diſpoſitio tranſire in vim contractus: & ſufficit tunc apparere de tali promiſſione per duos teſtes, & potuit teſtator ſtipulari legatario, qui, quoad legatum, repræſentat defunctum.*

Ex his cautelam format Bartholomæus Veronenſis 129. ad probandum legatum per duos teſtes, vt curet teſtator *ſibi ab hærede promitti de præſtando legatum legatario: nam tunc tale legatum tranſit in vim contractus, & per duos tantùm teſtes probari poterit, ſicut probantur cæteri contractus.*

Sequitur eandem ſententiam Ripa in d. l. Nemo. n. 32. 33.

Sed his contradixit primùm Iaſon in dict. l. Nemo. cuius argumentis reſpondit Ripa. Diſſenſit & Alciatus in cõmentariis eiuſdem loci, nec non lib. 1. Paradoxorũ c. 4. quem refellere conatur in antiparadoxis Angelus à S. Ioan-

ne. Diſſentit denique & Ruinus in d.l. Nemo. num. 24.

Sed videamus iure, an iniuria, hæc ita alij aſſeuerent, alij autem diſſentiant. Et vt breuiter, ac liberè dicam, quod ſentio, Bartoli & ſequacium ſententia mihi non probatur. Video enim omnes iuris regulas apertiſſimè huic ſententiæ aduerſari: Contrà verò nullum pro ea adferri ſolidum argumentum.

Prima regula hæc eſt. Alteri ſtipulari nemo poteſt. l. Stipulatio iſta §. Alteri. ff. de verbor. oblig. Ergo nec teſtator legatario ſtipulari poterit.

Nec valet illa reſponſio, ab hac regula caſus aliquos exceptos eſſe, ergo & hunc excipiendum, quo de agitur: Nam ſi liceret ita ratiocinari, nulla iuris regula in diſputationibus adferri poſſet, quia ferè ſemper aliqui caſus excipiuntur, quamobrem promptum eſſet dicere, excipiendum etiam caſum eſſe, quo de ageretur.

Non obſtat illa reſponſio. Aliquis poteſt hæredi ſuo ſtipulari, ergo & legatario. Nam hæres eſt ſucceſſor in vniuerſum ius; legatarius autem in re tantùm legata. Et plerunque tam hæredib. noſtris, quam nobis ipſis cauemus. l. Si pactum. ff. de probation. nuſquam iure dicitur nos ſtipulando legatariis cauere ſolitos eſſe.

Secunda regula. In omni vltima voluntate, excepto teſtamento, quinque teſtes debent adhiberi. l. vlt. C. de codicill. Ergo duo non ſufficiunt in legato vel fideicommiſſo. Eſt. n. vltima volũtas. Nec verum eſt per ſtipulationem in contractum trãſire, & ideo ex promiſſione agi inter viuos facta ab hærede; quia aut hoc in caſu locus eſt pœnitentiæ, aut locus non eſt, ſi non eſt locus pœnitentiæ, iam non erit legatum vel vltima voluntas. Illa enim ambulatoria eſt vſque ad ſupremum vitæ exitum. l. 4. ff. de adim. leg. Si locus eſt pœnitentiæ, non erit contractus ſiue obligatio inter viuos, quia in ea locus pœnitentiæ non eſt. l. Sicut. C. de act. & oblig.

Tertia regula: Vno cõtextu actionis teſtari oportet. Eſt autem vno contextu, nullum alienum actum teſtamento intermiſcere. l. Hæredes palam. §. vlt. de Teſtament.

Ex hac regula ego ſemper credidi non eſſe illud recipiendum, quod vulgò dicitur, contractus in teſtamento fieri poſſe, vt & aliàs diſputaui.

Quod igitur teſtator fidei hæredis aliquid cõmittat, ad teſtamentum pertinere dubium non eſt. Cæterùm quod ab hærede ſtipuletur legatario aliquid dari, extraneus planè actus eſt, & nõ conueniens teſtamento, niſi pro ſimplici fideicommiſſo accipiatur, & ſtipulatio illa alteri facta nihil aliud importet, quàm firmiſſimum fideicommiſſum, in quo hæredis fidem expreſſam teſtator ſecutus ſit.

His regulis accedit ratio, qua Ruinus vſus eſt. Nam ex hac ſententia Bartoli, & aliorum inuenta eſſet ratio legata & fideicommiſſa dãdi coram duob. tantum teſtibus, tametſi plures teſtes requirãtur. l. vlt. C. de codicill. propter ſuſpicionẽ falſitatis. l. vlt. C. de fideicommiſſ. Et conſequenter via quadam indirecta fieret, quod lege prohibitum eſt.

Nullum autem ſolidum argumentum pro Bartoli & ſequacium ſententia adferri palàm eſt. Nã quod attinet ad l. vlt. C. de fideicomm. non loquitur de ſtipulatione, ſed de fideicõmiſſo, quòd a teſtatore nullis teſtib. præſentibus iniunctum eſt hæredi vel legatario, & dicit eum cogi iurare, aut ſoluere: Nullum prorſus verbum in eâ legitur teſtatorem ſtipulatum fuiſſe dari cuiquam.

Adfertur ſecundò l. Quidam cùm filium. ff. de hæredib. inſtit. Sed ibi amicus ille nil promiſit teſtatori, ſed hæredi, ac proinde inquit Aphricanus: *Reſpondi etiamſi manifeſtum ſit, ſcriptum hæredem fidem ſuam inte. poſuiſſe, non tamẽ aliter ab eo fideicõmiſſum peti poſſe, quam ſi & ipſum teſtatorem fidem eius ſecutum eſſe probaretur.*

Teſtatorem autem fidem illius ſecutũ eſſe, non eſt idem Aphricano, quod Bartolo. Nam Bartolus exiſtimauit id per ſtipulationem fieri, veluti ſi teſtator ſtipulatus eſſet in illa facti ſpecie filiofam. dari. Aphricanus autem hoc intelligit fieri per tacitum fideicommiſſum, vt patet ex illis verbis: *Nec quicquam ab eo petitum eſt.* Hæc enim ſunt verba fideicommiſſorum propria, *peto, mando, rogo*, & ſimilia. Sed difficile eſt, huiuſmodi tacitum fideicommiſſum probare, ideo reſpondit Aphricanus fideicommiſſum peti non poſſe, niſi probaretur, &c. Si probatum fuiſſet, peti à filio potuiſſet, vt fideicommiſſum: nõ vt aliquid promiſſum ac debitum ex ſtipulatione, & ex contractu inter viuos. Hoc enim nec Aphricanus dicit, & longè à ſententia eius alienum eſt: quod verò ibi ſubiicit textus de actione mandati, ad illam ſpeciem pertinet, in qua hæres ſcriptus filio ipſi promiſerat, ſe aditurum hæreditatem, & reſtituturum.

Tertiò adfertur text. in l. Spadonem. §. 1. ff. de excuſ. tutor. Nihil aliud dicit, niſi eum, qui promiſit patri ſe tutelam filiorum eius acceptur um, excuſationibus vti non poſſe. Nõ eſt hæc ſtipulatio alteri facta, ſed patri, qui filiis de tutore voluit proſpicere, quod nec legib. repugnat, & rationi maximè conuenire perſpicuum eſt.

Adfertur poſtremo loco etiam contractus in teſtamento fieri poſſe, ſed vt aliàs diſputaui, nec iure id probatur, nec mihi vnquam placuit.

cuit. Testatorem posse aliquid fateri se accepisse, se debere, libertum assignare, & id genus alia, facilè concedo. Quod autem alios omnes contractus extraneos, & ad testamentum non pertinentes facere possit, non recipio, donec mihi fuerit ostensum iure conuenire. Sed vt maximè contractus facere possit quis in testamento, sequiturne & alteri stipulari posse, & duos tunc testes sufficere, & non posse reuocari? Nō confundamus quæso contractus, stipulationes, & alia quæ inter viuos geruntur, cum iis quæ testamentis ac aliis vltimis voluntatibus expediuntur, ne inde absurda, & legib. contrarii multa sequantur, ne iuris ordo euertatur, ne forma eius & solennia tollantur, ne fallitantibus & dolis aditus aperiatur. Præclarè Vlpianus: *Verba contraxerunt, gesserunt, non pertinent ad ius testandi.* l. Verba. ff. de verbor. sign.

CAPVT. LXXII.

Testator possítne inducere vsuras?

VLpianus: *Si cui certa quantitas legetur, & quoad præstetur in singulos annos certum aliquid, vt ut vsuras iusserit testator præstari, legatum valet: sed in vsuris hactenus debet valere quatenus modum probabilem vsurarum nō excedit.* l. 3. §. vlt. ff. de annuis legatis. Ingens disputatio est, an inspecto iure canonico, quo vsuræ sunt prohibitæ, eiusmodi testatoris disputatio valeat, quoniam ad vsuras, quæ res maximi momenti est, quia si nō valeat, vsuræ in sortem computandæ erunt. Et frequenter legata id genus vxoribus dantur, vt donec dotes suas acceperint, vsumfructum, vel aliud quidpiam percipiant, & loquor quādo vsuræ non excedunt legitimum modum, nam quæ excedunt, non debentur etiam iure ciuili. Variæ ac dissentientes sunt doctorum sententiæ. Nam multi existimarunt valere testatoris dispositionem & vsuras istas peti posse. Multi id negarunt. Alij vsi sunt distinctione: Vtrum in potestate legatarij sit, legatum sortem petere ac exigere, & tunc vsuræ tanquam illicitæ nō debeantur, an verò in arbitrio hæredis positū sit, sortem præstare vel non præstare, donec vsuras præstet: & tunc vsuras deberi ac permissas esse. Alij denique in eo casu, quo in arbitrio hæredis est, præstare sortem, vel non præstare, distinguunt, vtrum legatarius interpellauerit hæredem ad præstandam sortem, an verò non interpellauerit: vt priore casu licitè vsuras percipiat, posteriore non item.

Vide Bartolum in d. l. 3. §. Si cui. ff. de annuis legatis. & in l. 2. ff. de his, quæ pœnæ nom. & ibidem Socinum iuniorem, nu. 6. Iasonem in l. 1. num. 59. C. de summa Trinit. & ibidem Castren. nu. 14. & eundem ad Rub. ff. de his, quæ pœnæ nom. & in consi. 10. lib. 1. Romau. consi. 510. n. 15. Ripam in l. Nemo potest. nu. 23. ff. de leg 1. Cagnolum ad l. Curabit. nu. 14. C. de act. emp. Couuar. li. 3. variar. resol. cap. 1. ad finem. Alciatum lib. 5. Paradoxorum, c. vlt. Aretinum in cons. 15. Barbatiā cons. 66 lib. 2. Socin. cons. 41 lib. 4. Ancharanum cons. 150. in quæstione, Quæ vertitur inter. Alex. consi. 27. lib. 4. n. 9. & 74. n. 14. lib. 5. Puteum decis. 106. lib. 1. alios citat Menochius in cons. 441. lib. 5.

Ego ex his sententiis duas meritò amplectendas esse iudico. Prima est testatoris dispositionem non valere quantum ad vsuras, quoties in potestate legatarij est sortem debitam petere ac exigere. Altera valere & seruandam esse, quoties in potestate legatarij non est sortem petere, sed in arbitrio hæredis est eam soluere, vel non soluere, donec vsuras soluerit. Duas has sententias cur amplectendas esse putauerim, vbi breuiter demonstrauero, tum argumenta diluam, quæ illis aduersari videntur.

Quod attinet ad priorem sententiā, vt eam amplectar, in causa est primum, quod sit communis. Est enim in rebus obscuris & arduis communis sententiæ maxima authoritas. ca. Ne innitaris. de Constitutio.

Secundò, quod eandem secuta est Rota Romana apud Puteum dicta decis. 106. libro primo. Nemo autem ignorat, quanta sit eius authoritas: & meritò: Assident enim illi semper integerrimi & doctissimi viri.

Tertiò, quia vsuræ iure Canonico ac diuino prohibitæ sunt. Negari autem nō potest, quin legatum, quo de agitur, vsuras contineat. Est enim hac in re testis locupletissimus Vlpianus, qui in d. l. 3. § vlt. ff. de annuis legatis. propterea monet, *Eatenus legatum valere, quatenus probabilem vsurarum modum non excedit.* Extat & integer tit. de vsuris & fructibus rei legatæ. & text. in l. Titia Seio. §. 1. de leg. 2. Ex quo patet legatum, quo de agitur, vsuras continere.

Quartò, quia iuris ratio hoc ipsum suadet. Nam vsura est cùm aliquid vltra sortem debitam accipitur. c. Plerique. 14. qu. 4 c. Sicut 2. 47. distinct. Sed hoc in casu vltra debitam sortem aliquid accipitur. Ergo est vsura.

Postremò, cùm legatarius possit debitam sortem petere & exigere, & non exigat, videtur tacitè pecuniam mutuare hæredi ea lege, vt vsuras præstet, sicut mercator, qui merces suas longè maiori precio distrahit, si ad solutionem faciendam prolixioris temporis dilatio prorogetur. c. Cōsuluit. de Vsuris. Est enim hoc in casu mutuum quoddam palliatum, vt loquuntur nostri Doctores, & declarat optimè Nauarrus in Manuali, c. 17. n. 206. Excipio

ab hac sententia casum illum quo vsura omni iure est permissa propter damnum emergens, vel lucrum cessans, quam restauratiuam appellant, quam passim Theologi & Canonistæ admittendam fatentur, & docent, ad quos me remitto.

Quod verò attinet ad posteriorem sententiam, vt eam amplectar, tres sunt potissimùm causæ. Prima, quod communior est. Secunda, quoniam Romæ ita fuit hæc quæstio decisa, cùm ex facto proponeretur, teste Socino in d. l. 2. ff. de his, quę pœnæ nom. nu. 9. Tertia, quia firmissimum habet fundamentum. Nam hoc in casu considerari non potest vlla ratio mutui veri, vel ficti. Non veri mutui, quia illud à creditore exigi semper potest, hoc autem casu à legatario non potest exigi. Quare id potius simile est emptioni annui census perpetui, quæ iure licita reputatur, de quo in 1. part. Controuersiarum multa dixi. Nō mutui ficti, siue recti, quia cùm legatarius non possit hæredem cogere ad soluendum debitum, non potest etiam videri breui quadā manu debitum ab eo exegisse, & illi pecuniam mutuasse sub vsuris. Excipio casum illū ab hac sententia, in quo legatarius potest, non obstante testatoris voluntate, id quod sibi debetur petere, & ab hærede exigere: tunc enim, si nō exigat, idem puto dicendum, quod in priori casu proximè dixi, quia est eadem ratio.

Sed nunc argumenta dissoluenda sunt. Primum vsura esse dicitur, quę prouenit ex pacto creditoris, qui lucri cupiditate illud fecit tacitè, vel expressè, sed hoc in casu nihil est pactus legatarius, sed vsuras percipit ex benignitate testatoris. Ergo, &c.

Respondeo, imò ex lucri cupiditate legatarius eas percipit, quoties sortem legatam, vel debitam petere potest. Nam si non petat, causa est, quod vsuras percipit, & pecunia illi pecuniam parit: quod fœnus, si ei non placeret, sortem peteret, ac exigeret iure sibi concesso.

Secundum argumentum est, quia testator non præsumitur, præsertim moriens, velle, vt legatarius vsuram committat, quia in extremis agens, præsumitur memor salutis æternę. l. vlt. C. ad legem Iul. repetund. Respondeo, fieri posse, vt testatoris mens sit bona & recta, nec putet ille vsuram committi hoc in casu, sed quia committitur, ideo exigi non potest: plus enim valere debet veritas, quàm opinio testatoris.

Tertium est argumentum ex d. l. 3. §. vlt. ff. de annuis legatis. Respondeo, iure Ciuili locū habere, quo tempore vsuræ permittebantur. Iure Canonico, quod præualere debet, cōtrarium sancitum est, & secundum illud nostra disputatio accipienda est.

Hæc aduersus sententiam priorem obiiciūtur. Aduersus autē posteriorem obiicitur, (vt cætera prætercam argumenta leuiora, quæ ex Doctorum placitis petuntur) hoc argumentum, quoniam hoc etiā in casu aliquid vltra sortem exigitur, & pecunia pecuniam parit. Ergo vsura committitur. Et quia, cùm legatarius non petat sortem sibi restitui, nec interpellet hæredem, videtur tacitè consentire vsurarum præstationi, atque adeò tacitum cū hærede & palliatum, vt vocant, mutuum contrahere.

Respondeo, legatarium vsuras consequi ex testatoris voluntate, non ex pacto tacito, vel expresso. Sicut enim testator potuisset annuatim & simpliciter legare pecuniam, quam pro vsuris legauit, ita nihil ei potest obesse, quod interea solui eam voluerit pro vsuris rei legatæ. Et ideo non committitur vsura illa, quæ iure prohibetur.

Quòd verò legatarius non petat rem principalem legatam, nec hæredem interpellet ad eam præstandam, non facit ipsum in vsuræ crimen incidere, si ex facto proponatur, non esse in potestate legatarij hæredem cogere ad sortem principalem præstandam. Cur enim legatarius hæredem interpellat eo in casu ad soluendum, quo id ei non liceret? etenim contra leges illum vrgeret, & ideo non est in culpa is, qui non facit, quod de iure facere nec tenetur, nec potest.

Quod si proponatur, legatarium actionem habere ad exigendam principalem ac debitā summam, non obstante contraria testatoris dispositione, hæredis arbitrio id committente, tunc legatarium vsuræ crimen contrahere non dubito, si iuris, quod ei competit, auxilio ad consequendam sortem debitam omisso, turpi vsurarum legatarum lucello inhiare deprehendatur.

CAPVT LXXIII.

Vtrum filius legitimam portionem amittat, si legata pia soluere neglexerit?

SI filius hæres institutus sit, & in legatis piis exequendis monitus ab Episcopo negligēs fuerit, legitimam amittit, quæ secundum legē ei defertur in parentum successione. Ita Io. Andr. Hostiensis, Antonius Butr. & Ancharanus in c. Si hæredes de testament. Fundamentum est primò in §. Si autem, qui hoc facere. in Auth. de Ecclesiasticis titul. vbi Iustinianus. *Si autem, qui hoc facere iussi sunt, semel & secundò à beatissimo locorum Episcopo, aut eius œconomis per publicas personas admoniti distulerint, quæ disposita sunt adimplere, iubemus eos omne lucrum eis relictum ab eo, qui hoc præceperit, amittere, &c.*

Secun-

Secundò in c. Licet. de voto. ibi: *Nesi onus tibi à patre iniunctum, & à te sponte susceptum occasione qualibet detrectaueris, paterna te reddas successione indignum, & hæreditatis emolumento priueris, cuius recusaueris onera supportare, sciturus ex tunc anathematis te vinculo subiacere, & iure, quod tibi, si dictus Rex sine prole decederet, in regno Vngariæ competebat ordine geniturа priuandum.*

Contrarium docuerunt Cardinalis, Abbas, Imolensis, & Barbatia in d. c. Si heredes. & ibidem Couuar. num. 9. Fundamentum est primò in §. Si quis autem non implens. in Authen. de hæred. & Falcidia. vbi Iustinianus: *Si quis autem non implens, quod dispositum est, sed dum competat ei, qui honoratus est, quod relictũ est, etiam ex decreto iudicis admonitus, annum totum protraxerit non agens hoc, quod præceptũ est, siquidem aliquis eorum fuerit, qui necessariò ex lege percipiunt, in plus autem quàm quod lex ei dari vult, scriptus est hæres: tantum accipiat solum, quantum lex ei dari, secundùm quartam ab intestato partem concedit: aliud verò totum auferri.*

Nec obstat, si quis dixerit, Iustinianum eo in loco non loqui de legatis piis, quia etiam de legato libertatis loquitur, vt infrà patet ex illis verbis: *Aut seruus libertate donatus, &c.* legatum verò libertatis pium est. l. 1. §. Sin autem. C. de commun. seruo manum.

Sed licet hoc ita sit, negari tamen non potest, quin cõstitutio hæc, quæ habetur in Nouella de hæred. & Falcid. differat ab alia constitutione, quæ habetur in Nouella de Ecclesiasticis titulis, quia lucrũ, quod aufertur hæredi negligenti legata pia adimplere Episcopi distributioni defertur, illud autem, quod hæredi aufertur, generaliter negligenti exequi voluntatem testatoris, defertur substitutis cõiunctis legatariis & aliis. Illa Constitutio loquitur de hærede bis monito, & de pœna priuationis eius etiam ante annum negligentis præstare legata pia: Hæc autem de hærede loquitur, qui totum annum protraxerit in exequenda voluntate defuncti, iudicis decreto admonitus.

Secundò, fundamentum est, quia Nouella constitutio de Ecclesiasticis titulis aufert lucrum hæreditatis hæredi negligenti soluere legata pia. Legitima verò portio filiis debita non dicitur lucrum, sed potius debitum. l. Si quis legatum. §. vlt. ff. ad legem Cor. de fals. & habetur in Nouella de Triente & Semisse.

Sed nec istud fundamentum solidũ est: quia textus prædictæ Nouellæ omne lucrũ aufert hæredibus relictum ab eo, qui hæc præceperit, consequenter, si hæres ille institutus est, videtur ei tota hæreditas à testatore relicta auferenda: Est autem legitima portio triens eiusmodi hæreditatis, quamobrem & illa aufertur, quia in toto inest pars.

Tertiò fundamentũ est: quia legitimæ nullum adiici onus potest. l. Quoniam in prioribus. C. de inoff. testam. Sed hoc est magnum onus, vt filius illã amittat, nisi legata pia executus fuerit. Responderi potest, non esse hoc onus legitimæ portioni adiectũ à testatore, de quo loquitur lex illa, sed est pœna à lege imposita aduersus eos, qui legata pia executioni mandare ac præstare detrectauerint, ac bis moniti neglexerint, quam quidem pœnã in legitima portione locum habere nõ posse, nulla lege demonstrari, nulla ratione euinci potest.

Imò verò etiam legitimam portionem hoc in casu amitti debere ex lege Iustiniani, non leuis coniectura est, quòd cùm de hæredis negligentia circa aliorum legatorum præstationem locutus est, & pœnam in eo casu statuit, satis clarè & disertè legitimam filiis hæredibus, vel aliis debitam excepit. Cùm autẽ pœnam statuit in eos, qui in legatis piis soluẽdis negligentes sunt, non excepit legitimam portionem hæredi debitam: ex quo coniecturam sumere licet, quia maior est culpa negligentium pia legata implere, eos etiam maiori pœna afficiendos: ac propterea omnem hæreditatem istis meritò auferendam, illis autem portionem legitimam reseruandam, qui cetera implere negligunt. Propter hanc coniecturam, & quia nullum posterior sententia solidum habet fundamentum, vt priori sententiæ acquiescam, faciendum esse iudicaui.

CAPVT LXXIV.

Militare testamentum an subiaceat querelæ

ALexander Imperator: *De inofficioso testamento militis, vel iure militari, vel ciuili facto, vel Centurionis, vel tribuni numeri, nec filios posse queri, ius certum est.* l. De inofficioso. C. de testam. milit. Idem habetur in l. vlt. C. de inoffic. testam. in l. Si instituta. §. De inofficioso, & in l. Papinianus. §. Papinianus. ff. eodem tit.

Sed controuersia est, an hodierno iure inspecto idem respondendum sit, cuius rei causam attulit Nouella Iustiniani 115. Vt cùm de appellationibus. §. Aliud quoque capitulum. vbi Iustinianus: *Sancimus igitur non licere penitus patri, vel matri, auo, &c. suum filium, vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in suo facere testamento, &c. Nisi forsan probabuntur ingrati & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.* Et paulò inferius: *Et hæc quidem de parentum ordinauimus testamentis,*

Iustum perspeximus & econtrario de liberorum testamentis hac eadem cum aliqua distinctione disponere: Sancimus itaque non licere liberis parentes suos praeterire, aut quolibet modo à rebus propriis in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas numerauimus, in suis testamentis specialiter numerauerint.

Inter Doctores igitur est controuersia: Vtrũ hac generali constitutione contineantur etiã milites, ac proinde testamentum militum rescindatur, sicut aliorum, si parentes milites filios suos absque legitima causa exhæredauerint, vel præterierint, & econtrariò filij suos parentes simili modo præterierint, vel exhæredauerint absque legitima causa.

Et communis est sententia etiam milites ea constitutione contineri. Glos. in l. vlt. vers. Testamenta. C. de inoff. testam. Bartolus in Authent. Ex causa. C. de lib. præterit. & in l. Filio præterito. nu. 22. ff. de iniusto, rupto & irr. testam. Couuar. alii... in c. Quia nos. de testam. Clarus in §. Testamentum. quæst. 40. vers. Sed quæro.

Ab hac sententia recesserunt Ludouicus Romanus & Iason in l. Sicut. C. de Testam. milit. col. penult. Viglius in §. Sed si. in instit. de Exhæred. lib.

Communis sententiæ fundamentum est: quia constitutio generalis est, & consequenter ad omnes generaliter porrigitur. Item, quia dum Imperator loquitur de filiis, eis non licere declarat parentes suos præterire *in rebus, in quibus habent testandi licentiam.* Testandi verò licentiam habent milites præcipuè, vt in Instit. de exhæred. lib. non procul ab initio, & alibi. De Castrensi etiam peculio permissum est testari filiis familias, & quasi Castrensi. l. pen. & l. vlt. C. de Testam.

Fundamentum cõtrariæ opinionis est, quia Iustinianus in dicta Nouella non corrigit antiquas leges, quibus priuilegium hoc testamẽti militaris continetur: Ergo manent incorrectæ. Quod verò dicitur in dicta Nouella filiis famil. in rebus, in quibus habent testandi licẽtiam, non pertinet ad filiosfamil. milites, qui in expeditione militari sunt, sed ad filiosfamil. qui testari possunt de peculio quasi Castrensi, vel etiam Castrensi, nõ tamen eo tempore, quo sunt in Castris, & in ipsa expeditione militari.

Ego libentius sequor posteriorem hanc sententiam eo argumento, quod mihi familiare est, & solidum videtur: Veteres leges nunquã ex Nouellis corrigi, nisi exprimatur præfatio ne præmissa à Iustiniano, aut necessariò ex verbis nouæ cõstitutionis eliciatur legum veterum correctio. In hac autem, qua de agitur, constitutione nullum verbum de militari testamento: nullum verbum, quod veteres leges sint sublatæ, quibus constitutum erat, vt militis testamentum, nõ subiaceret querelæ. Et sanè Iustiniano in Nouella illa id propositũ est causas determinare, quæ sunt iustæ, vt filij exhæredari possint. Item, vt filij institui debeãt, & non sufficiat legitimam eis portionem alio titulo relinquere, quàm institutionis, & vt ex causa præteritionis, vel exhæredationis rupto testamento legata præstentur, & quædam alia ibi expressa, quæ legibus antiquis repugnant.

Quod autem subiicitur in §. Et hæc quidem. etiam in liberis testantib. idem sancitum esse, vt eis non liceat parentes suos exhæredare, vel præterire in rebus propriis, de quib. habent testandi licentiam, id, inquam, ostendit filiorum testamenta subiacere querelæ, & rescissioni, siue de Castrensi, siue de quasi Castrensi peculio testentur, & in hoc leges veteres correctas esse, quia non possunt cum hac constitutione saluæ cohærere: nisi ad filios emancipatos constitutio Iustiniani restringatur, quod absurdum est; Sed non ostendit militaria testamenta eorundem filiorum simili modo subiacere querelæ, & rescissioni.

Militaria, inquam, testamenta, de quib. nostra est disputatio, & quæ milites in castris conficiunt, de quibus antiquæ leges loquuntur, statuentes, vt de inofficioso querelam euadant. Nec dubium est, quin eiusmodi militaria testamenta, quæ singularibus priuilegiis iure donata sunt, eisdem speciali quadam constitutione priuanda essent: Præsertim, quia Iustiniano id solenne est, vt in militum quoque personis locum esse constitutionibus suis expressim decernat, cùm eisdem etiam milites contineri intendit, vt patet ex Nouella de hæredibus & Falcid. ibi: *In omni persona, siue priuata, siue militari, &c.* & alibi sæpe.

CAPVT LXXV.

Clericorum testamenta num subiaceant querelæ ac rescissioni, si sint inofficiosa?

Clericorum testamenta de his rebus, quæ præter Ecclesiæ reditus, acquirunt, ex causa exhæredationis, vel præteritionis non rescindi, authores sunt Accursius, Iacobus Butriga. & Baldus in Authent. Presbyteros. C. de Episcop. & Cleri. Abbas Panorm. in c. Quia nos. de testam. Angelus, Paulus & Iacopin. in l. 1. ff. de inoff. testam. Corneus in Auth. Ex causa. num. 100. C. de lib. præter.

Argumenta verò hæc sunt: Primũ ex c. Quia nos. de testam. in illis verbis: *Liberè disponere valeant.* Si enim liberè disponere possunt

ac testari, vt ibi dicitur, ergo non subiacent querelæ eorum testamenta. Probatur hæc cōsequentia ex l. Si filiam tuam. C. de inoffic. testam. Diocletianus: *Si filiam tuam eo, quod turpiter, & cum flagitiosa fœditate viuit, à successione tua excludendam putes, si non inconsulto calore, sed ex meritis eius ad odium incitatus es: postremi iudicij liberum arbitrium habebis.*

Liberum arbitrium ibi intelligitur habere parens, quia filiam suam exhæredare potest.

Secundum argumentum est, quia testamenta filiorumf. de peculio Castrensi, vel quasi Castrensi querelæ non subiacent. l. vltim. C. de inoff. testam. Ergo neque Clericorum, qui de bonis ita acquisitis testantur, quia sunt quasi Castrensia, vt habetur in Auth. Presbyteros. ibi: *Ad similitudinem Castrensium peculiorum, &c.*

Tertium argumentum est ex dict. Authent. Presbyteros, desumpta ex Nouella de sanctissimis Episcopis. §. Presbyteros. Eius verba hæc sunt: *Presbyteros & Diaconos, & Subdiaconos, & Cantores, quos omnes Clericos appellamus, res quolibet modo ad dominium eorum venientes, habere in sua potestate præcipimus, ad similitudinem Castrensium peculiorum, & donare, cui volunt secundùm leges, & in his testari, licet sub parentum potestate sint. Sic tamen, vt horum filij aut his non extantibus, parentes eorum legitimam ferant partem.*

Sed contrarium docuerunt Andreas Siculus in d. cap. Quia nos. de Testam. Salycetus in d. Auth Presbyteros. & in Auth. Ex causa. nu. 18. C. de lib. præteritis. quib. Couuarruuias in d. c. Quia nos. dicit se non admodum inuitum accedere, ego verò libentissimè accedo, nec dubito, quin contraria hæc sententia iuri sit magis consentanea, quod me clarè ostensurum confido, si eius fundamento solido prius iacto, tum prioris sententiæ argumenta diluere aggrediar.

Fundamentum est planè firmum in Nouella Iustiniani 115. Vt cùm de appellat. in §. Et hæc quidem. vbi generaliter Iustinianus statuit idem de liberis testantibus, quod de parentibus constituit, vt eis non liceat parentes suos in rebus, de quibus testari possunt, exhæredare vel præterire sine iusta causa, alioquin testamentum rescindatur, vel secundum multorum sententiam nullius sit momenti. Hæc constitutio clericos non excipit: nec iure canonico illi eximuntur. Ergo eadem constitutione continentur, qua cæteri liberi, in rebus de quibus testari possunt, vt puta castrensibus vel quasi: Cōstat enim eos de iis testari posse, non de aliis, si sint in potest... patris: quibus procul dubio Imperator ... legem illam statuit, atque emancipatis. Fundamentum hoc satis mihi firmum videtur.

Ad argumenta prioris sententiæ sic respondeo, quod attinet ad text. in cap. Quia nos, de Testam. illud verbum *liberè*, non esse ita accipiendum, vt possit Clericus contra leges & constitutiones filios vel parentes præterire. Præclarè enim Iustinianus: *Si quando talis concessio Imperialis processerit, per quam libera testamenti factio conceditur: nihil aliud videri Principem concedere, nisi vt habeat legitimam, & consuetam testamenti factionem.* l. Si quando. C. de inoff. testam.

Nec obstat textus in l. Si filiam. C. de inoffi. testam. quia *liberum arbitrium* ibi necessariò propter subiectam materiam hoc importat, vt filia turpiter viuens, & quam propterea pater excludendam putabat, exhæredari possit.

Ad secundum argumentum respondeo l. vl. C. de inoff. testam. & si quæ sunt aliæ similes, quibus declaretur filiorumfam. testamenta de castrensi, vel quasi castrensi peculio querelam euadere, antiquatam esse ex Nouella supradicta Iustiniani, Vt cùm de Appel. cog. §. Et hæc quidem. solis militibus exceptis, vt declaraui in capite præcedenti.

Ad tertium argumentum ex Authent. Presbyteros, respondeo, nihil minus dicere ibi Iustinianum, quam quod Clerici possint liberos vel parentes suos exhæredare sine causa legitima, ac proinde testamenta eorum querela expugnari non possint: imò contrarium indicant illa verba, *& donare cui volunt secundum leges.* Item illa: *Sic tamen vt horum filij, aut his non extantibus, parentes legitimam ferant portionem.* Præclarè Salycetus in d. Auth. Ex causa. num. 18. *Ponderat verbum sic, inquit, & illud verbum, ferant, quod sequitur, non enim dicit petant vel aducant, sed ferant quod intelligitur in illo testamento & omnia simul iuncta probāt: quasi dicat, sic testentur secundum leges, quod parentes in eo vel ex eo testamento legitimam ferant: quasi dicat, quod si non fecerint quia eos non instituerint in legitima, iuris remedia locum habebunt: Hæc autem rem dicta sunt, quia vel testamentum nullum dicent, vel querelam intentabunt.* Sic ille.

CAPVT LXXVI.

Ingratitudinis causa, si probetur, quæ testamento parentum expressa non sit, possintne filij exhæredati rescisso testamento ab intestato hæreditatem vindicare?

IMperator Iustinianus: *Sancimus non licere penitus patri vel matri, & filium vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhære-*

des in suo facere testamento, &c. Nisi forsan probabuntur ingrati, & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento. Nouella 115. Vt cùm de appellat. cognoscitur. §. Aliud quoque capitulum.

Huius textus authoritate probatur testamẽtum rescindi, & filium exhæredatum vindicare posse hæreditatem, licet ingratitudinis causa ab hærede probetur, si ea testamento nominatim inserta non fuerit, quia Iustinianus duo coniunctim exigit: Vnum, vt causa ingratitudinis probetur. Alterum, vt nominatim testamento inseratur. Atque ita rectè docent Aretinus in l. 3. §. Filius. col. 2. ff. de liber. & posthumis. Alex. in Auth. Ex causa. col. penul. C. de lib. præteritis. & multi alij quos refert & sequitur Couuar. in c. Rainutius. nu. 7. de testa. qui duos textus pro huius sententiæ confirmatione adfert. l. In arenam. & l. Omnimodo. C. de inoff. testam. l. In arenam. nihil iuuat hanc sententiam. Nec l. Omnimodo. illam planè euincit in illis verbis: *Si tamen non ingratis legitimis modis arguantur: cùm eos scilicet ingratos circa se fuisse testator dixerit. Nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius hæredibus ingratos nominare, & huiusmodi quæstionem introducere.*

Ideo hanc sententiam locus iste non euincit, quia hoc tantùm requirit, vt in testamento parens mentionem faciat liberorum quasi ingratorum: nos autem exigimus, vt nominatim etiam causam adferat ingratitudinis legitimam. Itaque si parens in testamento eos ingratos fuisse diceret, id ex mente d. l. Omnimodo sufficeret, ad filios probata ingratitudine excludendos: sed non sufficit ex mente Iustiniani in d. Nouella, quia hoc requirit, vt etiam causa ingratitudinis legitima nominatim testamento inseratur.

Quod licet ita clarè constitutum sit, non desunt tamen, qui ex locis alienis, & verbis ac argumentis generalibus contrarium docuerint, nempe ingratitudinis causa probata, licet testamento non inserta liberos excludendos ab hæreditate. Ita docuit Angelus in §. Ingratitudinem. in Auth. de nuptiis. Iason in l. Cum mota. num. 17. C. de Transact. & in Auth. Ex causa. col. 3. & in Auth. Non licet. in 7. limit. C. de lib. præterit. Corsetus in singul. in verbo Ingratitudo. qui citat Glos. in c. vlt. de postulando.

Primum argumentum est ex d. §. Ingratitudinem. Nihil probat: quia hoc tantum dicit: sicut filij, qui probantur ingrati excluduntur à lucris nuptialibus, quæ mater consecuta est, ita etiam & fratres excludi, nec fratribus suis in huiusmodi lucris succedere posse. Excluduntur autem omnes isti ex ingratitudinis causa: quod ego sic accipio, si testamento videlicet exhæredati fuerint à matre, siue fratre: nec enim Iustinianus aliquid hac in parte noui statuit, quasi velit eos excludi etiam ab intestato. sed matri ac fratri reseruat ius exhæredandi filios & fratres ingratos. Id patet ex verbis, quæ præcedunt dictum §. Ingratitudinem. ibi: *Ratione contra ingratos filios vndique & super istis rebus seruata.* Et statim subdit idem iuris esse in fratribus ingratis sic dicens: *Ingratitudinem autem hic consideramus non solùm ad matrem, sed etiam aduersus fratrem ipsum defunctum.* Et quod maximè notandum est, refert se ad constitutionem super hoc editam, vt ex illis verbis patet: *Secundum quod pridem à nobis dictum est.* Quamobrem hoc primum argumentum nihil obstat, quia quãtum ad filios attinet, sicut propter ingratitudinem excluduntur ab hæreditate patris, si testamento causa ingratitudinis inserta exhæredati fuerint, iuxta Nouellam, Vt cum de appel. cognosc. §. Aliud quoque capitulum. Ita & ab huiusmodi lucris excludentur, si fuerint testamento matris propter ingratitudinis culpam exhæredati.

Secundum est ex l. Liberi. C. de inoffic. testam. quæ nihil aliud habet, quàm parentes ingratos exhæredari posse, & ingratitudine probata, testamentum impugnare non posse. Quod sanè, quo pacto iuuet hanc sententiam, non intelligo.

Tertium est prorsus alienum à quæstione ista ex l. 3. § vlt. ff. de adim. legat. Vlpianus: *Non solum autem legata, sed & fideicommissa adimi possunt & quidem nuda voluntate. Vnde quæritur, an etiam inimicitiis interpositis fideicommissum non debeatur? Et si quidem capitales, vel grauissimæ inimicitiæ intercesserint, ademptum videtur, quod relictum est, &c.*

Ideo verba attuli & adscripsi: quia attulisse illa, confutasse est argumentum, quod ex eis adfertur.

CAPVT LXXVII.

Ad interpretationem Nouellæ 115. Vt cùm de Appellat. cognosc. §. Aliud quoque capitulum. an locum habeat in præteritione paterna filiorum qui sunt in potestate?

QVi filium in potestate habet, curare debet, vt eum hæredem instituat, vel exhæredem nominatim faciat. Alioqui si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur: adeò quidem, vt si viuo patre filius mortuus sit, nemo hæres ex eo testamento existere possit: quia scilicet ab initio non constiterit testamentũ. Verba sunt Imperatoris

toris in §. 1. in Instit. de exhæred. liber.

Idem Iustinianus in Nouella 115. Vt cùm de appell. cognosc. §. Aliud quoque capitulum. ita statuit: *Sancimus non licere penitus patri vel matri, &c. suum filium, vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in suo facere testamento, &c. Nisi forsan probabuntur ingrati, & ipsas nominatim ingratitudinis causas, parẽtes suo inseruerint testamento.*

Hic controuersia oritur, si pater filiũ, quem in potestate habet, præterierit causa legitima testamento inserta, quæ vera esse probetur: vtrũ testamentũ valeat. Mouet dubitationem, quòd secundum leges veteres non valet illud testamentum, in quo filius in potestate existẽs, neque hæres institutus est, neque nominatim exhæredatus. l. Inter cetera. ff. de lib. & posthum. l. Filio præterito. ff. de iniusto, rupt. testamen. & habetur in d. §. 1. in Instit. de exhæredat. liber. Veteres autem leges nõ correxit Iustinianus in hac parte, nec vllam earum fecit mentionem in d. §. Aliud quoque capitulum Ergo manẽt incorrectæ, & consequenter testamentum nullius est momenti in quo filius est præteritus, etiamsi ingratus esse probetur, & ingratitudinis causa testamento fuerit inserta, quia non potest eum pater præterire, sed nominatim exhæredare debet.

Sed huic sententiæ verba Iustiniani repugnant in d. §. Aliud quoque capitulum. Nam dum statuit patri non licere filiosfamil. præterire, nisi ingrati probentur, & ipsæ ingratitudinis causæ nominatim testamento inserantur, ex contrario indicat, si ingrati probentur, & causæ ingratitudinis nominatim testamento inserantur, patri licere filios suos præterire: & consequenter testamentum eo in casu valere, & firmum esse.

Hæc est illa quæstio, quã Fulgosius in Auth. Ex causa. C. de lib. præterit. dicebat Cæsarea decisione indigere, & quam in Concilio Constantiensi decidendam proponere in animo habebat. Et sanè Couuar. in c. Rainucius. nu. 1. 2. & 8. de testam. adductis vtriusque sententiæ authoribus, & nonnullis rationibus in eã sententiam magis propendet, vt testamentum hoc in casu valeat. Et idem quoque mihi videtur, quia cùm pater in testamento dicit: *Filium meum prætereo, quia me verberauit*, si non verbum, sed sensum spectemus, videtur filium suum exhæredare, neque enim ad exhæredationem inducendam necessaria est forma illa verborum: *filium meum exhæredo*, sed qualiacunque verba idem significantia sufficiunt. l. 3. C. de lib. præterit.

Moueor præterea, quoniam cum Iustiniani Nouella cohærere nequeũt leges antiquæ, quę ob præteritionem testamentum nullum esse statuerunt, eo scilicet in casu, quo filij sunt præteriti iustam ob causam ingratitudinis testamento insertam; quia Iustinianus vult illud valere: ergo necesse est dicere, leges veteres sublatas esse noua illa Iustiniani constitutione.

Non obstant duæ responsiones, quæ adferri solent. Prima, id, quod Iustinianus in Nouella dicit de præteritione filiorum, accipiendum esse respectu matris, cuius præteritio pro exhę redatione habetur; Vel de præteritione filiorum, qui non sunt in potestate. Constat enim testamentum valere, in quo filius emancipatus est præteritus.

Altera, hoc Iustinianum velle, vt si causę ingratitudinis in testamento fuerint expressæ, quo filius est præteritus, testamentum ex sua constitutione non possit infirmari, nisi tamen fuerit nullum aliam ob causam, puta propter præteritionem filij, ob quam, secundum leges veteres testamentum est nullum.

Posterior hæc respõsio nihil valet, quia perinde est, ac si diceretur, velle Iustinianũ, vt testamentum hoc in casu valeat, non obstante præteritione: sed tamen propter præteritionẽ nullum esse ex antiquis legibus, quod manifestam implicat contradictionem. Si autem ita diceretur, non puto dubitari posse, quin absurda esset interpretatio, & Iustinianus vellet repugnãtia, & quæ simul cohærere nõ possunt. Adde etiam ipsius Iustiniani proposito aduersantia, quia si vult testamentum valere, vbi causæ ingratitudinis expressæ sunt legitimæ & veræ, consequenter vult veteres leges hac in parte cessare, & vires non habere. Sed audiamus ipsum Iustinianũ, *Siue igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, siue certas ex his, &c. Testamento suo inseruerint, &c. Testamentum suam habere firmitatem decernimus.* Vult igitur disertè, testamentum hoc in casu valere: Ergo veteres leges, quæ illud non valere statuunt, necessariò abrogantur.

Prior autem responsio ideo consistere non potest, quia verba Iustiniani dicentis, patri vel matri non licere filios suos præterire, vel exhæredes in suo facere testamento, tam de patre, quàm de matre accipienda sunt, & tam de filiis in potestate positis, quàm de emancipatis. Alioqui si non de patre accipienda sint, respectu filij in potestate patris existentis, licebit filios in potestate præterire, licet ingrati non probentur, & licet ingratitudinis causam sub testamento non inseruerit, quod tamen absurdum est. Sicut ergo Iustinianus generaliter accipiendus est de patre & matre, & filiis tam suis, quàm emancipatis in sensu directo, quatenus statuit non licere patri vel patri filios præterire, vel exhæredare,

niſi ea forma ſeruata, ita etiam accipiendus videtur in ſenſu contrario, quatenus vult ea forma ſeruata patri & matri licere filios præterire, vel exhæredare, & in eo caſu teſtamentũ valere. Id quod expreſsè ſtatuit in §. Siue igitur. cuius verba proximè adſcripſi, & mox iterum adſcribam.

Non obſtant, quæ pro contraria ſententia adferuntur: quæ duo ſunt potiſſimùm argumenta: Primum eſt ex illis verbis dictæ Nouellæ: *Siue igitur omnes memoratas ingratitudinis cauſas, ſiue certas ex his, &c. Parentes in teſtamento ſuo inſeruerint, & ſcriptos hæredes, &c. Veram eſſe monſtrauerint, teſtamentum ſuam habere firmitatem decernimus.*

His enim verbis videtur colligi, Iuſtinianũ loqui de teſtamento, quod à principio valet, & ideo dicit, *ſuam obtineat firmitatem.* At teſtamentum, quo filius eſt præteritus, à principio non valet; ſed nullum eſt: ergo de hoc teſtamento non loquitur Imperator.

Alterum eſt argumentum, ex verbis ſequẽtibus: *Si autem hæc obſeruata non fuerint, nullum exhæredatis liberis præiudicium generari.* Non dicit Imperator, *præteritis*, ſed *exhæredatis*. Ex quo videtur colligi poſſe Imperatorem ſuprà locutum eſſe de exhæredatis tam à patre, quam à matre, & de præteritis à matre, cuius præteritio pro exhæredatione habetur. §. Mater. in Inſtit. de exhæred. lib.

Ad primum argumentum ita reſpondeo: ſenſum illorum verborum, *teſtamentum ſuam obtinebit firmitatem*, hunc eſſe: teſtamentum valere, & reſcindi nõ poſſe: valere, inquam, ab initio, & ſuam obtenturum firmitatem, quia reſcindi nõ poterit, nec infirmari vllã ratione.

Et dum in argumento aſſumitur. Sed teſtamentum, in quo filius eſt præteritus, ab initio non valet. Iſtud nego. Nam dico valere; ſi forma à Iuſtiniano ſtatuta ſeruetur. Nec obſtent antiquæ leges; quia per nouam conſtitutionẽ antiquantur, & locum non habent. Id manifeſtum eſt ex his, quę ſuperius diximus: quia Iuſtinianus hoc vult, licere patri & matri filios præterire cauſa ingratitudinis probata, & teſtamento inſerta; ergo neceſſariò vult ſublatas eſſe leges veteres, quibus non erat permiſſum filios præterire.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, verbum *exhæredatis* quo Imperator vſus eſt, latè ibi accipiendum eſſe, & ideo pręteritos quoq; filios comprehendere. Alioqui abſurdum ſequeretur, Iuſtinianum ſcilicet ſtatuiſſe, vt nõ liceret patri filios præterire vel exhæredare, niſi forma illa ſeruata: & tamen ſi præteriiſſet, nihil dixiſſe, ſi verò exhæredaſſet, declaraſſe, vt nullum eis præiudicium generaretur. Hoc eſt abſurdum, quia ſicut liberis pręteritis antea conſultum erat, ita & iniuſtè exhæredatis per querelam inofficioſi teſtamenti, & tamen Iuſtinianus declarauit, nullum exhæredatis præiudicium generari. Aliud præterea abſurdum ſequeretur, ea videlicet, quæ Iuſtinianus poſtea decernit de teſtamento, quantum ad inſtitutionem hæredis, irritando, & quantum ad legata & fideicommiſſa conſeruando, non pertinere ad eam facti ſpeciem, in qua filius teſtamento præteritus eſſe proponatur, quod & verbis Iuſtiniani, & menti repugnare manifeſtum eſt.

Porrò exhæredationis verbum latè patere, vt & præteritionem comprehendat, teſtis eſt Vlpianus in l. Si patronus. 12. ff. de bon. liberr. ibi: *Silentio exhæredauerit.* Quid enim aliud eſt exhæredare, quàm priuare hæreditate? Priuat autem hæreditate præteritio, vt patet.

CAPVT LXXVIII.

Ad eandem Nouellam 115. Vt cùm de appellat. cognoſc. §. Aliud quoque capitulum. poſſintne parentes filios ſuos exhæredare ex alia cauſſa, quæ non ſit ex 14. ibi expreſſis, quæ tamen ſimilis ſit, vel maior?

FIlios exhæredari nõ poſſe à parentibus ex vlla ingratitudinis cauſa quæ non ſit ex 14. à Iuſtiniano conſtitutis in Nouella 115. Vt cùm de appellat. cognoſc. §. Aliud quoque capitulum. exiſtimauit olim Martinus Laudenſis, & hanc ſententiam de iure veriorem eſſe Alexander dixit in Authent. Non licet. C. de lib. præter. num. 4. eo argumento, quod nouiſſima illa conſtitutio corrigat antiquas leges, & pœnam introducat, conſequenter odioſa ſit, & nequaquam extendenda ad alios caſus in ea non expreſſos, præſertim cùm Iuſtinianus ipſe extenſionem prohibeat, ſic dicens: *Sed quia cauſas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diuerſis legibus diſperſas, & non apertè declaratas inuenimus, quarum aliquæ nec dignæ nobis ad ingratitudinem viſæ ſunt, aliquæ verò, cùm eſſent dignæ, prætermiſſæ ſunt: ideo neceſſarium eſſe perſpeximus, eas nominatim præſenti lege comprehendere: vt præter ipſas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis cauſſas opponere, niſi quæ in huius conſtitutionis ſerie continentur.*

Sed contrariam ſententiam vti receptiſſimam, ita & veriſſimam eſſe iudico. Receptiſſimam eſſe omnes fatentur, in Authent. Non licet. C. de lib. præter. Couuar. ad c. Raynucius. n. 16. de teſtam. Clarus, §. Teſtamentum. quæ. 41. verſ. Sed quæro. Veriſſimam autem eſſe, vt oſtendam ſupereſt.

Vtor ipſe, cæteris omiſſis, hoc argumento, quòd abſurdum eſſet, & longè a iure alienum, ſi cauſa

ſi cauſa ingratitudinis maior cõmittatur, vel ſimilis eis, quæ à lege expreſſæ, & enumeratæ ſunt, eam non eodem iure cenſendam, quo cauſæ lege Iuſtiniani expreſſæ: *Non poſſunt*, inquit Iulianus, *omnes articuli ſingulatim aut legibus, aut ſenatuſconſultis comprehendi: ſed cùm in aliqua cauſa ſententia eorum manifeſta eſt: is qui iuriſdictioni præeſt ad ſimilia procedere, atque ita ius dicere debeat.* l. Non poſſunt. ff. de legib.

Nec mens illa Iuſtiniani eſt, vt cauſas ſimiles, vel maiores expreſſis ab eo excludat, ſed vt eas tantum cauſas excludat, quæ aliis legibus continentur, ſi non fuerint in ea conſtitutione expreſſæ. Sic enim ait: *Vt præter ipſas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis cauſas opponere, niſi quæ in huius conſtitutionis ſerie continentur.* Senſus eſt: licet aliæ cauſæ aliquibus legibus contineantur, ſi tamen non contineantur in conſtitutione illa, non licere cuiquam eas opponere, quia Imperator eas pro legitimis non iudicauit: Tales autem cauſæ non ſunt procul dubio, quæ maiores vel ſimiles ſunt expreſſis, quoniam illas Iuſtinianus approbauit: aut approbaſſe exiſtimandus eſt, propter ſimilitudinem. Sed ſunt leuiores & diſſimiles cauſę. Sed de quæſtione iſta non admodum difficili, hæc ſufficiant.

CAPVT LXXIX.

Si filius poſt iniuriam parenti factam ei reconciliatus fuerit, vtrum exhæredatio locum habeat.

SEd rurſus controuertitur, ſi pater filium exhæredauerit propter iniuriam ei factã grauẽ, quæq. iuſtam exhæredationi cauſam præbuerit: vtrum ſi eidem filio reconciliatus fuerit, eumque in gratiam receperit, exhæredatio locum habere poſſit. Tres ſunt doctorum ſententiæ hac de re. Prima, exhæredationem locũ amplius non habere. Ita Bart. in l. 3. §. vlt. ff. de adim. legatis. refert & ſequitur Iaſon in Auth. Non licet. ad finem. C. de lib. præterit. Addentes ad conſ. 159. Alex. lib. 7. Fundamentum eſt in d. l. 3. §. vlt. cum l. ſeq. Vlpianus: *Quod ſi iterũ in amicitiam redierint, & pœnituerit teſtatorem prioris offenſæ: legatum vel fidicommiſſum relictum redintegratur.* Huc accedit tex. in l. 5. C. fam. hercisc. ibi: *Proinde ſi offenſam iſtam clementia flexit &c.* & text. in §. vlt. de iniur.

Secunda eſt ſententia, exhæredationem nõ ceſſare licet filius in gratiam patris redierit, ita Aret. ad l. Filio, quem pater. ff. de lib. & poſthum. Gerardus ſing. 3. alij, quos commemorat Couuar. in c. Rainucius n. 17. de Teſtam.

Fundamentum eſt in d. l. Filio, quem pater. Papinianus: *Filio, quem pater poſt emancipationem à ſe factam, iterum arrogauit, exhæredationem anteà ſcriptam, nocere dixi &c.* Huc accedit ratio: nam ſi exhæredatio cenſeretur extincta, filius maneret præteritus, eſſetque teſtamentum nullum, quod minimè conuenit parentis voluntati.

Tertia eſt opinio: Si filius antea exhæredationẽ in gratiam patris redierit, tunc ſequi nõ poſſe exhæredationem, quia iam tacitè pater remiſerat ingratitudinis culpam: alias ſecus. ita Purpuratus ad l. vlt. n. 145. C. de pact. & alij à Couuar. citati, vbi ſuprà.

Fundamentum eſt in d. l. 5. C. famil. hercisc. & in l. Lucius Titius. 90. §. Lucius. de leg. 2. Scæuola: *Reſpondi ſecundũ ea, quæ proponerẽtur, ita deberi, ſi ij, qui peterent, manifeſtè docerent eo animo circa ſe patronum, cùm teſtamentum faceret, eſſe cœpiſſe, vt iis quoq; legatum dari vellet, alioquin nihil ipſis præſtetur.*

Mihi videtur pro filio ita exhæredato magna æquitas pugnare: atque ideo eum vindicare hæreditatẽ poſſe, exhæredatione illa non obſtante, exiſtimo. Non eo colore, quod teſtamentum nullum ſit: quaſi præteritus eſſe videatur. Nam exhæredatus eſt: Nec exhæredatio ceſſat propterea, quod filius in gratiam redierit. Non eo prætextu, quod exhæredatio ritè & rectè facta non ſit, quia formam debitam habere ſupponitur per inſertionem in teſtamento factam cauſę iuſtæ ingratitudinis filij. Nam eam ob cauſam, quod patrem exhęredationis factæ pœnituerit, propterea quod eum in gratiam receperit, quia etſi pœnituiſſet, nihilominus teſtamentum erat reuocãdum per aliud nouum Teſtamentum. §. Poſteriore. in Inſtit. Quibus mod. teſtament. infir. vel per alios modos, de quibus in l. Sancimus. C. de Teſtam. & in l. Hac conſultiſſima. §. Si quis autem. C. de Teſtam.

Sed eo colore & prætextu quod ſecuta poſt iniuriam patri factam reconciliatione, non potuerit exhæredari: aut ſi antea fuerit exhæredatus, non debuerit exhæredatio amplius valere poſt iniuriam remiſſam. Nam iniuria remitti poteſt. §. vlt. in Inſt. de iniur. Sed hoc in caſu remiſſa eſt: quia pater filium in gratiã recepit, & ei pepercit. Ergo nõ poteſt amplius illam vindicare exhæredando filium. Et licet ante remiſſionem iniuriæ potuerit eam vindicare, & propterea filium exhæredare, poſt remiſſionem tamen non poteſt. Et cauſa exhæredationis remiſſione facta extinguitur, quia culpa filio eſt remiſſa. Itaque filius inofficioſum in propoſita ſpecie dicet teſtamentum patris. Si excipiatur ipſum ingratitudinis culpam admiſiſſe, ac proinde exhæredari potuiſſe. Replicabit ille culpam remiſſam fuiſſe, ac perinde vindicari exhæredatione nõ potuiſſe:

ac ſibi meritò licere paternam hæreditatem vindicare, perinde ac ſi exhæredatus fuiſſet nulla culpa exiſtente, culpa enim iam remiſſa, pro non commiſſa habenda eſſe videtur.

CAPVT LXXX.

Si filius poſt commiſſam ingratitudinis culpam pœnitentiam egerit, poſſitne exhæredari à patre?

Filium, qui commiſit aliquam ingratitudinis culpam, & pœnitentiam egit, exhæredari non poſſe, authores ſunt Alex. in l. 1. nu. 33. ff. ſol. matr. Iaſon in l. in ar:nam. C. de inoff. teſtam. & in Auth. Non licet. C. de lib. præterit. Caſtelianus Cotta in Memor. in dictione Filiusfamilias. Clarus §. Teſtamentum. quæſt. 41. verſ. Præterea quæro.

Fundamentum eſt in eo, quod Speculat. docet in tit. Qui filij ſint legitimi. verſic. Quid ſi filia tua peccat. nu. 15. vbi docet, filiam, quæ in corpus ſuum peccauerit, exhæredari poſſe, & ei alimenta denegari, ſed ſi de peccato pœnitentiam egerit, ei prodeſſe, & non poſſe exhæredari, vel priuari alimentis. argum. l. Imperialis. C. de nuptiis. §. Aliud, in authen. Vt cùm de appella. cogn. c. Ferrum. c. Fidelior. 50. diſtinct. ca. inter opera. de ſponſalib. *Nam patria poteſtas in pietate debet, non in atrocitate conſiſtere.* l. Diuus. ff. l. ad Pompeiam de Parricid. §. Hac authoritate. 35. q. 3.

Contrarium docuit Felyn. in c. Rodulphus. col. 3. de reſcrip. & poſt alios Couuar. in c. Rainucius. n. 18. de Teſtam.

Fundamentum eſt; quia pœnitẽtia criminis tantùm quoad Deum, operatur remiſſionem, non autem quoad forum externum, vt docet Gloſ. communiter recepta in c. De his. de Accuſat. Ego in hac quæſtione diſtinguendum puto, vt ſiquidem verſamur in eo genere ingratitudinis, quod filium ſolum concernit, tũc pœnitentia illi proſit: vt puta ſi filius, vel filia, qui inter mimos, vel arenarios, vel ſcenicam artem exercentes ſe ſociauerit, vel turpiter alioqui viuere cœperit, ab eo vitæ genere deſiſtere, & pœnitẽtiam agere voluerit, quo pacto Speculator mihi intelligendus videtur, & eius ſententia legibus allegatis confirmatur: Nam in d. Nouella, Vt cùm de appel. cognoſc. §. Aliud. dum ibi cauſę iuſtę exhæredationis recẽſentur, illa inter alias adfertur: *Si præter voluntatem parentum inter arenarios, vel mimos ſeſe filius ſociauerit. Et in hac profeſſione permanſerit.* Item: *Si luxurioſam degere vitam elegerit.* quæ omnia oſtendunt clarè, perſeuerantiam requiri in ipſo crimine, vt iuſta ſit exhæredationis cauſa. Si ergo pœnituerint filij, & vitam turpem ac inhoneſtam reliquerint, *Omni macula penitus direpta, & quaſi ſuis natalibus muliebribus redditis, neque vocabulum inhoneſtum eis inhærere de cætero volumus, neque differentiam aliquam eas habere cum iis, quæ nihil ſimile peccauerunt.* l. Imperialis. §. Præſenti. C. de nupt.

Quod ſi de alio ingratitudinis genere agatur, quod patrem cõcernat, puta, ſi filius patrẽ verberauerit, ſi ei atrocem iniuriam fecerit, ſi vitæ parentum ſuorum per venenum, vel alio modo inſidiari tentauerit, ſi nouercæ ſuæ ſe immiſcuerit, & alia id genus fecerit, quæ à Iuſtiniano commemorantur inter legitimas ingratitudinis cauſas, tunc filiis nequaquam arbitror ad exhæredationem euadendam pœnitentiam prodeſſe. argum. l. Qui ea. ff. de furtis. Vlpianus: *Nemo enim tali peccato pœnitentia ſua nocens eſſe deſiit.* l. pen. ff. de vi bonor. rapt.

CAPVT LXXXI.

Si filius factus fuerit poſt culpam ingratitudinis commiſſam Monachus, poſſitne à parente teſtamento exhæredari?

Gratianus in decreto 19. quæſt. 3. cap. vlt. ex Nouella Iuſtiniani. tit. de Monachis docet: *Non licere parentibus liberos, vel liberis parentes ab hæreditate ſua repellere Monachos factos; quamuis dum Laici fuerant in cauſam ingratitudinis inciderunt*, atque ita docuerunt Romanus ſing. 485 Marſilius ſing. 413. a. 5. Cãpegius de dote, part. 1. qu. 47. Felynus in c. Rodulphus. col. 3. de reſcript. Panormitanus conſ. 27. libr. 2. Chaſſanæus in conſuet. Burgundiæ rub. 1. §. 5. Archidiaconus n. 102.

Sed Gloſ. in Auth. de Monachis. in principio, in verbo, *maculam*, iuri Ciuili id conſentaneũ non eſſe docet, ſed iuri Canonum; & ſequitur Iaſon in Auth. Non licet. nu. 4. C. de lib. præteritis.

Videtur enim obſtare priori ſentẽtiæ, l. Deo nobis. §. 1. C. de Epiſco. & Cleric. vbi dicitur, filium propter eam ſolã cauſam, quod Monachus factus fuerit, exhæredari non poſſe; Ergo propter alias cauſas exhæredari poterit.

Baldus autem in commentariis d. l. Deo nobis. §. 1. exiſtimauit priorem ſententiam locum habere poſſe, vbi cauſa ingratitudinis oritur ex crimine, quod ipſum filium concernit: poſteriorem autem ſententiam veram eſſe, vbi ingratitudinis cauſam filius commiſit ex eo crimine, & vitio, quod patrem ipſum lædit: Idem docet Aret. in l. 3. §. 1. ff. de lib. & poſthum. n. 9. & Curtius iunior in Auth. Non licet. C. de lib. præter.

Cæterùm Alciatus li. 4. parergon. c. 23. Gratianum ſuſpectũ habet, quòd cum Monachus fuerit, voluerit gratificari cauſæ Monachorũ, quan-

quandoquidem Nouella illa, quam citat, nullibi extet. Nec alij defuerunt, qui Gratianum hac in re mendacij arguere conati fuerint.

A quibus calumniis eum vindicat Didacus Couuar. in c. Rainucius. n. 20. 2'. de teſtam. ex Conſtantino Hermanopulo. lib 5. Epit. cap. 9. docens extare dictã Nouellam ſub tit. Vt cum de appellatione cognoſcitur. in qua olim inſerta erat & illa pars, quam de Monachis filiis non exhæredandis Gratianus deſumpſit, in hæc verba: *Monachi, ſiue patres ſiue filij, minimè priuantur hæreditate, ob ingratitudinis cauſam, ante profeßionem commiſſam.*

Ego verò in libro, qui inſcribitur Nouellæ, nouiter inuentæ Iuſtiniani hãc Nouellam, de qua loquitur Gratianus, eiſdem verbis conſcriptam inueni, quibus in Gratiani decreto deſcripta eſt, lib. 2. tit. 130. de Monachis & Monaſteriis: Et ideo ex hoc loco Gratianum eam deſumpſiſſe non dubito. Nã & verba illa, quæ ſunt apud Gratianum, extant etiam in dicta Nouella, nempe: *Non liceat parentibus ad ſolitariam vitam tranſeuntes de Monaſteriis abſtrahere.* Et ſuſpicor eſſe hãc epitomen Iuliani, cuius mentionẽ facit Gregorius XIII. Põtifex Maximus in ſuis ad Gratiani decretum annotationibus; Et ex his in hãc ſententiam venio, vt Monachi digni ſanè maioribus priuilegiis, qui ſe ſuáque omnia Deo dicarunt, hac fruantur lege, vt exhæredari à parentib. non poſſint ob cauſas ingratitudinis antea cõmiſſas; quã quam contrarium argumentum ſumi poſſit ex d. l. Deo nobis. §. 1. Nouella enim, quæ poſterior eſt, meritò præferenda erit & ſequenda.

CAPVT LXXXII.

Vtrum legata pia debeantur hæreditate non adita?

Legata pia deberi etiam hæreditate non adita, Authores ſunt Abbas in c. Relatum. 1. col. vlt. de Teſtam. Bartolus in l. 1. num. 66. in repet. C. de ſacroſanct. Eccl. Io. de Anania in conſil. 28. Romanus conſil. 493. Mattheſilanus ſing. 163. Ancharanus in c. Cùm eſſes. nu. 15 de teſtam. & in conſ 144 Barbatia conſ. 8 nu 14. lib. 1. Bald. in con. 287. li. 4. Lapus Alleg. 91. n. 4. Capella Tholoſana deciſ 89. Couuar. in c. Rainaldus §. 3. n. 2. verſ. Illud ſanè. & verſ. Octauus caſus.

Contrarium docuerunt Salycetus ad l. 1. in 3. quæſt. de ſacroſanct. Eccl. Fulgoſius ibidem & Iaſon in prima lect. n. 29. & in 2 lect. col. vlt. & in l. Eam quam. n. 19. C. de fideicommiſſ. Alexand. in conſ. 209. col. pen. lib. 2. Imola in l. Qui filio. §. 1. ff. de hæred. inſtit.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia in legatis piis non videtur iuris Ciuilis ſubtilitas habere locum, ſed iuris gentiũ. Id patet, quia valet teſtamentum ad pias cauſas, etiam ſine iuris Ciuilis ſolennib. c. Relatum. de Teſtam. vbi ſufficiunt duo teſtes. Sed hæc eſt iuris Ciuilis ſubtilitas, vt non aliter legata ſint præſtanda, quàm ſi ex teſtamento hæreditas adita fuerit. l. Si nemo. de teſt. tutela. Ergo neceſſaria non eſt in legatis ad pias cauſas.

Huc accedat, quod in legatis piis Falcidia locũ nõ habet, Auth. Similiter. C. ad l. Falcid. Sicut ergo legata debẽt præſtari, quando hæreditas nõ eſt adita, propter expreſſam prohibitionẽ detractionis Falcidiæ à teſtatore factã, vt in §. Si verò expreſſim. in Auth. de hæred. & Falcidia. ita etiam & hoc in caſu, quo per legis prohibitionem Falcidia ceſſat.

Hoc poſtremum argumentum nullius eſt momenti, propter duas cauſas: Vna, quia non eſt ſatis exploratum, an in legatis piis ceſſet Falcidia, imò aliàs diſſerendo hac de re cõtrariam ſententiam veriorem eſſe, niſi fallor, demõſtraui. Altera, quod ex hoc argumento inferri nõ poteſt id, quod infertur, nempe generaliter hæreditate non adita, legata pia eſſe præſtanda; quia textus in d. §. Si verò expreſſim. loquitur de hærede *Parere nolente teſtatori*, prohibenti Falcidiæ detractionem, ac proinde dicit, *eum quidem recedere ab huiuſmodi inſtitutione, locum vero fieri ſubſtitutis, & cohæredibus, & fideicommiſſarijs, & legatarijs, & eis, qui ab inteſtato ſunt, & alijs, &c.* Quamobrem non licet inde argumentum ſumere generaliter, vt ſemper legata debeantur, licet ex teſtamento hæreditas adita non ſit: Id enim non ſolùm ad legata pia pertineret, ſed etiam ad alia omnia. Et ex eo vetus regula iuris tolleretur, quod Iuſtinianum in animo habuiſſe credibile non eſt.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt, quia libertas non debetur hæreditate non adita per ſcriptum hæredem, aut per eum, cui bona adiiciuntur fauore libertatum. l. 2. C. Si quis omiſſa cauſ. teſta. Gloſ. in l. Qui filia. § 1. ff. de hæred. inſtit. l. 4. ff. de fideicommiſſ. liber. l. vlt. C. de manu. teſta. libertas autem dicitur cauſa pia. l. 1. §. Sin autem. C. de commu. ſeruo manum.

Ego in hac quæſtione pro piis cauſis video pugnare cõmuniorem doctorum ſententiam, & rationem illam, quod ea fuerit voluntas teſtatoris, vt præſtentur legata: ſed tamẽ, ſi, vt ſoleo, liberã ſententiam meã adferre debeo, vereor ne iuri hæc ſententia ſit parum conſentanea. Nam non rectè iudicio meo Bartolus & alij probant, in teſtamentis ad pias cauſas ſublata eſſe iuris Ciuilis ſolennia, & ſolam rationem naturalem ſequendam, vel iuris gẽtium, ex eo, quòd ſancitum ſit, duos tantùm teſtes ſufficere in teſtamentis, quæ ad pias cauſas

facta sunt. Nō si in vno vel altero casu, fauore piæ causæ à iuris regulis recessum est, & quidem summa ratione, quia *in ore duorum, vel trium stet omne verbum*, ideo per omnia recedendum à iuris regulis. Paulus: *Quod vero contra iuris rationem receptum est, non est producendum ad consequentias.* l. Quod l verò. ff. de legib. Hæc non est bona consequentia; Ita lege Canonica constitutum est, vt legata pia debeantur ex testamento coram duobus condito: ergo generaliter sublatæ sunt in iis legatis omnes iuris Ciuilis regulæ. Non rectè quis ita ratiocinatur: quia non licet ex vno particulari generaliter aliquid statuere secundum bonas regulas argumentandi.

Sed, quod me maximè mouet, Summi Pontifices & Imperatores causis piis maxima cōtulerunt priuilegia, & singularia multa earum fauore contra iuris regulas constituerunt, nullum prorsus Canonem, nullam legem sanxerunt, ex qua in proposita quæstione iuris euertatur regula: *Si nemo ex testamento adierit hæreditatem, nihil valet, quod in eo scriptum est.* Non igitur videtur nobis permissum, vt nostris interpretationibus nouum priuilegium, nouam legem inducamus. Ita mihi videtur, saluo meliori iudicio.

CAPVT LXXXIII.

Possitne hæres legatum defuncto relictum repudiare in alterius præiudicium?

IN hac quæstione, possitne hæres legatum defuncto relictum repudiare in præiudiciū alterius puta creditoris, vel fideicommissarij, celebris est distinctio Bartoli ad l. Si mihi. 12. de leg. 1. *Quandoque hæres repudiat legatum ad incommodum alienum, nec cedit in commodum suum, & hoc non potest. l. Liberto. ff. de bonis liber. aut repudiat ad incommodum alienum & commodum suum, & tunc, aut alius, in cuius incommodum repudiat, illud habiturum erat ex dispositione defuncti, ex cuius persona repudiat, & non potest repudiare. l. Si fundum sub conditione. §. Si Titius. de leg. 1. aut alio modo cedit in suum incommodum, ad commodum tamen repudiātis, & potest repudiare l. Si mihi. 12. de leg. 1.*

Hanc distinctionem aliqui reprehenderūt, sed plurimi approbarunt, vt videre licet ex Couuar. ad c. Raynucius. § 1. 11. 12. 13. 14. de Testam. Ego ne longum faciam, paruo cum fructu in referendis omnium sententiis, paucis indicabo, vbi consistat difficultas. Illa cōsistit in trium legum vera interpretatione. Prima est l. Liberto. ff. de bonis libertor. Aphricanus: *Liberto octuaginta habenti fundus quadraginta legatus est, is die legati cedente decessit, extraneo hærede instituto. Respondit, posse patronum partem debitam vindicare. Nam videri defunctum mortis tempore ampliorem habuisse rem centum, cùm hæreditas eius propter computationem legati pluris venire possit, neque referre hæres institutus repudiet legatum liberto adiectum necne. Nam etsi de lege Falcidia quæratur: tale legatum, quamuis repudiatum, in quadrantem hæreditatis imputatur legatarijs.*

Ex hac lege probari videtur, hæredem non posse repudiare legatum in præiudicium alterius; quia etsi hæres liberti legatum liberto relictum repudiet, illud tamen inter bona liberti computatur, in fauorem patroni, vt ex bonis eius legitimam consequatur.

Altera lex est l. Si mihi. 12. de leg. 1 Pomponius: *Si mihi & tibi eadem res legata fuerit, deinde die legati cedente hæres tibi extitero: liberum mihi esse Labeo ait: ex meo legato, an ex eo, quod tibi hæres sim, acquiram legatum. Et si voluero eam rem ex meo legato ad me pertinere, vt tota mea sit: ex hæreditario legato petere eam me non posse.*

Ex hac lege probari videtur, legatum repudiari posse in præiudicium alterius, puta, si in specie huius legis onus adiectum fuisset defuncto legatario, aliquid dandi alteri, vel, si creditoribus eius satisfaciendum esset, nihilominus hæres legatum repudiare potest.

Tertia lex est l. Si fundum sub cōditione. §. Si Titius. de leg. 1. Iulianus: *Si Titius, cui Stichus legatus fuerat, antequam sciret ad se legatum pertinere, decesserit, & eundem Seio legauerit, & hæres Titij legatum non repudiauerit, Stichum Seius vindicabit.*

Ex hac lege colligi videtur, hæredem posse legatū repudiare, quasi sensus sit, si hæres Titij legatum repudiauerit, Stichum legatum à Seio vindicari non posse. Consequenter legatum ab hærede Titij repudiari posse in præiudicium Seij.

Breuiter omissis distinctionibus, opinor cōstituendam esse firmam conclusionem, quod hæres legatum defuncto relictum repudiare non possit in cuiusquam præiudicium; cuius interfit mortis tempore legatum in hæreditate eius contineri. Exemplum, Titio legantur centum a testatore, moritur testator: Moritur Titius legatarius legato non exacto, non tamen repudiato, hæres Titij non potest repudiare legatum eiusmodi, in præiudicium creditorum Titij, aut alterius cuiuscunque, cuius interfit legatum non repudiari, sed inter bona Titij defuncti mortis tempore annumerari. Ratio est euidentissima, quia Titio defuncto iam legatum adquisitum est: *Ea enim quæ leguntur, recta via ab eo, qui legauit, ad eum, cui legata sunt, transeunt.* l. a Titio. ff. de furtis. Et legatū acquiritur etiam ignorāti. l. Si partem. ff. quemad.

ff.quemad.ſer.amit.l.vlt. C.quādo dies legat. cedat. Conſequenter in eius hæreditate reperitur:& ideo non debet eſſe in poteſtate heredis, illud repudiare in præiudicium alterius, cuius intereſt legatum inter bona hæreditaria computari, argumento d.l.Si partem.ff.quemad.ſer.amit.in illis verbis: *Vt iam nec ius repudiandi legatum tibi poßit contingere, cùm ad te fundus non pertineat.* & d.l.Liberto.ff. de bonis libertor.

Poteſt.n.hæres defuncti legatarij omnem à ſe vtilitatem, & cōmodum legati abdicare, & ei, quantum ad ſuum præiudiciū, renunciare, ſed non poteſt renunciare, quantū ad præiudicium alterius. Cui rei conſentaneum eſt, quod vulgò receptum eſt, licere vnicuique ſecundum antiquam iuris regulam iuri ſuo renunciare.l.pen.C.de pactis, non tamen in præiudicium tertij, vt tradit ibi Gloſ.& Bart.n.3. verſ. *Secundo caſu, quando continet vtilitatem renunciantis & tertij.* Paulus Caſtr.circa finē. argumento l.1.2.3.ff.de liberal.cauſa.l.Si vnus. §.Ante omnia.ff.de pactis.

Nec difficile eſt reſpondere ad leges, quas retulimus, & quæ contrarium indicare vidētur. Nam quod attinet ad l. Si mihi. ideo ibi legatum repudiari poteſt, quia is, qui tanquā hæres alterius repudiat legatum, illud conſequi iure proprio poteſt, quæ libertas non poteſt ei impediri. Declaro: teſtator legauit mihi & tibi eandem rem, quo caſu cuilibet noſtrū ſolidum competit, licet per concurſum partes fiant. Hæres tibi extiti, liberum eſt mihi tanquam hæres tuus non petere legatum, ſed ſolidum illud conſequi ex perſona mea. Ergo nō poteſt tertius quiſpiam hoc mihi ius meum auferre, & libertatem hanc tollere, ac impedire: ſolidum reliquit mihi teſtator, illud peto. Nullus adeſt, qui per concurſum partem mihi faciat, niſi ego mihi ipſi tanquam hæres tuus, partes mihi faciam; at ego nec volo tanquam hæres cōcurrere, nec mihi partem facere. Nulla me ratio cogit, nulla æquitas hoc poſtulat, vt mihi ius minuam meum. Vt neminem repudiando lædam, iuſtum eſt, ſed non debet eſſe hoc cum detrimento meo coniunctum. Repudio, vt mihi principaliter cōſulam, ſi per conſequentiam nonnihil aliis noceam, nihil mihi imputandum eſt: quia iure meo vtor, argum.l.Proculus ff.de damno inf.l.Fluminum. §.vlt.ff.eod.l.1 §. Denique in 1.ff. de aqua plu. arcen.l.Si in meo.ff.eod.tit.

Quod verò attinet ad textum in l. Si fundū ſub cōditione. §. Si Titius.ff.de leg.1. ideo concluſionem noſtram nō offendit, quoniam non negat hærede repudiante legatum deberi, ſcilicet quantum ad hoc, vt rem legatam hæres redimat, vel rei æſtimationem præſtet: ſed negat Stichum vindicari poſſe. Nam ſi nō ſit penes hæredem, ſed alios, procul dubio legatarius illum vindicare non poteſt: Stichi.n. legati dominium eſſe non poteſt apud hæredem inuitum. Nec enim dubium eſt, quin ſi velit, poſſit ſingulares aliquas res hæreditarias abiicere & repudiare, & non acquirere: ſed non poteſt ea res aliis præiudicium inferre, ideo hæres cogitur illa omnia, quæ tempore mortis defuncti in hęreditate eius ſunt, cōputare inter bona hæreditaria, quoties ita fieri alterius intereſt: ſed non cogitur retinere res, & ſibi ſoli eas repudiando inferre pręiudicium poteſt, dummodo onera ſubeat hæreditaria.

CAPVT LXXXIV.

De donatione inofficioſa parentum quatenus reuocetur à filijs.

SI parentes inofficioſis donationibus ſuas facultates exhauſerint, dubiū non eſt, quin filiis eas reuocandi querela inſtituta ad inſtar inofficioſi teſtamenti facultas cōcedatur. Sed controuerſia eſt, an in totum reuocentur, an verò vſque ad legitimam portionem filiis debitam duntaxat. Etenim vſque ad legitimam duntaxat eam reuocari docuit olim Azo. Hugolinus autem dixit, ſi donatio inofficioſa ſit re & conſilio, & in extraneum collata, tunc in totum reuocari: ſi verò re tantùm, reuocari vſque ad legitimam tantùm. Cæterùm ſi in filiū collata ſit, tunc licet re & conſilio inofficioſa ſit, non reuocari tamen, niſi vſque ad legitimā. Hanc poſteriorem ſententiam videntur doctores magis communiter ſecuti, eo in caſu quo filio nihil relictum eſt, licet Azonis ſententiæ ſui non defuerint patroni, vt videre licet ex Tiraquello, qui copioſè authores citat, & nihil vt illi ſolenne eſt, definit, ad l.Si vnquam.C.de reuocandis donatio. in verbo *Totum.* nu.4.5.ex Claro, in §.Donatio.q.24.Diſſerūntque interpretes hac de re in l. Titia 89. §. Imperator.de leg.2. & in l.1.C.de inoff. donationibus.

Qui dixerunt in totum aliquando donationem inofficioſam reuocari ſecundùm diſtinctionem Hugolini, adducti in eam ſententiā fuerunt ex l.Si libertus. §.vlt. ff.de iure patronatus. vbi dicitur alienationem à liberto factā in fraudem patroni in totum reuocari. Vlpianus: *Si quis plures res ſimul alienando, minorem ſe centenario fecerit: quarum vna reuocata, vel omnium partibus, maior centenario efficitur: vtrum reuocamus omnes, an pro rata ex ſingulis, vt centenarium eum faciamus? Magiſque eſt vt omnium rerum alienatio facta nullius momenti ſit.* Si ergo in fauorem patroni ita conſtitutum eſt, multò magis idem cōſtituendum eſt in fauorem liberorum, neq;

enim minus iuris liberi habent in bonis parentum, quàm patronus in bonis liberti.

Secundo ex d. l. Titia 89. §. Imperator. de leg. 2. cuius verba hæc sunt: *Imperator Alexander Augustus, Claudio Iuliano præfecto urbi. Si liquet tibi Iuliane charissime auiam interueriendæ inofficiosi querelæ patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinaniuisse, ratio deposcit, id quod donatum est, pro dimidia parte reuocari.* Dimidiam partem intelligunt esse totam eam partem bonorum, quæ nepoti reuocanti donationem competit: quia etiã duo nepotes auiæ, & sic in totum donatio reuocatur, non autem pro legitima tantum portione.

Qui verò Azonis sententiam amplexi sunt, fundamentum posuerunt in eo, quod nulla extet lex, constituens donationem inofficiosam in totum reuocari, sed omnes leges dicũt eam reuocari vsque ad legitimam portionem. l. Si totas. C. de inoff. donat. ibi: *Vt filij vel nepotes, &c. debitum bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium tuum reuertetur.* l. si mater. ibi: *Quod immoderatè gestum est, reuocabitur.* l. Si liquerit. ibi: *Quod donatum est pro ratione quarta ad instar inofficiosi testamenti conuicto diminuetur.* C. eodem tit. Nulla est lex, quæ distinctionem adhibeat inter donationem filio collatam vel extraneo, imò nullam esse differentiam inter donationem filio collatam, vel extraneo, clarè indicat textus in l. 1. C. eod. tit. in illis verbis: *Factis donationibus, siue in quosdam liberos, siue in extraneos exhausit, &c.*

Quod sane fundamentum adeò infirmum mihi videtur, vt nõ verear hanc posteriorem sententiam amplecti, & tanquam legibus magis consentaneam asseuerare, ac tueri. Præclare igitur Cuiacius ad tit. de inoff. donatio. *Exemplo querelæ inofficiosi testamenti comparata est querela inofficiosæ donationis sed hoc interest, quod querela inofficiosi testamenti totum testamentum rescindit, siue extranei, siue alij liberi instituti sint, querela inofficiosæ donationis id tantùm rescindit & reuocat, quo minuitur portio debita liberis, quia quo liberaliores sunt morientes, quàm viuentes, eò sunt etiam minora horum, quàm illorum iudicia, & liberalitates coercenda. Argumentum huius rei est lex Caninia.*

Ad primum argumentum respondet Aretinus in cons. 47. & rectè, nihil ad hanc rem pertinere id, quod dicitur in l. Si libertus. ff. de iure patronatus. quia loquitur de alienatione in fraudem legis facta à liberto, vt scilic. minor esset centenario, ad patronum excludendum à debita portione. Id patet ex verbis superioribus: *Quoties in fraudem legis fit alienatio, non valet quod factum est. In fraudem autem fit, cùm quis se minorem centenario facit, ad hoc vt legis præceptum euertat.*

Hoc nihil habet commune cum quæstione nostra, quia non hic aliquid fit in fraudem legis; sed in fraudem filiorum. Libertus dicitur in fraudẽ legis facere, quoties alienat aliquid, vt videatur non habere centum in bonis, quo casu nihil debetur patrono, & lex eluditur, quæ patronis defert in bonis libertorum portionem, qui maiores centenariis sunt, vt in Instit. de success. libert. quod si in fraudem patroni, & non legis fiat alienatio, non reuocatur, nisi quoad legitimam patrono debitam, vt dicitur in d. l. Si libertus.

Ad textum autem in l. Titia. §. Imperator. respondeo, dimidiam, de qua textus loquitur, nõ esse totius hæreditatis auiæ, sed dimidiam quartæ partis debitæ nepoti. Ita etiam loquitur textus in l. Si mater. C. de inoff. donat. ibi: *Vt quarta partis dimidiam, &c.* Quæ interpretatio verissima est, & omnino necessaria, & est Iacobi Cuiacij lib. 5. obseruat. cap. 14.

CAPVT LXXXV.

Possintne liberi alienata à parentib. titulo oneroso vsque ad legitimam reuocare?

CVm exploratum sit inofficiosas donationes à parentibus factas rescindi posse, vt dictum est in præcedenti capite, controuertitur verum & eodem modo venditiones, & ceteræ alienationes, quæ titulo oneroso fiunt, reuocari possint, vsque ad legitimã portionem filiis debitam, & quidem Bartolus in l. Non vsque adeò. ff. si à patrẽ quis fuerit manu. reuocari posse scribit ad similitudinem donationum, sed contrarium scribit in l. Hæreditariũ. ff. de bonis auth. iud. possid. & hanc posteriorem sententiam allatis authoritatibus magis communem esse dicit Clarus in §. Donatio. quæst. 24. circa finem. Cæterùm Couuarr. distinguit quatuor casus in c. Rainucius. §. 10. n. 9. de testam.

Ego in hac sententia sum, vt si alienatio titulo oneroso fiat à parentib. absque fraude & dolo, hoc est, non eo animo, vt filiis legitimã auferant portionem, valeat, primò, quia parentes dum viuunt, domini sunt rerum suarum: *Iniquum est autem ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem.* l. Non vsque adeò. ff. si a parente quis fuerit manumiss. Secundò, quia æs alienum ante legitimam deducendum est. l. Papinianus. §. Quarta. ff. de inoff. testam. ex quo apparet potiorem esse causam creditorum, quæ sine dubio originem habet ex titulo oneroso quàm legitimæ. Tertiò, quia nulla est lex, quæ venditiones huiusmodi & alienationes rescindat.

Cæterùm, si alienatio in fraudem legitimæ filiis

filiis debitæ fiat, non dubito quin reuocetur ad similitudinem eius alienationis, quæ fit in fraudem legitimæ filio arrogato debitæ, ex constitutione Pij Antonini. l. vlt. ff. si quid in fraud. patroni. Et eius quę fit in fraudem legitimæ patrono debitæ à liberto, vt patet ex toto illo titul. Si quid in fraud. patr. Nec enim minoribus est digna fauoribus legitima filiis debita, quàm patronis & filiis arrogatis.

Ad rem istam non pertinet l. Papinianus. §. Quarta. ff. de inoff. testam. quia non loquitur de libertatibus inter viuos datis, sed in testamento, ac proinde dicit filio, quia non est in potestate patris hæredi instituto, omissa hæreditate, querelam dari contra substitutum.

CAPVT LXXXVI.

Testamentum factum apud acta iudicis an testes requirat?

QVatuor sunt doctorum opiniones hac de re. Prima est Angeli & Richardi Malumbræ in l. Omnium. C. de testam. septem testes requiri, quia de maximo præiudicio agitur. Secunda est Salyceti, ibidem tres requiri, argumento l. Sancimus. C. de Testā. ibi: *Et hoc per testes idoneos non minus tres, &c.* Tertia est Bartoli, Baldi, Alexandri eodem in loco duos testes requiri, quia acta notarij debent testes habere. §. Oportet. in Auth. de testib. Et ideo duo saltem testes requirātur. Postrema est opinio Fulgosij, Pauli Castrēsis & Iasonis, nullos testes requiri, & hæc mihi verissima videtur, & probari videtur ex l. Omnium. C. de Testam. ibi: *Sicut ergo securus erit, qui actis cuiuscunque iudicis, aut municipum, aut auribus priuatorum mentis suæ postremum publicauit iudicium, &c.* Si ergo est securus, qui vltimā suam voluntatē actis publicauit sicut is, qui auribus priuatorum, ergo testes non requirūtur in testamentis apud acta conditis & insinuatis, sed perinde valent, ac si coram septem priuatis testibus publicata essent.

Et ideo textus in l. Sancimus. C. eod. tit. æquiparat hæc duo, coram tribus testibus testamentum fieri, vel inter acta manifestari.

His accedat quod dicit rex *In donationibus, quæ actis insinuantur, non esse necessarium vicinos vel alios testes adhiberi.* l. In donationib. C. de donat. Cur ergo adhiberentur in testamentis. At dicebat Angelus esse maioris præiudicij, respondeo, vt maximè id verum sit nō tamen testes necessarios fore: quia illos nunquam Imperator requirit, quoties apud acta fit & publicatur testamētum: & ratio est, quia iudicis authoritas supplet testium numerum, & tollit omnem falsitatis suspicionem. Cæteræ opiniones nullum habent solidum fundamentum.

CAPVT LXXXVII.

Vtrum donatio inter viuos omnium bonorum præsentium, & futurorum valeat?

DOnationem inter viuos omniū bonorum præsentium, & futurorum nō valere, primus omnium Bartolus nos docuit in l. Stipulatio hoc modo concepta. ff. de verb. obl. cuius sententia frequentissimis doctorum suffragiis recepta est. Vide Cagnolū ad l. vlt. C. de pact. n. 237. Couuar. in rub. de Testam. in 2. parte. n. 4. Clarum, in §. Donatio. quæst. 19.

Sed quoniam Baldus, Salycetus, Angelus, & multi alij, ac præsertim Alciatus ad l. vlt. n. 74. C. de pactis. contrarium docuerunt, breuiter confirmata priori sententia, quæ mihi æquior videtur, posterioris argumenta confutanda sunt.

Fundamentum igitur communioris, &, vt mihi videtur, æquioris sententiæ positum est in eo, quod ea donatio sit cōtra bonos mores. Primum, quia liberam impedit testamenti factionem. Nam nihil donator habet, de quo possit in testamento disponere. Præclarè enim Vlpianus in fragmentis apud Cuiacium titul. 20. *Filiusfamilias non potest facere testamentū, quia nihil suum habet, vt de eo testari possit.* Secundò, quia contra bonos mores & humanitatem est aliquē in eum statum ponere, vt nihil prorsus habeat, vel habiturus sit, atq. adeò infeliciter viuere debeat.

Addo ego aliud absurdum, quod ex eo sequeretur, nempe donationem istam idem effectu continere, quod testamentum, & hæredis institutio. Nam quid amplius hæres habet quàm is, cui donata sunt omnia bona, præsentia, & futura? Testamentorum autem multa sunt solennia iure constituta, vt fraudes euitentur eam ob causam, quòd agatur res maximi momenti: At certè eiusdem planè momenti est ea donatio, qua de agitur, ac proinde eisdem obnoxia periculis & dolis: Quare eadem & ea solennia postularet, quæ testamentis adhibentur, qua tamen de re nulla extat lex, nulla constitutio vt planè appareat donationem huiusmodi iure cognitam ac receptam non esse, ac proinde inciuilem & alienam ab omni æquitate & iure.

Sed argumenta contrariæ opinionis dissoluenda sunt. Primum est, quia donās in eo statu nō est, vt nihil acquirere possit, imò potest acquirere, puta si ei aliquid donetur ea lege, ne donatario adquiratur, vel si donatarius futurorum acquisitionis incapax efficiatur, &c. Respondeo, hæc planè incerta esse &

dubia, illud autem certum, quod donator inspecto præsenti statu nihil habeat, & nihil sibi acquirere regulariter possit. Quod donatarius futurus sit incapax, præsumendum nō videtur, multò minus, quod sit futurū, vt donatori aliquid sub ea conditione donetur, relinquatúrve. Considerato igitur præsenti statu donator nihil habet, nihil se habiturum sperare potest: quod sanè cum in maximam, & intolerabilem miseriam constituit, ac proinde non videtur bonis moribus conuenire.

Secundum argumentum est, quia donator instituere poterit seruum, qui erit illi hæres necessarius. Sed vnde seruum sibi retinere poterit, qui omnia bona præsentia & futura donauerit? Nec ad rem pertinet, quod dicitur donatorem in quantum facere potest, teneri. l. Inter. §. Is quoque. ff. de re iud. Quia illud pertinet ad eam speciem, qua donata sunt aliqua bona, vt non exigantur in solidum, sed ratio habeatur eius, quod donator facere possit, vt non egeat, quæ interpretatio ideo locum habere non potest in ea specie, qua donantur omnia bona præsentia & futura, quia repugnātia implicaret: Neque enim ista simul cohærere possunt, vt donator omnia bona præsentia & futura, nihil sibi reseruando, in alium transferat, & vt ipse maneat aliquarum rerum dominus.

Tertium argumentum, quia hæreditas iuris intellectum absque vlla re hæreditaria habet. l. Hæreditas. ff. de petit. hæred. Respondeo, nihil ad rem pertinere, quia hoc dicit textus hæreditatem intelligi sine vllo corpore, quia est nomen iuris: sed tamen præsupponitur aliquid iuris esse in ea, alioqui si nihil esset, non diceretur hæreditas.

Quartum argumentum est, quia is, qui soluendo non est, potest hæredē instituere. l. qui soluendo. ff. de hæred. insti. Respondeo, id cōcedo, potest enim quis aliquando hæreditatē adire, quæ plus damni afferat quàm lucri, & damnū ex ea sentire, si inuentarium non confecerit: sed quis erit tam impos mētis, qui hæres eius esse velit, qui alteri donauit omnia bona præsentia & futura? Nemo certè erit qui id sciens adire velit eius hæreditatem, ac proinde non facilè continget donatorem tam profusum vllum hæredem habere.

Postremum argumentum est, quia quantum ad futura bona donatoris, dominium translatum non est in donatarium. Illud enim transfertur traditione. l. Traditionibus. C. de pact. Donator autē tradere non potest ea. quæ nondum hab t. Ergo respectu bonorum futurorum dominium ipsi acquiretur donatori? ac proinde testamentum facere, ac de is poterit disponere. Respondeo, donatarium licet dominium ante traditionem nactus non sit, actionem tamen acquisiuisse, per quem donatorem ad bonorum traditionem compellere possit: quod ius etiam illi competet aduersus successores eius, si fortè donator testamento condito in alios bona transferat, & ita res ad eundem lapidem reuoluetur, vt nullum hæredem effectu donator habiturus sit, nullam realem testādi facultatem, sed imaginariam tantùm & verbalem, cuius nulla sit habenda ratio.

CAPVT LXXXVIII.

An donatio omnium bonorum præsentium & futurorum iuramento confirmetur?

CÆterùm, si iuramētum donationi omniū bonorum præsentium & futurorum accesserit, tunc alio iure vtimur, aliis regulis illa subiicitur, alia nobis spectanda sunt. Religio scilicet ipsa statuēda est, ne Deus offendatur, ne periuriis aditus pandatur. Vt quod in alterius præiudicium non vergit, nec tendit in dispendium salutis æternæ, iuris ciuilis regulis posthabitis, iuramento cōfirmatum seruetur, & suū obtineat vigorem. c. Cùm contingat. de iureiu. c. Quamuis. de pactis. lib. 6. Et proinde eorum sententiam magis probo, qui donationem isto in casu valere dixerunt, qui nec pauci sunt, nec classis infimæ. Panorm. consil. 18. lib. 1. Corneus cons. 252. lib. 3. Decius consil. 655. & in l. Pactum quod dotali. C. de pactis. Cæpola consil. ciuili 8. Crauetta in consil. 139. Socin. iunior. cons. 65 num. 49. & 143. num. 36. lib. 1. Couuar. ad rub. de testam. in 2. parte. numer. 5.

Contrariam sententiam plurimi secuti sunt apud Clarum, § Donatio. quæst. 20. & apud Couuar. loco proxime citato. n. 4. eo argumēto, quod donatio ista sit cōtra bonos mores, & consequenter iuramentum obligatorium non sit. c. Non est obligatorium. de reg. iur. li. 6. Respondet optime Couuar. non esse contra bonos mores, quasi repugnet iuri naturali, vel contineat aliquod crimen aut peccatum etiā veniale. Quod enim quis sibi præripiat donādo testandi facultatem libera, iuri diuino non repugnat, & ideo seruari potest hoc in casu iuramentum sine dispendio salutis æternæ. Cōtra bonos mores dicitur inspecto iure ciuili, ac regulis eius, & iis, quæ ad politicam administrationem spectant, quibus Dei numen, religionem, vim & authoritatem iuramenti præferendam esse sæpenumero sacris canonibus docemur.

CAPVT LXXXIX.

Donatio omnium bonorum præsentium & futuro-

futurorum reseruato vsufructu an valeat?

Controuertitur præterea an donatio omnium bonorum præsentium & futurorũ, reseruato vsufructu ipsi donatori, valeat. Etenim negant valere Paulus Castr. in l. vl. n. 20. C. de pactis. & in cons. 65. n. 8. libr. 2. Decius in d. l. vlt. n. 52. Curtius iunior n. 58. Purpuratus n. 252. Idem Decius in cons. 30. n. 3. & cõs. 251. n. 3. Corneus cons. 176. lib. 2. Cagnol. in d. l. vlt. nu. 240. Fundamentum est, quia nihil donator habet, de quo testetur: & consequenter donatio est contra bonos mores, veluti auferens testãdi potestatem. Nec obstat reseruatio vsusfructus, quia de fructibus non poterit donator testari: quos post donationem acquisiuit, vel tempore donationis habuit, sed ad donatariũ pertinebunt: Continet enim donatio bona omnia præsentia & futura, ergo continet etiam fructus postea quæsitos donatori, & multo magis eos, quos habuit donationis factę tempore: nec enim fructus præcisè sunt reseruati, sed vsusfructus tantùm, qui morte finitur. At contrarium docuerunt Alex. in l. Stipulatio hoc modo concepta. num. 18. ff. de verb. oblig. & ibi Iason, col. 7. Aretinus consil. 54. Iacopinus & Alciatus ad l. vlt. C. de pactis. Couuar. lib. 3. variar. resol. cap. 11. non procul ab initio. Clarus, §. Donatio. quæst. 19. ad fin. Alciat. in l. vlt. n. 8. C. de pact.

Et hæc posterior sententia mihi maximè probatur. Vtitur autem Couuar. ad eam confirmandam quibusdam argumentis, quę mihi non admodum vrgere videntur. Primum est: *Nam res ipsa consentiente donatario alienata,* inquit, *deinde redempta in bonorum futurorum donationem non reuertitur, sicuti deducitur ex l. vlt. C. de remiss. pig. quo in loco probatur, rem ab initio hypotheca obligatam & subiectam semel, tamen consentiente creditore alienatam minimè in eandem hypothecam redire, etiamsi debitori iterum acquisita fuerit: quamuis hypotheca bona præsentia & futura complectatur. Sic & fructus semel a donatore excepti, ne in donationem, vt compertum est ex eius mente, veniant, licet ab eo postmodum acquirantur, donatario minimè obueniunt, nec ad eum pertinebunt.*

Alterum argumentum est ex l. pen. §. vlt. ff. de pignor. vbi Iurisconsultus scribit, pecuniã à debitore mutuò acceptam ab alio, quàm creditore in hypothecam bonorum præsentium & futurorum venire, cùm ipse debitor prius quam pecuniam mutuò acceperit, pignori obligauit, quicquid in bonis haberet, habiturúsve esset, quasi secus sit in pecunia mutuò accepta per debitorem ab ipsomet creditore, cui ob eam causam hypotheca constituitur. Sic igitur licet donatio futurorum bonorum contineat fructus percipiendos per ipsum donatorem ex alia causa, non tamen continebit fructus percipiendos, ex causa reseruationis factæ in ipsa donatione.

Non sunt, inquam, hæc argumenta satis firma: quoniam ad primum responderi potest, creditorem ius hypothecæ amittere in ea re, quam eo cõsentiẽte debitor alienauit: & ideo absque nouo consensu illa semel extincta reuiuiscere non potest: eadem ratio atque idem ius in fructibus, si illi probarentur à donatore excepti. Sed quod excepti fuerint, probandum est, non præsupponendum, quoniam illud est, de quo disputatur. Negant enim contrariæ sententiæ Authores fructus reseruatos esse, quibus adstipulatur, quod aliud sit vsusfructus reseruatus, aliud fructus postea percepti: Nam vsusfructus est ius vtendi & fruendi, & illud reseruatum est. Fructus autem sunt res acquisitæ ex hoc iure vtendi & fruendi, quæ videntur in donationem venire.

Quod verò attinet ad alterum argumentum, negari posset similem esse casum, qui adfertur de pecunia mutuata ab ipso creditore: quia si pecunia esset obligata creditori, qui eam accepit, expendere, distrahere, ac vti tanquam sua, secundùm intentionem contrahentium mutuum: atque adeò non liceret ei præiudicare hypothecæ creditoris, quam haberet in pecunia, eam consumendo, quod est contra naturam mutui, at hoc in casu donatori liceret vti frui rebus donatis, iuxta reseruationem sibi factam, licet de fructibus perceptis testari non posset.

Existimo ego firmius esse hoc argumentum pro confirmatione posterioris sententiæ. quia videlicet, dum donator sibi vsumfructum reseruat, videtur sibi in consequentiam reseruare ius, quod competit vsufructuario. Est enim annexum, nec intelligi potest aliquem vsumfructum habere, nisi sit vsufructuarius. Sed vsufructuarius facit fructus suos. l. Qui scit. ver. Præterea cùm. ff. de vsur. ac proinde eos transmittit ad hæredes suos. l. Defuncta. ff. de vsufructu, &c. Ergo & iste donator reseruasse sibi intelligitur hoc ius faciendi fructus suos, & sibi acquirendi, ac transmittendi ad suos hæredes. Hoc enim ius, vt dictũ est, vsufructuario competit. Ex quo efficitur fructus percipiendos donatorem sibi reseruasse, licet non expressè, tacitè tamen, & in consequentiam vsusfructus reseruati: quo ita posito, contrariæ sententiæ fundamentum corruit, eo enim argumento nitebatur, quod fructus reseruati non dicerentur.

CAPVT XC.

Donatio omnium bonorum præsentium & fu-

turorum, aliquo reseruato, de quo donator in vita disponere valeat, an de iure subsistat?

Donationem omnium bonorum præsentium & futurorum, reseruato aliquo, de quo donator in vita disponere valeat, non valere responderunt Bartolus in consi.76. Decius in cons. 251. Socin. cons. 126. nu. 8. lib. 3. D. meus Cephalus in cons. 4 . n. 15. li. 1. Cagnolus alios citans ad l. vlt. n. 245. C. de pactis. Fundamentum est, quia donatori tollitur libera testandi facultas: Nec obstat reseruatio facta, quia intelligitur hoc operari, vt donator de eo valeat disponere in vita sua, scilicet, vt ex eo se alere possit, & ne egeat, non autem, vt testari possit, quia testamentum non est actus inter viuos, sed vltima dicitur voluntas, & morientis potius actus videtur, quam viuētis, habita ratione temporis, in quod testamentum confertur. Illud enim confertur post mortem testatoris.

Contrarium responderunt Iason in cons. 130. lib. 4. Alciatus ad l. vlt. non procul a fine. C. de pactis. Couuar. lib. 3. variar. resol. cap. 12. n. 3. post vers. Quibus accedit. Fundamentum est, quia testamentum dici potest dispositio inter viuos. Fit enim ab eo, qui viuit, atque adeò in vita, non autem post mortem: Et ideò is, qui sibi reseruat facultatem in vita disponendi, videtur sibi reseruasse testandi facultatem. Quod si aliter de bonis reseruatis disponat, & ea viuens consumat, non propterea dici potest, non habuisse potestatem testandi, sed sibi imputare debet, quòd bona voluerit aliter consumere.

Ego puto adhibendam esse aliquam distinctionem circa hanc reseruationem. Nam bona reseruata, fieri potest, vt sint valdè exigua, & ideo vix sufficiant ad alimenta donatoris. Hoc in casu, puto verā esse Bartoli sententiā, quia tunc intentio reseruantis præsumitur esse, vt bonis reseruatis vti possit, & de eis disponere pro suis necessitatibus, non autem, vt de eis testetur. Quod si bona reseruata non sint exigua, sed preciosa & tanta, quæ longè excedant donatoris necessitates & alimenta, tunc existimo ita reseruationem interpretandam esse, vt de bonis reseruatis donator possit etiā testādo disponere. Neque enim ita st. ictè accipienda sunt illa verba: *Vt possit in vita disponere*, quasi denotent dispositionem inter viuos tantum: sed latius accipiēda sunt, vt hunc sensum habeant, quod donator velit sibi ius saluum esse, dum viuet, pro libitu suę voluntatis de eis disponere, scilicet contrahendo, donando, testando, vti maximè voluerit, tanquā rei suæ moderator, & arbiter. l. In re mandata. C. mand. Hoc igitur in casu, quia testandi facultatem donatio non adimit, meritò valebit, & iuris regulis consentanea est interpretatio in obscuris, per quam actus potius valeat quam pereat. l. Quoties. ff. de reb. dub. l. Quoties. ff. de verb. oblig.

CAPVT XCI.

Quod si donans omnia bona præsentia & futura reseruet sibi aliquid, de quo disponere possit in certum genus personarum, vel in certam causam, puta, vt possit disponere, siue testari pro anima: an valeat donatio?

Reseruationem à donatore factam, aliquorum bonorum, testandi gratia, liberam esse oportere, & non restrictam: & ideo si dicatur, vt possit pro anima de bonis reseruatis donator testari, ac disponere, non valere donationem omnium bonorum præsentium & futurorum, ea reseruatione non obstante responderunt Ripa lib. 3. Responsorum, cap. 14. nu. 4 lib. 3. Cagnolus ad l. vlt. nu. 244. C. de pactis. vbi alios citat.

Fundamentum est, quia licet ius testandi reseruatum sit à donatore, restricta tamen eius libertas est, vt testetur, scilicet in eam causam, quam reseruatio continet, ideo videtur esse contra bonos mores. argum. l. Stipulatio hoc modo concepta. ff. de verb. oblig. Contrarium docuit Alciatus in d. l. vlt. col. vlt. C. de pactis. Couuar. variar. resol. libr. 3. cap. 12. nu. 3. vers. Quibus accedit.

Et hæc sententia mihi verissima videtur, quia per eam reseruationem non minuitur testandi libertas. Etenim donator, qui centum aureos, verbi gratia, sibi reseruauit, vt pro anima disponeret, non cogitur præcisè de eis pro anima testari, sed si velit, poterit testari. Est enim ab eo facta reseruatio in sui fauorem, vt si velit, possit disponere pro anima, non vt cogatur. imò, si donator pro anima, de rebus reseruatis testatus esset, procul dubio testamentum mutare, & reuocare posset. Quare contrariæ sententiæ fundamentum corruit, & nullus hac de re dubitandi locus relinquitur.

CAPVT XCII.

Quid si donans omnia bona præsentia & futura reseruet sibi aliquid, de quo possit in vita, vel in morte disponere, an valeat donatio?

Respondit de hac facti specie Decius in cons. 251. negauitque valere donationem: quia talis reseruatio non videtur præcisè reseruare testandi facultatem donatori, ex quo habet potestatem disponendi de bonis reseruatis in vita, & consequenter disponendo de illis in vita non retineret testandi facultatem. Sequitur eandem sententiam Curtius iunior in consil. 25. & in consil. 120.

S. d con-

Sed contrarium respondit Crauetta in col. 222. n. 10. Alciatus ad l. vlt. col. vlt. C. de pactis. Couuar. variar. resol. lib. 3. c. 12. n. 3. vers. Quibus accedit Cagnolus in d. l. vlt. n. 248. vbi tamen cogitandum esse dicit, propter magnam Decij authoritatem.

Mihi videtur res satis perspicua; donationē in proposita specie valere, nec tollere facultatem testandi. Imò expressè reseruare: quia donator liberum sibi arbitrium reseruat de certis bonis disponendi, vel in vita, vel in morte, hoc est, vel testando de illis, vel aliter disponendo, prout ipse maluerit: Ergo testari poterit, si voluerit. Nec quicquam mouet illud quod dicebat Decius, si donator in vita disponeret, eum amissurum: siue non retenturum testandi facultatem: quia sufficit, eum habere testandi facultatem, si nolit testari, sed malit inter viuos alienare, dilapidare, vel distrahere, sibi imputet. Eodem enim modo nullus est rerum suarum dominus, qui hoc modo non sibi auferret testandi facultatē, si videlicet bona sua inter viuos distraheret, alienaret, absumeret. Verius est igitur donatorem post donationem factā sibi adimere testandi facultatem, aut ea nolle vti, quam habet: non donatione facta prorsus ablatam esse, quia donatio illam reseruauerat.

CAPVT XCIII.

Donatio facta omnium bonorum præsentium & futurorum, an contineat vestes, supellectilem & alia quæ verisimile non est quenquam specialiter donaturum esse?

QVod conclusum est à nobis suprà cap. 88. donationem omnium bonorum præsentium & futurorum non valere, quia facultatē testandi adimit donanti, ita accipiendum est, vt locum habeat, quoties manifestum est donatorem bona omnia voluisse donatione cōprehendi quæcunq; habuit, nulla re excepta. Cæterū si non ita manifesta sit donatoris voluntas, existimo æquitati & iuri magnoperè consentaneum esse doctorum interpretationem, qui dixerunt, donationem non comprehendere supellectilia, vestes, & id genus alia, quæ nemo verisimiliter donaret, ac proinde, si tam pretiosa sint, vt de eis testari donator, & hæredem in eis habere probabiliter possit, donationem ipsam valere. Ita Mathesilanus singulari 136. Nota vnum. Socin. senior ad l. Si is, qui ducenta §. Vtrum. ff. de reb. dubiis, & alij quos refert & sequitur Cagnolus ad l. vlt. C. de pactis. n. 253. cum sequentibus, quamuis Decius eo in loco dissentiat. nu. 33. quem sequi videtur Alciatus ibidem, n. 80.

Fundamentum est, quoniam hæc interpretatio adhibetur in generali bonorū obligatione, multò igitur æquius erit, vt in donatione quæ maioris est præiudicij adhibeatur. Vlpianus: *Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturúsve sit, non continebuntur, quæ verisimile non est quenquam obligaturum fuisse, vt puta supellex, item vestis, &c.* l. Obligatione. ff. de pignorib.

Fundamentum Decij est, quia text. Vlpiani loquatur de generali obligatione: nos autem de vniuersali, *Omnia bona &c.* Qui omne dicit, nihil excludit. l. Iulianus. de leg. 3.

Respondet latè & doctè Cagnolus, verborum generalitati & significationi mentem loquentis præferendam esse. Verbis ex vniuersalibus excipiendum esse casum hunc ex mente ex æquitate & Ciuili quadam interpretatione, quia licet oratio omnia comprehendat, militat semper illa ratio æquitatis, vt excipiātur ea, quæ verisimile non est quenquam specialiter donaturum fuisse: æquissima sanè mihi videtur interpretatio: quanquam summo iure inspecto Decij & Alciati sententia iuri sit magis consentanea.

CAPVT XCIV.

Vtrum donatio hæreditatis valeat?

DOnationem hæreditatis valere non pauci, nec obscuri nominis responderūt Crauetta in cons. 139. n. 6. Alciatus in l. vlt. n. 81. C. de pactis. & ibidem Iason, Decius & Purpuratus, n. 245. Fundamentum est: quia verbum hæreditatis accipitur impropriè: vt actus valeat, scilicet vt significet bona præsentia donatoris, sicut accipitur in l. Quæsitū. §. Si quis mihi seruus. de leg. 1. & ibi Glo. in verbo, *hæreditatis*. Sed valde infirmum mihi hoc fundamentum videtur, quia, vt aliâs sæpe dixi, non est bona consequentia, si quis ita ratiocinetur. Illud verbum aliquo in loquo accipitur in hoc sensu: ergo & hoc in casu in eodem sensu accipiendum est.

Contrariā sententiam, quæ mihi verissima videtur, habuerunt Bartolus in l. vlt. C. de pactis, & alij magis communiter doctores, teste Cagnolo ibid. n. 276. Clarus §. Donatio. q. 19. vers. Sed quæro, vbi alios citat. Fundamentū est solidum in lege, & in iuris ratione. Quod attinet ad legem, est textus in l. Hæreditas. C. de pactis conuentis: & in l. Pactum quod dotali. C. de pact. l. Ex eo. C. de inut. stip. Nam, si hæreditas pacto donari nō potest, ergo nec donatione: quia donatio fit per pactum, vel per stipulationē: Ex quo illud etiā apparet non posse hoc in casu idem importare verbū *hæreditatis*, quod verbum, *bonorum*. quia si liceret ita verbum illud accipere, pactū, quo hæreditas datur, valeret, & hæreditas intelligeretur pro

bonis præsentibus ipsius paciscentis. Et tamē lex pactum negat valere: ergo non ita nobis licet verba clara in alium sensum detorquere absque vlla legis authoritate.

Iuris autem ratione probatur hæc sententia: quia hæreditas est successio in vniuersum ius, quod defunctus habet tempore mortis. l. Nihil aliud. de verb. sig. Ergo is, qui donat hæreditatem suam, donat omnia bona & iura sua, præsentia & futura, scilicet quicquid tempore mortis habebit: Consequenter contra bonos mores est talis donatio, & ideo nō valet, quia aufert testandi facultatem, non secus ac donatio ipsa omnium bonorum præsentium & futurorum, vt suprà disputatum est.

Huc accedat a iuris ratione alienum esse, vt iura testamentorum & coniunctorum inter viuos confundantur. Nam hæreditas testamento datur, idque multis adhibitis solennitatibus, conficitur, quare non expedit, vt inter viuos hæreditas donari possit absque illis solennitatibus.

Scio contrariæ sententiæ authores id non negare, sed vrgere illam interpretationem impropriam, vt donatio sustineatur: sed certè cū in verbis nulla est ambiguitas, non est facienda voluntatis quæstio. l. Ille aut illo. de leg. 3. Hoc refugium authores legum habuerunt ad sustinendas pactiones, quibus hæreditas cōfertur, & tamen eo non sunt vsi: quia non potuerunt commodè id facere, repugnante nimis aperta verbi significatione.

CAPVT XCV.

Possitne mortis causa hæreditatem suam quis donare?

ESt etiam controuersia: posítne quis mortis causa suam hæreditatem donare? Negant Bartolus, Alex. & Iason ad d. l. licet. C. de pact. idem Alexander in cons. 28. lib. 3. Fundamentum est in l. Licet. C. de pactis. & in l. Hæreditas. C. de pactis conuentis. & quia videtur effecta esse donatio omnium bonorum præsentium & futurorum, quæ non valet. Cæterùm affirmat Decius ad d. l. Licet. n. 10. cui videtur Cagnolus adstipulari ad l. vlt. nu. 278. C. de pactis. quib. ego assentior adhibita distinctione quorundam, cuius mentionem facit Decius, vt valeat donatio hæreditatis non iure directo, sed veluti per fideicommissum. Constat enim hęreditatem testamentis dūtaxat directè relinqui posse: Codicillis autem non potest directè relinqui. §. Hereditas. Instit. de codicillis. Constat etiam legari posse hæreditatis partem. l. Mulier. § vlt. ff. ad Treb. quod legatum non dat hæreditatem directò, sed per fideicommissum dare intelligitur, & consequenter hæres institutus grauatus cēsetur eam restituere. Cùm itaque donatio causa mortis similis sit vltimis voluntatib. l. vlt. C. de dona. cau. mort. *Et per omnia ferè legatis connumeretur*. Instit. de donat in §. 1. Sequitur dicēdum eiusmodi donatione hæreditatem in alium transferri posse, & hanc vim habere, vt hæres grauatus esse videatur eam donatario tradere, detracta quarta parte ex Trebelliano Senatusconsulto.

Huc accedit, quod cū in donatione mortis causa pœnitentiæ locus sit. §. 1. Instit. de donatio. non videtur per eam facultas testandi donatori sublata: potest enim hæredem instituere, vel ipsum donatarium, vel si pœnituerit, alium, & reuocabitur ipsa donatio. Quòd argumentum facit, vt putem hanc conclusionem veram esse, licet donatio causa mortis in testamento non fiat, reiecta Decij conciliatione, quia non tollit, vt dixi, libertatem testandi.

Ex quo infertur argumentum contrariæ opinionis, non obstare, quo dicebatur donationem hæreditatis similem esse donationi omnium bonorum præsentium & futurorum, quæ non valet. Nam in hoc est differentia, quod donatio illa omnium bonorum præsentium & futurorum inter viuos facta tollit facultatem testandi? neque enim donatorem pœnitere potest, sed ista, quę causa mortis sit facultatem testandi non aufert, quia pœnitentia reuocari potest, vt declarat optimè Clarus in §. Donatio. qu. 19. vers. Sed quia si faciat.

Ad l. Licet. C. de pactis. respōdeo, illam non loqui de donatione causa mortis, sed de pacto, per quod successio transfertur. Vnde non valet, nisi inter milites, vt ibi dicitur. Licet enim in donatione causa mortis pactum interuenire possit ex donatarij præsentia, qui consentit, & acceptat donationem, tamen latum est discrimen inter pactum illud simplex, & istud, quod in donatione mortis causa interuenit. Nā in illo, si valeret, locus pœnitentiæ non est: quia est pactum inter viuos: & ideo aufert testandi facultatem. Pactū autem, quod interuenit in donatione causa mortis, nō impedit, quo minus illa reuocari possit, & consequenter donator pœnitere potest, & testamentum condere. Et hæc responsio valet ad omnes alias leges, quibus dicitur pactis hæreditatem dari non posse: loquuntur enim de pactis non transeuntibus in aliam speciem, nimirum vltimæ voluntatis, qualis est mortis causa donatio: sed de iis, quæ reuocari non possunt ab ipsis paciscentibus.

CAPVT XCVI.

Vtrum hæreditas per procuratorem adiri possit?

VEteres interpretes Accursiū secuti magis cōmuniter dixerūt per procuratorem nō posse

posse hæreditatem adiri authoritate Pauli in l. Per procuratorem. 89. ff. de acq. hæred. Paulus: *Per procuratorem hereditatem adquiri non posse*: ratio est: quia cùm mando procuratori, vt adeat hæreditatem, eo ipso videor adire, & ideo nihil remanet agendum per procuratorem. Cæterùm Franciscus Duarenus lib. 2. disputationum, cap. 27. & ad tit. de acquir. hered. cap. 4. non procul à fine, contrarium docet: quia in Codice Florentino legitur in d. l. 89 Per curatorem.

Nam curator datus pupillo ad adeundam hæreditatem non sufficit, sed tutor necessarius est. l. Cùm in vna. §. 1. ff. de appellat. & relatio. Rationem verò illam non probat, quia fieri potest, vt is, qui hoc mandat procuratori, cogitet eum non statim id facturum esse, ac totum medium tempus sibi liberum fore ad deliberandum. Per procuratorem igitur adiri hæreditas poterit, cùm id nullo iure exceptum reperiatur. Procuratoris enim vsus permissus est in omnibus negotiis, nisi in quibus id exceptum reperitur. l. 1. ff. de procurator.

Cæterùm his aduersatur Cuiacius lib. 1. obser. cap. 34. vbi putat retinendam veterem lectionem, nec satis forsitan eo in loco emendatas esse Pandectas Florentinas: *Sed siue hoc, siue illo modo legatur*, inquit, *ego nec per curatorem, nec per tutorem, aut per procuratorem hereditatem posse adquiri existimo. Illud enim est κοινὸν [illegible], si quis ita ratione probare velit, rectè Paul. dixisse per curat. quia tutoris authoritate opus sit in hereditate adquirenda. Aliud namque est tutore auth. longè aliud per tutorem adquirere hereditatem. Tutore quippe authore, id est, ipso pupillo adeunte, ac solennia peragente. Per tutorem, id est, adeunte tutore, atque agente solennia. Illo modo rectè sibi hereditatem pupillus adquirit, non tamen autore curatore: ideóque tutorem habenti plerumque specialis tutor ad adeundam hereditatem datur. l. Impuberi. ff. de tutor. & cura. datis ab his. l. Cùm in vna. §. Tutor. ff. de appell. Vlpianus in Fragmen. tit. de Tutelis, quod scilicet ad eam rem non sufficiat curatoris authoritas. Caterùm, vt per curatorem adquiri hereditas non potest, ita nec per tutorem, nisi pupillus infans sit. l. Potuit. C. de iure delib. l. Seruo inuito. §. Si pupillo. ff. ad Trebell. & multò minus per procuratorem. Quod si per procuratorem adquiri potest, nihil in hac re pracipuum habet procurator Casaris: cui tamen hoc iure singulari lex datum ait, vt Casari adquirat l. 1. ult. ff. de off. procur. Casaris, id est, rationalis. Nihil denique hac in re distabit hereditas à bonorum possessione: Nam & per tutorem, & per procuratorem adquiri bonorum possessio potest. d. §. Si pupillo. l. Si maritus. C. mand. l. Si quis alicui. ff. de acq. heredit. Sed tamen hoc non est admittendum. Ius enim Pratorium ciuili iure indulgentius & benignius est. Ius ciuile directum & asperum. Ius pratorium mite & moderatum est: Atque ideo per tutorem, curatorem, procuratorem bonorum possessio adquiritur, hereditas non adquiritur. Et hoc probo.* Hactenus Cuiacius.

Sed audiamus Duarenum: *Procuratorem hic accipimus, cui specialiter mandatum est. Nam procurator vniuersarum rerum generaliter datus adeundo nihil agit, excepto procuratore Casaris, si opulenta sit hereditas. l. 1. ff. de offi. procur. Casar. Ac ne tutor quidem, vel Curator propter subtilitatem iuris veteris. l. Potuit. C. de iure delib. sed per tutorem aut curatorem rectè dicitur adiri hereditas, id est, interueniente tutore aut curatore, quamuis ipse adeat, argum. l. Verum. ff. de reb. cred.* Hactenus Duarenus.

Vides, vt puto, lector, tria Cuiacium obiicere, primò hæreditatem adquiri non posse per tutorem. Secùdo, eadem ratione nec per procuratorem, & quia nihil esset specialiter constitutum in procuratore Cæsaris. Tertiò, non posse adquiri per procuratorem hæreditatem, vt sit aliqua differentia inter hæreditatem, & bonorum possessionem, quæ etiam per tutorem & procuratorem adquiri potest.

Contrà verò Duarenum velle hæreditatem adquiri posse per procuratorem specialem tamen, quia non sufficit generalis. Secundò, per tutorem adquiri posse, hoc est, tutore authore non autem per curatorem, hoc est, authore curatore. Tertiò, nec per tutorem adquiri posse, hoc est, ipso tutore adeunte. Denique specialiter cẽstitutum esse, vt per procuratorem generalem Cæsaris adquiri possit.

Igitur sic concludo secutus sententiam Duareni: Hæreditas adquiri potest per procuratorem. Id probo, quia alia possunt per procuratorem adquiri, quæ non sunt legibus excepta. Id autem legibus exceptum non est.

Non obstat l. Per procuratorem. 89. ff. de acq. hæred. quia verior lectio Florentina habet per Curatorem.

Non obstat, quod dicitur, nec per tutorem adquiri posse, quia id concedo, si tutor ipse adeat, secus autem si pupillus, tutore authore, adeat. Item secus si pupillus sit infans, quia tutor eius nomine adquirere potest hæreditatem. l. Si infanti. C. de iure delib. & consequenter eo in casu per tutorem hæreditas adquiri potest.

Non obstat, quod dicitur, si per procuratorem hæreditas adquiri possit, nihil præcipuum hac in re procuratorem Cæsaris habiturum, contra l. 1. ff. de offi. procur. Cæsar. quia respódeo, præcipuũ hoc esse in procuratore Cæsaris,

vt ad hæreditatem adeundam & adquirendã nomine Cæsaris generale mandatum sufficiat, in aliis enim speciale mandatum requiritur.

Nõ obstat, quod dicitur, nullam fore differentiam hac in re inter hæreditatem, & bonorum possessionem: quoniam hæc est differentia, quod per alium adquiri potest bonorum possessio l. 3. §. Adquirere. ff. de bonor. possess. Hæreditas autem per specialẽ procuratorem. Illa regulariter per tutorem adquiritur. l. Si rogo inuito. §. vlt. ad Treb. Hæreditas tutore authore potuit. C. de iure delib. nisi sit infans pupillus. l. Si infanti. C. eod.

CAPVT XCVII.

Ad l. Eam quam. 14 C. de fideicommiss.

IMperator Valerianus & Galienus: *Eam quã frater tuus instituerat, siue quæsita, siue nõ quæsita hæreditate, decesserit, cùm tamen simpliciter, antequam duodecimum ætatis annum impleuisset, verbis precariis testamento facto, nonnullos ei voluerit substitutos, nihil prohibet fideicommissum peti, vel ab ipsius hæredibus, vel ab iis, qui bona intestati tenent. Tunc enim locum habent, quæ regulariter traduntur: ea, quæ in testamento relinquuntur, si ex testamento non adeatur hæreditas, non valere: cùm verbis relicta directis adiri potuit hæreditas, non cùm illa ipsa sic data est, vt esset ab intestato à successoribus postulanda. Quod rescripsimus sequentes adseuerationem tuam, quasi scripta hæres non fuerit iure adoptata: alioqui si in familia relicta, hæres facta decessit, & consequenter ipsius hæredes petitioni fideicommissi respondere coguntur.*

Veteres interpretes non satis hanc legem explicarunt, conatus est post eos Alciatus ei lucem adferre lib. 1. dispunctionum, ca. 9. Author sum studiosis, vt claram & planam sequantur Duareni & Goueani interpretationem, additis iis, quæ ipsi subiiciam. Et si qua erit dissensio dicam, quid sentiam. Duarenus lib. 2. disputationum, cap. 6. *Titius frater Sempronij puellam impuberem adoptauit, sed non iure ac legitimè, deinde eam instituit, non ciuilibus verbis vtens, nec directis, sed precarijs tantum ac fideicommissi, hoc modo: Volo vt puellæ hæreditatem meam dent hæredes mei. Deinde substituit huic puellæ quosdam alios post mortem puellæ simpliciter, non autem si impubes decessisset. Decessit puella: quæritur, an substituti possint fideicommissum petere. Causa totius quæstionis ac dubitationis est, quod non adita hæreditate ex testamento, fideicommissum non videtur deberi. l. Si nemo. de reg. iur. At hic nullus hæres extitit ex testamento, qui hæreditatem adiuerit. Verùm hic rescribit Valerianus fideicommissum peti posse, vel ab ipsis hæredibus, qui bona intestati tenent, id est, etiam à legitimis hæredibus Titij, nedum à testamentariis, quos constat hic nullos fuisse: Nec nos mouere debet, quod dicitur, nisi hæreditas adita fuerit non posse fideicommissum peti, &c. Id enim accipiendum est, cùm verbis directis ac ciuilibus hæreditas est relicta, non verbis fideicommissi, vt sit ab intestati successoribus postulanda; quod accidit in hac specie, vt iam diximus, in qua testamentum vim codicillorum habet, quia tametsi seruatis solennibus factum fuerit, tamen apparet testatorem voluisse codicillos valere, ex eo, quod non instituit directò hæredem, nec verbis ciuilibus, sed fideicommissi. l. vlt. ff. de iure cod. l. Non Codicillum. C. de testam. Poterat autem dubitari in proposita specie, num possent conueniri hæredes puellæ tanquam legitimi. Quæstionem facit, quod puella adoptata fuisse dicitur à Titio, vnde videtur, iure suo hæreditatem Titij ad suos hæredes transmisisse. Sed Valerianus rescripsit à legitimis hæredibus Titij fideicommissum peti, nullam faciens mentionem hæredum puellæ: quia propositum fuerat, eam non iure adoptatam fuisse, atque ideo in familia Titij non fuisse. Aliàs non alij essent legitimi hæredes Titij, quàm ipsius puellæ.* Hactenus Duarenus.

Antonius Goueanus lectionem iuris variarum, lib. 1. cap. 1. *Falco puellæ instituta verbis precariis ita substituit: si Caia intra pubertatem decesserit, hæreditatem meam illi, & illi restitui volo. Puella needum quæsita hæreditate decessit. Falconis frater agnationis iure hæreditatem intestati fratris adiit: quam cùm ab eo ex fide commissi causa peterent substituti, defendebat substitutioni locum nullum esse, quando acquisita ex testamento non esset hæreditas, regulariter namque definiri: Non adita ex testamento hæreditate, relicta in testamento nihil valere: eámque regulam ad substitutiones quoque pupillares pertinere. Valerianus autem, & Galienus Impp. regulam hanc iuris ibi locum habere rescripserunt, cùm aut verbis directis sit substituto, aut solus rogatur institutus: non autem cùm peti etiam ab iis hæreditas potest, qui veniunt ab intestato. Posse autem à venientibus ab intestato peti hæreditatem, non solùm cùm hi apertè rogantur, verùm etiam cùm simpliciter ita quis scribit: Volo siue rogo, si quem hæredem scripsi è viuis decedat, hæreditatem meam Titio restitui. Ita enim qui rogat, omnem videtur rogare successorem. Institutum si acquirat: si is omittat legitimum successorem. Ea igitur rescripti huius vis est, atque sententia, substitutionem fideicommissariam, ex qua à legitimis successoribus peti hæreditas potest, non adeunte instituto locum habere. Quod enim sine hæredis institutione fieri potuit destituta*

destituta institutione vitiari non oportere, argumento illud fueris Triphonini in l. Miles ita. ff. de milit. testam. impuberi filio factam a milite substitutionem, quamuis non adita ex testamento hæreditate, valere tamen quia miles soli filio testamentum facere possit. Hactenus Goueanus, qui multa alia pro explicatione legis adfert quæ non describo.

Video dissensionem esse inter Duarenum & Goueanum in duobus, quæ vbi explicauero, tum ad verborum legis explanationem descendam.

Primò dissentiũt, quia Duarenus dicit puellam institutam fuisse hæredem non ciuilibus verbis, sed precariis tantùm & fideicommissi, hoc modo: *Volo vt puella hæreditatem meam dent hæredes mei.* Goueanus autem nullam huius fideicommissi mẽtionem facit, & præsupponit puellam institutam fuisse, sed substitutos ei datos fuisse verbis precariis hoc modo: Si Caia intra pubertatem decesserit, hæreditatem meam illi & illi restitui volo.

Et hæc interpretatio Goueani videtur prima fronte magis consona verbis legis. Ait.n. textus. *Eam quam frater tuus instituerat, &c. Cùm tamen simpliciter, antequam duodecimum ætatis annum impleuisset, verbis precariis testamento facto nonnullos ei voluerit substitutos, &c.* Ex quo apparet verba precaria, quorum lex meminit referri ad substitutionem: non autem ad institutionem.

Sed magis placet Duareni sententia, & expositio propter verba illa, quæ sequuntur in textu: *Non cùm illa ipsa* (scilicet hæreditas) *sic data est, vt esset ab intestato à successoribus postulanda.* Hæc enim verba significant datam hæreditatem puellæ fuisse per fideicommissum eo modo, quo declarat Duarenus.

Secundò Duarenus dicit, quosdã alios puellæ simpliciter post mortem substitutos, non autem si impubes decessisset, quod repugnat verbis legis. ibi: *Cùm tamen simpliciter antequam duodecimum ætatis annum impleuisset, &c.* Et ideo rectè Goueanus format facti speciẽ ita, vt substitutio facta sit: si Caia ante pubertatem decesserit, & illud verbum, *simpliciter, &c.* rectè exponit, *hoc est, omnino ab omnique successore restitui voluit hæreditatẽ, si puella intra pubertatem decederet. Simpliciter enim rogat, qui neque hunc, neque illum rogat, sed qui fieri omnino velit, ostendit, itaque rogare omnes videtur.*

Hæc igitur est legis huius sententia. Siue ea puella, quam frater tuus hæredem instituerat, quæsita, siue non quæsita hæreditate decesserit: Nõ quæsita hæreditate, quia institutio nõ valuit. Fuit enim instituta tanquam filia adoptiua, & adoptio non fuit iure facta, fideicommissum peti poterit ab iis, qui verbis precariis simpliciter ei substituti sunt. Poterit, inquam, peti non a puella defuncta, neq. ab hæredib. eius, eo in casu, quo illa non quæsiuit hæreditatem, sed ab hæredib. ipsius testatoris. In casu autem, quo hæreditas puellæ quæsita esset, ab hæredibus eius peti posset. Et hic est sensus illorum verborum, *vel ab ipsius hæredibus, vel ab iis qui bona intestati tenent.* Ab hæredibus ipsius puellæ, si quæsiuisset hæreditatem: ab hæredibus intestati; id est, eius, qui ita testamento disposuit, sed testamentum irritũ factum est eam ob causam, quòd institutio nõ valuit, nec scripta hæres puella obtinuit hæreditatem.

Tunc.n. locus est regulæ iuris, si nemo ex testamento adierit hæreditatem, non valere ea, quæ in testamento relinquuntur, *cum verbis relicta directis adiri potuit hæreditas,* id est, cùm verbis directis institutio facta est: *Non cùm ea ipsa* (hæreditas) *sic data est, vt esset ab intestato à successoribus postulanda.* Sic enim legendum putat Goueanus, nõ vt vulgò legitur, ab intestato successoribus: sed in proposita specie hæreditas relicta est puellæ non directis verbis, sed precariis, eo modo, quo suprà diximus ex Duareno: ergo regula illa iuris locum habere nõ potest: *Quæ ita rescripsimus,* inquit textus, *sequentes adseruationem tuam, quasi scripta hæres non fuerit iure adoptata.* Id est, locũ habent ista eo in casu, quo puella decessit non quæsita hæreditate: ea, inquam, quę dicta sunt de fideicommisso petendo ab hęredibus, qui ab intestato succedunt. Si .n. puella iure adoptata fuisset, & in familia defuncti testatoris hæres facta decessisset, hæreditatem ad suos hæredes transmisisset, consequenter fideicommissum eo in casu ab ipsius puellæ hæredibus petendum esset. Textus variè legitur, meus Codex habet *fideicommissum petere,* alij habent *peti.*

Ego vtramque lectionem probo, quia sensus est, substitutos fideicõmissum petere posse, si ea, quæ instituta fuit, decesserit: si legas, *peti*, intellige à substitutis: si legas *petere,* intellige substitutos.

Illa verba, *eam, quam*, more Græcorũ scripta sunt, eam, pro ea, vt cùm dicitur: *Vrbem quam statuo, vestra est.* Et est, ac si clariùs diceretur, si puella a fratre tuo hæres instituta decesserit, siue quæsita, siue non quæsita hæreditate, substitutio tamẽ verbis precariis ea facta locũ habet, & siquidem institutio valuisset, & puella iure adoptata decessisset hæres, eius hæredes fideicõmissum restituere tenerentur substituto. Cæterùm si adoptio non valuit, & ideo non quæsita hæreditate, puella est defuncta, fideicommissum restituere tenentur hæredes fratris tui defuncti, qui proximiores sunt ab intestato. Nec se tueri possunt ea

exceptione, quod fideicommissum nō valeat: quia ex testamento hæreditas adita non est. Nam locum habet exceptio illa, quoties hæreditas verbis directis relicta est; secus quando verbis precariis: tunc enim hæredes ab intestato venientes, sicut tenentur hæreditatem dare puellæ, si adoptio valuisset, ita si non valuit, tenentur eam ex fideicommisso dare & restituere iis, qui puellæ substituti fuere.

CAPVT XCVIII.

Defenditur sententia authoris de emphyteuta an donare possit ius emphyteuticum consensu domini non requisito, quæ extat in prima parte Controuersiarum, lib. 3. cap. 97.

NOn muto sententiam, quam firmaui in prima parte Controuersiarum, lib. 3. cap. 97. consensum domini requirendum ab emphyteuta, licet non vendere, sed donare velit ius emphyteuticum: tum quia legis verba generalia sunt, & omnem continent alienationem. l. 3. C. de iure delib. Tum quia domini interest, vt consensus eius requiratur. Primùm vt sciat, quis nouus sit emphyteuta, an idoneus ad soluendum canonem. Deinde quòd multas alias ob causas eiusdem intersit, vt ibi latius explicaui. Non muto, inquam, sententiam ex his, quæ disputat, & pro contraria sententia adfert elegantissimus, & doctissimus Iurisconsultus Fornerius lib. 2. selectionum, cap 30. Primùm dicit, *alienationis* verbum contrahendū esse, vt significet solam vēditionem, citat text. in §. Adeò. in Instit. de locatio. Sed contrarium dicit. Verba Iustiniani hæc sunt: *Vt ecce de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur, id est, vt quamdiu pensio, siue reditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neque hæredi eius cuiue conductor, hæres've eius id prædium vendiderit, aut donauerit, aut dotis nomine dederit, alióve quocunque modo alienauerit, &c.*

Non video quid sibi velit Fornerius, dum ait: *Quod Zeno initio l. 1. C. eod. tit. alienationem generaliter dixerat, idipsum referens Iustinianus, specialiter venditionem nominauit.* §. Adeò. Instit. de locat. Id vt verum sit, inquā, non video: siquidem Iustinianus de venditione, donatione, & quacunque alienatione loquitur, vt patet ex verbis proximè relatis.

Secundum argumentum Fornerij est, quia fit mentio precij, in d. l. 3. C. de iure emphyt. ergo venditio significatur. l. 3. C. de prędiis decurio. Respondeo Iustinianum de precio loqui, quatenus scilicet de venditione loquitur.

Sed loquitur etiam de alienatione generaliter, verba sic habent: *Minimè licere emphyteutæ sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere, vel ius emphyteuticum transferre.* Hęc postrema verba videntur mihi generalia, & non solam venditionem significare, sed omnem aliam alienationem.

Tertium argumentum est: *Quia denuntiatione*, inquit ille, *opus non est, vbi dominus nullo precio repenso meram emphyteutæ liberalitatem proculdubio accepturus est.* Respondeo, denunciatione opus esse, etiam eo in casu, quo donare vult emphyteuta ius suum, non vt dominus præferatur, & consequenter ex donatione rem ab emphyteuta consequatur: neque enim inuitus emphyteuta cogendus est donare ius suum domino, vt optimè deducit Fornerius ad finem capitis. Sed ne ex donatione in quēquam collata præiudicium domino inferatur, vel propter annuum canonem, vel propter alias causas.

Postremum argumentum est, non esse pertimescendam aliquam iniuriam, cùm nō tam facilè quisquam donet, quàm vendat: in hoc enim precium rei captatur, in illo perditur. l. 7. ff. de donat. Sic. n. non prohibetur donare mulier, fideiubere prohibetur. l. 4. ff. ad Vell. Decuriones nihil vetat prædia donare, vendere autem sperato scilicet precio non licet. l. 1. l. vlt. C. de prædiis decurio.

Respondeo, hæc esse dissimilia: quia non dicimus colonum siue emphyteutam prohibitum esse donare, sed denunciare id oportere domino, cuius multas ob causas interesse potest, vt sciat cui donetur. Et licet rarò fiant donationes, non tamen rarò fraudes committerentur, si passim domino non requisito liceret emphyteutæ ius suum donare. Nec propterea, quod rarò homines donare soliti sunt, ideo nullas de donationib. leges habemus, imò verò multas. Ergo nec iusta hæc interpretatio ob eam causam repudianda erit.

CAPVT. XCIX.

Annotationes ad primum cap. lib. 1. Controuers. primæ partis, & ad cap. 71. lib. 3.

QVod scripsi lib. 1. Controuers. iuris, cap. 1. de pœna carceris aduersus eos, qui venantur Principe prohibente, non ignorabam iuri Cæsareo consonum non esse: *Carcer enim ad continendos, non ad puniendos homines haberi debet*, vt inquit Vlpianus in l. Aut damnum. § Carcer. ff. de pœnis. sed morib. consentaneū est, quibus passim ferè carceris pœna recepta est, conuenienter iuri canonico. c. Quamuis. de pœnis. lib 6.

De dote profectitia disserui lib. 3. cap. 71. Pro distinctione ibi facta inter filiam in potestate & emancipatam indicauit mihi D. Fabricius

Mattheus

Matheus, Doctor magni ingenij & spei, & gener mihi charissimus, textum in l. Pater. ff. de Euiction. in illis verbis: *Interest enim patris filiam dotatam habere, & spem quandoque recipienda dotis, vtique si in potestate sit. Quod si emancipata est, vix poterit defendi statim committi stipulationem, cùm vno casu dos ad eum regredi possit.*

CAPVT C.

Annotationes continet ad cap. 1. lib. 4. & ad cap. 22. eiusdem lib. & ad cap. 31.

ADdo de schedula continente patris testamentum inter liberos, Cuiacij sententiã iuuari posse ex responso Alexandri 76. nu. o. lib. 3. vbi post Salycetum, quem citat in l. Hac consultissima. §. Ex imperfecto. C. de Testam. scribit non valere si non appareat lectam, & publicatam fuisse, argumento l. Hac consultissima. C. qui test. facere possunt. ibi dum textus dicit, *elogium ipse suum profiteatur agnosc ere.* & in l. fideicom. vers. *Quoties.* de leg 3. Sed leges allegatæ non loquuntur de Testamento inter liberos. Ideo non obstant. Adde Menochium pro sententia communi & vera, de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. 7. num. 5. Et de patris diuisione inter liberos scriptura comprehensa, quod valeat, si fuerit à patre subscripta, vel à liberis, & fidem obtineat aliáque cautela non indigeat, est expresse constitutum Nouella de Triente & Semisse. §. Et quod sæpe.

Ad caput 22. eod. lib. omisi decisionem Pedemontanã Osaschi 26. in materia propositæ ibi quæstionis.

Ad caput 31. eod. lib. de filio exhæredato vel excluso ab hæreditate, quando faciat partem, & quando non cæteris filiis, vide Cuiacium in expositione Nouellæ 18. col. 4. vers. Ad hæc notandum est.

FINIS.



CONTROVERSIARVM IVRIS

ANDREAE FACHINEI IVRISCONSVLTI, &c.

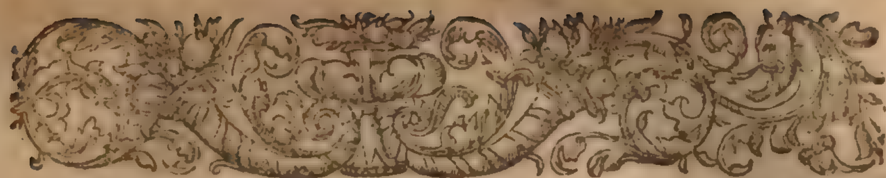
Tomus Tertius:

CONTINENS SEPTIMVM, OCTAVVM, ET NONVM LIBRVM,

QVIBVS PRÆCIPVÆ EXPLICANTVR CONtrouersiæ, quæ ad feudales materias, criminalésque & alia miscellanea, pertinent.



SERENIS-



SERENISSIMO PRINCIPI, AC DOMINO, D. GVILHELMO, COMITI PALATINO RHENI, VTRIVSque Bauariæ Duci, &c.

ANDREAS FACHINEVS S. D.

OFFERO nunc Seren.me & Clementiss. Princeps Ser.ti V. tertiam partem Controuersiarum Iuris, quam duobus ab hinc annis pollicitus sum. Non dubito, quin & eam sicut alias duas partes benignè accepturа sit. In ea siquidem multa explicaui, quæ ad iustitiam inter Principes & vasallos (quorum maxima est S.ti V. copia) pertinent. Disserui de his, quæ ad crimina punienda, quæ ad æquitatem, misericordiam, clementiam spectant. Nonnulla etiam adieci, quib. Iureconsulti quidam hæretici refutantur. Spero, inquam, Ser.tem V. solita sua benignitate scripta hęc esse excepturam, quoniam de his ipsis disserunt, quę pręcipua sunt V. Ser.tis insignia & ornamenta. Ista sunt nimirũ Ser.mæ Cels. V. insignia ac regię virtutes: *Iustitia, Pietas, Clementia, Misericordia, Fides, ac Religio.* Has perpetuò sectatur, memor eius quod Salomon in Prouerbiis monet: *Misericordia & veritas custodiũt Regem, & roboratur clementiâ thronus eius.* Et Cantici Dauidici: *Misericordiam & iudicium cantabo tibi Domine.* Sic & Ecclesiastica narrat historia, Imperatorem Theodosium iuniorem earundem virtutum studiosissimum fuisse nec aliud quàm Monasterium Regalia (hoc est, Palatium ipsius) fuisse. Sic & Constantinus ille Magnus Imperator gaudere gloriarique semper se velle scripsit: *Scientem magis religionibus, quàm officiis & labore corporis vel sudore, Rempub. sibi subditam contineri.* His ego Ser.tem V. comparandam puto: quę caussa est, vt Prouincię Ser.ti V. subiectę summa pace, tranquillitate, abundantia per-



INDEX CAPITUM LIBRI *septimi Controuersiarum Iuris.*

68 Quot



INDEX CAPITUM LIBRI octaui Controuersiarum Iuris.

33 Præscriptio temporis memoriam hominũ excedentis, vtrum corruat, & vires suas amittat, si constet de titulo vitioso, & nullo?
34 An mala fides respectu vnius impediat præscriptionem respectu alterius?
35 Ad l.3 & l.5. C. finium regundorum, vbi de quinque pedum præscriptione agitur, & ad l. vlt. C. eod. tit.
36 Ad l. Maioribus 3. C. commun. vtriusq; iud. Et de diuisione facta per sortes, an rescindi possit: Et an læsio vltra dimidiam requiratur, vt diuisio rescindi possit?
37 An l. vlt. C. de SS. Eccl. vnum vel tria contineat priuilegia.
38 Vtrum in Ecclesiam, & pias causas, ac ciuitates, quibus hæreditas per fideicommissum restituenda est, transeant iura absque reali vel verbali restitutione?
39 Ad l.1. C. de sacrosanctis Ecclesiis.
40 Sufficiátne iuratoria cautio cùm vsufructuarius satisdare non potest?
41 De vsufructu earum rerum quæ vsu consumuntur, qualis ab vsufructuario præstanda sit satisdatio.
42 Vtrum ei cui vsusfructus relictus est earum rerum, quæ vsu consumuntur, cautio à testatore remitti possit?
43 Cautio in vsufructu earum rerum quæ vsu consumuntur, an sit de substantia vsusfructus?
44 Operis noui nunciatio manifestè iniusta, an impunè contemni possit ad l.1. ff. de noui oper. nun.
45 Ædificans spreta operis noui nunciatione, an demoliri cogatur: cùm litem super negocio principali contestatus est?
46 Ad l.3. §.1. & l. De pupillo. §. Si plurium. ff. de ope. no. nun.
47 Ad l. Si prius. ff. de oper. noui nuncia.
48 Ad l. Vn. C. de oper. noui nunc.
49 Vtrum minor 25. annis restituendus sit aduersus spretam operis noui nunciationem?
50 Ad l. Vn. ff. de remissionib.
51 Vtrum fideiussor, qui in maiorem summam se obligauit, quàm deberetur à reo principali, teneatur saltem vsque ad summam debitam?
52 An exceptio excussionis competens fideiussoribus ex Nouella Iustiniani, dilatoria sit, & necessariò ante litem contestatam proponenda?
53 Excussionis exceptio an locum habeat cùm causa ex bono & æquo, puta inter mercatores, vel coram arbitratore, vt vocant, vel sine strepitu & figura iudicij, sola facti veritate inspecta cognoscenda est?
54 Si fideiussor obliget se vt principalem debitorem in solidum, an beneficium amittat excussionis?
55 Vtrum confiscatis bonis principalis debitoris conueniri possit fideiussor antequam fiscus conuentus fuerit?
56 Excussio principalis debitoris si facta sit, & eo reperto non soluendo actum, sit aduersus fideiussorem, cæterùm iudicio pendente debitor factus fuerit soluendo, an creditori opponi possit, vt prius agat contra debitorem?
57 De fideiussore iudicatum solui in prima instantia dato, an teneatur ex sententia lata à iudice appellationis?
58 Tutor vel Curator an condemnari & cogi possit, ad reddendam pecuniam pupilli, vel adulti, ante redditas rationes administrationis?
59 Proximiore agnato intra annum non petente tutorem dari pupillo, ac proinde à successione eius excluso, an reliquis agnatis hæreditas pupilli debeatur, & si ipsi tutorem non petierint, quasi annus eis currere incipiat.
60 Vtrum minori inuito dari curator possit ad litem, si actor sit?
61 Gesta per falsum procuratorem, an post latam sententiam ratificari à domino possint in sui commodum & fauorem?
62 Vtrum in absolutione à iuramento ad effectum agendi requiratur partis aduersæ citatio?
63 De potestate Principis circa tollendum ius quæsitum.
64 Vtrum promissio facta præsenti & tacenti in eius commodum sit pactum vel pollicitatio?
65 Vtrum rescripta ad lites sint perpetua, an verò anno expirent?
66 Rescriptum ab vno impetratum, an aliis prosit rem communem habentibus?
67 Donatio propter nuptias, an ipso iure constituta videatur?
68 Si dos non fuerit soluta, an vidua lucretur donationem propter nuptias?
69 Filia quæ dote accepta renunciauit hæreditati paternæ iux. c. Quamuis. de pactis, li. 6. an propter enormem lęsionem rescindere eam renunciationem possit?
70 An Constitutio c. Quamuis. de pactis, libr. 6. locum habeat, cùm filia renunciat fratribus, non autem patri?
71 An filia quæ renunciauit paternæ hæreditati iuxta formam cap. Quamuis. de pactis. lib. 6. succedat patri intestato morienti?
72 Pactum de hæreditate viuentis sine eiusdem voluntate & consensu, an iuramento confirmetur?
73 Filia an possit agere ex promissione dotis marito facta per patrem, marito vita functo?



INDEX CAPITUM LIBRI noni Controuersiarum Iuris.

74 An



PARS TERTIA

CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER SEPTIMVS.

CAPVT PRIMVM.

De origine Feudorum, & an feudum sit contractus?



INSTITVENTI mihi controuersias feudales priore libro huius tertiæ partis explicare, operæ precium visum est, ab illa initium sumere, quæ de origine feudorum agitata est frequentissimè, tam apud veteres, quàm apud recentiores iurisconsultos.

Quinque sunt præcipuæ celebrioresq; sententiæ. Vna, feuda ex antiquo Romanorum iure originem sumpsisse. Altera, a tempore Iustiniani cœpisse. Tertia ex militiis, quarum fit mentio, in iure Romano profectas esse: & nihil aliud feudum esse, quàm militiam. Quarta, feuda à Gallis venisse ad Germanos, Italos, Hispanos, & alios Europæ populos. Quinta, ex Longobardis Regibus principium accepisse, & inde cõsuetudines feudales emanasse, & hanc cæteris probabiliorem esse indico. Verùm de singulis videndum est, ne quenquam inaudita causa condemnare videamur.

Prioris sententiæ authores sunt Vdalricus Zasius in Epitome feudorum, part. 1. in principio, & latius in Commentariis l. 2. in verbo *Curias* ff. de origine iuris, & Iacobus Cuiacius in Commentariis ad libros feudales, non procul à principio.

Hanc verò sententiam ita isti confirmare nituntur. Zasius quidem in d. l. 2. vers. *Curias.* in hunc modum dicens: *Romulus, vt est apud Dionysiũ Halicar. lib. 2. ab vrbe cõdita, prouisurus, ne iniuria locupletum in humiles, vel vicissim egenorum inuidia in potentes discordiam pareret, plebeis permisit, vt quem sibi ex patritiis patronum eligerent. Hi clientes dicebantur: eratque ciuilis illa coniunctio nihil aliud, quàm susceptum pro pauperibus humilibúsque patrocinium. Habuisse eos legitima quadam instituta, quibus vltro citróque præstabant ij officia illi beneficia. Nam patroni pro clientibus ea fecere quæ patres pro filijs: pecuniarum contractuúmque rationes explicabant: causas pro iniuste oppressis sumpsere, omnémque eis quietem publicè & priuatim exhibuere. E diuerso clientes patronis egentibus ad dotem filiarum contribuere, captos vel ipsos, vel liberos eorum ab hostib. redimere, nexos a creditoribus, vel ære mulctatos propria pecunia liberare, deducere eos, eis adesse debebant. Nec fas erat vel accusare inuicem, testimoniúmve aut suffragium aduersus ferre: nec porrò cum inimicis adnumerari: Erántque huiusmodi coniunctiones haud absimiles sanguinis necessitudini, vsque adeò, vt clientes in officiorũ ordine affinib. præferrentur.* Et paucis interiectis subdit: *Credimus curialium dominicalium iura & feudorum (si ita loqui liceat) hinc velut impressis vestigiis quadam duxisse simulacra. Quo. n. tempore Romani victricia vbiq; terrarũ signa circumtulissent, multi eorum remansisse in prouincijs creduntur, pars præsidio relicti, pars agri vbertate capti: denique dũ Coloniæ deducerentur, bona Romanorum pars eò loci commigrarunt, quibus cùm multũ agri, multum fundorum esset, ne pro Romano more carerent clientibus, verisimile est incolas terræ in suum inuitasse patrocinitũ, suósq; eis fundos, prout cuiusque erat cõditio, in beneficium distribuisse. Tractu tamen temporis, quod omnia variat, clientelarũ nomine commutato, feuda à fœdere forsitan, curiásque dominicales nominari cœptas, vt qui clariorib. essent*

sent natalib. feuda, alij ex vulgo curias haberent dominicales: constitutis certis in iurib. quæ dominos, quæ clientes, quos vasallos vocant, respicerēt, quorum aliqua consuetudine, vt in feudis, aliqua pactis, vt in curiis constare dignoscuntur. Hanc nostram coniecturam haud parum adiuuat magna vtrinque ad priscorum clientum iura similitudo. Nam vt olim patroni clientibus & vicissim isti illis mutua obligatione nectebantur: sic in feudis & curiis pariter recepta sunt: siquidem & vasallus domino, & è diuerso dominus illi debet. Hactenus Zasius.

Iacobus autē Cuiacius sic scribit: *Interea tamen cùm ius feudorū antiquissimū esse Gerard. scribat, qui ipse fuit Longobardus, ineptè id repetieris ex Longobardis ipsis siue Gotois, quorum leges nihil de feudis habet palam, nec antiquissimū esse nobis vnquā persuaseris, nisi id liquidò deduxeris ex moribus pop. Rom. quod fiet ita commodissimè. Fit sæpe in libris nostris hominum mentio, quæ appellatione frequentius serui significantur. Sed & liberi puta actores, procuratores, custodes prædiorum, Insularij, Conductores, Emphyteuticarij, Chartularij, precarij possessores. His possessio conceditur ad tempus. Quæ actori, feudum est Gastaldia: quæ custodi feudum Guardia. Iisdem postea cœpit concedi in perpetuum, quod est verū ac proprium feudum, atque ita, vt me obseru. 8. tradidisse recordor, paulatim qui erant actores, custodésque prædiorum nostrorum temporarij, perpetui esse cœperunt, Latinúmque hominum nomē retinuerunt, nouum & exterum vasallorum siue Leodum & feudatariorum acceperunt à Principibus & nobiliorib. qui eis sua prædia in perpetuum concedere maluerunt, si militiæ oneribus se obligarent, inuecta in Italiam nomina à Principibus Germanis, quibus fuère semper multi Comites (sic Cornelius Tacitus vasallos vocat) & Principum æmulatio magna, cui plurimi & acerrimi. His, vt ait, præcipuum Sacramentum erat defendere, tueri, sua quoque fortia facta gloriæ Principis sui assignare: quod vulgò Sacramentum fidelitatis appellamus.* Hactenus ille.

Secundæ opinionis author fuit Lucas de Pēna in l. Quicūque. C. de omni agro deserto lib. 2. & in l. 1. C. de pet. bono. sublat. lib. 10. ratus, feudā esse prædia stipendiaria, de quib. mētio fit in §. Per traditionē, in Inst. de rer. diui. Gulielm. Benedict. idem docet in c. Rainu. in verbo: *& vxorem nomine Adelasiam* decis. 3. 1. n. 3. & 4. quem refert & sequitur Chassa. in Cōsuetudine Burgūdiæ, Rubr. 3. ver. Des Fieds. n. 15. Fūdamētum est, quia eiusmodi prędia stipēdiaria in multis videtur esse feudis similia. Sicut. n. feuda sine consensu domini alienari nō possunt & olim antiquissimo tēpore nō transibāt ad hæredes, vt in tit. de his, qui feudū dare possūt. §. Et quia ita nec prædia stipēdiaria seu tributaria alienari poterāt, & militib. assigna ita pro stipendio nō trāsibāt ad filios. l. 2. & 3. C. de Fūdis limitrophis. lib. 11. Dantur Feuda, vt vasalli dominū cōtra hostes iuuēt. c. 1. quib. modis feud. amit. c. 1. §. vlt. hic finitur lex, &c. Sic & stipendia hęc militib. dabantur, vt Rempub. defenderēt. l. Qui excubias. ff. de re milit. Iurant feudatarij obseruare cōtēta in c. 1. de noua forma fideli. arctiori iureiurādo adstringuntur milites, vt tradit Vegetius de re militari, lib. 2. cap. 2. Hæc & alia nonnulla, in quib. feuda cōueniūt, & stipendiaria hęc prædia, recenset accuratè Martinus Frecia in Commentariis feudalib. tit. de feudorū origine. n. 21. cū sequētib. Ab hac sentētia nō procul abest Lelius Taurellius in libro de militiis, ex casu dū feudorū originem refert ad agros imperij extremos, quos solebant militib. assignare Romani Principes, vt ait Lampridius in Alexādro: *Sola*, inquit, *quæ de hostib. capta sunt, limitaneis ducib. & militibus donauit ita vt eorum essent, si hæredes eorum militarent, nec vnquam ad priuatos pertinerent, dicens, attentius militaturos, si etiam sua rura defenderent.*

Tertiam opinionem inuexerunt Holoāder in prooemio Nouellarum, & Viglius in §. 1. in Instit. de militari testam. arbitrati feuda fuisse militias, quarū fit mentio in l. Omni modo. §. Imputari. C. de inoff. testam. & in l. vlt. cū Authen. ibi posita. C. de pignorib. & alibi. Cui sētētię adstipulatur, quod scribit Martinus Frecia loco proximè citato n. 40. militias personales fuisse, nec ad hæredes transiuisse, ad instar feudorum, & quia feudatarij plerunq. sint milites. cap. 1. de capitulis Conradi, & alibi.

Opinionis 4. author est Conn. lib. 2 comm. c. 9. n. 5. *Ego verò*, inquit *feudorū morem à Gallis venisse ad Germanos Italos, Hispanos & alios Europæ populos arbitror idque vt existimem, facit quod de Gallis scribit Cæsar lib. 3. commentariorum. Dicit enim, qui opib. inter eos valerēt, multos habuisse deuotos, quos secum in bellum ducerent, Soldarios sua lingua nuncupatos quorum hæc erat conditio, vt omnib. in vita commodis vnà cum iis fruerentur, quorum se amicitiæ dedissent, quod si quid iis per vim accidisset, aut eundem casum ferrent ipsi, aut mortem sibi consciscerent. Quod in vasallis nostris eodem se modo habet, qui cùm dant fidem suo domino, & patrono, iurant magno iureiurando se pro illius salute vitam posituros, &c.*

Sed vt rectè monet Hotom. disput. de feud. c. 2. feudalitij clientes nostri tēporis, nec illud receptū est, vt patrono interfecto mortē sibi consciscant: & Soldatij illi certos & proprios agros non habebant, qua tamen in re magnam feudorū partē constare, manifestū est.

Postremam sententiā, feuda ex Longobardis originem duxisse, frequentiorib. suffragiis doctores secuti sunt. Hanc post Balduinū,

& alios ab eo citatos, secutus est Freccia loco annotato num. 12. & num. 82. quibus accedant Franciscus Duarenus in commentariis in vsus feudor. cap 3. Eguinarius Baro ad Obertum Ortensium, de Beneficiis tit. 1. & hæc mihi etiam probabilior videtur. Primò quia in Cõsuetudinibus feudalibus sæpe fit mentio legum Longobardorum, vt in c. 1. de feudi cogni. in cap. 1. de contentio. inter do. & fid. de inuest. feudal. in c. de notis feudor. & alibi. Secũdo, quia in legibus ipsis Longobardis titulus extat de beneficiis & terris tributariis. Nihil autem aliud feuda esse constat quàm beneficia. Tertiò, quod me maxime mouet, quia ipsum verbũ *Feudum*, non a quantitate ducitur, vel a fœdere, vt quidam putãt, sed est verbum germanicum, vt mihi relatũ est a doctissimis viris, quod significat alimentum, quemadmodum & *Leudes*, quorũ meminit Gregorius Turonensis lib. 9. sunt populi Germaniæ, hoc est, homines, quos vasallos dicimus, vnde & hominium quod homagium frequentius dicitur. Constat autem Longobardos origine fuisse Germanos.

Non obstat huic sententiæ, quod Cuiacius perpendit, Gerardũ dixisse, ius feudorum antiquissimũm esse, & ideo referendum non esse ad Longobardos, cùm ipse Gerardus Longobardus fuerit, quia Gerardus hoc dicit in §. Et quia tit. de his qui feudum dare possunt: *Antiquissimo enim tempore*, inquit, *sic erat in dominorum potestate connexum, vt quando vellent, possent auferre rem in feudum a se datam, &c.* Hoc ius antiquissimũ cur non referri posit ad initium, quo feuda à Logobardis constituta sunt, nihil proponi video, licet ipse Gerardus Longobardus fuerit, longissimo enim tempore Longobardos cõstat rerum potitos esse ac dominatos.

Quæ verò Zasius, Cuiacius, & alij de clientelis Romanorũ, de militiis, de prædiis stipendiariis, & aliis id genus adferunt, potius imaginem quandam & simulacrũ, vt loquitur Zasius, feudorum continent, quam verum & germanam feudorum constitutionem, quam nũc habemus, quanquam vt Franciscus Hotomanus in disputatione de feudis cap. 2. adnotauit, alio fine institutæ fuerint Romanorum clientelæ quàm feuda. Illæ pacis alumnę, hæc militię comites, nisi ad illud clientelarum genus referãtur, quæ inter duces populi Romani, & subactos bello populos cõtrahebantur. Cùm. n. illi se dederent Romanis in eorum fidem, ditionem, potestatémque se commendabant: Eáque de causa non modò Romæ, cùm vsus ferebat, defendebantur, verùm etiam agris ea lege donabantur, vt cùm tempus referret, parati in armis essent: Vide Cæsarem de bello Ciuil. lib. 1. Hircium de bello Africo. Ciceronem lib. 1. officior. Itaque in re valde dubia, vt plurium acquiescerem sententiæ, his, quas dixi, coniectu is accedentibus, faciendũm esse iudicaui.

Ad alteram quæstionem quod attinet, antiqui interpretes Bart. & alij communiter dixerunt, feudum esse contractum, vt testatur Iulius Clarus § Feudum. quæst. 6. quibus & Ludolph. Schrad. parte prima de feudis, & Franciscus Duarenus cap. 2. adstipulantur, eo procul dubio argumẽto adducti, quia viderũt inter dominum & vasallum mutuas esse pactiones & obligationes, quib. propterea contractus vim inesse crediderunt, ac proinde inter contractus feudum retulerunt.

At cõtra Franciscus Hotomanus lib. 6. obseruat. cap. 7. Primò, quia contractus de re priuata & familiari, & quæ in cõmercio est, fiunt l. 7. §. Si pacisc. ff. de pact. l. Inter stipulantem 83. §. Sacram ff. de verb. oblig. Feudum autem clientela est potissimùm ad caput vel ad salutem senioris, vel vtriusque potius senioris, sc. & vasalli instituta, quæ conuentio in eorum negociorum numerum, quæ contractus appellantur non cadit.

Secundò, quia contractus lucri & negociationis causa fiunt, l. Actionum 25. § 1. ff. de act. & oblig. à quo feudi natura & ratio abhorret, quia feudũ proprium non est, nisi beneficium sit, & à liberalitate proficiscatur, lib. 1. feud. ti. 17. Quod enim pecunia emitur, improprium est libro 2 tit. 24.

Tertiò, quia cõtractus ab initio voluntarij, postea verò necessarij sunt, neq; sine vtriusque voluntate dissolui possunt. l Sicut. C. de act. & oblig. At feudum refutari a vasallo, id est, remitti & restitui seniori, quoties ei incommodum est, etiam inuito potest, lib. 2. tit 38.

Iacobus Cuiacius lib. 1. de feudis, in præfatione, non procul à fine, de hac re sic statuit: *Ne dixeris etiam feudum esse contractum. Ius est potius quod per contractum constituitur, dum scilicet dominus id per inuestituram cedit, quæ cessio datio est, ea lege, vt qui accepit, fidem & seruitium dantis semper exhibeat. Et contractum huiusmodi sequitur traditio, & est ex eo contractu actio de euictione in dominum. Et aduersus vasallum conditio causa dati, si fidem fallat, vel etiam præscriptis verbis, si nolit dominus feudum reuocare.*

Ego verò sic dico. Cùm quæritur an feudũ sit contractus, tria esse consideranda. Primùm rem ipsam, hoc est beneficium, quod confertur in vasallum, & hac ratione feudum cõtractus dici non potest, quia speciem habet donationis, liberalitatis, gratiæ, beneficij, argu. l. Interdictum 14. ff. de precario, ibi: *Magis enim ad donationem & beneficij causam, quàm ad negocij contracti spectat precarij constitutio.*

Secundò

Secundò cõſideranda eſt conuentio & pactio, quæ inter dominum & vaſallum fieri ſolet, & hoc nomine, ſi contractus verbum propriè ſumatur, feudum contractus non eſt. Nã vt reſpondit Vlpianus in l. Labeo. 19. ff. de verb. & rerum ſig. *Quædam aguntur, quædam geruntur, quædam contrahuntur. Actum generale verbum eſt, ſiue re ſiue verbis quod agatur: veluti in ſtipulatione, vel numeratione. Contractum autẽ vltro citróque obligationem eſſe: veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, ſocietatem.* Feudum igitur non eſt contractus propriè, quia pactiones & conuentiones propriè contractus non dicuntur, quod latè oſtendit Duarenus ad l. 1. ff. de pactis, & lib. 2. Anniuerſ.

Tertiò conſiderandum puto cõtractus verbum latè ſumptum, omnem obligationem ſignificare, vt vbicunque aliquis obligetur, & cõtrahi videatur, quamuis non ex crediti cauſa debeatur. l. omnem. 20. ff. de iudicijs. Itaq; ſi contractus verbum ita accipiatur, nõ dubito affirmare, feudum inter contractus annumerandum eſſe, quatenus obligationes reciprocas domini continet & vaſalli.

Nec iſtam diſtinctionem offendunt argumenta Hotomani: illa, n. huc pertinẽt, vt probetur, feudum non eſſe contractum, quatenus feudum, hoc eſt, beneficium eſt.

Item propriè contractum non cenſeri, quod & ipſe fateor. Non tamen ſequitur, contractum ſaltem impropriè dici non poſſe. Speciem enim contractus refert pactio, ſtipulatio, obligatio vaſalli, vt ex dictis patet.

CAPVT II.

Liber feudorum an ſit authenticus?

POſt controuerſiam de feudorum origine ſequitur altera, an liber quo conſuetudines feudales continentur, & leges etiam Imperatorum nonnullæ de ipſis feudis, authenticus ſit: & negant Hoſtienſis in ſumma, de immunitate Eccleſiarum §. In quantum. dũ ait, iura feudorum quemquam nõ aſtringere, niſi ſit lex Imperialis, nec non Ægidius Bellemera in conſil. 48. quorum illud eſt fundamentũ, quòd liber ille partim ſcriptus ſit à priuatis hominibus, qui legis condendæ poteſtatem non habent, partim particulares conſuetudines Mediolanenſium & Italorum contineat: quamobrem alibi cõſuetudines illas vim nullam obtinere exiſtimant.

Cæterùm librum feudorum authenticum eſſe, ſiue pro authentico habendum, alij communiter docuerũt, Zaſius in Epitome de feudis, in principio. Iulius Clarus §. Feudum. quæſt. 3. vbi alios citat. Duarenus in conſuet. feudal. in primo capite, & alij paſſim, quibus & nos aſſentiri par eſt: quia morib. iam receptus eſt liber ille: & in foro, & in ſcholis allegatur, & quæ in eo continentur, ſeruari ſolent tanquam leges: quare non immeritò authenticus dici poterit, vel certè pro authentico habendus erit, ea ratione qua Iuriſconſultus vſus eſt in l. De quibus. ff. de legib. *Nam cum ipſæ leges nulla alia ex cauſa nos teneant, quàm quod iudicio populi recepti ſunt, meritò & ea quæ ſine vllo ſcripto populus probauit, tenebunt omnes. Nam quid intereſt ſuffragio populus voluntatem ſuam declaret, an rebus ipſis & factis?* Quæ ratio multò magis locum habet in quæſtione iſta, cùm hæc conſuetudo ſit longiſſimi temporis, hominum memoriam excedentis. l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua quot. & æſtiua. & ſciente Principe, & patiente ſeruata fuerit. Nam conſtat & in ſcholis, & in foro librum feudorum apud omnes receptum eſſe, vſque ad hæc tempora. Eſt igitur conſuetudo hæc rationabilis, ac legitimè præſcripta, ac proinde ſeruanda. c. vlt. de conſuetud.

CAPVT III.

Sitne recipienda diuiſio feudorum in hæreditaria, & ex pacto & prouidentia?

HIs tanquam præludijs ſic præmiſſis, & iã nobis in aciem progredientibus, occurrit primùm inſignis controuerſia, de feudorũ diuiſione in hæreditaria, & ex pacto & prouidentia, ſitne recipienda vel reijcienda. Hæreditarium vocant feudum, cùm alicui cõcediτur & hæredibus ſuis: Ex pacto & prouidentia, cum alicui datur & filijs ſuis: ſiue deſcendentibus. Diuiſionem hanc primi omnium induxerunt Pileus & Bulgarus antiqui Gloſſatores: D. inde eam probarunt Andreas Iſernia in cap. 1. tit. an agnatus vel filius. nu. 2. & 3. & plurimi alij poſt eum, quos citat Pinellus ad l. 1. C. de bonis maternis. in 3. part. nu. 84. & latius Hartmannus Piſtorius quæſtionum iuris lib. 2. cap. 1. n. 1.

Cæterùm eandem diuiſionem nõ pauci varijs modis reprehenderunt, aliquib. membrũ illud ex pacto & prouidentia abijcientibus, omniaque feuda hæreditaria eſſe exiſtimantibus, inter quos Siluanus in conſ. 30. num. 12. à quo nõ procul abeſt D. meus Cephalus conſ. 214 num. 43. alijs contra, membrum alterum repudiantibus ex eo quod verbum *hæres* in materia feudali intelligatur de filijs & deſcendentib. maſculis, inter quos ipſe Piſtorius loco annotato nu. 99. & fuit olim opinio Baldi contra Iacobũ Beluiſium in c. 1. de eo qui ſibi & hæredib. ſuis maſculis. & Baldum ſecutus eſt Decius in conſ. 8[illegible]. & multi alij à Piſtorio citati num. 43. quibus adde Andr. Gayl. lib. 2. obſeru. 154. nu. 22. Cæterum [illegible]

Beluiſij multi alij ſecuti ſunt. Alexand. conſ. 19. n. 4. & n. 13. li. 5. alios plurimos Piſtorius citat n. 44. qua de re in ſequenti capite particulatim diſſeremus.

Sed omiſſo doctorum catalogo, qui ex Piſtorio peti poteſt, actum. n. agere nõ expedit, diligentius ipſe argumenta expendam, & veritati inueſtigandę pro virib. meis viam parare ſtudioſis conabor. Et ne diu ſuſpenſum lectoris animum teneam, exiſtimo, diuiſionem illam recipiendam non eſſe in illis terminis, quos propoſui, nempe vt hæ duæ ſpecies feudorum, tanquam diuerſæ ac differentes ſtatuantur in ſupra dicto exemplo, vt nimirum dicatur feudum hæreditarium illud, quod alicui cõceſſum eſt pro ſe & hæredibus, & ab ea ſpecie differat, qua feudum conceſſum eſt alicui pro ſe & liberis, ſiue deſcendẽtibus, quod doctores vocant ex pacto & prouidentia. Nec iam diſputo de nomine, ſed de re. Hoc enim volo, atque verum eſſe contendo. Conceſſionem factam pro hæredibus, eandem eſſe cum conceſſione facta pro liberis, & deſcendentibus: quo poſito, diuiſio illa corruit, quia ſpecies illius, ſiue membra, non ſunt diuerſa, ſed eadem.

Hoc autem, quod dixi, verum eſſe, eo argumento perſpicuum eſt, quòd verbũ *Hæredes*, in feudis ſignificat deſcendentes & liberos, qui ſuccedunt in feudis, & vocantur hæredes ſanguinis à doctoribus noſtris. Vide text. in c. 1. §. Et ſi clientulus. de aliena. feudi, in c. 1. tit. Apud quem vel quos controuerſ. feudi defin. in c. 1. de beneficio fratris, in c. 1. de eo qui ſibi vel hæredibus ſuis. in c. 1. de duobus fratrib. à capi. inueſtien. in c. 1. §. Similiter verſ. *profecto*, de lege Corradi. in cap. 1. §. Hoc quoque. de ſucceſſ. feudi in cap. 1. §. Præterea, quib. modis feud. amitt. in cap. 1. §. Et quia vidimus, de his qui feudum dare poſſunt. Idem eſt, & aliquando extra feuda, vt in l. Ex facto. §. vlt. ff. ad Trebell. & l. Si quis Titio. ff. de vſufruct. accreſcen.

His textibus probatur, verbũ *hæres*, in feudis ſignificare filium maſculum, ſed nullum hac de re illuſtrius teſtimoniũ eſt, quam text. in c. 1. §. Et ſi clientulus. de alien. feudi, cuius verba ſic ſe habent: *E ſi clientulus fecerit libellum, vel aliud de medietate feudi, ſine domini voluntate, eo mortuo ſine legitimo hærede maſculo quod verbum ita intelligendum eſt in feudo, id eſt ſine filio maſculo, reuertitur feudum ad dominum* Nec obſtat ſi dicatur hũc textum & alios fere omnes, loqui, quando fit mentio hæredis maſculi: quia illud verbũ, *maſculis*, tacitè intelligitur. c. 1. §. Similiter. verſ. Profecto. de leg. Corrad. ibi: *Suiſq. hæredib. quod intelligi debet de ſolis maſculis, &c.* Quamobrẽ eius expreſſio nihil operatur. l. 3. de legatis primo.

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, illud verbum *hæres*, ita quidem accipi in iure feudali, ſicut probatur textib. citatis, ſed aliter accipiendum eſſe, cum profertur ab homine in cõceſſione ipſa feudali, tunc enim videtur propriè accipiẽdum, vt ſignificet ſucceſſorem & hæredem, non autem filium ſiue hæredem ſanguinis.

Non rectè, primò, quia text. in dict. cap. 1. §. Et ſi clientulus. de alienat. feudi. loquitur generaliter, & dum dicit illud verbum ita intelligi in feudo, intelligitur generaliter etiam de ipſa feudali conceſſione, & eodem modo loquuntur multi alij textus, ſuprà allegati. Deinde, quia ſi iure feudali hoc verbum, *hæres*, habet hanc ſignificationem, vt intelligatur de hærede ſanguinis, id eſt filio maſculo, etiam ipſa feudalis cõceſſio *pro hærede*, ita erit accipienda, vt ſignificet hæredẽ ſanguinis, & filiũ maſculum, quia verba ſunt intelligenda ſecundum ſubiectam materiam. l. Si vno. ff. locati. l. Si inſulam. ff. de præſcript. verb. l. Si ſtipulatus. ff. de vſuris. l. Damni infect. ff. de damno infecto. c. 1. §. Filia verò. de ſucceſſ. feudi. c. 1. §. Quin etiam Epiſcopũ vel Abbatem, &c.

Argumenta in contrarium, pro diuiſione, hęc ſunt. Primũ ſumitur ex l. Cum patronus. §. Cùm libertus. iuncta l. vt iuſiurandi. §. Si liberi. ff. de operis libertor. Notant doctores in his locis, differre ſtipulationem hanc, operas præſtari *liberis*, & præſtari *hæredib.* quia priori caſu debentur liberis, licet non ſint hæredes patris, argumento l. Quodcunq; 45 §. Si quis ita. ff. de verb. oblig. Poſteriore non item, ſed neceſſe eſt, vt ſint hæredes, argum. d. §. Cùm libertus.

Reſpondeo, non, ſi in alia materia differant hæ ſtipulationes *pro liberis*, & *pro hæredibus*, idcirco ſequitur, etiam in feudo differre. Hoc eſt. n. quod notanter dicit text in d. c. 1. §. Et ſi clientulus. de alien. feudi. *quod verbum* (Hæres) *ita intelligendum eſt in feudo, id eſt ſine filio maſculo.* Conſtat autem in feudis ius Cæſareũ non ſeruari, quoties contrarium ipſo iure feudali conſtitutum eſt, vt in cap 1. de cognitione feudi. Cùm itaq; iure feudali conſtitutum ſit, vt verbum *hæredes*, ſignificet deſcendentẽ, ſiue filium maſculum, fruſtra aliæ leges adferuntur, ad docendam differentiam inter liberos & hæredes.

Secundũ argumentum eſt ex l. 5 ff. de relig. & ſumpt. funer. cuius verba hęc ſunt: *Familiaria ſepulchra dicuntur, quæ quis ſibi familiæque ſuæ conſtituit: hæreditaria autem, quæ quis ſibi hæredibuſque ſuis conſtituit.* Idem probatur in l. Ius ſepulchri. C. eodem tit.

Reſpondeo, nihil elegantius proferri poſſe ad confirmandam hanc diuiſionẽ ac differentiam inter cõceſſionem factam pro liberis, & conceſ-

concessionem factam pro hæredibus, in alia materia quàm feudali, sed nihil valet hoc argumentum in materia feudali, quia repugnãt iura feudalia, quæ concessionem pro hæredib. factam interpretantur pro filiis masculis: quibus feudalibus legibus in materia feudali acquiescendum potius est, quàm legibus Romanorum, & Cæsaris in alia materia à feudali diuersa loquentibus.

Tertium argumentum est, quoniam in feudis maximè spectandus est tenor concessionis, & ille præferendus est regulis, & naturæ feudorum c.1.de duob.fratrib. a capitaneo inuestien.ca.1.§.pen.quid sit inuestitur. Ergo licet verbum, *hæres*, secundum regulas feudales significet filium, tamen in concessione ac inuestitura ipsa aliter accipiẽdum erit: quia *Hæres* significat omnem successorem, & longè differt à *filio*, sicut & diuersitas nominis indicat. l.Si idem.C.de Codicillis.

Responsum est superius, verbum *hæres*, propriè sumptum, & in alia materia quam feudali non restringi ad filium & a filio differre, sed in materia feudali pro filio accipiendum esse: & ideò frustra natura verbis & iuris communis regulæ adferuntur ea in re, in qua specialem ex iuribus feudalibus interpretationem habemus longè diuersam.

CAPVT IV.

Quæ sit interpretatio adhibenda in concessione feudi alicui & hæredibus facta.

Licet ex his quæ dicta sunt in præcedenti capite, facilè intelligi possit, quæ sit interpretatio adhibenda, cùm feudum conceditur alicui & hæredibus, iuuat tamen id sigillatim in disceptationem vocare, atque ex diuersis doctorum sententiis, quid statuendum sit, diligenter expendere.

Tres sunt doctorum interpretationes, ac sententiæ de hac re. Prima, concessionem feudi, de qua loquimur, ita esse accipiendam, vt feudum dicatur res hæreditaria esse, & in eo hæreditario iure succedatur. Secunda, vt ex hac concessione ad liberos tantum ac descendentes feudũ pertineat, ita tamen vt sint hæredes, alio autem respectu non censeatur res hæreditaria. Si non fuerint hæredes illius, cui facta est concessio, ad feudum vocatos nõ videri. Tertia, sensum huius feudalis concessionis eundem esse, ac si liberis & descendentibus concessio facta esset.

Prioris sententiæ authores sunt Iacob. Beluisius in cap.1.an agnatus vel filius, & in ca.1.de eo qui sibi & hæredibus masculis. Andreas Isernia in c.1.an agnatus vel filius, & in cap.1.§. Hoc quoque.de successio.feudi. Afflict. in d.c. 1.an agnat. vel filius, & in d.§. Hoc quoque.n. 71 Præpositus in c.Imperialem, col.7.de proh. feudi alien. per Frideric. Alexander in l. quædam.§.Nihil interest.col.2.vers. Considera tamen.ff.de Eden.& in consil.13.nu.9.& in consil. 18.n.10.& in consil.19. per totum ferè, & in consil. 28.n.19.lib.5.Iason ad l.2.n.213. vers. Et quamuis. Bald. C.de iure emphyt. Curtius iunior de Feudis, in 4.parte, quæst.pen.n.132. & in consil. 1.n.13. Io. Campegius inter consil. Bruni consil.11. n.8.9. Loffredus consil.1.num.30.46.52.59.& 132. Parisius consil.1.n.5.6.7.8. lib.1.& consil.16 n.44. & consil.23.n.191.eod.lib. Riminald. senior cõsil. 305 n.17.lib.2. Gratus consil.4.nu.45. lib.1 Ioachimus Camerarius ad c.Imperialem. §. Præterea ducatus, de prohib.feudi alien. per Frider. alios citat Pistorius quæstionum iuris lib. 1.c.1.n.57.

Fundamentum huius sententiæ est, in verbo illo, *hæres*, quòd absq; dubio significat successorem in vniuersum ius defuncti. l. Hæres in omne.ff.de acquir.hæred. l.Hæreditas.de reg. iuris.l.Nihil aliud.ff.de ver.sig. Cùm igitur in feudis in primis obseruandus sit tenor concessionis & inuestituræ, vt vocãt, & quidẽ posthabita natura successionis, ex regulis feudorũ, ca.1.de feudo non habente propriam naturam feudi, c.1.de duobus fratribus a cap.inuestien. sequitur dicendum, in concessione feudi alicui & hæredibus facta, interpretationem istam esse adhibendam, vt feudum efficiatur hæreditarium, & tanquam res hæreditaria considerari & iudicari debeat.

Secundæ autem interpretationis ac sententiæ authores fuêre Baldus in c.1.de eo qui sibi & hæred.masculis, & in ca.1.an agnatus vel filius. Corn.consil.309.col.4.li.1. Decius in consil. 185.n.5.& 78.n.5.& consil.108. Parisius consil.23.n. 175.& 187.lib.1 & consil 65 n 10.lib.3. Marianus Socinus consil.80.n.17.18.& consil.12.n.10.& 14. lib.2.& consil.72.n.31.lib.1.& consil.42.n.7. lib.3. Hyppolytus Riminal.in consil 18.n.60.lib.1.vbi alios citat.

Fundamentum est, in verbo *Hæres*, & licet intelligatur de filiis masculis, tamẽ pater censetur eis stipulatus, non tanquam filiis, sed tãquam hęredibus, tum quia regulariter stipulatur vnusquisq; sibi, suisque hæredibus. l.si pactum.ff.de probation.l.Veteris. C.de contrah. & committen.stipul. tum quia id importat ipsum verbum, *Hæres*, vt scilicet filius quidem intelligatur, sed hæres tamen esse debeat, alioquin si non deberet hæres esse, repudiare posset patris hęreditatem, feudo retento, quod est contra textum in c.1 An agnatus vel filius. Similiter & emphyteusis transit ad filios, hæredes tamen patris, §. Emphyteusim. in Auth. De non alienan.reb.eccles.

Tertiæ opinionis authores sunt Paul. Castr. in l. Ex facto. §. vlt. circa fin.ff.ad Treb. Iason

in l. Si non sortem. §. Libertus. circa finem. ff. de cond. indeb. Bossius tit. de Princip. nu. 506. Hippolytus Riminald. cons. 18. nu 58. lib. 1. Decius cons. 78. & cons. 397. Socinus iunior in cons. 42. n. 4. lib. 3. Andreas Geyll. lib. 2. obseru. 154. num. 21.

Fundamentum est illud, quod in præcedenti capite diximus, nempe verbū *Hæres*, in feudis significare filium & descendentem, atq; adeò hæredem sanguinis. c. 1. §. Et si clientulus, de alien. feudi. cum aliis suprà in capite præcedēti allegatis. Ergo interpretatio hæc idonea erit, & aliis præferenda, quæ sumitur ex iuribus feudalibus, vt nimirum concessio hæredibus facta patre stipulante pro filiis accipienda sit.

Ego hanc postremam sententiam amplector, & verissimam esse non dubito, quia nititur firmissimo fundamento, cui sanè responsum adferri nullum potest. Nam si quis dixerit textus feudales loqui, quando feudum datur alicui, & filiis masculis. Hæc certè non est idonea responsio, quoniam etiamsi dictum sit de hæredibus simpliciter, tamen intelligitur de masculis, cap 1. §. Similiter. versic. Profectò. de lege Corradi. Vnde ita argumentari possumus. Concessio feudi hæredibus facta intelligitur de hæredibus masculis: Sed hæredes masculi intelliguntur filij, vt probant textus feudales: Ergo concessio feudi hæredib. facta, intelligitur de filiis masculis. Hoc fundamentū mihi firmissimum videtur. Contrà, prioris sententiæ fundamentum prorsus infirmum, quia vt maximè verum sit, verbum *Hæres*, id propriè significare, tamen debet intelligi secundum materiam subiectam: Materia autem subiecta feudi hoc vult, vt de filio intelligatur. Sicut in præcedenti capite latiùs deduxi.

Fundamentum porrò secundæ opinionis eadem ratione corruit: Et licet stipulatio ad hæredes referenda sit, tamen in hac specie nostra cautum est, qui veniant sub nomine & appellatione hæredum, nimirum filij masculi: Ideo res est perspicua, neque opus est coniecturis. Quod verò infertur, si non requireretur, vt filij hæredes existant, eos feudum repudiare posse, retenta patris hæreditate, non rectè infertur, quia dum sic interpretamur feudi concessionem hæredibus factam, vt de filiis masculis intelligatur, hoc volumus, vt feudum obtinere possint, licet hæredes patris non sint, quia scilicet esse non possint hæredes, vel quia ipsi capaces non sint hæreditatis, vel quia nihil sit in hæreditate, puta si parens nil reliquerit aliud præter feudum, vel si eius bona confiscata sunt, aut similes ob causas. Verum autē si hæredes esse possint, liceat eis hæreditatem patris repudiare, & feudum retinere, est alia longè diuersa quæstio, quæ proponi potest, etiam in aliis terminis, nempe, etiamsi feudū sit concessum alicui & liberis, vel simpliciter concessum sit, quam in sequenti capite latius examinabimus.

CAPVT V.

Quomodo accipiendum, quod dicitur in c. 1. An agnatus vel filius. §. uni consp. ſi patris hæreditatem repudiare & feudum retinere.

EXtat feudalis constitutio in hæc verba: *Si contigerit vasallum sine omni prole decedere, agnatus, ad quem vniuersa hæreditas pertinet, repudiata hæreditate, feudum, si paternum fuerit, retinere poterit, nec ex debito hæreditario aliquid feudi nomine soluere cogitur, sed in fructibus, si quos reliquit, vt de eis debitum soluatur, quo tempore decesserit secundum quod supra diximus considerabitur. Vbi verò filium reliquit, ipse non potest hæreditatem sine beneficio repudiare, sed aut vtrumque retineat, aut vtrumque repudiet, &c.*

Insignis controuersia est, quomodo hęc regula sit accipienda. Quatuor enim existunt Doctorum sententiæ. Vna, accipiendā esse de feudo, quod vocatur hæreditarium, cùm scilicet concessum est alicui & hæredibus eius. Altera, accipiendam esse de feudo, quod vocant Doctores ex pacto & prouidentia, veluti cùm alicui feudum datur, & liberis eius siue descēdentibus. Tertia, intelligendam esse, cum quis feudum simpliciter accipit, nulla facta filiorū, vel hęredum mentione. Quarta, accipiendam esse tam de feudo pro hæredibus concesso, quam pro filiis, siue descendentibus.

Prioris sententiæ Authores sunt, Baldus, Martinus Laudensis, & Aluarotus in cōmentariis eiusdem loci, Iacopinus a S. Georgio in inuestitura feudali in verbo *Et ipsi inuestiti*. n. 2. Zasius in Epitome feud. part. 8 tit. de success. feudor. 4. conclus. Salic. in l. 2. C. de liberis & eorum libertis. Imola in c. ex parte. col. 7. vers. secundo casu. de feudis. Paulus Castr. in l. pro hærede. §. Si quis tamen. ff. de acquir. hæred. Iason in l. Quod dicitur. n. 33. ff. de verb. oblig. Pinellus ad l. 1. part. 3. nu. 85. C. de bon. matern. Clarus in §. Feudum. quæst. 76. Corn. cons. 309. lib. 1. Curtius senior cons. 82. col. 3. Albert. Brunus cons. 80. n. 15. Decius cons. 455. n. 51. Ruinus cons. 17. nu. 4 lib. 1. Parisius cons. 5. num. 3. lib. 1. Alciatus cons. 189. nu. 4. Marianus Socinus iunior cons. 72. n. 9. lib. 1. Rolandus a Valle cons. 28. lib. 3. cons. 79 n. 39. lib. 1. & 67. num. 23. lib. 2. alios citat Cacheranus decis. 162. Mynsingerus Cent. 3. obseru. 67. Andr. Geyll. lib. 2. obser. 54.

Fundamentum est, quia feudum hæreditarium, nempe alicui & hæredibus eius datum, videtur

videtur sortiri naturam hæreditatis: sicut ergo nemo potest partem hæreditatis adire, & partem repudiare, l. 1. & 2. ff. de acq. hæred. ita nõ potest hæreditatem repudiare, & feudũ retinere, quasi feudũ sit pars hæreditatis. Et quamuis ratio ista locum habeat tam in filio, quàm etiam in agnato, tamẽ in agnato aliter est cõstitutum: quia cum agitur de feudo paterno, agnatus hæres extitit saltem primi acquirentis, & hoc sufficere videtur.

Secundæ opinionis Authores sunt perspicuè Andreas de Isernia in commentariis eiusdem loci, Afflict. ibid. n. 1. Couuar. li. 2. variar. resol. c. 18. n. 4. vers. Secundum in hac quæstione. Aretinus in l. Pro hærede, §. Quæsitum. ff. de acq. hæred. & in cons. 14 in secundo dubio. Alexand. cons. 19. lib. 5. Loffredus cons. 1. n. 51. Antonius ab Alexandro inter consilia Loffredi cons. 52. n. 53. Albertus Brunus cõs. 24. Antonius Rubeus cons. 18. n. 3. Curtius iunior cõs. 138 n. 18. & cons. 155. multos alios allegat Hartmanus Pistorius, & ipse candẽ hanc sententiam secutus quæstionum iuris lib. 2. ca. 2. nu. 6. cum pluribus sequentibus.

Fundamentum est quia in feudo hæreditario res est perspicua, filium non posse retinere feudum, & patris hæreditatem repudiare, quia feudum est tunc hæreditatis pars. At in feudo ex pacto & prouidentia opus fuit constitutione illa ne filij paterna hæreditate irreuerenter repudiata, feuda consequerentur.

Tertiæ opinionis Authores sũt multi, quos refert & sequitur Cacheranus dicta deci. 161. num. 9. Et fundamentum est illud, quia textus simpliciter loquitur de feudo, nullam faciens mentionem concessionis, vel pro hæredibus, vel pro liberis factæ, ergo videtur esse intelligendus eodem modo, id est, generaliter & indistinctè.

Quartæ opinionis Authores sunt, Syluanus cons. 30. Dom. meus Cephalus cons. 124. Sonsbecchius tract. feudorum, part 9. n. 160. Fũdamentum est, quia text. generaliter & indistinctè loquitur: ideo videtur accipiendus de omni feudo, siue pro hæredibus, siue pro liberis dato & concesso.

Ego sanè in hanc postremam sententiam sum procliuior: Tertiam tamen etiam approbando, atque ita statuo, vt siue feudum fuerit simpliciter concessum, siue pro liberis, siue pro hæredibus, locum habeat illa constitutio: & moueor eo argumento, quia verba eius non distinguunt, sed simpliciter & generaliter loquuntur, & nulla est ratio, quæ nos cogat restringere textum ad feudum concessum pro hæredibus, vel concessum pro liberis, vel simpliciter concessum, nulla liberorũ, vel hæredum facta mentione, quod ita perspicuè demõstro, & planum facio. Feudum simpliciter concessum, procul dubio ad liberos transit masculos, c. 1. de success. feudi. c. 1. §. 1. de his qui feud. dare poss. Feudum concessum pro hæredibus similiter ad liberos transit, quia verbum *Hæres*, intelligitur de filio masculo, vt in c. 1. §. Et si clientulus. de alienat. feudi. & suprà dictum est latius in c. 3. Feudum concessum pro liberis similiter ad liberos transit. Ergo quantum ad hoc, vt liberi masculi succedant in feudo, nullum est discrimen, siue concedatur simpliciter, siue pro liberis, siue pro hæredibus: quia sẽper liberi succedunt: & ad liberos transit, & pro liberis quoque videtur concessum. Hoc cùm ita sit, nulla ratio suppetit, cur textum, quem in manibus habemus, ad vnam ex dictis concessionibus restringamus: quia vna concessio trahit ad se alterã: Et non potest in vno casu locum habere, quin & in altero locum habeat, vt patet.

Cur autem filiis non liceat hoc modo paternum feudum retinere, & hæreditatẽ repudiare, agnatis verò liceat, nõ facilè caussa inueniri potest. Duarenus in Consuet. Feud. ca. 11. num. 9. caussam adscribit pietati, quam filius parenti debet, quasi inhumanum & iniuriæ plenum sit, repudiare eius hæreditatem: Alij alias adferunt caussas. Mihi probatur, quod Iacobus Cuiacius scribit eo in loco: *Agnatus in feudo tantùm genearchico succedit, non in feudo nouo: & ideo non tam videtur id à defuncto accipere, quàm à communi parente, puta auo, vel proauo, qui id primus adquisiuit, vt si feudum adquisiuerit auus meus, & ab eo in patrem meum transierit, à patre autem obuenerit mihi, me mortuo sine liberis, in id succedet patruus meus, quasi in feudum patris sui, non quasi in feudum meum: & ideo repudiata hæreditate mea poterit feudum, quasi patris sui feudum retinere, & debitis oneribúsve hæreditatis meæ non obligabitur. Quin & ipse testamento non potero in fraudem patrui mei illud feudum in alium conferre. Filius autem succedit patri, non tantùm in genearchico feudo, sed etiam in nouo, & genearchicum, puta quod descendit ab auo, etiam capere videtur à patre suo, non ab auo, cum in eius successione patruo suo præferatur, qui tamen erat proximior auo. Qua de causa non aliter admittitur in feudum auitum, quàm quasi hæres patris, & ideo separare bona non potest. Hæreditas enim scindi non potest. Repudiata igitur hæreditate non poterit feudum retinere, nisi consentientibus agnatis, &c.* Hactenus Cuiac.

CAPVT VI.

Feudum concessum pro hæredibus quibuscunque, an extendatur ad extraneos hæredes, & fœminas.

Feudum pro hæredibus quibuscunque cõcessum restringendum esse ad liberos masculos, & descendentes legitimos, non autem ad extraneos extendi posse, docuerunt Baldus in ca. 1. §. Donare. qualiter olim feud. poterat aliena. & ibidem Martinus Laudensis, & Præpositus Iacopinus à S. Georgio in inuestitura feudali. in verbo. *Quibuscunque*. Zasius in Epitome feudor. part. 8. n. 22. Aretinus & Socinus in l. Gallus. §. Etiamsi parente. ff. de lib. & posthum. Alex. in consi. 30. n. 2. lib. 1. Decius in consi. 171. n. 5. 6 & 193. n. 5 & 208. n. 2. Corneus consi. 199. col. vlt. lib. 2. Rub. consi. 110. nu. 9. Barbatia consi. 63 n. 1. lib. 1. Gozadinus consi. 26. n. 33.

Fundamentum est, quia verba, quantumuis generalia, debent intelligi secundum materiam subiectam, & ad habiles restringi. argũ. l. 2 §. Prætor ait. 2. in vers. qualiscunque. iũcta Glos. in ver. facultatem. ff. qui satisd. cogan. l. Tutor. §. Prodigus. ff. de iureiur. in c. 1. §. vlt. de iureiu. in 6. l. Etsi instrumenta. in verb. *Quibuscunque*. & ibi Glos. parua, quæ dicit, *scilicet idoneis*. C. de fide instrum. l. vt gradatim. §. 1. ff. de munerib. & hon.

Sed contrarium docuerunt Baldus, sibi non constans in l. 1. q. 34. ff. de rer. diuis. Alex. in l. Si patroni. col. pen. ff ad Treb. & in l. Gallus. §. Etiam si parente. ff. de lib. & posth. & in consi. 7. n. 6. li. 7. Iason in præludiis feudorum. n. 49. & in l. 1. §. Nunciato, n 6. ff. de op. no. nuncia. Clarus § Feudũ. q. 9. vers. Hoc præmisso dic. And. Geyl. lib. 2. obseru. 154. n. 9. alios citat Pistorius quæstionum iuris lib. 2. c. 1. n. 39.

Fundamentum est, in ipsa verborum generalitate, quæ absque omni dubitatione vi sua, & propria natura & significatione omnes hæredes comprehendit. Nec obstat, quod respõderi solet, restringendam esse generalitatem ad subiectam materiam, & verba generalia restringenda esse ad habiles & idoneos, atque adeò ciuiliter accipienda: quia id habere locum potest, quoties generalia verba à lege proferũtur: tunc enim ne leges legibus aduersentur, fit illa interpretatio, secus autem, quoties ab homine proferuntur, quia nihil impedit quo minus generaliter accipiantur.

Ego posteriorem hanc sententiam amplector. Est enim magis cõmunis, & magis conformis verbis contrahentium; Et animaduertendum esse puto, id quod dicitur, generalia verba restringenda esse ad habiles & idoneos, ad rem propositam nõ pertinere, quia fœminę & hæredes extranei sunt quidem regulariter incapaces feudorum, quia feuda ad masculos & legitimos hæredes transeunt, sed non tamẽ prohibentur capere feuda, quoties eis ex tenore inuestituræ & concessionis deferuntur, vt patet ex tit. de feudo non habente proprium naturam feudi, & aliis locis. Igitur iam sola incidit dubitatio, an concedens feudum pro hæredibus quibuscunque, voluerit etiam ad fœminas, & ad extraneos feudum ipsum transire. Et in hac quæstione voluntatis, nulla maior est coniectura, quam quæ ex verbis deducitur. Siquidem verba indicant animũ loquẽtis. l. Labeo. ff. de supellecti. legata, *& sunt eorũ, quæ sunt in anima affectuum notæ*, vt dicebat Aristoteles lib. 1. Periermenias, cap. 1. Hæc autẽ verba secundùm propriam significationem omnem denotant hæredem, tam masculum, quàm fœminam, tam legitimum quàm extraneum. Ergo non aliter à verbis erit recedendum, quàm si de contraria voluntate constiterit. l. Non aliter de leg. 3.

CAPVT VII.

Quomodo accipienda sit feudalis concessio, pro hæredibus masculis facta.

Controuertitur præterea, cuiusmodi sit interpretatio adhibenda, vbi cõcessio & inuestitura feudalis concepta est pro hæredibus masculis, in qua quidem cõtrouersia quid statuendum sit, facilè ex iis, quæ dicta sunt in ca. 3. & 4. cognosci potest. Iuuat tamẽ, quia separatim id disputari solet eidem caput tribuere separatum. Tres sunt Doctorũ sententiæ. Vna, feudum ita concessum, hæreditarium esse. Altera, ex pacto & prouidentia esse, hoc est, videri liberis concessum. Tertia, esse mixtũ, hoc est, partim hæreditarium, partim ex pacto & prouidentia, & consequenter duo hæc requirere, vt scilicet quis filius sit, & simul etiam heres.

Prioris sententiæ Authores sunt, Andreas Isernia in c. 1. §. Etsi libellus. vers. Et quid si acquisiuit, de alien. feud. pater. Sigismundus Loffredus latè in consi. 1. n. 26. cum multis sequent. Alciatus in consi. 180 183. 160 & 178. n. 3. Couua. li. 2. c. 18. Zasius par. 8. n 6. in Epitome feudor. Bursatus alios citans in consi. 49 n. 41. 89 n 33 & 38. & consi. 148 n 10. 11. & consi. 151. n. 44. subdẽs bis secundùm hanc sententiam fuisse iudicatum, sic & consilium Neapolitanum sæpe iudicasse Vrsillus testatur ad Afflictum, decis. 140. 112. 248 Hartmannus Pistorius multos alios Doctores adducens, quæstionum iuris lib. 2. c. 3 n. 17.

Fundamentum est in verbo *Hæres*, quod significat omnem successorẽ. l. Hæredis appellatio. l. Hæredis appellatione. ff. de verb. sig. & l. sciendum. ff. eod. Ergo hæredes & successores censentur vocati, & consequenter feudum est hęreditarium, atque huc pertinent generalia quædam pronunciata: *Cùm in verbis nulla est ambiguitas, non est facienda voluntatis quæstio, &c. Verba sunt propriè, & in potentiori significa-*

significatione intelligenda &c. Vnumquodque verbum ita accipiendum, ne frustrà videatur adiectum. &c. Et id genus alia multa, quæ notissima sunt.

Quod si quis obiiciat, verbum *Hæres*, in feudo accipi pro filio masculo, cap. 1. §. Etsi clientulus. de alien. feudi, & in aliis locis, respondent duobus modis. Primò, id locum habere, quando verbum illud *Hæres*, ponitur in conditione, sicut loquitur text. in d. §. Etsi clientulus. Nam cùm hæc conditio ponitur, vt si vasallus sine hærede masculo decesserit, feudum reuertatur ad dominum, illa verba, *sine hærede*, meritò de filio intelliguntur, quia, si de omni hærede accipiantur, conditio illa nunquam existeret. Nunquam enim aliquis decedit sine aliquo hærede, quia fiscus hæres est, nullo alio existente.

Secundò respondent, dato quod verbum *hæres*, in feudo sic esset accipiendum, nimirum de filio, hoc tamen etiam requiretur, vt filius sit hæres, ne frustrà illud verbum *Hæres*, adiectum videatur. Hoc. n. vult tex. in d. §. Etsi cliẽtulus. verbum *Hæres*, in feudo significare filiũ masculum, ad differentiam fœminæ, non tamen negat hæredem filium esse oportere. Et ideo constituendum est discrimen, vtrum quis feudum acquirat *filiis*, vel *hæredibus*, nam priore casu illud acquirit filiis, vt filiis, posteriore autem vt hæredibus.

Secundæ autem sententiæ Authores sunt primus omniũ Raynerius ciuis meus, in dispu tatione, incipiente, quidã habebat duos, prout eũ refert Baldus in l. Caius. ff. sol. matr. Franciscus Cremensis sing. 15. Alex. ad l. Gallus. §. Etiamsi parente. col. 2. ff. de lib. & posth. & in cõns. 105. n. 7. & 124. lib. 4. Iason in d. §. Etiamsi parente. n. 22. & in cons. 7. lib. 3. Decius in cons. 185. n. 3. 395. & 445. n 8 9. Afflictus in c. 1. n. 11. an agnatus, vel filius. Socin. iun. consil. 72 nu. 25. lib. 1. & 112. n. 7 8. lib. 2. Natta cons. 127. Rubeus cons. 85. Gozadin. cons. 16. Crauetta consi. 197. Bellonus cons. 33 n. 2. Roland. à Valle cons. 67. n. 22. lib. 1. Berous cons. 68 69. lib. 1. Pinellus ad l. 1. in 3. part. nu. 88. & nu. 94. C. de bonis mater. Mynsingerus Cent. 4. obseru. 2. vbi dicit: *Iudicium Imperialis Cameræ hanc sententiam solitum amplecti.*

Fundamentum est in c. 1. §. Etsi cliẽtulus. de alien. feudi, & in aliis locis, quibus probatur verbum *Hæres masculus*, in feudo accipi pro filio, ea loca recensui suprà c. 3. Ergo verba concessionis & inuestituræ *pro hæredibus masculis*, ad eundem hunc sensum referenda sunt, quãdoquidem est sensus legitimus, & iure feudali receptus.

Tertiæ opinionis Authores sunt multi, quos refert & sequitur Iulius Clarus. §. Feudum. q. 4. vers. quandoque & tertiò. Fundamentum verò est præclarum, quia illa verba, *pro hæredibus masculis*, duo significare videntur, nimirũ *filios*, & simul etiam hæredes. Quatenus filios significant, videtur feudum ex pacto & prouidentia, quatenus hæredes significant, videtur hæreditarium esse.

Mihi diligenter hanc rem contemplanti, hoc videtur iuri & rationi consentaneum, vt siquidem sit quæstio, an feudum, quo de agitur, sit ex pacto & prouidentia, quantũ ad hũc effectum, vt ad illud admitti filius possit, etiã hæreditate patris repudiata, nullo modo id concedendum sit, quia filius non potest repudiare patris hæreditatem & feudum retinere, vt in c. 1. an agnatus vel filius. de quo suprà ca. 5. disputatum est. Et scio multos ex his, qui voluerunt feudum, de quo agitur, ex pacto & prouidentia esse, in cõsequentiã quoq; voluisse, filium repudiare hoc in casu patris hæreditatem posse, & feudum retinere, non rectè mea quidem sententia, vt dixi in d. cap. 5.

Cæterùm, si controuersia sit, an istud feudũ sit ex pacto & prouidentia, extra dictum effectum, atque in hunc sensum, vt quæ sit natura eius intelligatur, existimo sententiam Raynerij ciuis mei, veriorem ac probabiliorem esse, eo argumento, quod iam sæpius inculcaui, quod verbum *hæres masculus*, in feudo accipitur pro filio masculo, vt in d. c. 1. §. Etsi clientulus. de alien. feudi.

Non obstant responsiones allatæ. Nam quod primo loco dicitur, id non esse ex natura feudi, sed propter cõditionem, sub qua illa verba ponuntur, id, inquam, nullo modo placere potest: quia verba textus repugnãt. Ait enim textus: *quod verbum ita intelligendum est in feudo, id est, sine filio masculo.* Ex quo patet id ex feudi natura, non autem ex vi conditionis adiectę procedere. Alioqui dicere textus debuisset, quod verbum in conditione positum masculum filium significat.

Quod verò secundo loco dicebatur, verbum *Hæres*, intelligi quidem de filio, sed tamen sub ista qualitate, quod sit hæres, nõ videtur mihi satis firmum; quia hoc textus vult, verbum *Hæres*, in feudo filium significare, quod autem filius hæres esse debeat, non dicit. Nec nostrum est coniicere, quod textus id tacitè supponat, quia nulla ad id dicendum necessitas nos cogit. Transit. n. feudum ad filios, & ij legitimi dicũtur successores, quæ caussa est, cur verbum hæres de filio sit accipiendum: quia videlicet filius in feudo succedit, atque adeò hæres dici potest. Et quia plerunque filij hæredes esse parentum solent. Quod si verbum illud hæres, denotaret filiũ hæredem, ita vt non posset in feudo succedere, nisi hæres esset patris defuncti, scil. quoad reliquam hæreditatem, potuisset id facilè author in textibus

feudorum exprimere ac declarare. Quod tamen nullibi expreſſum eſt. Maneat igitur hæc ſententia, vt mihi videtur, iuri magis conſentanea & rationi.

CAPVT VIII.

Poſſitne pater alienare feudum nouum in præiudicium liberorum?

VTrum Pater feudum vni ex liberis prælegare poſſit, (quæ grauis eſt controuerſia) explicaui lib. 6. cap. 61. in 2. parte Controuerſiarum iuris, omiſique Menochium in cõſ. 161. lib. 2. & Piſtorium lib. 2. quæſt. iuris, cap. 4. Nunc diligenter tractanda alia controuerſia eſt, non procul tamen ab ea diſtans, vtrum pater, cum conſenſu domini inter viuos alienare poſſit feudum nouum in præiudicium liberorum ſuorum, ad quos poſt eius mortem peruenire debet. Affirmant Andreas Iſernia in c. 1. §. Et ſi libellus. de alien. feudi pater. n. 9. & 10. Afflictus in c. Imperialem. in princ. num. 75. de prohib. feudi alienatio. per Fridericum. & deciſ. 112. n. 6. & deciſ. 138. n. 5. & deciſ. 248. num. 1. Loffredus conſi. 1. nu. 163. & in conſ. 8. nu. 23. & in conſ. 52. nu. 1. Zaſius in Epitome part. 9. n. 10. Clarus §. Feudum. quæſt. 41. verſ. Et hæc quidem. circa finem. Pinellus ad l. 1. in 3. part. nu. 98. C. de bonis mater. Alciatus in conſ. 160. nu. 14. Dominus meus Cephalus in conſ. 12. nu. 16. & 486. n. 35. & 608 nu. 33. lib. 4. Natta conſ. 475. lib. 2. & 501. lib. 3. & 644. num. 4. lib. 4. Piſtorius multos alios adducens lib. 2. quæſtionum iuris, c. 4. n. 23.

Argumenta ſunt iſta. Primum, quia nihil eſt tam conueniens naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem ſuam in alium transferri, ratam haberi, vt ait Iuriſconſul. in l. Qua ratione. §. Hę quoque. ff. de acq. rer. dom. neque interdicenda eſt ingenuis hominibus libera rerum ſuarum adminiſtratio. l. 2. ff. Si a parente quis fuerit manu. Ergo pater feudum acquiſitum, tanquam ſuum effectum, alienare accedente domini conſenſu poterit.

Secundum, quia iura feudalia ſtatuẽtia feudi alienationem ſucceſſorib. non præiudicare, loquuntur de feudo paterno, ſiue antiquo, vt in cap. 1. de alien. feudi pater. & alibi, ex quo indicari videtur, in feudo nouo aliter eſſe reſpondendum, ſcilic. alienationem permiſſam videri.

Tertium argumentum. Omnes res per eas cauſas reſoluuntur per quas naſcuntur. §. vlt. in Inſtit. quib. mod. toll. oblig. l. Nihil tam naturale. de reg. iur. Ergo is qui feudum acquiſiuit cum conſenſu domini ſui, à quo feudum habuit, poteſt feudum ipſum alienare, & de eo diſponere pro ſuo arbitrio & voluntate, quia feudum ex ipſo productum fuit & requiſitum.

Quartum argumentum. Feudum datum alicui & filiis, intelligitur datum, & conceſſum ordine ſucceſſiuo, vt ſcilic. primò pater illud conſequatur, & poſt mortem patris liberi: Et conſequenter pater ſic feudum acquirens videtur quodammodo illud filiis mortis cauſa donare. Donatio autem mortis cauſa reuocari poteſt ex pœnitentia donatoris. Igitur pater alienando ipſum feudum, & illud in alios transferendo, videtur donationem cauſa mortis reuocare, atque adeò prioris voluntatis pœnitere, quod ei licet.

Quintum. Ius in ſpe quæſitum alteri, facto & opera alterius auferri poteſt ex facto eiuſdem, qui fuit cauſa, vt acquireretur, argum. l. 3. ff. de ſeruis expor. & l. 1. C. ſi mancipium ita fuerit alien. Ergo pater qui fuit cauſa, vt filiis feudum in ſpe acquiratur, poſt mortem eius, poterit viuens illud filiis ſuis auferre, & alienare feudum in eorum præiudicium.

Sextum argumentum ſumitur ex eo, quod de operis libertorum conſtitutum eſt, vt pater qui operas ſibi & filiis ſtipulatur, poſſit eas vni ex filiis aſſignare, l. 1. ff. de aſſig. libertor.

Septimum ex eo ſumitur, quòd cùm pater ſibi ac liberis ſuis feudum ſtipulatur, videtur filiis donare: & hæc donatio profectitia reuocari poteſt à patre, tam expreſsè quàm tacitè. l. 2. C. de Inoffic. dona. l. Filiæ. C. fam. herciſ. Videtur autem tacitè reuocare alienando feudum vt patet.

Octauum argumẽtum eſt, quia pater delinquendo filiis ſuis in feudo præiudicat, c. Si vaſallus. ſi de feudo fuerit controuerſ. c. 1. Si vaſallus feudo priuetur. Ergo etiam contrahendo, & alienando præiudicare poterit, argumẽto ſumpto ex delictis ad Contractus, de quo per Euerardum in locis legalibus.

Nonum eſt, quia feudum videtur potius principaliter conceſſum patris contemplatione quam filiorum, ergo ille tanquam principalis dominus poterit illud alienare in præiudicium filiorum.

Decimum ſumi poteſt ex l. Ea quæ à patre. C. de reſtit. milit. vbi dicitur, non decere, ea quæ à patre geruntur, in irritum a filiis reuocari.

Vndecimũ, quia hæres tenetur præſtare factum defuncti, l. Ex qua perſona, de reg. iur. l. Cùm à matre. C. de rei vind. Filius autem videtur eſſe patris hæres in feudis, & ideo plerunque filius appellatur hæres, vt in c. 1. §. Hoc quoque. de ſucceſ. feudi. cap. 1. §. Et ſi clientulus. de alien. feud. c. 1. §. Si verò vel totum. qualiter olim feudum pote. alien. ca. 1. §. His verò. de gra-

de gradib. succeden. in feud. c. 1. de lege Corradi, & alibi.

Duodecimum argumentum est, quia nunquam in iure feudali fit mentio filij reuocãtis alienationem feudi a patre factam, sed semper fit mentio agnati, cap. 1. de alien. feud. pater. c. 1. §. E contrario. de inuestit. de re alien. fa. cap. 1. §. Sed etiam res. per quos fiat inuest. & alibi. Ex quo argumentum sumi potest, filium reuocare non posse eiusmodi alienationem, sed agnatum duntaxat.

Contrariam sententiam amplexi sunt multi, vt videre licet ex Siluano in cons. 15 n. 40. Alex. in cons. 106. l. 4. Socino iuniore in cõs. 103. n. 30. libr. 2. & hanc tuentur Duarenus in consuet. feu l. ca. 12. nu. 17. & Sonsbechius in tract. feudali. par. 13. n. 100. vers. Tertia cõclusio erit. alios commemorat Pistorius loco proximè citato, nu. 6. quorum tamen multi specialiter loquuntur de legato, quod videlicet pater vni ex filiis prælegare feudum possit: & ad hoc confirmandum pertinent quoque nonnulla ex argumentis ex Pistorio relatis.

Fundamentum est, primò in c. 1. §. Et si cliẽtulus. de alien. feudi. in c. 1. vers. Si autem dissentiente. qualiter olim feudum poterat alien. in c. 1. §. Rursus. quib. mod. feud. amitta. in c. 1. §. Si aliquis. apud quem vel quos. cap. 1. §. Præterea. quib. mod. feud. amitta. In istis lõcis hoc probatur: si vasallus feudi partẽ alienarit, absque domini consensu, & mortuus fuerit, absq; hæredibus masculis, feudum ad dominum reuerti. Ex hoc autem argumentum sumitur, filiis masculis existentibus, feudum non ad dominum, sed ad filios pertinere, consequenter probatur alienari feudum non posse in præiudicium filiorum, quin illud vindicare ij possint, atque alienationem ad irritum perducere: Et licet postea prohibita fuerit alienatio feudi, absque consensu domini, vt in c. Imperialem. de prohib. feudi alien. per Frider. tamen in cæteris ius antiquum incorrectum mansit, ex quo filiis datur potestas feudum vindicandi alienatione rescissa.

Secundò fundamentum est, quia si pater filiis stipulatus sit feudum, illud acquiritur filio, licet hæres patris non sit. l. Quodcunque. §. Si quis ita ff. de verb. oblig. Ergo pater non potest illud ius eis auferre, argum. l. Si cùm dotẽ. §. Si pater. §. Eo autem tempore. ff. sol. matr. l. Id quod nostrum. de reg. iur. l. vlt. ff. de pact. l. Vero procuratori. vers. Alia est causa. ff. de solur. ibi: *Quia certam conditionem habuit stipulatio quam mutare non potuit stipulator.* l. Aliud. eod. tit. l. Si post mortem. §. vltim. ff. de bonor. possess. contra tab.

Ad istam controuersiam dirimendam non desunt, qui distinguendum putauerint inter feuda hæreditaria, & ex pacto & prouidentia, vt patet ex Pistorio, loco proximè citato. n. 41. Sed illa distinctione valere iussã, aduersus quã supra cap. 3. nominatim disputatum est, magis mihi probatur eorum sententia, qui putant licere patri feudum alienare in præiudicium etiam filiorum Et moueor potissimum hoc argumento, quia filij plerunque sunt hæredes patris, vt notum est & consequẽter factum eius impugnare non possunt. l. Cum à matre. C. de rei vind. l. Ex qua persona. de reg. iuris. Et in feudis vsque adeò hæredes patri filios existere perspicuũ est, vt hęredis appellatio ipsos filios masculos duntaxat complectatur, c. 1. §. Et si cliẽtulus. de alien. feudi. & alibi. Nec possint filij patris hæreditatem repudiare, & feudum retinere, vt in ca. 1. An agnatus vel filius. Sed & abstrahendo hanc disputationem ab ea hypothesi, in qua filius hæres est, existimo nihilominus idem respõdendum esse, quia cùm pater adstipulatur, & acquirit sibi feudum, & liberis suis, ita prius ac principaliter sibi illud stipulari, & acquirere intelligitur, vt possit de eo pro suæ arbitrio voluntatis disponere, atq; adeò illud alienare. Id confirmo hoc argumẽto. Nam quilibet non solùm sibi, sed etiã hæredibus suis stipulari intelligitur. l. Veteris C. de contrah. & commit. stipul. l. Si pactum. ff. de probat. Et tamen nemo dixerit patrem disponere non posse alienare & vendere rem, quam sibi & suis hæredibus acquisiuit. Filij enim viuente patre nullum ius habent. Eadem ratio est in hac stipulatione, per quam si ij post mortem patris ad feudum innitantur, quia id non impedit patrem, quo minus de feudo sibi principaliter acquisito, cum consensu domini disponere illud alienando possit: nisi a domino feudum æquè principaliter filiis donatum esset, fortè propter eorum merita, eorúmq; speciali contemplatione, tunc enim aliter esset respondendum.

Et ideo illud argumentum quod pro contraria sententia adfertur, nõ licere parentibus ius filiorum auferre, & illis præiudicare locum habere potest in ea specie, qua filiis æquè principaliter feudum est concessum, & eorum ipsorum cõtemplatione & meritis. Cæterùm si patri principaliter concessum sit, & ipse stipulando etiam filiis suis (vt plerumque fit) cauere voluerit, aut pater feudum emerit, non præstat aliquod impedimentum alienationi patris inter viuos, ipsorum filiorum præiudicium, ac ius post patris mortem competens: quia patris ius, quod est principale, illud absorbet, & extinguit.

Ad textus iuris feudalis allegatos, ad probãdũ filios post mortem patris ius habere in feudo alienato, respondeo id non dicere. Non obstat si dicatur eos à contrario sensu lo. velle, quatenus scilicet dicunt, feudum ad domi-

num reuerti, si hæredes, id est, filij non extiterint, quia non rectè hoc infertur. Etsi enim feudum ad dominum non reuertatur eò in casu, quo filij extant, non tamen efficitur, ipsos filios alienationem reuocare, & feudum vindicare posse. Tunc enim dominum impediunt quidem, ne feudum consequatur, tanquam eo potiores, eique meritò præferendi, veruntamē ipsi feudum vindicare non possunt à patre alienatum. Simile exemplum est, cùm agnatus alienationis feudi consentit, tunc enim possessore defuncto feudum vindicare non potest. c.1.§. Præterea si ille. quib.mod.feud.amittatur. sed domino tamen obstat, quo minus feudum consequatur vasallo defuncto. Neque enim viuente agnato feudum domino aperitur. Ita igitur & in specie nostra, viuentibus filiis, domino feudum aperiri non potest, sed ea res non facit, vt filij vindicare feudum à parente alienatum possint.

CAPVT IX.

Quomodò accipiendum sit quod dicitur in c.1. Titius. si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agna. vasalli.

IN titulo, si de feudo defuncti controuers. sit inter dom. & agnatos vasalli, ita scriptum est: *Titius filios masculos non habens partem suam feudi Seio, partem eiusdem feudi possidenti agnato suo concessit. Sempronius proximior agnatus mortuo demùm Titio partem illius feudi nullo dato precio recuperare potest. Quod si Titius filios proprios haberet precio reddito etiam viuo Titio. Quod si consensit alienationi, vel per annum ex quo sciuit, tacuit, omnino remouebitur.*

Magna profectò controuersia est de vera huius loci interpretatione & sententia. Nullum me operæprecium facturum putaui, si huc adferrem omnes doctorum virorum interpretationes ac sententias, & confutatis aliis, eam confirmarem, quæ mihi probabilior videretur. Nam Pistorius id egit accuratè, ne tamen in tam graui disputatione studium desideretur meum, breuiter & perspicuè quæ mihi videatur sententia huius loci, aperiam, & mox causas indicabo, cur cæteras opiniones repudiauerim. Ordinem hac in re & lucem ex me lector habebit, ego ex aliis verum sensum mutuatus sum.

Sentētia igitur huius loci facti specie proposita statim elucebit. Mæuius feudum habēs mortuus est duob⁹ filiis relictis, Caio, & Seio: quorum alter, nempe Caius, feudum paternū cum fratre diuisit: deinde mortuus est relictis duobus filiis, Sēpronio & Titio, ad quos pars feudi auiti peruenit, quā scilicet Caius pater eorum ex diuisione accepit. Hæc pars feudi ex diuisione facta inter ipsos Titium & Sempronium Titio obuenit. Hic nullos habens liberos, eam concessit Seio agnato remotiori, possidenti aliam partem eiusdem feudi. Poterit Sempronius, qui est proximior agnatus Titij, (est enim frater eius) mortuo Titio, partem illius feudi recuperare etiam nullo precio dato? Quod si Titius filios proprios haberet, eo etiam adhuc viuente, precio reddito partem feudi prædictam recuperare potest, nisi alienationi à Titio factæ in remotiorem agnatum consenserit, vel per annum, ex quo alienationem factam sciuit, tacuerit.

Hæc igitur ita ordine sunt notāda. Primùm, agnatum proximiorē reuocare posse feudum alienatum mortuo agnato, qui illud alienauit, etiam nullo precio reddito. Ratio est, quia proximiori agnato ius competit in feudo, ex antiquis concessionibus, quod per alienationem factum ei auferre nō potuit. Quapropter precium non restituit, cum suo iure feudum vindicet, ad quod vocatus est ex antiquis inuestituris & concessionibus.

Secundò notandum, eundem agnatum proximiorem viuente agnato, qui alienauit feudum, illud recuperare posse restituto precio. Ratio est, quia iure prothimiseos siue retractus id facit, & ideo precium restituere debet. Ponitur autem casus quando Titius, qui alienauit feudum, filios habet, quia si filios nō haberet, non est verisimile proximiorem hunc agnatum feudum recuperaturum (licet possit) iure retractus, sed potius expectaturum mortem Titij, qui alienauit, quo tempore nullo pretio restituto feudum recuperare posset. Et rursus ibi notandum est, agnatum proximiorem habere ius retractus, & redimendi feudum etiam existentibus filiis agnati, qui alienauit. Ex quo patet filios reuocare non posse alienationem à patre factam, feudum ipsum iure retractus redimendo, qua de re nominatim differetur infra, c.20.

Tertiò notandum, ius prothimiseos siue retractus agnato proximiori non competere, quoties alienationi factæ consensit, vel lapsus est annus intra quem tacuit, & feudum precio restituto recuperare neglexit. Iustum enim est, & moribus consentaneum, vt certum aliquod tempus iuri prothimiseos constitutum sit.

Hæc interpretatio mihi certissima videtur, verbis textus consentanea, rationi conueniens, & nullam continens absurditatem, ideo eam amplector & sequor.

Contra, aliæ interpretationes videntur mihi incongruę, & nullius momenti. Prima est, Titium partem feudum vēdidisse Seio extraneo, partē agnato remotiori, ita Baldus, Beluisius, Andr.

Andr. Isern. Aluarotus & multi alij. Non rectè, quia textus ita dicit: *Titius filios masculos non habens partem suam feudi Seio, partem eiusdem feudi possidenti agnato suo concessit.* Sensus est, Titium vendidisse suam partem feudi Seio agnato suo possidenti partem eiusdem feudi. Etenim ex verbis illis *partem suam*, apparet, Titium non habuisse totum feudum, sed partem duntaxat: & verba illa *partem eiusdē feudi possidenti*, referenda sunt ad Seium, hoc est, Seio vendidit agnato suo possidenti partem eiusdē feudi: erat enim Seius agnatus remotior, & possidebat partem eiusdem feudi.

Secunda est interpretatio Iacobi Cuiacij: *Titius filium masculum non habens partem feudi paterni vendidit Seio agnato suo, qui & eam possidet modò, non tamen proximiori agnato.* Nō rectè, quia non dicit textus, Seium possedisse post concessionem factam, eam partem, quam Titius illi concessit, sed loquitur de alia parte, quam possidebat ipse Seius, eo tempore, quo Titius eidem suam partem concessit: Sic enim ait: *Titius partem suam feudi Seio, partem eiusdem feudi possidenti agnato suo concessit.*

Tertiò, multi existimarunt, hunc esse sensum huius textus, agnatos reuocare posse alienationem post mortem Titij nullo precio restituto, filios autem Titij reuocare posse etiā Titio viuente, sed precio tamen restituto, ita post alios Zasius, parte 9. n. 39. vers. Septimò principaliter. Pinellus ad l. 1. 3. parte, n. 95. C. de bonis mater.

Non rectè, meâ quidem sententia, multorum aliorum, quia de reuocatione duntaxat agnati ibi agitur, non autem filiorū, nec aliter intelligi salua ratione recti sermonis potest, & ita rectè illum textum acceperunt Albertus Brunus cons. 80. Hieron. Schurff. inter consilia feudalia, cons. 123. Eguinarius Baro, Cuiacius & Hotomannus, in commentariis dicti loci, Pistorius d. q. 5. n. 10.

Quartò, Iacobus Cuiacius legit aliter hunc textum, nempe, *quod si Titius filium haberet*, malè & contra omnium exemplarium fidem.

Postremò, multi ita vltima verba textus accipiunt, vt sententiam hanc inducant, agnatū reuocare non posse feudi alienationem, siue post mortem alienātis, nullo restituto precio, siue eo viuente, precio restituto, quoties vel alienationi consensit, vel annus lapsus est. Non rectè, quia illa exceptio refertur ad vltimum duntaxat casum, quo scilicet iure prothimiseos seu retractus alienatio reuocatur, & sensus est, agnatum proximiorem excludi si consensum præstiterit, vel per annum tacuerit. Ita interpretanda sunt illa vltima verba propter duas causas. Altera est, quia tempus certum præfigitur, cùm agitur de retractu, & iure ipso prothimiseos, vt notum est, & habetur in cap. 1. §. Sed etiam res per quos fiat inuestit. & in c. 1. §. Porrò. Qualiter olim feudum poterat alienar. Quod autem præfigatur certū tempus ad reuocandam alienationem, cum iure suo post mortem alienantis agnatus proximior eā reuocat, nullo precio constituto, nec iuri satis cōsentaneum, nec rationi videtur, quia agnato tunc ius competit ex antiquis inuestituris, ideo non est iuris regulis consonum, vt ad tempus anni restringatur, & eo elapso expiret: etenim ad tollendam temporis præscriptione actionem, 30. anni requiruntur. l. Sicut. l. omnes. C. de præscript. longiss. tempor. & ad inducendam vsucapionē notum est decem annos requiri inter præsentes, & viginti inter absentes, ex Instit. de Vsucap. Altera est ratio, quia si exceptio illa referenda esset ad eam alienationis reuocationem, quæ fit post alienantis mortem nullo precio restituto, & annus esset præscriptus ad huiusmodi reuocandam alienationem, aut incipere deberet ex die alienationis factæ, data scilicet scientia agnati proximioris, & id iniquum esset, & contra iuris regulas. Cur enim tempus curreret in præiudicium agnati, qui viuente agnato, qui alienauit feudi alienationem reuocare non potest? Certè non valenti agere præscriptio temporis non currit. l. 1. §. vlt. C. de annali except. & cur agnati ius ad tempus vnius anni concluderetur, quod ei competit ex antiquis inuestituris, nec nisi lapsu 30. annorum perimitur vt dixi? Aut annus incipere deberet post mortem agnati, qui alienauit feudum: & hoc similiter iniquum esset ex ratione proximè allata: & par erat vt in textu id exprimeretur, agnatum scilicet excludi, si per annum tacuerit etiam post mortem agnati, qui feudum alienauit, at non hoc ibi dicitur, sed simpliciter ait textus, *si per annum ex quo sciuit tacuit, remouebitur*, quod proinde referendum est ad ius retractus, vt dictum est.

CAPVT X.

Possitne agnatus feudum antiquum alienare agnato remotiori, in præiudicium proximioris?

EX vera interpretatione textus in c. Titius. si de feudo fuerit contentio inter domin. & agnatos vasalli, secundùm ea, quæ in capite præcedenti disputata sunt perspicuum euadit, agnatum proximiorem posse reuocare alienationem feudi in remotiorem factam, scilicet post mortem agnati, qui alienauit nullo restituto precio, vt ibi clarè dicitur: & ita rectè docuerunt And. Iser. Bald. Aluarotus, Martinus Lauden. Præpositus, & Afflictus in d. c. Titius. Bald. in consil. 16. lib. 1. Romanus consil. 22. in fine multos alios citat Syluanus latè dispu-

tans in conſ.15.n.31 & poſt eum Piſtorius quęſtionum iuris lib.2.parte 1.cap.6.poſt n.2.

Cæterùm contrarium reſpondiſſe Collegiũ Mediolanenſe, Bartholomæum Salycetum, & Chriſtophorum Caſtilioneum, reſtantur Martinus Laudenſis, & Præpoſitus in d.c.Titius. eandem ſententiam nonnulli alij ſequuntur à Syluano relati d.conſ.15 n 30. verſ. Sexto decimo. & poſt alios ita reſpondit D.meus Cephalus in conſ.307. lib 3.

Operæ precium igitur erit argumenta eorum ſigillatim refellere, vt eò magis confirmetur ſupradicta ſententia, quam nos abſque vlla prorſus hæſitatione amplectimur.

Primum argumentum ſumitur ex c 1.de alienatione feudi, circa finem, in illis verbis: *Si verò cum domini voluntate totum, vel medium alienauerit, ſtabilis permaneat alienatio. Fratri vero, vel nepoti per libellum facta alienatio, etiã ſine voluntate domini.* Ex his verbis apparet, alienationem factam ſtabilem remanere, atque adeò reuocari non poſſe, ſiue in proximiorem agnatum facta ſit, qualis eſt *frater*, ſiue in remotiorem, qualis eſt *nepos* ex fratre.

Reſpondeo, illa verba ita eſſe accipienda, vt tunc demum nepoti ex fratre liceat alienare feudũ, vel refutare, cùm frater, qui proximior eſt, non extat, non autem ſi frater extiterit; nõ enim requiritur, vtrumque ſuperſtitem eſſe. Sic in c.2. de ſucceſſ. feudi dicit textus, Filium vel nepotes ex filio ſuccedere loco ſui patris, quod tamen intelligitur, quando filius nõ ſupereſt, ſi enim ſuperſit filius, & ex eo nepos, nõ admittitur nepos, ſed ſolus filius tanquam proximior, quæ reſponſio eſt Piſtorij.

Secundum argumentum ſumitur ex cap.1. §. Sed etiam res per quos fiat inueſtitura, in illis verbis, *niſi tibi, vel alij proximiori, pro æquali pretio, accipere volenti, &c.* Videtur enim ex his verbis colligi, alienationem fieri poſſe tam proximiori, quàm remotiori. Etenim illa verba, *vel alij proximiori*, indicant alium, cuius fit mentio, eſſe remotiorem, vel ſi ille eſt proximior, alius erit neceſſariò remotior.

Reſpondeo, omiſſis aliorum reſpõſionibus, hanc eſſe ſententiã dictorum verborum, ſicuti ex præcedentibus verbis patet, rem quæ alienari nõ poteſt, nec in feudum dari poſſe: excepto vno caſu, cum videlicet duo extãt fratres, & ad alterum eorum res ex communi parente peruenerit: illa poteſt in feudum dari, niſi fiat in fraudem legis, &c. Eadem tamen res vendi non poteſt extero, ſed fratri, aut alteri qui ſecundum fratrem ſit proximior, ſi fortè fratre emere recuſante alter qui poſt fratrem eſt proximior, pro æquali precio accipere voluerit. Non poteſt autem talis res extero vendi, quia agnato proximiori eam retrahere & reuocare concedebatur, ſecundum antiquã cõſuetudinem. Quo ita poſito, apparet, textum illum ad quæſtionem noſtram non pertinere; neque enim ex eo infertur, alienari poſſe feudum ab agnato, in remotiorem agnatum, ad excluſionem proximioris agnati: quoniam, vt iam patet, alius eſt ſenſus illorum verborum, *Vel alij proximiori.* Hunc autem eſſe verum ſenſum, patet ex ipſis verbis præcedentibus, quæ ſic ſe habent: *Sed etiam res cuius alienatio prohibetur, nec per beneficium dari conceditur, niſi in caſu, vt ecce, ſi quis ex agnatis tuis rem, qua à communi parente per ſucceſſionem ad eum peruenerit, alienare voluerit, non permittitur ei, etiam ſecundùm antiquam conſuetudinem alij eam vendere, niſi tibi, vel alij proximiori, pro æquali precio accipere volenti. Per feudum tamen cuilibet dare poteſt, niſi fiat in fraudem, &c.*

Tertium argumentum eſt ex c.1.§. & licet. de alienatione feudi paterni. verba hæc ſunt: *Alienatio feudi paterni non valet etiam domini voluntate, niſi agnatis conſentientibus, ad quos beneficium quandoque ſit reuerſurum.* Et paulo pòſt: *Et licet prohibeatur beneficij alienatio inter agnatos, tamen ſi paternum fuit concederetur.*

Reſpondeo, textum hoc non velle, feudum antiquum alienari poſſe in agnatum remotiorem, cum præiudicio propinquioris: hoc, inquam, non dicit, ſed alienationem inter agnatos cõceſſam eſſe, licet aliâs ſit prohibita ſine conſenſu domini: neque enim poſtrema verba ita ſunt ad præcedentia referenda, vt repetant omnia, quæ in præcedentibus continentur quaſi ſit ſenſus, feudum alienari non poſſe etiam domino conſentiente, ſine conſenſu agnatorum proximiorum, niſi alienatio inter agnatos etiam fiat, quaſi tunc neceſſarius non ſit, nec domini, nec agnatorũ conſenſus. Hæc, inquam, interpretatio locum habere non poteſt, quia & ſi alienatio facta ſine conſenſu agnatorum, ad quos feudum reuerſurum eſt, reuocari poſſit, tamen non dicitur eſſe prohibita, imò valet, ſed tamen reuocari poteſt. Cæterùm, ſi abſque domini conſenſu fiat, illa prohibita eſſe dicitur, ſed inter agnatos tamen conceſſa eſt. vt habetur in textu, cuius hęc eſt ſententia vera, ac genuinus ſenſus.

Quartum argumentum eſt. Nam res alienari prohibita fauore perſonarum, ad quas eſt reuerſura, ex voluntate teſtatoris non poteſt in earum præiudicium alienari, niſi eis cõſentientibus. l. Quoties. C. de fideicõmiſſ. Poteſt tamen vni ex illis concedi, & alienari etiã cæteris non conſentientibus. l. Pater. §. Quindecim. de leg.3. l. Voluntas. D. de fideicommiſſ.

Reſpõdeo, hęc eſſe diſſimilia, quia in vltimis voluntatibus omnia pendent ex voluntate teſtatoris. Voluntas autem teſtatoris eſt, vt non

extra

extra familiam res alienetur, quare si fiat alienatio vni ex familia, meritò illa valet, & subsistit, quia voluntati testatoris non repugnat. Alia ratio est in feudis, in quibus proximioribus agnatis ius competit ex antiquis inuestituris, quod per alienationem auferri non potest sine eorum consensu. l. Id quod nostrum. de reg. iuris.

Cætera argumenta leuissima sunt, refutantur a Syluano in dict. consil. 15. ego actum non agam, nec vbi non expedit, tempus conteram inutiliter.

CAPVT XI.

Quanto temporis spatio tollatur ius reuocandi alienationem feudi competens agnatis proximioribus.

CONueniunt in hanc sententiam interpretes omnes, vt si feudi antiqui alienatio facta sit extraneo, tunc ad eam reuocādam post mortem ipsius alienantis agnatis proximioribus triginta anni concedātur: quæ communis sententia regulis iuris omnino est. consentanea. quibus constitutum est, ad tollendam actionem temporis præscriptione requiri annos triginta. l. omnes. l. sicut. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Quare cùm agnatis actio cōpetat ex iure descendente, ex antiquis inuestituris & concessionibus, quibus ipsi ad feudum sunt vocati, meritò non nisi triginta annorum præscriptione excludi poterunt.

Cæterum, si non extraneo, sed agnato remotiori facta sit alienatio, in aliam sententiam abierunt, etenim anni duntaxat spatium ad eam reuocandā concedi existimarunt, decepti vltimis verbis c. 1. §. Titius. Si de feudo defuncti cōtentio sit inter dom. & agnatos vasalli: Ea enim verba referenda esse putarunt tam ad proximum casum, quo de feudo redimendo agitur precio reddito ex iure retractus, quàm ad alterum casum, quo de reuocatione alienationis factæ post mortem alienantis agitur ex iure ipsis agnatis competente. Nō rectè, quia verba illa vltima d. §. Titius. referri non possunt salua iuris ratione & æquitate ad alterum illum casum, vti etiam suprà c. 9. circa finem latius deduxi. Iniquum enim est anni spacio actionem concludere agnatis competentem ad reuocandam alienationem feudi: illam, inquam, actionem, quam ipsi habent agnati ex antiquis cōcessionibus, ac inuestituris: cui adstipulantur & concedentis domini voluntas, & Primorum acquirentium & stipulantium consensus, legúmque feudalium præcepta. Non illam, quæ agnatis datur ex iure retractus: illa enim meritò anni spacio restringitur, cùm iuris regulis aduersetur. l. Dudum. C. de cōtrah. empti.

Illud parum mouet, quod adferri solet ad eam sententiam iuuandam, anni spacium cōstitutum esse ad petendam inuestituram. c. 1. quo tempo. miles. c. 1. quæ fuerit prima caus. benefic. amitten. Ergo nil mirum, si & annus hic sit constitutus. Nam vt maximè id æquum sit, in vasallo feudum possidente, vt tanquam nouus vasallus quamprimum domino suo fidelitatem iuret, & ab eo inuestituram capiat, eúmque in dominum agnoscat, ac reuereatur, séque eius vasallum profiteatur, cùm feudum teneat & possideat. Certè nulla est ratio actionem agnatorum intra tam modicum tempus concludendi, cùm ij feudum alienatum & penes emptorem existēs, vel penes alios, ad quos peruenit, non possideant: & ad illud vindicandum triginta annos ex iuris regulis obtineant: Quemadmodum neque tempus ad inuestituram petendam anni spacio terminatur, quoties vasallus feudum non possidet, sicuti tradunt omnes in c. 1. de capitulis Corradi. & in c. quæ fuerit prima causa benefic. amitten.

Denique aduersus alios hanc sententiam optimè tuetur Pistorius qu. 8. lib. 2. quæst. iuris. quem sequor in hac parte rectè monentem.

CAPVT XII.

An si proximior agnatus feudum alienatū spatio 30. annorum reuocare neglexerit, eiusdem feudi possessor tutus sit præscriptione aduersus alios agnatos, qui post illius mortem sunt gradu proximiores?

NVnc congrediar in hanc aciem cum Pinello acutissimo sanè Iurisconsulto, arma mihi suppeditante Hartmanno Pistoris, qui licet rem feliciter confecerit, reliquit tamen aliis locum, huius disputationis illustrandæ magis magisque exornandæ. Cōmunis est sententia Doctorum, cui & ipse calculum præbeo, si proximior agnatus viuens intra annos 30. feudum alienatum reuocare & vindicare neglexerit, post illius mortem agnato, qui secūdùm eum proximior est, licere feudum vindicare, neque præscriptionis exceptione repelli posse. Ita docent Isernia, Aluarotus, Præpositus, & Afflictus in c. 1. §. Quid ergo, de inuestitura de re aliena fact. Paulus Castr. cōs. 44. ad finem, lib. 1. Iason cons. 7. col. pen. lib. 3. Decius cons. 208. n. 9. & 445. n. 47. Parisius cons. 23. n. 19. lib. 1. Crauetta cons. 67. n. 9. Natta cons. 437. n. 6. Cacheranus decis. 17. n. 3. Hippolytus Riminald. cons. 339. nu. 145. lib. 3. Hartmannus Pist. quæst. iuris, lib. 2. part. 1. qu. 8.

Fundamentū est, quia huic agnato ius quæ-

situm est ex antiquis concessionibus ac inuestituris, quod per feudi alienationem ei auferri non potest absque eius consensu. c. 1. de aliena. feudi paterni, ibi: *Nisi agnatis consentientibus ad quos beneficium quandoque sit reuersurum.* Et multò minus per negligentiam proximioris agnati, qui viuens feudum non reuocauit, ne industria pœnas desidiæ soluat. l. vlt. C. depo. l. si nõ expedierit. §. Si pupillus. ff. de bonis autho. iud. possid. Nec præscriptio, qua possessor munitus est temporis annorum XXX. illi obesse potest, quia viuente agnato proximiore agere non potuit. Non valenti enim agere præscriptio non obest, quia præscriptio tunc incipit, quando actio iam nata est. l. Sicut vers. quæ ergo. ibi: *Ex quo iure competere cæperunt, &c.* l. Cum notissimi. §. Quamobrem. & § Illud. C. de præscrip. 30. vel 40. anno. l. 1. §. Ad hæc. C. de annali except. Authen. Nisi tricennale. C. de bonis maternis. l. In rebus dotalib. C. de iu. do. l. contra maiores. C. de inoff. testam.

At contra Pinellus (loquens tamen de maioratu, sed eadem est ratio in feudo) in d. Auth. Nisi tricennale n. 5. C. de bonis mater. *Sed cõtra tot grauissimos patres videtur tenendum quod habens titulum & bonam fidem, præscribensque contra præsentem possessorem securus maneat, etiam quoad successorem eius, contra quem præscripsit. Quod primò iuuatur ex ratione legis inducentis vsucapionem qua non minus militat hoc casu, quàm in aliis, ne dominia rerum sint incerta, ne etiam lites suscitentur. l. vlt. ff. de vsucap. & denique ratio publicæ vtilitatis. l. 1. ff. eod. tit. quæ singulorum vtilitati præfertur, &c.*

Respondeo, nihil aliud probat hoc argumẽtum, quàm præscriptionem locum habere etiam in rebus feudalibus, quia ratio publicæ vtilitatis, & fauor litium finiendarum, locum habeat etiam in istis: quod nemo negat, sed Doctores dicunt, non currere præscriptionem priusquam actio sit nata, & competat iis, aduersus quos præscriptio allegatur, qua de re argumentum hoc non loquitur.

Secundò inquit Pinellus: *In subiectis restitutioni secundùm communem opinionem requiritur lõgissima præscriptio, nec breuior sufficit. Post longissimum autem tempus execratur lex inquietare possessorem, vt in Nouella, Hac constitutio innouat constitutionem, &c.*

Respondeo, hoc argumento probari, præscriptionem longissimi temporis locum habere etiam in feudis, quæ restitutioni subiacent post mortem aliorum, quod nemo negat, sed dicunt præscriptionem obesse quidem iis, qui extant, & agere possunt, non autem aliis, quibus actio non competit, nisi post aliorum, qui tunc viuunt, mortem: Ita, inquam, in rebus restitutioni ex fideicommisso subiectis, communi Doctorum sententia receptum est. Vide Alciatum ad l. filiusfam. §. Diui. nu. 48. de leg. 1. Decium consil. 38. Nattam consilio 437 num. 4. & seq.

Tertiò subdit Pinellus: *Nam Doctores in proposito argumentantur, ex multis, quæ contra eos retorquentur, quod ostendo, quia adducunt pro regula Prohibita alienari, prohibentur vsucapi, cuius contrarium probatur ex l. Sticho. ff. de vsufr. lega.*

Respondeo, nihil valet hoc argumentum, quia non illud est fundamentum communis sententiæ, quòd prohibita alienari, prohibeãtur vsucapi. Nec text. in d. l. Sticho. locum habet inspecta Iustiniani l. vlt. §. Sed quia. C. commu. de legat.

Quartò sic pergit: *Quia siue dicas maioratũ* (eadem ratio est de feudo) *fuisse institutum in contractu, siue in testamento, non est potestas in testatore, nec in contrahente ad tollendam vsucapionem tertio habenti titulum, & bonam fidem.*

Respondeo, legem esse, quæ hoc facit, vt nõ valenti agere non noceat vsucapio, vel præscriptio, itaque frustra id testatori adscribitur, vel contrahenti.

Quintò: *Nam effectus* inquit, *& natura vsucapionis est reddere præscribentem tutum in futurum. l. 1. & 2. ff. de vsuca. Ergo non tantùm contra præsentem possessorem, sed etiam contra successores.*

Respondeo, concedo hunc effectum esse vsucapionis aduersus eos, qui agere possunt, aduersus autem eos, quibus actio nondum competit, nego.

Sextò: *Ex communi opinione*, inquit, *hoc in casu resultat absurdum, cum Doctores concedũt, vt præscriptio effectum habeat contra præsentem possessorem non contra successorem: Esset enim diuidere effectum præscriptionis, contra l. Eum qui ædes. ff. de vsucap.*

Respondeo: *absurdum esse, nec iure ciuili cõueniens, vt vna res diuersis temporibus vsucapiatur, vt puta cùm ædes ex duabus rebus cõstet, ex solo & superficie*, non potest superficies vsucapi eo tempore, quod vsucapioni rerum mobilium constitutum est, solum autem ampliori tempore, quod cõstitutum est rebus immobilibus. Hæc est sententia d. l. Eum qui ædes. quæ proinde ad rem istam non pertinet: in qua de diuersis personis agitur, & dicitur vsucapionem nocere iis, quibus actio competit, illis non nocere, qui agere non possũt.

Septimò subdit Pinellus: *Concessa vsucapione contra possessorem, conceditur præscribentem effici dominum rei: Dominium autem semel quæsitum, non potest sine facto partis auferri. l. Id quod nostrum, de reg. iuris.*

Respon-

Respondeo, nõ concedimus hoc in casu absolutè vsucapionem locum habere, quia tunc dominium acquireretur. l. 3. ff. de vsucap. Et argumentum rectè procederet: quod autem illa noceat possessori, istud est, quia omnis actio tollitur præscriptione 30. annorum, nec propterea infertur eam aliis etiam nocere, quibus præscriptio nocere non potest, quia actio nondum competere cœpit.

Octauò: *Probatur*, inquit, *hac opinio in feudalibus, authoritate Glos. in c. 1. §. Præterea, de capitulis Corrad. dum enim Glos. asserit, in rebus feudi dari præscriptionem 30. vel 40. annorum, planè sentit, effectum præscriptionis fore perpetuum, non tantùm contra præsentem possessorem, & regulariter opinio dicta Glos. receptior est, &c.*

Respondeo, præscriptionem quidem locum habere in feudalibus, vt glos. dicit, sed nocere non posse successoribus, quib. actio, donec alij supersunt, nequaquam cõpetit, vt cõmuniter doctores explicant superius allegati.

Postremò, Pinellus fundamentum communis sententiæ euertere conatur. Illud enim est in eo positum, quòd non valenti agere non noceat præscriptio. l. 1. C. de anna. except. *Respondere posse videtur*, inquit, eam legem & similes loqui, *quando in initio ipsius præscriptionis datur tale obstaculum. At in feudalib. præsens possessor censetur dominus, & conferendo ius suum ad spem successorum longè plus habet præsens successor, quàm quilibet futurus successor. Atque ita nihil est, quod obstet initio præscriptionis, cuius finis à lege inducit firmum perpetuùmque effectum, vt præscribens securus reddatur contra præsentem possessorẽ, & inde contra successorem in consequentiam ex natura vsucapionis. Nec nouum est, vt quod separatim & principaliter fieri nequit, fiat in consequentiam. l. quadam ff. de acq. rer. dom. l. 1. ff. de autho. tutor.*

Respondeo, hoc in casu obstaculum dari ab initio præscriptionis, quantum attinet ad successorem, cui actio nondum competit. Nec obstat, quod dicitur, præsentem possessorem dominũ esse: præsertim conferendo ius suum cũ spe successoris, quia id negatur: nam si hæc vera essent, præsens possessor alienare posset feudũ, & præiudicare futuro successori agnato, quod tamen falsum est, quia successor alienationem reuocare potest. c. 1. de aliena. feudi pater. Ex quo illud corruit, quòd aliqua in cõsequentiam sint permissa, quæ principaliter non permittantur: Nam si huc illud axioma pertinet, facilè præiudicium successori fieret agnato per alienationem præsentis possessoris, quasi ipse principalis diceretur: sed non est ita: Possessor enim præsens non est magis principaliter ad feudum vocatus quàm alij successores, sed eos præcedit gradu duntaxat, eo defuncto feudum æquè principaliter ad alios proximiores agnatos pertinet, sicut pertinuit ad ipsum possessorem.

His refutata sunt argumenta Pinelli, quæ cùm essent non parùm probabilia, non videbantur mihi omittenda.

CAPVT XIII.

Vtrum agnatus, qui est hæres alienantis feudum antiquum, illud reuocare possit.

INgens controuersia est, vtrũ agnatus hæres alienantis feudum, ad quod ipse vocatur ex antiquis inuestituris & concessionibus, illud reuocare possit. Etenim sunt quinque discrepantes Doctorum sententiæ: Prima affirmat agnatum posse reuocare feudum alienatum, licet hæres sit alienantis. Altera negat. Tertia distinguit feudum hæreditarium, quod scilic. pro hæredib. concessum est, à feudo ex pacto & prouidentia, quod pro liberis concessum est, vt priore casu reuocare agnatus feudum alienatũ nequaquam possit, posteriori autem possit. Quarta distinguit vtrũ agnatus hęredes ex bonis hæreditariis tantùm consequatur, quanta est feudi æstimatio, vel minus: priore casu reuocare nequeat feudũ alienatum, posteriore autem possit. Quinta distinguit, vtrũ hæres inuentarium confecerit, vel absque inuentario hæreditatem adierit. Priore casu reuocare posit feudum alienatum, posteriore non item.

Indicabo prius authores, ex quib. sententiarum hæc varietas colligitur. Deinde tres conclusiones statuam, ex quib. apparebit huius disputationis & controuersiæ vera, vt mihi videtur, definitio. Tertiò, argumenta, quæ obstare videntur, confutabo.

Authores sunt isti. And. Isern. Bald. Martin. Lauden. Præpositus, Aluarotus & Afflictus, in c. 1. §. Hoc quoq; de success. feudi. Iacopinus, in Inuestitura feudali. verb. & cũ pacto de nõ alienando. Curtius iunior de feudis, parte 4. num. 148. & in consil. 138. num. 20. & 155. num. 2. Zasius de Feudis, parte 9. num. 27. 28. & in cons. 18. n. 22. lib. 1. Bald. cons. 215. nu. 12. lib. 2. Iason cons. 56 lib. 3. Decius consil. 185. & 445. Rubeus cons. 84 Gratus consil. 91. nu. 36. lib. 1. Natta cons. 476. num. 16. lib. 2. Grammaticus decis. 93. Castrensis cons. 207. lib. 2. Alexander cons 28. lib. 5. Ruinus cons. 1 n. 2. & 42. n. 12. lib. 1. Afflictus decis. 112. Loffredus cons. 1. n. 169. Socinus iunior cons. 112. n. 14. lib. 2. Parisius cons. 2. num. 31. cons. 10. num. 6. & cons. 16. n. 43. lib. 3. Alciatus cons. 160. Siluanus cons. 30. num. 33. 34. Crauetta consil. 256. nu. 3. Pinellus ad l. Primam. in 3. parte. num. 92. C. de bonis maternis. Rolandus à Valle de confectione

inuentarij in quarta parte. §. Nunquid hæres. Menochius cõs. 89. lib. 1. Pistorius lib. 2. quæst. iuris, part. 1. quæst. 9. & quæst. 14. vbi multos alios citat. Primum ergo, quod pollicitus sum, his præstiti allegationibus.

Iam secundum aggredior. Prima conclusio hæc est. Feudum alienatum hæres alienantis, qui nullum confecit inuentarium reuocare nõ potest, siue sit hæreditarium, siue ex pacto & prouidentia, vt vocant.

Probatur hæc cõclusio, quia hæres tenetur præstare factũ defuncti. l. Ex qua persona. de reg. iuris l. Cum a matre. C. de rei vind. l. Si ab eo. C. de neg. gest. l. Si patri tuo. C. de dona. l. Successores. C. de solutio. l. Si vxor C. de bonis autho. iud. possi. l. Si feudum. C. de rebus alien. non alienan. Hæres enim & defunctus vna eadémque persona reputantur, vt habetur in Nouella, de iurein. à morien. præstito. Nec debet esse melioris conditionis quam defunctus. l. In omnibus. §. Non debet. l. Hæredem. de reg. iuris.

Secunda conclusio. Hæres alienantis feudum, si inuentarium cõfecerit, illud reuocare non potest, quatenus se vires hæreditatis extendunt.

Probatur hæc conclusio. Primùm, ea ratione, quia ex qua persona quis lucrum sentit, eius factũ præstare debet. l. Ex qua persona. de regul. iuris. Hæres autem, qui inuentarium cõfecit, eatenus lucrum ex persona defuncti sentit, quatenus est aliquid in hæreditate: ergo vsq; ad bonorũ quantitatem in hæreditate existentem tenetur præstare factum defuncti.

Secundò probatur hac ratione, quia hæres, qui fecit inuentariũ, repræsentat defunctum, & succedit in locum eius, tenetúrque eisdem obligationibus, quibus defunctus erat obstrictus, non quidem in solidum, sed quatenus vires hæreditatis patiuntur, vt patet ex l. vlt. C. de iure delib. in §. Etsi præfatam. Igitur non potest defuncti contractum impugnare ac reuocare.

Tertia conclusio. Hæres, qui fecit inuentariũ, reuocare potest feudum alienatum, quatenus æstimatio illius vires bonorum hæreditariorum excedit, aut quatenus eius interest feudum potiùs, quam hæreditatem habere.

Probatur hæc conclusio. Nam inuentarij cõfectio hæredi hoc beneficium tribuit, vt nullum incurrat damnũ, & vt non confundantur actiones, quas habet. l. vlt. §. Etsi præfatam. & §. In computatione. C. de iure delib. Sed si nõ possit hoc in casu feudum reuocare, damnum sẽtiret, & actiones suas amitteret. Ergo reuocare feudum poterit, quatenus illud æstimationem excedit bonorum hæreditatis.

Assumptio clara est, quia plus valet feudum quàm hæreditas: Ergo si propter hæreditatẽ nõ possit feudum vindicare, damnum sentit. Declaro. Feudum æstimatur ducentis aureis: Hæreditas verò cẽtum, hic hæres incurrit damnum centum aureorum, nisi feudum reuocare possit. Ergo illud eatenus reuocabit, ne iacturam sentiat centum aureorum.

Hæc satis plana sunt atq; perspicua, sed iam argumenta dissoluenda sunt. Primum argumẽtum. Hæres potest reuocare id, quod à defuncto in fraudem eius alienatũ est. l. 2. C. si in fraudem patroni a libertis alien. facta sit. Sed feudũ alienatum esse videtur in fraudem eius, quia post mortem alienantis ad eum peruenire debet: Ergo illud reuocare poterit.

Respõdeo, cum alienatur feudũ ab agnato cum consensu domini (in quibus terminis quæstio accipienda est) nullam fraudem cõmitti, sed in eo tantum peccari, quod alienatio fieri debet cum consensu etiam agnati, vt in c. 1. de alien. feudi pater. qui consensus non adhibetur. Quare merito feudum agnatus reuocare potest, nisi hæres alienantis sit. Alia ratio est liberti alienantis bona sua, vt patronum excludat a legitima portione, de qua facti specie loquitur lex in argumento allata.

Secundum argumentum sumitur ex l. vlt. C. de Euictione. in illis verbis: *Factum eius cui successit ex sua persona dominium vindicare non impedit.*

Respondeo, hanc legem nõ loqui de hærede alienantis: sed de hærede fideiussoris, qui se obligauit de euictione pro venditore: hic n. nõ impeditur rem vindicare iure proprio, quia si de euictione conueniatur, actionem habet aduersus venditorem & eius hęredem. Hæres autem alienantis, de quo nos loquimur, rem vindicare non potest, quia doli exceptione repellitur, l. Seia. ff. de Euictio.

Tertiũ argumẽtum est, quia alienatio feudi facta sine consensu agnati proximioris, ad quem feudum peruenire debet, nõ valet, cap. 1. de alien. feudi pater. Ergo agnatus etiãsi hæres sit alienãtis feudum reuocare potest. Nam id quod nullum est rescindi potest etiam ab eo, qui illud gessit. Bart. in l. Post mortem. ff. de adopt. l. Quemadmodũ. C. de Agricolis & Censitis lib. 11.

Respondeo argumentum vires habere in alienatione facta contra legis prohibitionem: ita enim loquitur l. Quemadmodũ. Feudi autem alienatio, licet absque consensu agnati nõ valeat, non tamen iure fieri prohibetur, imò verò valet & confirmatur, si agnatus alienanti præmoriatur, vel taceat longissimo tempore vel saltem donec alienans viuit, valere non dubitatur.

Quartũ argumẽtum sumi potest ex eo, quòd plurimi interpretes in d. l. vlt. §. In computatione. C. de iure deliber. dixerunt, inuentarij confectionem.

confectionem id operari, vt hæres in eo ſtatu ſit, in quo eſſet, ſi non adiuiſſet hæreditatem. Iaſon ibi. nu 4. & multi alij, ſed ſi hæreditatem agnatus nō adierit, certum eſt feudum reuocare poſſe, liberè & abſolutè, quia nullum eſt impedimentum: Ergo idem reſpondendū eſt hæreditate adita, ſed inuentario confecto.

Reſpondeo, propoſitionem illam tam generalem veram non eſſe. Si enim in eo ſtatu hæres eſſet, qui inuentarium confecit, in quo eſt hæreditate non adita, non teneretur creditoribus, & legatariis ſatisfacere, etiam intra vires hæreditatis, quia certum eſt eum hæreditate non adita non teneri. Hoc autem eſt abſurdum, & contra legem expreſſam, vt patet ex l. vlt. §. Et ſi præfatam. C. de iure delib. Propoſitio igitur illa accipienda eſt hoc modo, vt hæres in eodem ſtatu ſit, &c. quantum ad hunc effectum, vt nullum ex hæreditate detrimentum patiatur, vt non teneatur vltra vires hæreditatis, vt ſuas non amittat actiones, ita enim loquitur textus in d. §. In computatione. in §. Et ſi præfatam. & alibi in tota ferè illa lege, nec alia fuit mens doctorū, qui propoſitionem illam induxerunt.

CAPVT XIV.

Sitne concedenda actio de euictione emptori, aduerſus hæredes eius qui feudum alienauit, quod ab agnato euictum eſt?

SI emptor ignorauerit rem feudalem eſſe, quæ ab agnato venditoris poſt illius mortem euincitur, exploratí iuris eſt; hæredem alienantis euictionis nomine conueniri poſſe. c. 1. §. Si vaſallus. ſi de feudo defuncti contentio ſit inter dom. & agnat. vaſalli. Cæterùm ſi id non ignorauerit aliter eſt reſpondendum: tum quia res euincitur hoc in caſu ex natura ſua, quo caſu euictio præſtanda non eſt. argu. l. Si ſeruus. ff. de Euictio. l. Si quis domum. §. vlt. ff. loca. Tum quia euictio non eſt ex cauſa venditionem antecedente. l. 3. l. Lucius. ff. de Euict. l. 1. C. de periculo & commo. rei vend. Tum denique quia ita iure conſtitutum eſt, vt qui ſcienter emit rem alienam, vel alteri obligatam, de euictione agere non poſſit. l. Si fundum. C. de Euictio. l. Si Fratres. C. commu. vtriuſque iud. niſi euictio ſpecialiter promiſſa ſit, vt in dictis legib. Scire autem rem alienam eſſe euictioni obnoxiam emptor videtur, qui ſciuit feudalem eſſe, aut certè id ſcire debuit, quod ſufficit. argum. l. Quod te. ff. ſi cert. pet. l. Si duo. ff. de acquir. hæred. l. Si Titius. ff. de fideiuſſo. l. penult. ibi: *qui ſciuit aut ſcire potuiſſet.*

Sed quæritur, an hoc in caſu ſaltem ad precij reſtitutionem agere emptor poſſit? Affirmat Iſernia in c. 1. §. Ruſus. quib. mod. feud. amittit. in verſ. vel poſtquam ad libellum dedit. num. 29. verſ. Quærit Gloſ. & ibi Afflictus num. 14. alios citat Piſtorius quæſt. iuris. lib. 2. parte 1. cap. 10. n. 31.

Sed hanc ſententiam ego ſic exaudio, vt locum habeat, quando de euictione promiſſum eſt, tunc enim agi poteſt ſaltem ad precij reſtitutionem. Cæterùm ſi nulla fuerit euictio promiſſa, non puto agi poſſe etiam ad precij reſtitutionē, quam ſententiam meam, vbi cōfirmauero, tum argumenta refutabo, quibus ſimpliciter & nulla diſtinctione adhibita Piſtorius vtitur in ſua ſententia adſtruenda.

Probatur igitur hæc ſententia ex d. l. Si fundum. C. de Euictio. ibi: *Si fundum ſciens alienum, vel obligatum comparauit Athenocles, neque quicquam de euictione conuenit, quod eo nomine dedit, contra iuris poſcit rationem.*

Sed hic emptor ſcit feudi naturam, aut ſcire debet (Paria enim hæc ſunt, ſcire vel ſcire debere, vt dixi) & conſequenter ſcire debuit reuerſurum ad agnatum mortuo venditore. Ergo quod eo nomine dedit, nempe *precium* contra iuris poſcit rationem.

Secūdò probatur ex l Si fratres. C. commo. vtriuſque iud. ibi: *Nam ſi fundi ſcientes obligationem dominium ſuſcepiſtis: tantùm euictionis promiſſionem ſolennitate verborum, vel pacto promiſſam probantes, eos conueniendi facultatem habebitis, &c.*

Tertiò ex l. vlt. §. vlt. C. commu. de lega. ibi: *Emptor autem ſciens rei grauamen, aduerſus venditorem actionem habeat tantùm ad reſtitutionem precij, neque dupla ſtipulatione, neque melioratione locum habente, cùm ſufficiat ei ſaltem pro precio, quod ſciens dedit pro aliena re ſibi ſatisfieri.*

Sententia legis hæc eſt, ſi fuerit promiſſa euictio per ſtipulationem, agi non poſſe ad id quod intereſt: ſed tantùm ad precij reſtitutionem, quod videtur repugnare aliis legibus, quas proximè adduxi, ex quibus apparet, ſi promiſſa ſit euictio, eam eſſe præſtandam. Euictionis autem nomine actio datur non ſolum ad precium, verùm etiam ad id quod intereſt. Reſpondeo, euictionem promiſſam præſtari pleno iure, quoties res aliena venditur, vel alteri obligatur: neq; enim res aliena vendi prohibetur à lege, imò valet vēditio rei alienæ. l. Rem alienam. ff. de contrahend. empt. Cæterùm præſtandam non eſſe pleno iure euictionem, ſed quoad precij reſtitutionem duntaxat, quoties alienatur res prohibita alienari abſque conſenſu alteriús veluti res reſtitutioni ex fideicommiſſo ſubiecta, dicta l. vltim. §. Sed quia. C. commun. de legar. & §. ſeq. Et idem in feudo antiquo: *nam alienatio feudi paterni non valet etiam domini volun-*

tate, nisi agnatis consentientibus, verba sunt textus in c.1. de alien. feudi pater. Hoc in casu emptor precium quod soluit, recuperat, & hoc est quod dicit textus in d.l. vlt. §. vlt. C. commun. de leg. *neque dupla stipulatione, &c. locum habente, cum sufficiat ei saltem pro precio, &c. sibi satisfieri.*

Quartò probatur, quia hoc in casu euictio sequitur ex natura rei, quia hęc est natura feudi, vt ad successorem agnatum transeat, ergò nō debetur euictio, nisi fuerit promissa, sicut declarat Gloss. communiter recepta in l. Si familiæ. C fam. hercis. & dixi lib. 6. Controuers. c. 68. in 8. conclus.

Quintò, quia nō est euictio præstanda, nisi oriatur ex causa antecedente venditionem, vt s. dixi, l. 3. l. Lucius. ff. de euict. l. 1. C. de periculo & commo. rei vend. Sed hoc in casu non oritur ex causa antecedente venditionem, sed subsequente, nimirum ex morte alienātis relicto agnato successore superstite. Ergo euictio non debetur, præsertim quia hoc euenire posse, emptor prospicere poterat, vt dixi. Quod si euictio sit promissa: tunc nihil obstant quę dicta sunt, quia contractus ex conuentione legem accipiunt, l. 1. §. Si conueniat. ff. depo.

Ex his patet responsum ad argumenta Pistorij. Primum. n. argumentum sumit ex d.l. vlt. §. vlt. C. commo. de legatis & fideicōmiss. vbi probatur actionem dari ad precium, ei qui scienter emit rem fideicommisso subiectam. Non obstat hoc argumentum, quia loquitur quando euictio promissa est, vt patet ex verbis illis, *neque dupla stipulatione, &c. locum habente.* Nam si nulla esset euictio promissa, certè non competeret actio ad precium, vt patet ex l. Si fundum. C. de euictio.

Secundum argumentum est, quia hoc in casu ratio cessat, propter quam is agere non potest ad restitutionem precij, qui scienter rem alienam emit. Illa enim est ratio, quia preciū donare videtur. Non præsumitur autem emptor precium donare voluisse, sed potius emisse ea spe fretus, vt feudum non euinceretur.

Respondeo, non hanc esse causam, cur agi non possit ad precium: nulla lege id probari potest, nulla ratione persuaderi: Nam cum nemo præsumatur donare velle ac suum iactare, semper emens rem alienam scienter precium repeteret: quia non præsumeretur donare illud emptori voluisse: Neque huc pertinet regula illa: *Cuius per errorem soluti repetitio est, eius sponte dati donatio est,* quia emptor non soluit precium tanquam indebitum, imò tanquam debitum pro re empta.

In eo est emptor culpādus, quòd sponte se coniicit in periculum precij amittēdi, emens rem cuius grauamen non ignorat: vt proinde conqueri non possit, neque enim scienti & volenti dolus fit vel iniuria.

Tertium argumentum est ex æquitate rei, ne venditor locupletetur cum aliena iactura. Potest in hanc sententiā adferri text. in l. Emptorem. §. Qui autem. ff. de act. empt. in illis verbis: *Ibidem ait, idem esse dicendum, & si apertè in venditione comprehendatur, nihil euictionis nomine præstitum iri, precium quidem deberi re euicta, vtilitatem non deberi. Neque enim bonæ fidei contractus hanc patitur conuentionem, vt emptor rem amitteret, & precium venditor retineret.*

Respondeo, textum non loqui eo in casu quo quis sciēter rem alienam emit; tunc enim precium amittit, nec illud re euicta à venditore reposcit, vt in d.l. Si fundum. C. de euiction. nisi de euictione præstanda sibi prospexerit, vt ibi. Loquitur ergo ille textus quando quis ignorans rem alienam esse emit: tunc licet pactum fecerit cum venditore, vt de euictione non teneatur; tamen re euicta precium restituere tenebitur: Aliud est igitur quem de euictione agere non posse ex legis dispositione, quia scienter emit rem alienam, vt in casu nostro, & tunc non agit ad precij restitutionem. Aliud verò agere non posse quem de euictione ex pacto, siue ex contractu ea lege inito, & tunc agere poterit ad precium, ita declarat Paulus Castrensis in d.l. Emptorem. §. Qui autem. circa finem. ff. de act. empt. Decius cons. 411. n. 4. Crauetta cons. 211. n 6.

Porro quòd de æquitate dicitur; non parui est momenti: sed hæc sit pœna vel negligētiæ, vel malitiæ ementis rem alienam, aut restitutioni subiectam, & non sibi de euictione prospicienti. Nam ita lex scripta est, vt quod eo nomine soluit repetere alioqui non possit, d.l. Si fundum. C. de Euict. d.l. Si fratres. C. comm. vtriusque iud. Atque ita sentio, saluo meliori iudicio.

CAPVT XV.

Possitne agnatus ex iure retractus, vt vocant, feudum antiquum alienatum ab agnato, cum consensu domini, eo viuente soluto precio renocare?

TRes sunt doctorum sententiæ, hac de re. Prima, agnatos feudum reuocare non posse viuente agnato, vel filios alienantis posse, precio soluto; atque in hoc plus iuris eos habere, quam agnatos. Ita docent Isernia in c. Titius. si de feudo defuncti fuerit conten. inter do. & agnatos. in vers. Quod si Titius. Aluarotus ibid. Martinus Laudensis & Afflictus n. 6. Iacobinus à S. Georgio, in inuestitura feudali. in verb. Et cum pacto, de non alienando, num.

num.44. Curt. senior. consi pen. Clarus §. Feudum. quæst. 42 in princip. & hanc sententiam communem dicit Albertus Brunus, cons. 80. nu. 11.

Secunda est sententia, agnatum posse reuocare feudum precio tamen soluto, ita Baldus in d. c. Titius. si de feudo defuncti fuerit controuersia inter do. & agnat. vasalli. & ibidē Eguin. Baro, & Cuiacius. Idem sentiunt Isernia & Afflictus in c. 1 §. Sed & res. nu. 8. 9. per quos fiat inuestitura. Albertus Brunus d. cons. 80. n. 2. & 12. Hieronymus Schurfius inter consilia feudalia, cons. 123. & cons. 143. Pistorius quæstionum iuris, lib. 2. par. 1. c. 11.

Tertia est sententia, adhibendam esse distinctionem, vtrum feudum in extraneum alienatum fuerit, an verò in agnatum remotiorem. Priore casu agnato proximiori licebit precio refuso feudum reuocare. Posteriore nō item. Ita Sonsbechius in vsus feudor. part. 13. nu. 117. Thomas Marinus lib. 2. tit. de feudo ex pacto & prouiden. n. 68.

Ego puto agnato ius retractus competere intra annum, nisi alienationi consenserit, & ideo soluto precio eum posse feudum reuocare, non dubito, siue in extraneum, siue in agnatum remotiorem alienatū sit. Mouet me textus in c. Titius. Si de feudo defuncti fuerit cōtrouersia inter dom. & agnat. vasalli, in illis verbis: *Quod si Titius filios proprios haberet, precio reddito, etiam viuo Titio quod si consensit alienationi, vel per annum ex quo sciuit, tacuit, omnino remouebitur.*

Hic enim est verus sensus illius loci, sicuti latius explicaui superius c. 9. circa finem, & loquitur de alienatione facta in agnatum remotiorem. Ex quo confunditur illa distinctio, quam commemorauimus. Quamobrem non dubito, quin contraria sententia ex praua illius textus interpretatione originē habuerit.

Huc etiam pertinet text. in c. 1. §. Sed & res. per quos fiat inuestitura, in illis verbis. *Non permittitur ei etiam secundum antiquam consuetudinem, alij eam vendere nisi sibi, vel alij proximiori, pro æquali precio accipere volēti, &c.* Frustrà enim ita constitutum esset, vt non posset feudum aliis vendi, sed proximiori agnato deberet vendi, pro æquali precio emere volēti, nisi agnatus proximior precio oblato & soluto, feudum ipsum aliàs venditum reuocare posset: quod & manifestum est ex verbis sequentibus illius text. ibi. *Redditio, &c. Precio, &c. compellatur sibi restituere.* Et ex c. 1. §. Porro. quali. olim feudum poterat alien. ibi: *Prohibendo autem vel redimendo, &c.*

Fundamentum porrò contrariæ sententiæ valde est infirmum: Nam positum est primò in c. 1. §. Hoc quoque. de success. feudi, quatenus ibi dicitur. Si is qui feudū alienauit, moriatur absque hærede, illud reuerti ad proximum agnatum. Secūdò, in d. c. Titius, de quo iam diximus. Tertiò, in hac ratione. Nā agnatus, dum viuit, ius habet in feudo, consequenter potest illud alienare, & donec viuit ipse agnatus, nō videtur posse reuocari, sed eo mortuo duntaxat, quasi tūc resoluto iure datoris, resoluatur ius acceptoris. iuxta l. Qui tabernas. ff. de contrah. empt. l. Puto. §. Prædium. de leg. 2. l. Lex vectigali. ff. de pignor. cum aliis similib.

Respondeo ad primum, nihil obstare, quia loquitur de reuocatione feudi, quod ex iure proprio agnatis conceditur: de qua nostra nūc disputatio non est; Nos enim fatemur agnatis ius competere reuocandi feudum alienatum post mortem alienantis, nullo etiam soluto precio, sed non propterea inferri potest, illud ius non competere etiam viuente agnato qui alienauit, si agnati nitantur iure retractus, ac proinde precium soluere parati sint.

Ex quibus etiam intelligitur rationem illā, quæ tertio loco adducebatur, nullius esse momenti, quia hoc tantum probat feudum, viuente agnato qui alienauit, reuocari non posse ab agnatis ex iure quod habent, nullo scilicet precio soluto: Cæterùm si vti velint iure retractus, quod eis conceditur, poterunt precio soluto feudum reuocare etiam viuente eo qui alienauit.

CAPVT XVI.

Vtrum agnato competat ius retractus, si feudum alienatum dixerit se nolle emere.

NOn assentior Tiraquello, de retractu cōsanguineorum. §. 1. Glos. 9. nu. 145. concedenti, ius retractus agnato, qui feudum, quod agnatus vendidit, emere recusauit: ea ratione, quod non videatur sibi præiudicare voluisse, sed maluisse venditionem expectare, ac intra annum sibi concessum, redimere, vt interim pecunias in id necessarias sibi colligeret, & compararet. Non, inquam, placet hæc sententia, licet nonnullis placuisse nō ignorem, quia id non est bona fide agere, sed astutè, & vēditoris agnati & emptoris contractum impedire: Cur enim dum emere recusauit, non addidit eam protestationem, velle se redimere ex iure sibi competente, intra annum velle se vti iure prothimiseos? Non ita sunt verba intelligenda, sicuti is, qui ea protulit, desiderat, sed vt æquitas, & iuris ratio postulat. Et plerunque contra eum interpretantur, qui poterat apertius respondere. l. Veteribus. ff. de pactis. Nemo decipi alterius verbis, responsionéve debet. si dixerit se nolle emere, videtur consentire, vt feudum alteri vendatur,

aut certè venditionem impedire, reuocare nō potest, argum. l. Qui Romæ. §. Cohæredes. ff. de verb. oblig. l. vlt. C. de iure emph. Et hanc sententiam probat text. in c. 1. §. Sed & res. Per quos fiat inuestitura. ibi. *Non permittitur ei etiam secundum antiquam consuetudinem alij eam vendere, nisi tibi vel alij proximiori, pro æquali precio accipere volenti.*

Ergo si nolis emere, si nolis accipere, permissum est alij vendere. Dices permissum quidem, sed agnato proximiori redimere permissum quoque est eodem precio. Concedo id verum esse, quando agnatus vendidit absque consensu proximioris, aut proximiore nō requisito, an vellet emere: sed si requisitus dixerit se nolle emere, iam ipse videtur consentire, vt alij vendatur liberè & irreuocabiliter.

Replicabis, aliis quidem vendi posse, sed saluo iure retractus, quia proximior habet ius prohibendi ne feudum aliis vendatur. Item habet ius illud ipsum redimendi. c. 1. §. Porro. quib. mod. olim feudum poterat alien.

Respondeo, proximiorem agnatum hoc iuris obtinere, vt si venditionem non impediat, possit redimere: nisi dixerit se nolle emere. Cur enim ei liceat voluntatem in alterius præiudicium mutare? l. Nemo potest mutare. de regul. iur. Neque verò dici potest, mutatam hic voluntatem non esse, quid enim est aliud feudum redimere precio soluto, quàm illud emere? Atque ita sentio vna cum Baldo in d. c. 1. §. Sed & res. & ibidem Afflict. n. 8. vers. Et si ille proximior. latiùs Pistorius quæst. iuris, lib. 2. par. 1. quæst. 12.

CAPVT XVII.

Quid iuris si proximior agnatus vti nolit iure retractus, poßitne eo vti sequens in gradu?

NOn assentior Pistorio libr. 2. quæst. iuris, parte 1. quæst. 12. nu. 65. neganti ius retractus in feudis alienantis cōpetere agnato remotiori, quando proximus negligit eo vti, eo argumento, quòd ius retractus dicatur competere agnato proximiori, & nulla alterius remotioris, qui in gradu sequitur, mentio in vsibus feudorum habeatur, vt in c. 1. §. Sed & res. Per quos fiat inuestitura. in ca. 1. §. Porro. qualiter olim feudum poterat alien. in c. Titius. Si de feudo defuncti fuerit controuersia inter dom. & agnat. vasalli, ac proinde non sit hoc ius temerè producendum, præsertim cùm repugnet regulis iuris. l. Dudum. C. de contrahend. empt. Et denique nulla ferè sit in eo vtilitas agnati remotioris, quandoquidem proximior feudum reuocare possit, mortuo eo qui alienauit, etiam nullo precio restituto.

Non, inquam, mihi placere potest hæc sententia, quia ius retractus in feudis introductū fuisse credendum est, vt feuda in agnatione & familia remanerent, neque ad extraneos transirent: Et ideo in Constitutione Friderici Imperatoris, & in aliis legibus, quę de iure retractus conscriptæ sunt, ea facultas omnibus agnatis & consanguineis concessa est, vt fatetur ipse Pistorius, quod ego non vrgeo, vt hoc testimonium extra ius positum, loco legis habeatur, sed vt ex eo colligere valeamus mentem ac rationem legis, quæ ius retractus inducit.

Deinde quia is dicitur proximus, quem nemo antecedit. l. Proximus. de verbor. sig. Hinc hæreditas soli proximo agnato, id est, ei, quem nemo antecedit, deferri dicitur. l. Post consanguineos. §. Hæreditas. & §. Legitima. ff. de suis & legit. hæredib. quod ideo declaratum est, vt intelligatur recusante adire proximiore, eum qui in gradu sequitur adire posse, quasi iā proximior sit. Vlpianus: *Si quis igitur proximus agnatus dum hæredes scripti deliberant, diem suū obierit, sequens quasi proximus admittetur.* l. 1. §. Proximus. ff. vnde cognati.

Igitur eadem interpretatio adhibenda est in feudis, vt is dicatur proximus, quem nemo antecedit. Quare si proximus feudum redimere neglexerit, sequens quasi proximus redimere neglexerit.

Huc accedat quod negari non potest, excluso post mortem alienantis proximiore, cū qui sequitur in gradu, feudum reuocare posse, ita vt præscriptionis exceptio, quæ proximiori obstabat, non obstet sequenti, sicut latè disputatum est suprà, c. 12. Ergo idem statuendū est, & in iure retractus, vt scilicet excluso proximiore sequens admittatur. Nam & simili modo proximior dūtaxat vocatur tam post mortem alienantis ad reuocandum feudum nullo precio soluto, quàm viuēte ipso alienante, ex iure retractus precio soluto, vt in d. c. Titius. si de feudo defuncti cōtrouersia fuerit inter do. & agna. vasalli. Sicut ergo in vno casu proximiore excluso sequens admittitur, ita & in altero casu admitti debet.

Quod verò Pistorius adfert nullam fore vtilitatem agnati sequentis in gradu, nihil sanè mouet, quia fieri potest, vt transigat cum proximiore, ne mortuo alienatore quæstionem ei moueat. Fieri etiam potest, vt sequens agnatus in gradu proximiori superuiuat; Denique vt nihil timeatur à proximiore, propter eius decrepitam ætatem, fortè etiam & incapacitatem, aut culpam.

Et hanc sententiam amplexi sunt Afflictus in c. 1. §. Donare. n. 81. quali. olim feud. poterat aliena. Sonsbechius part. 13. n. 119.

Pistorius autem citauit Cuiacium tit. 4. lib. 2. feud.

2.feud.quasi ambigentem, an vlteriori agnato ius redimendi concedatur. Sed in eo offendit (& quis est qui aliquando nō offendat?) Nam Cuiacius non de eo dubitauit, sed an domino competat ius redimendi; si feudum non proximiori sed vlteriori agnato vendatur. Sic enim ait: *Si in iure prothimiseos concurrat agnatus & dominus feudi, vel emphyteuseos, vel census, agnatus præfertur. Ergo & cùm agnato proximiori venditur, merito dicemus domino non competere ius prothimiseos. An & si vlteriori, siue non ausim affirmare, cum agnato proximiori, siue agnato, siue extero vendiderit competere ius prothimiseos, prob. c.4. tit.14.* Hactenus ille.

CAPVT XVIII.

Possitne filius reuocare antiquum feudum à patre alienatum, cum consensu domini post mortem ipsius patris?

INgens cōtrouersia est de filio, an possit feudum antiquum, siue paternum appellatum, à patre alienatum, post mortē patris reuocare. Tres sunt præcipuæ Doctorū sententiæ. Quarum duæ versantur in aliquo extremo. Tertia verò, quę mihi maximè probatur, mediam ingreditur viam. Prima hæc est, filium reuocare posse feudum a patre alienatum, siue sit hæres patris, siue non sit hæres. Altera, non posse reuocare, siue hæres sit patris, siue nō sit. Tertia, quæ mediam tenet viam, distinctionem adhibet, vt siquidem filius hæres patris non sit, reuocare possit feudum a patre alienatum; si verò hæres patris existat, non possit; quod si inuentarium confecerit, quatenus erit in bonis hæreditariis, eatenus factum patris præstare tenebitur, nec reuocare poterit, vt fusè explicatum est supra c.14. Non inde tamen colligi potest, filium posse patris hæreditatem repudiare, & feudum reuocare. Id enim ei non licere palam est ex c.1. An agnatus vel filius. de quo suprà c.5.

Prioris sententiæ author est Pinellus in l.1. in 3. part. nu.95. C. de bonis mater. post alios, quos suprà c.13. citauim*, nō procul ab initio. Omnes enim qui putarunt, agnatū hæredem alienantis reuocare posse feudum alienatum, multò magis idem iuris filio cōcesserunt: imò multi ex ibi citatis expresè loquuntur de filio hærede patris.

Secundæ opinionis author est Pistorius, de filio nominatim disserens libr.2. quæst. iuris, par.1. quæst 13. vbi citat eiusdem sententiæ authores, Baldū & Beluisium in c.1.§. Hoc quoque. de success. feudi. Cuiacium & Baronem in c. Titius. Si de feudo defuncti fuerit cōtrouersia inter do. & agna. vasalli: Sed certè Baldus ibi n.20. contrarium mihi videtur scribere. Cuiacius autem apertè loquitur de filio, qui sit hæres patris, vt patet ex eo, quòd adducit l. Seia. ff. d. cur. & tit.70. lib.4. feudorum, qui textus loquitur de filio hærede patris. Eguinarius autem Baro nihil dicit hac de re quod viderim.

Tertia autem opinio, quam diximus esse mediam, in ea parte qua docet, filios qui non sunt hæredes patris reuocare posse antiquum feudum a patre alienatum, authores habet omnes, qui id agnatis permissum esse voluerūt; nam idem multò magis filiis concedunt Hernia, Aluarotus, Præpositus in d.c. Titius. Afflictus in c.1.§. Hoc quoque. nu.55.56. de success. feudi. & alij, quorum facit mentionem Pistorius in d. quæst.13. n.18. In altera verè parte, qua docet, filios patris hæredes feudum reuocare non posse, authores habet Baldum in d.c.1.§. Hoc quoque. nu.20 de success. feudi. Ruinum cons.25. nu.10. lib.2. Martinum Silimanum de feudis. n.169. & omnes alios, qui negāt, agnatis hæredibus ius competere feudum alienatū reuocandi, quos adduxi suprà cap.13. vers. Verū quamplurimi. Eadem enim ratio est in filio, quæ in agnatis.

Rectè igitur ordinéque facturus videor, si sententiam hanc prius confirmauero, deinde argumenta confutauero, quibus aliæ nituntur sententiæ.

Hęc itaq; sentētia duas habet partes, quarum illa prior est, filium hæredem patris sui reuocare non posse feudum a patre alienatum. Posterior autem, filium, qui patris hæres non sit, reuocare id posse. Prior pars probatur ex iis legibus quibus cauetur, hæredem pręstare debere factum defuncti, & nō posse illud impugnare ac reuocare. l. Cū à matre. C. de reivind. l. Venditrici. C. de reb. alien. non alien. cū aliis multis, quas commemoraui suprà hoc eodem libro c.13. quibus adde text. pulchrum in c.1. §. Idem hæredes. tit. de Notis feudorum.

Posterior autem pars probatur tribus argumentis. Primum est, quia iure feudali expresè cautum est, agnatos reuocare posse feudum alienatum ab agnato, vt in c.1. de aliena. feudi paterni. c. Titius. Si de feudo fuerit controuer. inter do. & agna. vasalli. Ergo etiam filius illud reuocare potest. Nam filius dicitur esse agnatus patri. l. Filius. ff. de suis & legi.

Secundum argumētum sumitur ex ratione iuris. Nam aut filiis ius quęsitū est ex antiquis maiorum suorum inuestituris & acquisitionibus, aut ius quæsitum non est. Si nullum ius quæsitum esse dicamus, inanis erit disputatio nostra, nec in iis terminis procedere poterit. Sin autem ius quęsitum est, absq; vlla difficultate efficitur, patrem nō posse illud eis auferre

alienando feudum, arg. l. 1. C. de bonis mater. l. 11 quod nostrum. de reg. iur. Et ideo filius iure proprio bona alienata vindicare potest. l. Seia. ff. de Euict. l. Venditrici. C. de reb. alien. non alien. l. vlt. C. de Euict..

Tertium argumētum est ex alia iuris ratione. Nam ea, quæ filius non habet à patre suo, sed aliunde, ex culpa & facto patris amittere non debet. l. Eū qui. ff. de interd. & releg. Feudum autem, de quo nostra est disputatio, non à patre, sed aliunde habet, nimirum ab auo, vel proauo, & aliis maioribus, vel ascendentibus suis: Ergo non potest illud amittere facto, id est, alienatione patris.

Nunc argumenta, quibus contrariæ sententiæ nituntur, dissoluenda sunt.

Inprimis ad probandum, filium posse feudum indistinctè reuocare, sic Pinellus argumentatur; *In iuribus feudalibus sæpe legimus factum vnius vasalli vel possessoris sibi soli, non successori, nec domino nocere posse. c 1. §. Quid ergo. de inuest. de re alien. facta cap. 1. de success. feud. ibi, nulla ordinatione defuncti in feudo valente, &c.*

Respondeo, istud argumentum probat filiū reuocare posse feudum alienatum, vbi non est hæres alienantis: quod & nos concedimus: Sed non probat reuocari posse ab eo qui hæres sit alienantis.

Secundò ita pergit. *Iuuatur*, inquit, *hac opinio ex l. 1. §. Titius. Si de feudo defuncti controuersia sit inter dom. & agnat. vasalli. dupliciter inducendo. Primò, dum loquitur de proximiore agnato, quem inquit reuocare posse alienationem feudi mortuo alienante. Verisimilius autem est quod proximior agnatus hæres erit defuncto, & ita frequentius contingit, suadeturq́; ex l. Conficiuntur. ff de iure Codi. Cùm ergo textus ille indistinctè loquatur de agnato proximiore, qui sæpius ex testamento, semper autem ab intestato hæres est, si velit, eundemq́; dicat posse alienationem feudi reuocare, absurdum & diuinatorium esset restringere textum ad casum insolitum, nec tam verisimilem de proximiore non hærede. Inducitur secundò textus ille, dum loquitur de filio, & inquit etiam viuo patre alienante posse filium reuocare alienationem, vbi expendenda est implicatio verbi, Etiam, innuit enim mortuo patre planè admitti filium, & ideo exprimitur ibi casus maioris dubij, vt etiam viuo patre filius admittatur. Nec sanum esset intelligere casum patris mortui in filio non hærede, cum id ferè nunquam contingat, manifestèq́; iura repugnent. l. Cum ratio. ff. de bonis damna.*

Respondeo, quod attinet ad text. in d. cap. Titius. videnda esse ea, quæ posui suprà, ca. 9. ex quibus perfacilè erit intelligere, id quod Pinellus dicit de filio reuocante feudum alienatum, non esse consentaneum verbis illius loci, & à sententia eius longè alienum esse: quia loquitur de agnato reuocante feudum alienatum, non autem de filio. Veruntamen, quia & nos concedimus, & verum esse profitemur, agnatum filiúmque feudum reuocare posse: tam ex textibus iuris feudalis, quam ex ratione iuris, respondemus ad istud argumētum negando, id recipiendum esse de agnato & filio hæredibus. Eo enim casu, quo heredes existunt alienantis, repræsentant defunctum, & eius factum præstare tenentur; nec vlla ratione possunt illud impugnare: Non obstat id quod dicitur, plerunque agnatum & filium hæredem esse, quia nos loquimur, quando heredes non sunt; licet enim rarò id accidat, vt hæredes non sint, accidere tamen multas ob causas potest; Vnde satis est in ea hypothesi, nostram sententiam locum habere, in qua heredes non sint. Quod si nullæ erant statuendæ leges in illis casibus, quibus filij hæredes non sunt parentum suorum, quia rarò id cōtingat, non erat opus de inofficioso testamento cauere, de legitima, de repletione eius, & de aliis capitulis ad eam rem pertinentibus, quæ sanè non pauca sunt, nec parui momenti. Sicut ergo nemo dixerit, inanes esse tot constitutiones, quæ ad hunc casum respexerunt, quo filius hæres non sit patris, ita nec inanis erit cōclusio nostra, qua asserimus, filium qui hæres non sit parentis sui feudum antiquum à parēte alienatum reuocare posse, & dicta iuris testimonia accipienda esse de filiis, qui hæredes patris non sunt.

Roboratur tertiò (inquit Pinellus) *vrgenti ratione; quia feudum censetur honor familiæ, qui citissimè aboleretur, si proximioribus hæredibus & successoribus ius reuocandi negaretur, fierétque iniuria primo acquirenti, cui posteriores omnes successionem feudi debent, &c.* Cętera enim, quæ subiicit, ad eum casum pertinent, quo dominus alienationi non consensit: de quo nostra non est disputatio.

Respondeo, hoc argumentum probare, filium reuocare posse feudum alienatum, quod nos etiam defendimus: Verùm non pertinere ad eum casum, quo filius hæres est patris alienantis, qui casus nunc controuertitur.

Iuuatur quartò, inquit Pinellus, *hac opinio contra Doctores ex altera parte communis opinionis; de feudo concesso alicui & liberis, quo casu concedunt omnes, vt saltem confecto inuentario possit hæres reuocare alienationem. Puerile enim & absurdum videtur, totum huius rei effectum pendere à leuissima verborum differentia, contra l. 2. C. comm. de lega. &c.*

Respondeo, nos non recipere traditionem illam, de feudo concesso alicui & liberis, vt hæres reuocare possit alienationem, quod verò dicit

rò dicit, saltem facto inuentario hæredē posse reuocare, a nobis disputatum est superiùs cap. 14. nunc de hærede simpliciter nobis instituta disputatio est: quid de hærede, qui inuentarium fecit, statuendum sit, ibi explicatur, atque hoc in loco repetendum non est.

Post hæc Pinellus respondet ad reg. l. Cùm à matre. C. de rei vind. dicens non habere locum quando alienatio nulla est, quem articulum expendimus iam capit. 13.

Sequitur vt refellamus argumenta Pistorij. Primum est: *quod perlectis ac diligēter consideratis omnibus iuris feudalis capitibus, nullibi, ne vno quidem verbo cautum reperiatur filios feudum à patre alienatum reuocare posse, &c.*

Respondeo, satis cautum id esse cùm filius agnatus sit. l. Filius. ff. de suis & legiti. hæred. Agnatos autem posse feudum reuocare constitutū sit. Cùm eadē ratio sit, & multò maior in filiis, quam in agnatis. Cùm pater nō possit ius quæsitum filiis suis aliunde, quam ab ipso auferre, l 3. ff. de interd. & releg. vt supra disputauimus.

Secundum argumentum est, quia ingenuis hominibus, atque adeò parentib. libera esse debet rerum suarum administratio. l. 2. ff. si à parente quis fuer. manu. l. In re mandata. C. mand. Nec potest filius in irritum deducere ea quæ a parētib. gesta sunt l. Ea quæ à patre. C. de restit. mili. nec eo quidē prætextu, quod res alienatæ ab auo & familia descenderint. l. Si auia. C. de donatio.

Respondeo, istud argumentum locum sibi posse vindicare in iis rebus, quæ proprij iuris sunt parentis, ita vt filius in eisdem nullum habeat ius: Et ideo dicit text. in d. l. si auia. *Si auia vestra proprias res, &c.* In istiusmodi rebus nemo negat liberam esse facultatem parentibus concessam alienandi, sed loquimur iam de feudo, in quo ius quæsitum est filiis post mortem patris sui ex antiquis inuestituris & concessionibus: illud ius non potest ei pater directè auferre, nec indirectè alienando feudum.

Tertium argumentum est, quia *iura feudalia quotiescunque de facultate reuocandi feudum alienatum disponunt, de solis agnatis loquuntur, nulla facta mentione filiorum. ca. 1. de aliena. feud. pater. c. 1. §. Porro. qualiter olim feudum poter. alien. & alibi. Cùm tamen è contrario quotiescunque de iure pertinente ad filios agitur, de iis directè etiam disponatur c. 1. de success. feudi. Quin etiam vbicunque tam de filiis, quàm de agnatis est agendum, nunquam sub vno agnatorum nomine vtrique comprehenduntur, sed filij ab agnatis manifestè distinguuntur, & illorum ab iis separata semper habetur ratio. c. 1. In princip. & . His verò deficientib. de gradib. succeden. in feudo. c. 1. §. Hoc quoque. de success. feudi, &c.*

Respondeo, licet expressè mentio facta non sit de filiis sicut de agnatis: id tamen non obstare. Primò, quia de appellatione filij venit etiam agnatus vt dictum est: Et licet aliquādo fiat mentio nominatim filiorum, & agnatorum; non tamen inde sequitur, agnati nomen eò minus filiis conuenire, quod illis à iure tributū est, & nullo textu iuris feudalis cōuenire negatur: nisi quādo eodem in loco aliud statuitur de filiis, aliud de agnatis: tunc enim apparet sub nomine agnatorum filios non contineri. Exemplum est in cap. 1. An agnatus vel filius.

Secundò, quia eadem ratio est in filiis, quæ in agnatis, vt meritò idem iuris esse debeat.

Tertiò, quia iuribus feudalibus nullibi contrarium cōstitutum est, vt nimirum filij reuocare non possint feudum à patre alienatum. Ergo id erit secundùm iuris communis regulas definiendum, c. 1. de feud. cogn. Docent autem iuris communis regulæ, filium reuocare posse res proprias à patre alienatas, si non sit hæres patris, l. 1. C. de bon. matern. l. Cùm à matre. C. de rei vindic. cum aliis superiùs adductis.

Quartum argumentum est, quia in *multis iuris feudalis capitulis, in quibus de reuocando feudo alienato agitur, licet simul etiam filiorum quandoque fiat mentio, non tamen propterea hoc ius reuocandi ipsis conceditur, sed huic iuri tum demùm locus relinquitur, si is qui alienauit feudum, sine filiis decesserit, vt in c. 1. §. Si aliquis de capitaneis apud quem vel quos controuers. feud. finita. in cap. 1. §. Si verò vel totum, qualiter olim feudum poterat alien. in cap. 1. §. Hoc quoque de success. feudi.*

Respondeo, hæc iuris feudalis testimonia ad rem istam non pertinere. Nam quod attinet ad primum, verba textus hæc sunt: *Si aliquis de capitaneis, vel de maioribus valuasoribus, vel de minoribus suum beneficium, siue totum, siue partem alienauerit, & ipse vel hæredes eius sine hærede decesserit, quia beneficium senioribus aperitur, totum, quod sic est reuocari debet.*

Ex hoc textu non probatur, filium reuocare non posse feudum alienatum, sed probatur feudum alienatum domino, qui senior appellatur aperiri, si alienans sine hærede, hoc est, filio decesserit. Ratio est quia si filius extet, ille potest feudum reuocare, si antiquum sit, & ideo in causa est, vt feudum non aperiatur domino.

Eadem ferè responsio valet ad text. in cap. 1. §. Si verò vel totū & in d. cap. 1. §. Hoc quoque. Nihil enim aliud dicitur, nisi feudū ad dominum reuerti, vasallo decedente absque hærede, vel feudum ipsum refutante in manus

domini, vel illud ob aliquam culpam amiserit. Ex quo non recte infertur, filium non posse feudum reuocare alienatum: licet.n. text. id non dicunt, non tamen id negant: Quare ad hanc quæstionem nostram nequaquam pertinent.

Quintum argumentum sumitur ex ratione, quæ in causa est, vt agnati feudum alienatum reuocare possint. *Si enim rectius quis secum perpenderit, animaduertet, hoc inde potissimùm descendere, quoniam agnatus collateralis feudum non ab eo, qui alienauit, obtinet, neque vllam causam habet, cur ipsi hac in re quicquam acceptum ferat, sed potius per inuestituram eius, à quo tanquam à communi stipite feudum ad alienatorem peruenerit, succedere videtur, vt disertè probatur in cap 1. §. His verò deficientibus. de Gradibus succeden. in feud. cap. 1. §. Si capitanei. de feudo Marchia. in c. 1. de eo qui sibi vel hæredibus suis masculi. Non mirum igitur cur ipsi inuito ius hoc aliunde quæsitum auferri nequeat. Hæc verò ratio in filio & cæteris descendentibus penitus cessat. Nam in feudo non tam beneficio primi acquirentis, quàm mediante persona patris sui succedit, & ab ipso patre capere videtur vt probatur in d. § Si capitanei, & notat Bald. & Doct. in c. . an agnat. vel filius, vbi Cuiacius eius manifestam affert rationem, quoniam si filius censetur feudum non à patre proximè defuncto, sed sub auo obtinere, tum sanè patruus filij, qui auo proximior est gradu, potius succederet in feudo, excluso filio: sed cùm patruum in successione feudi excludat, palam est illum feudum non ab auo, sed à patre suo nancisci. Non igitur reuocandi ius agnatis concessum ad filios pertinere debet, non solùm quia cessat ratio, ob quam agnatis hoc ius indultum est, sed etiam quia alia succedit, quæ in persona filiorum longè aliud suadet, nimirum hosce factum eius præstare debere, à quo lucrum capiunt, & cuius beneficio ad feudi successionem perueniunt.*

Respondeo, animaduertendum esse, maiorem quidem propositionem veram esse: Ex qua persona quis lucrum sentit, eius factum præstare debet. l. Ex qua persona. de reg. iur. Cæterùm alia propositio, quæ assumitur, vera nõ est, nimirum filium ex persona patris lucrum capere in proposito casu, quo feudũ pater alienauit. Nam aut dicimus, filium ex persona patris lucrũ sentire, quia sit hæres eius, & successor in cæteris bonis, & hoc certissimũ est, sed in hoc casu locum non habet conclusio nostra, quia nos quoque asserimus filium hæredem patris feudum alienatum reuocare non posse. Aut volumus filium sentire lucrũ ex persona patris respectu feudi: quia videlicet illud ex patre ipso habere videatur: Et hoc nequaquam locum habere potest, nisi filius feudum alienatum reuocare possit. Quo.n. pacto lucrum sentire poterit filius, si illud reuocare non possit? Ex quibus patet non rectè applicari, quod Cuiacius dixit, & ante eum Bald. & alij, filium videlicet patris hæreditatẽ sibi delatam repudiare non posse, & feudũ retinere. Nam cùm feudũ ex patre suo habere videatur, quasi hæres patris, non est consentaneum iuri, vt eius hæreditatem repudiare possit, eámque a feudo separare. Hic sermo est de feudo non alienato, sed à patre possesso, & relicto inter alia bona patris eo in casu, quo filius ad hæreditatem vocatus est. Nostra autem quæstio est de feudo alienato, & de filio qui hæres non sit patris. Vnde res est planè dissimilis, & diuersam habet rationem, vt patet.

Sextum argumentum est: *quia filij in materia feudali plerumque hæredes patris appellantur. cap. 1. § Etsi clienculus de aliena. feudi, &c. Non enim id frustra factum esse, sed hoc ipso significari videtur, filios ad feudum non nisi ex persona patris peruenire, atque adeò ipsi in feudo hæredes esse, & feudum illi acceptum ferre, factúmque parentis præstare debere.*

Respondeo, si filius sit hæres patris, me non confutare hoc argumentum, sed ei acquiescere. Cæterum, si hæres non sit, non video cur non possit feudum alienatum reuocare, ad quod est inuitatus ex antiquis concessionib. ac inuestituris. Quod. n. filius in feudo succedere videatur, tanquam hæres patris, verum est & locum habet, quando feudum reperitur in hæreditate patris: Tunc illud ita coniunctum est cum reliqua hæreditate, vt non liceat filio separare hæreditatem ab eo, & retento feudo eam repudiare: sicut nemo potest secundum iuris regulas partem hæreditatis accipere, & partem repudiare. l. 1. & 2. ff. de acq. hæred.

Sed aliter dicendũ est, vbi feudum alienatum est, nec extat inter bona paterna: Certè ad illud reuocandum filius actionem habet, quia illud debetur ex antiquis inuestituris, vt dictum est, si non sit hæres patris.

Septimũ argumentum sumitur ex c. 1. An agnatus vel filius. & c. 1. §. Filius. de Capitaneo qui curiam vendidit. *Nam cùm ibi manifesta constituatur differentia inter agnatum & filiũ, & huic iniungatur, vt vnà cum feudo simul hæreditatem paternam adeat, & de feudo etiam debita hæreditaria persoluant, quis negare ausit, magnam esse inter filios & agnatos diuersitatem, & filios factum patris in feudo, longè magis quàm agnatos capessere debere, neque propterea feudum à patre alienatum reuocare posse? Cùm regulariter hæres factum defuncti præstare teneatur, l. Cum à matre C de rei vind. Si enim filius de feudo tenetur luere debita parentis*

tis etiam in eo casu, in quo de mente patris non satis constat, filio in feudo praeiudicium generare voluisse, vtique multò magis factum parentis praestare tenebitur, quando ex alienatione facta certum est, eum feudum ad alium magis quàm ad filium, transmittere in animo habuisse, &c.

Respondeo, negando consequentiam illam. Filius non potest feudum retinere, nisi simul etiam accipiat hęreditatem patris. Item tenetur ex feudo soluere debita patris, ergo etiam eo in casu quo hæres esse non potest (de eo enim casu iam disputamus) non potest feudum à patre alienatum reuocare. Licet enim in hoc differat ab agnato, quia agnatus potest feudũ retinere, & hæreditatem repudiare, nō tamen efficitur etiam in eo de quo agitur, & longè diuersum est, differre: Factum patris præstat filius quoties hæres est. Id non nego. Tenetur etiam tunc debita patris soluere ex feudo cùm hæres est. Cæterùm si non sit hæres non quia nolit: neque enim potest hæreditatem repudiare & feudum retinere, sed quia non est delata ei hæreditas: vel aliam ob causam, tunc non tenetur præstare factum eius, & potest meritò ex iure sibi competente feudum vindicare.

Octauum argumentum ex illis iuris capitulis sumitur, *quibus docetur, quod etsi delictum vasalli agentis nocere nequeat, filiis tamē eiusdem obsit, vt in c. 1. Si vasallus feudo priuetur, & in cap. 1. §. Vasallus si de feudo defuncti, &c. & in c. 1. §. fin. quae fuerit prima causa benef. amitt. & in c. 1. In illo qui interfecit fratrem domini sui. Nam vel ex hoc ipso manifestum est, filios in feudo non eodem cum agnatis iure vti, sed eos factũ parentis magis luere ac praestare debere: neque vlla probabilis potest reddi ratio diuersitatis, quā ob causam vasallus quouis modo amittendo feudum possit praeiudicare filijs, alienando verò hoc ipsi integrum esse non debeat.*

Respondeo, delictum patris filiis in feudo antiquo non nocere, quod videlicet non ex patris beneficio, sed aliunde filiis defertur, in quo feudorum genere nostra versatur disputatio. argum. l. 3. ff. de interd. & releg. l. 1. §. vlt. l. 3. §. Si emancipatus. ff. de bonor. possess. contra tab. l. Si necem. §. Si deportatus. ff. de bonis liber. l. Cognouimus. cum auth. sequenti. C. de hæreticis, ita omnium primus docuit Cynus, quem refert & sequitur Bart. in d. l. 3. ff. de interd. & releg. Alex. in l. Si finita. §. Si de vectigalibus. nu. 29. ff. de damno inf. Zasius de feudis, part. 16. n. 96. Clarus §. Feudum, q. 66. vers. Sed quæro hoc casu.

Et licet Pistorius in hoc articulo cõtrariam habuerit sententiam, q. 16. nos tamen inferius, cap. 21. argumenta eius cõfutabimus: & ex iis, quæ ibi adferemus, perspicuum erit, hanc responsionem bonam esse & idoneam.

Nonum argumentum est, *quia ex parte domini iure feudorum expressè cautum est haeredes eius teneri rata habere ea, quae inuestiendo gessit. c. 1. qui successo. tenean. c. 1. §. Idem sciendum. de notis feudor. Si enim filius domini inuestientis tenetur praestare factum eius, sanè non video, cur non in persona vasalli idem ius esse debeat, cùm vtrobique eadem subsit ratio.*

Respondeo, hoc argumentum obstare sententiæ, quã secutus est Pinellus. Is enim existimauit filium licet hæres sit patris, reuocare posse feudum à patre alienatum. Nobis autem non obstat, quia fatemur, si filius sit hæres patris, præstare debere factum eius, nec reuocare posse quæ pater fecit.

Decimum argumentum sumitur ex c. Titius. Si de feudo fuerit controuers. inter dom. & agnat. vasalli. vbi extantibus filiis solis agnatis ius reuocandi feudum cõceditur, quod argumento est, filios feudũ reuocare non posse. *Cur enim quaeso*, inquit Pistorius, *agnati refuso precio reuocarent feudum, si integrum esset filiis defuncto parente feudum sine precio recuperare, & agnatis qui carè emerunt, id iterum auferre? Nam omnem laborem in reuocando frustrà ponerent, omnémque pecuniam profunderent, quod quia verisimile non est eos commissuros. l. Cùm de indebito ff. de probat. ideo minimè credendum eo in casu, in quo extantibus filiis iura feudalia de agnatorum reuocatione soli icitè agunt, filiis ius reuocandi competere, sed potius ex hoc ipso statuendum est, eos feudum alienatum reuocare non posse.*

Respondeo, verisimile esse, agnatum refuso precio feudum ex iure retractus redempturum etiã filiis extantibus, licet filiis post mortem patris competat ius ad feudum vindicandum: si ei de euictione promissum, & cautum sit, & patris alienantis bona pro indemnitate suffectura sint, ita vt verisimile sit filiũ patris hæredem futurum, quo casu ille à reuocando feudo excluditur, aut certè in ipsis bonis patris agnato sit prospectum filio feudum reuocante. Et cùm verisimile id sit, & plerunque contingat, vt ad aliud propositum dicebat ipse Pistorius, filium patri hæredem futurum: Hic efficitur haudquaquam verisimile esse agnatum à reuocando feudum retardatum ac deterritum iri, eam ob causam, quòd metuat filium post mortem patris feudum recuperaturum, si quidem vt dictum est filius hæres patris non potest illud reuocare.

Vndecimum argumentum est, quia hæc videtur esse mens, tam acquirentis quàm concedentis feudum, *vt tum demùm ad filios trãsire voluerint, si in eadem voluntate perseuerantes illud non alienauerint, atque inde hanc*

ipsam conditionem cōtractus inter dominum & vasallum initu tacitè inesse, vt docuit Isernia in c. 1 §. Et si libellum: col. 3. de non alie. feud. pater. Eadem igitur lege atque conditione ad descendentes suos feudum transmisisse censebitur acquirens, vt tum demùm ad filios eorum deuoluatur, si ipsimet nō alienauerint. Nam regulariter conditio quam ab initio ex conuentione recepit contractus, ad hæredes etiam transmitti solet. l. 2. §. Ex his ff. de verb. oblig. &c.

Respondeo, hanc quidem conditionem inter dominum & acquirentem interpositam videri, & ideo acquirens feudum potest illud cum consensu domini alienare, etiam in præiudicium filiorum, vt suprà disputatum & cōclusum est, cap. 8. Cæterum inter dominos & alios, qui primi non acquisiuerint, videri non potest illa conditio cōcessioni inesse, vt & ipsi qui non acquisiuerunt feudum, sed acquirentibus primis successerūt, alienare illud possint in præiudicium, quibus ex prioribus ipsis acquisitionibus & concessionibus ius quæsitum est: Imò verò ea primorum acquirentium intentio fuisse præsumitur, vt feudum quod ipsi acquisiuerunt & non alienarunt, perueniat ad filios & nepotes, aliósque agnatos, qui ex inuestituris vocantur, & comprehenſi sunt, vt in familia & agnatione conseruetur.

Duodecimum argumentum sumitur ex §. Si alter ex fratribus. in capitulis extraordinariis, quem Cuiacius inter cætera iura feudalia retulit, tit. 83. libr. 4. *Si alter ex fratribus*, inquit text. *qui paternum habeat beneficium, suam portionem dederit domino, vel alicui extraneo, dominus vel extraneus tamdiu teneat sine præiudicio, quàm diu ille, qui dedit hæredem masculū habuerit si verò sine hærede decesserit, alter frater si vixerit, vel eius hæres sine vllo obstaculo & temporis præscriptione beneficium quod hæreditarium est, vindicet à quocunque possidente*: *Ecce* (verba sunt Pistorij) *his verbis disertè asseritur, eum in quem feudum alienatum est, istud iam diu tenere, quamdiu is qui alienauit, hæredem masculum, id est, filium habeat. In aperto igitur est filium feudum alienatum reuocare non posse, cùm alioqui non tamdiu, quamdiu alienator hæredem habeat, teneret, sed quàm diu hæres non reuocaret.*

Respondeo, textum hunc non esse authenticum, cùm inter ordinarios textus non contineatur. Præterea locum habere posse eo casu, quo filius fit hæres patris, tunc enim is reuocare non potest feudum à patre alienatum. Et ideo quamdiu alienator hæredem habet, tamdiu is in quem alienatum est, feudum illud retinere potest: quia filius & hæres patris non potest quidem feudum reuocare, sed impedit agnatum, ne illud reuocet. Neq; enim agnatus filio existente in medio, qui est gradu proximior, & ideo præfertur aliis, potest feudum vindicare.

Postremum argumētum est, quia si filij feuda à parentibus alienata reuocare possent, *bona feudalia omni commercio eximerentur, neque quicquam certi de illis posset constitui. Nam etsi omnes agnati, qui tēpore alienationis superstites sunt, consentirent, filiorum tamen consensus impetrari non posset cùm illi, vel nondum in viuis, vel in minori adhuc ætate constituti essent, atq; propterea nunquam ita de feudo posset contrahi, quin contractus ille progressu temporis in irritū reuocaretur, &c. quàm autem id absurdum sit, nemo est, qui non videat.* Et post pauca: *Vt interim omittam opinionem illam, quæ filiis ius reuocandi concedit, nec pietatis quidem rationi satis conuenire. Honor enim ille, quem vt parentibus liberi exhibeant diuina sanctione seuerè adiguntur, à filiis hoc exigit, ne ea quæ pater ipsorū gessit & contraxit, cum dedecore ipsius in irritum reuocent, sed potius, vt ea quæ ipsi placuerunt, pro debita reuerentia rata habeant, & suo etiam consensu approbent, &c.*

Respondeo, negando impediri feudorum commercia & alienationes, licet filiis competat ius reuocandi. Primò, quia emens sibi potest consulere, exigendo etiam filiorum consensum. Secundò, quia potest sibi de euictione stipulatione interposita, idoneè & sufficiēter cauere. Tertiò, quia filij non habent ius reuocandi feudum, quoties patris sunt hæredes, quod frequentissimè contingit. Quartò, quia emptor potest sibi cauere in ipsis bonis alienantis feudum, vel si non habet, in precio quod soluit ita paciscendo, vt illud conuertatur in emptorem rerum immobilium, vel aliter vt euictione secuta ipsi consultum esse possit.

Porrò, quæ de reuerentia parentibus à filiis exhibenda dicuntur, verissima sunt, sed ad eū casum non pertinent, quo parentes de rebus filiorum disponunt, tunc enim quæ à parentibus gesta sunt, reuocari possunt à filiis, lege id permittēte. l. 1. C. de bonis mater. nisi sint hæredes patris. l. Cùm à matre. C. de rei vindic. Quare nullam filius videtur iniuriam patri facere, dum suo iure vtitur. l. Nullius videtur. de reg. iuris.

CAPVT XIX.

Possitne filius feudum à patre alienatum, eo viuente, precio restituto redimere?

SImiliter in controuersia est, an possit filius vti iure retractus, & precio restituto feudum

feudum à patre venditum redimere eo viuente. Nam ex c. Titius. si de feudo defuncti fuerit controuer. inter. dom. & agnat. vasalli, non rectè intellecto, plurimi interpretum eo in loco tradiderunt, posse filium vti iure retractus patre viuente: A quibus tamen recessit Baro Schenck. in suis commentariis, nec non Pistorius quæst. iuris, lib. 2 parte 1. quæst. 13. eo fundamento nixus, quòd filius nec viuente, nec mortuo patre feudum reuocare valeat: quod sanè infirmum esse patet ex dictis in præcedente capite. Cæterum præfatus Baro Schenck ita ratiocinatur: *Vnde obsecro viuente patre filius nummis & pecunia, quibus hoc precium emptori refundant? non enim semper castrense, vel quasi castrense peculium liberi possident. Item cum filij in patria consistant potestate, quomodo eis hanc reuocationem facere integrum erit viuo patre? Quantam porro ex stimes inter patrem liberósq. exorituram contentionem, aut si fortè colludant, quam fuerit indecorum, si quod hodie cum domini consensu alienauit pater, id protinus in irritum si ij reuocare voluerint, contra l. Ea qua à patre C. de rescis. milit.*

Ego puto verissimam esse hanc sententiam, quæ negat filios vti posse iure retractus. Primò, quia nullus ex iure feudali locus proferri potest, ex quo istud ius competere filiis demonstrari possit; Nam quod attinet ad dictũ c. Titius. ibi non agitur de filiis reuocantibus feudum alienatum mortuo vel viuente patre, sed de agnato. vt suprà latè explicauimus capite 9.

Secundò, quia in eodem c. Titius. habetur, agnatum posse feudum soluto precio reuocare ex iure retractus, etiam filiis extantibus, ex quo intelligi potest, filiis id ius non competere, quia alioqui agnatus tanquam remotior in gradu excluderetur.

Tertiò, quia si ad ius commune recurramus, quod seruatur in feudis, vbi deficit ius feudorum. c. 1. de feudi cogn. constat non competere ius retractus, ex l. Dudum. C. de contrah. emption.

Quartò, nam in hoc aperta est ratio differentiæ ac diuersitatis inter filios & agnatos. Etenim agnatis competit ius retractus: quia ipsi eodem precio, quod ab aliis offertur, possunt à principio feudum emere, aut certè redimere eodem precio restituto. c. 1. §. vlt. qualiter olim feu. poterat alien. c. 1. §. Sed & res. per quos fiat inuest. sed filij non possunt. Nam inter patrem & filium emptio & venditio non consistit, præterquam in castrensibus. l. 2. ff. de contrah. empt.

Igitur nisi filius pecuniam habuerit castrensem, vel quasi, emere non poterit. Nam si profectitiam habeat, illa est patris, quia in profectitiis nihil immutatum est, si verò aduentitiam, illius administratio, & vsusfructus ad patrem spectat. l. 1. C. de bonis mater. consequenter non potest eo authore contractus fieri. l. 1. ff. de author. tutor.

Quod si filius emancipatus sit, vel pecuniam habet castrensem, vel quasi castrensem, hæ quidem rationes cessant, veruntamen non crediderim ei concedendum esse ius retractus absque iuris feudalis authoritate: Est enim hæc res strictè potius, quã latè interpretanda, quoniam iuris regulis maximè aduersatur ius retractus. d. l. Dudum. C. de contrahenda emptione.

CAPVT XX.

Publicatis bonis vasalli propter delictum ab eo commissum, vtrum feudum publicetur.

Insignis controuersia est. Vasallus delictum commisit, propter quod eius bona, siue ex iure communi, siue ex statuto confiscãda sũt, vtrum feudum confiscari debeat? Variæ fuerunt nostrorum interpretum sententiæ. Prima fuit, feudum confiscari, quantum ad vtile dominium vasalli, sed quia fiscus illud retinere non potest: Nec enim expedit domino feudi habere principem in vasallum: nec etiam id decet, idcirco feudum vendẽdum esse, & principem, siue fiscum partem precij pro æstimatione vtilis dominij consequi debere, dominum verò feudi alteram partem pro æstimatione directi dominij, aut vtile feudi dominium vendendum esse alicui, qui velit & possit seruire domino ipsius feudi. Ita docuit Speculator in ti. de feudis. §. Quoniam. quæst. 40. Eiusdem sententiæ alios commemorat Marcus Antonius Peregrinus, de iure & priuilegiis fisci, lib. 5. tit. 1. num. 110. vers. Sciendum tamen est. vbi citat Socinum seniorem, & Socinum iuniorem, in aliquibus consiliis nihil hac de re dicentes, quantum mihi videre licuit accuratè quærenti.

Sed huius sententiæ nullum fundamentum inuenio. Nam text. in l. Si finita. §. Si de vectigalibus, ff. de damno infecto, quem Speculator adducit, nihil commune cum quæstione nostra habet.

Secunda est opinio, feudum hoc in casu cõfiscari, quantum ad commoda & fructus, qui ex eo percipiuntur, vt scilicet ad fiscum pertineant, donec vasallus vixerit: ita docuerũt Albertus Gandinus, & Guido Suzarius, quos refert & sequitur Albericus in 3. part. statutorum, quæst. 1?. & in Authent. Item si dominus temporalis. C. de hæreticis. Baldus in c. 1. §. fi. in fi. Per quos fiat inuestitura. Afflictus dec. 282. nu. 14. Boerius decis. 264. Ægidius Bellamera

decis. 725. Peregrinus vbi suprà, n. 15.

Fundamentum est primò, in l. Statius Florus. §. Cornelio Felici ff. de iure fisci. Secundò in l. Si postulauerit. §. Iubet, ff. ad leg. Iul. de Adult. vbi in vsufructuario ita cõstitutum est, *vt vsusfructus perceptio ad publicũ incipiat pertinere.* Tertiò, in c. 1. §. vlt. de capitulis Corrad. ibi, *Eo viuente, &c. ad regem pertineat.* Quartò quia id videtur rationi consonum, quã loquidem respublica læsa est ex delicto vasalli, vt princeps pœnæ commodum consequatur.

Sed hoc fundamentum re vera non est solidum, quia leges allegatæ non loquuntur de feudo, sed de aliis rebus, quas certum est confiscari posse propter delictum possessoris: tunc enim ratio postulat, vt apud fiscum tandiu maneant, quãdiu apud ipsum delinquentem mansissent: sed nos loquimur de feudo, quod ob certas quidem causas amittitur, sed vtrum amittatur propter omne delictum, ob quod bona confiscantur, valde dubium & incertum est: Et text. in d. c. 1 §. vlt. de Capit. Corradi. loquitur quãdo vasallus feudum amisit propter culpam suam, vt patet ibi. *Ipsum propter suam culpam perdat, &c.* Ratio denique illa locum habet, in aliis rebus, quas certum est confiscari ob delictum: non in feudo, quod ex certis duntaxat caussis amitti potest.

Tertia est sententia, distinguendum esse, vtrum bonorum confiscatio fiat propter delictum, ob quod vasallus etiam feudo priuatur; & tunc feudum ad agnatos pertineat, vel ad dominum secundum iura feudalia, an verò propter aliud delictum, & tunc ad fiscum peruenire debeat, & apud eum manere donec vixerit vasallus. Ita post Iserniam docuit Martinus Frecia de authoritate & potestate Baronis, lib. 2. authoritate 29. sequitur Hartmanus Pistorius, quæst. iuris, lib. 2. parte 1. quæst. 15. num. 8.

Fundamentum est, quia hoc posteriore casu vasallus feudum non amittit, ergo ius quod ipse habet, ad fiscum, qui in omnia eius iura succedit, ex generali bonorum confiscatione pertinere debet. Exemplum adferunt de vsufructu, quem pater habet bonorum filij. Nam si patris bona confiscata sunt, eam ob causam ex qua etiam patria potestas amittitur, tunc fiscus in vsufructu non succedit. Si verò eam ob causam, quæ patriam non aufert potestatem, bona sint confiscata, tũc fiscus in eo vsufructu succedit, eodémque iure vtitur, quo pater vteretur, ita Salicetus in l. Si quis post. C. de bonis damnato. de quo Alexander latè in l. Si finita. §. Si de vectigalib. nu. 5. ff. de damno infecto.

Sed hoc fundamentum valde est infirmum. Nam illa consequentia non est bona. Vasallus hoc in casu feudum non amittit, ergo ad fiscũ transit. Imò verò dicendum est, si vasallus feudum non amittit, quia videlicet nõ commisit culpam propter quam feudo priuari debeat, ipsum retinere feudum, non autem ad fiscum transire: licet enim reliqua bona confiscari debeant propter vasalli delictum, non tamen sequitur, feudum confiscari, quia aliter iure cautum est de feudo, aliter de cæteris rebus. De feudo cautum est, vt ob certas causas amitti debeat, toto tit. quib. mod. feud. amittatur. in tit. quæ fuerit prima causa benef. amitten. & alibi. Ergo extra dictas caussas non amittetur, licet cætera bona amittantur ob delictum, propter quod bona publicari debent. Quare non pertinet ad rem exemplum quod adfertur de vsufructu, quia vsusfructus quem pater habet in bonis aduentitiis filij, eodem iure censetur, quo cæteræ res, quæ in confiscationem bonorum veniunt.

Quarta est sententia, feudum confiscari, quoties ita concessum est vasallo, vt etiam ad hæredes extraneos peruenire possit: Ita docuit Bossius tit. de Bonor. publicatione. num. 54. vbi tamen dicit, hoc procedere donec durat vita delinquentis: sed tamen absolutè hoc in casu confiscari, etiam post mortem delinquentis, respondit Crauetta in cons. 128. nu. 7. Eandem sententiam quod feudum veniat in publicatione bonorum, quando ad hęredes extraneos transire potest, amplexi sunt Iacopinus in vers. dictique vasalli promiserunt non committere feloniam. num. 61. Curtius iunior con. 1. num. 20. Roland. à Valle consil. 29. n. 17. lib. 3. Menochius de recup. possess. remedio 9. nu. 251. Prosper Farinacius lib. 1. quęst. crim. quęst. 25. n. 71. vers. Vnde secus.

Fundamentum est, quia fiscus habetur loco extranei hæredis. l. 2. C. ad l. Iul. de vi. l. 1 C. de bonis libert. l. Eorũ ff. ad l. Iul. Maiest. Ex quo regula hæc cõficitur: Ea quæ ad extraneos hęredes peruenire possunt, etiã ad fiscum trãsire, latè Farinacius loco proximè annotato. nu. 52.

Sed vt liberè dicam id quod sentio, nullius momenti hoc fundamentum mihi videtur, quia licet feudum ita concessum, vt ad quoscunque transire possit, non tamen suam in reliquis naturam amittit, præsertim quãtum ad causas quibus amittitur, ita docet text. in c. de feudo non habente propriam naturam feudi: in illis verbis: *Licet propriam feudi naturam non habeat, iure tamen feudi censebitur, vt ex iis caussis ipsum amittat quibus & verum feudum.*

Hoc ita posito, ego sic argumentor. Si feudũ ita concessum, vt ad extraneos hæredes transire possit iure feudi nihilominus censetur, & non amittitur nisi ex iis caussis quibus verum

feudum amittitur, ergo non statim dicendum est, tale feudum ad fiscum transire propter delictum vasalli, cuius causa bona eius publicata sunt. Ratio est, quia fieri potest, vt eiusmodi delictum non sit iusta causa amissionis feudi: Et dato quod sit iusta causa amissionis feudi, quia iure feudi censetur, sicut verum feudum, non transibit ad fiscum, sed ad eos, ad quos feudum pertinet, quod vasallus propter culpam amisit.

Quinta igitur est opinio, quæ mihi verissima videtur, feudum non pertinere ad fiscum publicatis bonis vasalli propter delictum, sed ad dominum, vel ad agnatos pertinere, addo ego & aliquando ad ipsum vasallum. Ita docuerunt Bartolus, Castrensis, Imola, Alexand. & cæteri ad l. Si finita §. Si de vectigalibus ff. de damno infecto. Decius in cons. 251. Clarus § Feudum. quæst. 84. Rolandus à Valle cons. 1. n. 31. lib. 3. alios citat Farinacius d. quæst. 25. n. 62. & nu. 68.

Fundamentum est firmissimum hoc, sententia mea. Nam aut tale delictum vasallus committit, propter quod non priuatur feudo, & tunc nulla est ratio, cur feudum ipse non retineat, si videlicet domino seruitium præstare possit, vel per se, vel per substitutum, vt declarat Alexander in d. §. De vectigalibus, n. 26. & post eum Ruinus cons. 23. num. 31. lib. 5. Nec enim rectè infertur, vt etiam superius dixi, ex eo, quòd fiscus ex publicatione bonorum succedit in delinquentis iura, etiam succedere in feudo, quia licet vasallus cætera bona amittat propter delictum, nõ tamen feudum amittit, nisi tale sit delictum, quod inter causas numeretur, quibus feudum amittitur. Si non sit tale delictum propter quod feudum amittitur, ergo illud vasallus retinet, non fiscus: alioqui propter illud delictum amitteretur, propter quod de iure amitti non potest, quod repugnantiam quandam atque absurditatem continere videtur.

Nec obstat si dicatur, licet delictum non sit causa immediata amissionis feudi, tamen est causa publicationis bonorum; qua bonorum publicatione, veluti vniuersitate quadam etiam feudum contineri videtur; quia multa cum vniuersitate transeunt, quæ aliàs nõ trãsireut. Nam respondetur, causam quidem publicationis bonorum esse delictum, sed non feudi, sicut aliorum bonorum confiscationem inducere: Et in generali bonorum dispositione feudum non contineri. c. 1. §. In generali. si de feudo defuncti conten. fuerit inter do. & agna. vasalli. latè dom. meus Cephalus cõs. 29. num. 12. lib. 1. Roland. à Valle cons. 39. lib. 3. Denique leges, quæ bonorum publicationem inducunt, nequaquam pertinere ad feuda posse, quia suis legibus reguntur feuda, non iure commun; consequenter cum bonorum vniuersitate feuda hoc in casu in fiscum transire non possunt.

Aut verò tale est delictum à vasallo perpetratum, ob quod feudum secundùm ipsas leges feudales amittere debet; & tunc cum eisdem legibus cautum sit, ad quos feudum peruenire debeat, rectè infertur ad eos pertinere, non autem ad fiscum. Porrò aliis feudum applicari quàm fisco vasallo culpam cõmittẽte, propter quam feudum amittere debeat, palam est, ex cap. 1. Si vasallus feudo priuetur cui deferatur. c. 1. §. vlt. quæ fuerit prima caus. ben. amitten. ex ca. 1. an ille qui interfecit fratrem domini sui, & aliis in locis. Atque ita sentio: sed melius sentientis iudicio me submitto.

CAPVT XXI.

Quomodo accipiendum, quod dicitur vasallo delinquente extra personam domini feudum ad agnatos pertinere, an pertineat ad eos tantum qui sunt in quarto vel vlteriori gradu?

FEudum ad agnatos pertinere vasallo delinquente extra personam domini ita, vt feudo priuandus sit, extra omnem controuersiam est. Sed variæ sunt sententiæ, quomodo id accipiendum sit, id est, vtrum ad eos duntaxat agnatos pertineat, qui sunt in quarto vel vlteriori gradu, an verò etiam ad eos qui sunt in proximiori, puta secundo vel tertio. Etenim authores sunt multi iique grauissimi, ad eos solùm pertinere qui sunt quarto vel vlteriori gradu agnationis coniuncti. Ita censuerunt Iacobus Beluisius & Baldus, & D. Baro Schenck in cap. Si vasallus culpam. tit. si de feudo defuncti contentio sit. Iacobinus a S. Georgio in inuestitura feudali, vers. *Dic Itaque vasalli promiserunt*. n. 53. Curtius iunior de feudis, parte 5. numero 10. vers. *Tertia principalis conclusio*. Zasius in Epitome de feudis, part. 12. numer. 103. 104. & sequentibus. Franciscus Duarenus de Feudis, cap. 17. numer. 3. Sonsbechius in vsus feudorum, part. 13. num. 8. vers. *Secunda regula generalis* Clarus §. Feudum. quæst. 6[illegible]. Ruinus consil. 23. numer. 32. lib. 5. Rubeus consil. 76. num. 3. Socinus iunior cons. 63. num. 28 lib. 3. Alciatus consil. 180. numer. 4. Alexander de Neuo cons. 98. numer. 18. Berous consil. 77. numer. 7. libr. 1. Menochius consil. 99. num. 147. libr. 1. Bursatus consil. 148. num. 7.

Sed contrarium respondit Aluarotus in c. 1. §. vlt. quæ fuerit prima causa beneficij amitten. conclus. 11 quem sequitur ibi Præpositus col. 4. & nonnulli alij, quos refert & probat Pistorius quæstionum iuris l. 2. parte 1. quæst. 35. num. 12. cum pluribus sequentibus. Isti re-

sponderunt, feudum ad proximiorem agnatum pertinere, nulla quarti gradus restrictione facta.

Prioris sententiæ argum. hæc sunt. Primum ex c. 1 §. Si vasallus. Si de feudo defuncti contentio sit inter do. & agnat. vasalli. vbi text. ita dicit: *Si vasallus culpam committit propter quã feudum amittere debeat, neque filius, neque eius descendentes ad id feudum reuocabuntur, sed agnati, qui quarto gradu sunt, dummodo ad eos perueniat.*

Secundum est ex cap. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur. Verba hæc sunt: *Vasalli feudum delinquentis licet ad agnatos quandoque pertineat, filius tamen ad id nullatenus aspirabit, nisi id iterum à domino licitè acquirat sibi gratiam facientē. verbi gratia si non sint alij ex latere, quibus aperiatur, ad eius petitionem admittuntur, qui quarto gradu sunt remoti ab eo, qui illud acquisiuit, & etiam vsque in infinitum dum tamen hoc constet ab eo per masculos descendisse.*

Tertium argumentum est ex ratione petitum. Nam agnati, qui intra quartum gradum sunt, quantò proximiores, tantò magis similes vasallo delinquenti præsumuntur, argum. l. Quisquis. C. ad leg. m Iuliam Maiest. l. Quod si nolit. §. Qui mancipia. ff. de ædil. edict. quæ suspicio non ita remotiores attingere videtur, ac proinde illi à feudo submouendi sunt, qui proximiores sunt, remotiores autem admittendi.

Posterioris autem sententiæ fundamentum est primò in c. 1. An ille, qui interfecit fratrem domini sui, in illis verbis: *Quia tamen erga dominum non fuerit facta* (scilicet felonia) *ad agnatum proximiorem feudum pertinebit si paternum fuerit, eodem prorsus obseruando, quantum ad ordinem gradus, qui continetur in legibus.* Secundò in capit. § vlt. quæ fuerit prima caussa beneficij amittendi, in illis verbis: *Si verò non in dominum, sed aliàs grauiter deliquerit, vel graue quid commiserit sicut ille, qui fratrem suum interfecit, vel aliud graue crimen quod parricidij appellatione continetur, commiserit feudum amittit, & non ad dominum, sed ad proximos pertinet, si tamen beneficium fuerit paternum, sic enim sæpe pronunciatum scio.* Tertiò in ratione ista, quia videtur iniquum esse, vt agnati, quibus ius quæsitum est, propter delictum vasalli damnum patiantur. Nemo enim odio & delicto alterius prægrauari debet. l. Crimen. ff. de pœnis. l. Sancimus. C. eod. tit. l. Tutorem. ff. de his quib. vt indig. l. Non debet. de reg. iur.

His argumentis respondent prioris sententiæ authores, textus feudales, qui proferuntur pro posteriori sententia ex aliis textibus declarandos esse, qui adferuntur pro confirmatione prioris sententiæ, vt nimirum proximiores, siue proximi in hoc proposito intelligantur, qui sunt in quarto, vel vlteriori gradu.

Quæ responsio repugnat verborum naturæ. l. 1. §. Proximus. ff. Vnde cognati. l. Proximus. de verb. sig.

Sed & ad prioris sententiæ argumenta respondetur, non hunc esse sensum textuum, qui adferuntur, vt ij duntaxat agnati hoc in casu admittantur, qui sunt in quarto, vel vlteriori gradu, sed quod attinet ad textum in dict. §. Si vasallus, sensus est, agnatos vsque ad quartum gradum admitti, quia vlteriores olim non admittebantur, vt patet ex c. 1. § Hoc quoque. de success. feud. & ex cap. 1. §. Hoc quoque. qui feudum dare possunt. Quod verò attinet ad textum in c. 1. Si vasallus feudo priuetur, &c. Sensus est, admitti eos, qui sunt in quarto gradu, & etiam vsque in infinitum, non quia ij qui sunt in proximiori gradu excludantur, sed vt determinetur vsque ad quem gradum agnati admittantur, & textus dicit vsque in infinitum.

Et quod maximè obseruandum est, non dicit textus eos admitti qui sunt in quarto gradu coniuncti vasallo, qui delictum commisit, sed eos, qui feudum acquisiuit, ex quo fieri potest, vt a vasallo delinquente, non distent quarto gradu, sed alio proximiori gradu, ex quo tota ratio prioris sententiæ euanescit.

Ego video hanc litem ortam esse partim ex repugnantia textuum feudalium, partim ex obscuritate. Quid enim magis repugnat, quam agnatos admitti, qui sunt in quarto gradu. Item admitti vsque in infinitum? Aut quid magis obscurum esse potest, quàm dicere, agnatos admitti, qui sunt in quarto gradu remoti ab eo, qui feudum acquisiuit, siue sensus sit, eos qui sunt in proximiori gradu non admitti, siue sensus ille sit admitti vsque ad quartum gradum? Priorem sensum, si author habuisset, id debebat exprimere, addita dictione exclusiua eorum, qui sunt in propinquiore gradu: Si posteriorem, illa dictio *vsque* adiicienda fuerat, hoc modo, agnati admittuntur vsque in quartum gradum.

In hac igitur obscuritate & repugnantia mihi magis placet eorum sententia, qui agnatos admittendos putant vsque in quartum gradum, ita tamen vt non excludantur, qui sunt in secundo, siue in tertio, nec qui sunt vasallo proximiores, atque adeò posterior sententia mihi magis probatur.

Primò, quia textus, quibus nititur, sunt magis clari & perspicui, ac proinde æquius est obscuriores ex illis declarari, quam è contrario.

Secundò,

Secundò, quia reſpóſio, quæ adfertur, textibus iſtis poſterioris ſententiæ non eſt ſatis idonea, cùm verborum naturæ & ſignificationi minus conſentanea ſit.

Tertiò, quia prioris ſententiæ textus ſatis obſcuri ſunt, & non incommodè ita accipi & interpretari poſſunt ſicut authores poſterioris ſententiæ eos interpretantur.

Quartò, quoniam hæc poſterior ſententia magis rationi conſonat, & æquitati. Quid enim magis iniquum & contra iuris rationem eſſe poteſt, quàm propter culpam & delictum vaſalli alios excludere innoxios? Auferre illis Ius quæſitum ex antiquis inueſtituris? Vocare remotiores excluſis propinquioribus? Alia eſt ratio in crimine læſæ Maieſtatis, vbi meritò in filiis delinquentis exempla metuuntur paterni ſceleris, vt in l. Quiſquis. C. ad legem Iuliam Maieſt. Sed quid, quæſo, hoc cum agnatis? ad quos nec ipſum læſæ maieſtatis crimen vindictam extendit ſuam?

CAPVT XXII.

Vaſallo delictum committente aduerſus dominum, cui feudum aperiatur, dominóne an agnatis?

CVm vaſallus in dominũ delinquit, & propterea priuandus eſt feudo, diſputari ſolet, cui feudum aperiatur, atq; applicetur, & quantum mihi diligenter inquirenti intelligere licet, tres exiſtunt Doctorum ſententiæ. Prima domino feudum aperiri. Secunda, ad agnatos pertinere. Tertia, feudum pertinere quidem ad dominum, donec vaſallus vixerit, qui eum offendit, cæterùm defuncto vaſallo feudum agnatis reſtituendum fore, & ad eos ſpectare. Primò, authores adferemus. Secundò, argumenta. Tertiò, quæ ſententia nobis videatur magis conſona veritati adiiciemus.

Priorem ſententiam amplexi ſunt Gloſſ. in c. vlt. in verbo *ad proximos*, quæ fuerit prima cauſſa beneficij amitten. & alibi, Iacobus Beluiſius & Baldus in d. c. vlt. Iacopinus in Inueſtitura feudali in verb. *Dictique vaſalli promiſerunt*, n. 58. Curtius Iunior de feudis, parte 5. nu. 2. verſ. Prima itaque erit concluſio. Zaſius de feudis, parte 10. verſ. quarta concluſio. Duarenus de feudis, cap. 17. num. 1. Sonsbechius de feudis. parte 11. num. 1. Alexander in conſil. 30. nu. 9. lib. 6. Ioan. de Anania conſil. 32. nu. 5. Decius conſ. 544. nu. 30. Gozadinus conſ. 84. n. 3. Rubeus conſ. 76. nu. 4. Pariſius conſ. 21. n. 52. lib. 1. Gratus conſ. 2. nu. 15. lib. 1. Socinus iunior conſ. 168. nu. 126. lib. 3. Berous conſ. 144. n. 28. & 58. lib. 1. Menochius conſ 99. n. 144. lib. 1. Burſatus conſ. 148. n. 9.

Secundæ autem opinionis authores ſunt Gloſſ. in cap. 1. in §. Hoc quoque. verſ. partem ſuam. de ſucceſſ. feudi, & in cap. 1. ſi vaſallus feudo priuetur. in fine. Hoſtienſis in ſumma. tit. de feudis. Iſernia in c. 1. §. Denique nu. 49. quæ fuerit prima cauſſa benef. amitten. & in c. Imperialem. §. Firmiter. nu. 30. de prohibita feudi alien. per Fridericum, & in c. 1. num. 4. de capitulis Corradi. Clarus in §. Feudum. q. 66. verſ. *Sed ſi feudum.*

Tertiæ opinionis authores ſunt Iſernia in c. 1. Si vaſallus feudo priuetur, cui deferatur. Iacobus Ardizo, de feudis, cap. 135. verſ. *Ita ſciendum eſt* Afflictus in d. c. vlt. quæ fuerit prima cauſſa benef. amitten. n. 2. & in c. 1. nu. 6. Si vaſallus feudo priuetur. Baldus in l. lege 11. tabularum. C. de legiti. hæred. Martinus Frecia de authoritate & poteſtate Baronis, authoritate 29. n. 1. Cuiacius de feudis. lib. 3. tit. 2. & li. 4. tit. 78. Crauetta conſ. 859. n. 13. lib. 5. Piſtorius alios citans, & hanc ſententiam latè defendens quæſtionum iuris, lib. 2. parte 1 quæſt. 15. nu. 32. vſque ad finem. Menochius conſ. 304. n. 35. lib. 4. & 334. n. 14. lib. 6.

Fundamentum prioris ſententiæ poſitum eſt in duobus textibus, qui hoc expreſsè dicere videntur. Primus eſt in c. 1. §. vlt. quæ fuerit prima cauſa benef. amitten. verba hæc ſunt: *Denique ſæpe quæſitum eſt, vaſallo propter iuſtam culpam à feudo cadente, vtrum ad dominum, an ad ſucceſſorem vaſalli beneficium pertineat ſed hæc diſtinctio tam ratione quam moribus comprobata eſt, vt ſi quidem vaſallus in dominum peccauerit, vt feudum amittere debeat, non ad proximos, ſed ad dominum beneficium reuertatur, vt hanc ſaltem habeat ſua iniuria vltionem.*

Alter locus eſt in c. 1. an ille, qui interfecit fratrem domini ſui. in illis verbis: *Cùm autem ad dominum reſpicit felonia, tunc feudum domino aperitur.*

Fundamentum autem ſecundæ opinionis poſitum eſt in iis locis, quibus dicitur, vaſallo culpam committente, propter quam feudo priuari debeat, feudum ad agnatos pertinere, ca. 1. ſi vaſallus feudo priuetur, cui deferatur. Item, quia iniuſtũ eſſet, vt agnati, quibus ius quæſitum eſt, feudo priuarentur ex delicto vaſalli: ſiquidem culpa & pœna ſuos obligat authores. l. ſancimus. C. de pœnis. & alter ex alterius delicto prægrauari non debet. l. Non debet, de reg. iuris. Et ad textus, qui pro priori ſententia adferuntur, reſpondent hoc modo, videlicet, textum in d. c. 1. §. vlt. quæ fuerit prima cauſſa benef. amitten. accipiendum eſſe de filiis vaſalli delinquentis, vt ſcilicet ſenſus ſit, feudum non pertinere ad proximos, id eſt, ad filios vaſalli: quoniam in filiis metuuntur exempla paterni ſceleris, & ideo eos

non posse ad feudum aspirare inquit text. in c.1. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur. Quod verò attinet ad textum in c.a.1. An ille, qui interfecit fratrem domini sui illum accipiendum esse docent, deficientibus agnatis, vt sensus sit, feudum domino aperiri, si nulli extent agnati.

Tertiæ denique opinionis argumenta hæc sunt. Primum est, quod agnatis nocere non debet culpa vasalli, vt iam dictum est; ideo post mortem vasalli, qui culpam commisit, meritò feudum ad eos pertinet, qui post vasallum ex inuestituris sunt vocati. Interea verò, dum vasallus vixerit, dominus feudum retinebit in vltionem iniuriæ suæ; Et hoc modo accipienda sunt illa iuris feudalis loca, quibus dicitur, feudum domino aperiri, *vt hanc saltem habeat suæ iniuriæ vltionem.* Hæc enim verba *hanc saltem &c.* significare videntur vltionem aliquam, non autem magnam, qualis esset, si etiam agnati, qui non deliquerunt, excluderentur. Et eadem hæc ratio, vt hanc saltem vltionem dominus habeat suæ iniuriæ, attingit ipsum vasallum delinquentem, non autem agnatos, qui nihil peccarunt; Ergo ne agnati damnum iniustè patiantur, ita hanc rē interpretari debemus, vt feudum post vasalli mortem ad agnatos pertineat.

Præsertim, quia nullibi expressim dicitur, agnatos iure suo priuari. Ergo priuatio non est a nobis inducenda. argum. §. Cùm igitur. in Auth. de non eligendo secundo nuben.

Secundum argumētum est ex l. Statius Florus. §. Cornelio Felici. ff. de iure fisci, & ex l. Cùm pater. §. Hæreditatem. de leg. 2. Sicut enim res restitutioni ex fideicommisso subiecta manet interim apud fiscum, donec viuit grauatus, qui delictum commisit; ita etiam de feudo videtur esse statuendum: quia post vasalli delinquentis mortem agnatis restituendū est. Etenim etiam in feudis iuris communis decisiones locum habent, vbi deficit ius feudorum. c. 1. de feudi cogni.

Tertium argumentum sumitur ex c. vlt. de capitulis Corradi. vbi text. ita dicit: *Item si clericus veluti Episcopus, Abbas, beneficium habens à Rege datum, non solummodo persona, sed Ecclesia ipsum propter suam culpam perdat, eo viuente, & Ecclesiasticum beneficium vel honorem habente, ad Regem pertineat: Post mortem verò eius ad successorem reuertatur.*

Quartum argumentum sumitur ex aliquibus capitulis extraordinariis feudorum, quæ sunt apud Cuiacium, lib. 4. tit. 78. & tit. 98.

Mihi prior sentētia magis probatur. Primò, quia nititur textib. valdè perspicuis, vt patet. Secundò, quia dicti textus aliam interpretationem recipere non possunt, quàm hanc, vt feudum liberè ad dominum reuertatur, & absolutè. Hoc patet ex eo, quòd textus illi negant ad proximos feudum pertinere: si enim saltem post vasalli mortem pertineret ad agnatos, non rectè diceretur ad proximos non pertinere, imò pertineret, vt patet. Quod sanè textus illi nō reticuissent, quia ex professo non declarant, ad quos feudum deuoluatur, vasallo culpam committente, distinctione adhibita, vt ex eis patet. Hoc autem erat potissimum distinctionis membrum, & nullo modo omittendum, scilicet feudum vasallo defuncto ad agnatos redire.

Tertiò, quia hæc sententia est communior, vt constare potest ex authoribus, qui eam secuti sunt, & cùm habeat tam bonum fundamentum in textibus prædictis, videtur certè præferenda aliis opinionibus, quæ nullo satis firmo nituntur fundamento.

Etenim quod attinet ad fundamentum secundæ opinionis, ex textibus, qui dicunt vasallo culpam committente, propter quam feudo priuari debeat, feudum ad agnatos pertinere, illud est valde infirmum: quoniā textus illi declarandi & interpretādi sunt ex aliis textibus, qui distinguunt vtrum vasallus in dominum peccauerit, vel in alios, vt priore casu feudum domino aperiatur, posteriori autem agnatis.

Interpretatio verò, quæ adfertur ad text. in c. 1 §. vlt. quæ fuerit prima caussa benef. amittendi. nullius est momēti, quia tex. negat feudum ad proximos pertinere: Et proximi sunt quos nullus antecedit. l. 1. §. Proximus. ff. Vnde cogn. l. Proximus. de verb. sig. & consequenter siue sint filij, siue agnati, dicuntur proximi: Ergo cùm proximi excludantur, censentur exclusi omnes agnati & successores, qui alioqui feudum obtinerent.

Quæ verò adfertur interpretatio ad text. in ca. 1. An ille qui interfecit fratrem domini sui, &c. nimirum accipiendum esse, deficientibus agnatis, prorsus est inepta, quoniam text. ille duos casus continet. Primus est, quando felonia à vasallo cōmissa dominum non respicit: tum ait feudum ad proximiorē agnatum pertinere. Alter casus est, quando felonia respicit dominum, & tunc dicit, feudum domino aperiri: ex quo colligitur, feudū hoc secundo casu non pertinere ad agnatos, etiam si extent, sed ad dominū. Et cùm ex hoc textu agnati excludantur hoc in casu, vnde etiam apparet *proximos* & successores, quorū fit in hoc proposito mentio in d. l. vlt. quæ fuerit prima causa benef. amittendi, accipiendos esse tam pro filiis, quàm etiam pro agnatis proximioribus, qui scilicet alioqui succederent in ipso feudo.

Quod verò dicitur iniquū esse, agnatos excludi propter culpam alterius, nimirū vasalli,

sine dubio verum est regulariter, sed in feudis obseruandum est id locum non habere. Nam filij vasalli excluduntur propter culpam parentis etiam in alios commissam, quàm in dominum. Et tamen nemo dixerit iustum id esse, æquitati, & rationi cōsentaneum, aut iuris regulis. Siquidem id tantummodò constitutum est in crimine læsæ maiestatis. l. Quisquis. §. Filij C. ad leg. Iul. Maiest. sed scilicet in feudis hæc ita constituta sunt, speciali quadam ratione: & omissis filiis quantū ad agnatos, & alios proximiores, qui excluduntur ob culpā à vasallo commissam in dominum suum, ratio adfertur illi, *vt hanc saltem vltionem sua iniuria dominus habeat*. Nam cùm vasallus ei maximè adstrictus sit fidelitatis iuramento, illa tacita conditio inesse videtur feudi concessioni, & beneficio, vt vasallus fidelis sit, & nullā ingratitudinis causam committat. Quod si commiserit, feudum amittat.

Quod si hæc pœna vasalli, & delictum istud etiam aliis, nimirum proximis successoribus noceat, id verò spectari non debet, nec absurdum viderit quoniam hæc est natura feudi: & sicut vasallus ille dominum offendit, aut feloniam commisit, sic iuste timeri potest, ne cæteri etiam successores & proximi agnati illum imitentur: Et ius agnatis quæsitum quidem est ad feudum obtinendum, sed non absolutè & simpliciter, verùm iuxta naturam feudi & regulas & obligationes eius, quæ sunt istæ, vt certis ex causis feudum amittatur, & ad dominum reuertatur, qualis est causa de qua nunc agitur.

Ad argumenta verò tertiæ opinionis ita respondeo, ad primum non obstare illud, quod dicitur absurdum & iniquum esse, vt agnati excludantur propter culpam vasalli; quia vt iam dictum est, illud speciali quadam ratione in feudis non reputatur absurdum ac iniquum. Deinde non esse satis idoneam illam interpretationem, quæ adfertur ad text. in c. 1. §. vltim. quæ fuerit prima causa benef. amitten. vt nimirum, dominus hanc saltem habeat vltionem iniuriæ sibi illatæ, retinendo feudum donec vixerit vasallus, qui eum offēdit. Etenim textus dicit, feudum amitti, & ad dominum reuerti, nec addit illam restrictionem, scilicet donec vasallus vixerit. Rectè sanè, quia non diceretur amitti propriè feudum, & ad dominum reuerti, si dominus illud agnatis restituere deberet. Deinde, quia textus negat feudum pertinere ad proximos & successores vasalli: Hæc autem expositio contrarium vellet, nimirum pertinere saltem post mortem vasalli.

Nec ille modus loquendi, *vt hanc saltem vltionem, &c.* dictæ suffragatur expositioni, quia sensus est, cùm dominus sit offensus, & sinedubio ex ea offensione dolorem sentiat, & molestè ferat se beneficium ingrato homini contulisse, neque eum puniri aliter forsan possit, saltem hanc iniuriæ suæ vltionē habere debet, vt feudum ad eum reuertatur: Neque est tam magna vltio, sicut videtur, licet agnati maneant exclusi, quoniam vasallus ex beneficio commodum sensit vsque ad illud tempus, quo culpam commisit: quod sanè commodū præteritum, & fructus perceptos ei dominus auferre non potest; Nec fortè ipsum feudum æquiualet iniuriæ ipsi domino illatæ, habita ratione qualitatis eiusdem domini, & fidelitatis, qua eidem vasallus ei obstrictus erat: & grauitatis offensæ ac iniuriæ.

Ex his patet illud etiam non obstare, quod in argumento dicebatur, agnatos expressè nō excludi, imò verò disertè excluduntur, dum ita constitutum est, feudum non ad agnatos & proximos, sed ad dominum pertinere: Equidē non dicitur, agnatos a successione excludi, etiam post mortem vasalli, id enim tolleret omnem dubitandi ansam, sed dicitur ad agnatos feudum non pertinere, sed ad dominū reuerti, quod sufficit ad hoc, vt intelligatur, agnatos exclusos fore etiam post mortem vasalli, quia si post vasalli mortem succederēt, illud erat exprimendum, vt dictum est supra.

Ad secundum respondeo, argumentum nō rectè sumi ex dictis legibus, quia in feudis aliter est constitutum, vt nimirum feudum ad dominum reuertatur, quoties culpa eum respicit; idque absolutè accipiendum est, ex his quæ superiùs dicta sunt, non autem ad tempus vitæ vasalli.

Ad tertium respondeo, illum textum qui adfertur, loqui de feudo Ecclesiæ concesso, in quo speciali quadam ratione meritò constitutum est, vt clerico culpam committente, feudum ad successorem pertineat, quia delictum clerici non debet nocere Ecclesiæ. Adde quod nec textus loquitur quando culpa clerici, qui feudum habet, dominum respicit: licet negari non possit, quin cùm generaliter textus ille loquatur, etiam ad eum casum pertineat, in quo culpa in dominum commissa est: sed, vt dixi, specialis ratio id facit, in eiusmodi feudo, quoniam nō tantùm clerico, verùm etiam Ecclesiæ concessum est. Et idem in casu nostræ huius quæstionis dicendum esset, si feudum æquè principaliter agnatis concessum esset, atque ipsi vasallo delinquenti (quam vulgò simultaneam inuestituram appellamus) tunc enim viderentur esse diuersi vasalli, vnde factum vnius aliis non noceret: sed nos loquimur, quando feudum antiquum ad vasallum qui culpam commisit pertinebat, & post mortem eius ad agnatos & proximos, ordine quodam successorio, vt fit regulariter in feudis, & secundum regulas, & naturam feudorum,

non autem cùm agnati sunt principaliter inuestiti, tanquam principales, aliique & diuersi vasalli à primis vasallis: ita vt in persona cuiusque videatur quodammodo esse noua concessio, vt declarat Curtius iunior de feudis, parte 5. nu. 3. vers. Limitate nunc. & alij, vt per Bursatum consil. 225. n. 187. lib. 2.

Ad quartum respondeo, capitula illa extraordinaria esse apocrypha, & non loqui de culpa à vasallo in dominum commissa.

CAPVT XXIII.

Delictum vasalli an & quando filiis noceat in feudo?

VAria ac diuersa Iurisconsultorum placita ac responsa de hac quæstione, ad quinq; sententias reuocari possunt, quarum quarta & quinta mihi verissimæ videntur, aliæ verò minus probabiles, minúsque iuri consentaneæ.

Prima hæc est, distinguẽdum esse inter feudum antiquum & nouum: Feudum antiquum vasallo delinquente, seu culpam committente, propter quam priuandus sit, ad filios transit. Nouum verò non æquè, sed in eo patris culpa filiis nocet.

Secunda, distinguendum esse, vtrum feudũ concessum sit filiis, *vt filijs*, an verò *vt hæredibus*, primo casu patris culpa & delictum filiis non obest: Posteriori autem obest.

Tertia, distinguendum esse, vtrum filiis, vt filiis ius cõpetat ex antiquis inuestituris maiorum suorum, & tunc patris delictum eis nõ noceat, an verò ex ipsius parentis acquisitione, & tunc noceat.

Quarta, distinguendum esse, vtrum vasallus delictum committat, propter quod principaliter feudo priuari debeat, vt puta, si cõtra dominum suum delinquat, vel contra conuentionem feudalem aliquid faciat: & hoc in casu delictum vasalli filiis noceat: an verò sit tale delictum, propter quod non debeat principaliter feudo priuari, & hoc in casu vasalli culpa filiis non obsit.

Postrema sententia est, siue delictum sit cõtra dominum, aut conuentionem feudalem, siue aliud delictum, propter quod vasallus ex iure feudali nominatim feudo priuãdus est, eo in casu vasalli delictũ filiis obesse. Si verò non sit tale delictum, secus, quæ sententia ferè eadem est cum quarta, sed tamen dilucidior est & plenior.

Videndi sunt Dynus in c. Nõ debet aliquis. de reg. iur. lib. 6. Cynus & Salycetus in l. 2. C. de libertis & eor. liber. Bartol. in l. Eum qui. ff. de interd. & releg. Paulus Castrensis in consil. 311. n. 3. lib. 1. & in l. Adoptiuũ. §. vlt. n. 4. ff. de in ius vocan. Iacopinus in verbo, *Dictique vasallis*. n. 60. Alexander consil. 30. nu. 4. lib. 6. & in l. Si finita. §. Si de vectigalib. col. 12. vers. Adde etiam secundùm Imolam, & ibidem Romanus n. 19. Imolensis in c. ex parte. nu. 18. de feudis, Curtius senior, cons. 4°. col. antepenul. Ruinus cons. 23. lib. 5 Berous cons 77. n. 21. & 78. n. 13. li. 1. Alexander de Neuo, consi. 91. nu. 6. Zasius de feudis, parte 10. §. *nunc ad secundum huius tituli caput.* in prima concl. Clarus §. Feudum. quæst. 66. D. meus Cephalus in cons. 241. n. 77. lib. 1. Rolandus à Valle, cons. 28. n. 11. & 29. n. 33. lib. 3. & cons. 1. n. 30. & cons. 60. n. 3. eo. lib. Bursatus consil. 225. n. 185. lib. 2. & cons. 148. num. 6. Sonsbechius de feudis, parte 13. n. 6. Natta cõs. 593. nu. 4 Menoch. cons. 99. Ioa. Baptista Feretus, consi. 396. nu. 5. lib. 2. Pistorius lib. 2. parte 1. quæst. 16.

Prior sententia quæ distinguit inter feudũ antiquum & nouum, ideo vera nõ est, quia repugnat text. in c. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur, & in c. 1. §. Si vasallus culpam. si de feudo defuncti contentio sit inter do. & agna. defuncti. quib. in locis dicitur, si vasallus culpam commiserit, propter quam feudo priuari debeat, filios ac descendentes eius non admitti: & loquuntur text. citati tam de nouo, quàm de antiquo feudo, quod ex eo patet, quia dicunt, *feudum ad agnatos pertinere*, si. n. feudum nouum esset, ad dominum reuerteretur, non autẽ ad agnatos: neque enim in feudo nouo agnati succedunt, vt notum est.

Secunda autem opinio, quæ distinguit vtrũ feudum sit cõcessum filiis, *vt filiis*, an verò *vt hæredibus*, atque adeò inter feudum, quod vocant ex pacto & prouidentia, & feudũ hæreditarium, ideo vera non est, quia illa distinctio iuri feudali nõ est satis consentanea, quo verbum *Hæres*, de filio intelligitur, vt dictum est à nobis latiùs suprà hoc eodem lib. cap. 3. Secundò, quia dicti textus non distinguunt, sed absolute filios excludunt, agnatósque admittunt., vt patet ex dict. c. 1. Si vasallus feudo priuet. ibi: *Filius tamen ad id nullatenus aspirabit, &c.*

Tertia sententia cõfutatur eisdem rationibus, quoniã textus præallegati loquuntur de feudo etiam antiquo, & consequenter de eo, ad quod filij ex maiorũ suorum acquisitionib. ac inuestituris vocantur, & tamen absolutè eos excludunt, vt dictum est.

Quarta denique ac postrema sententia ideo mihi verissima videtur, quia iuri feudali & rationi æquitatis consentanea est. Etenim cùm vasallus culpam cõmittit, propter quam feudo priuari debeat, siue illa sit contra dominum, siue contra alios, dummodo sit talis, ob quam ex iure feudali indicta sit pœna priuationis feudi, perspicuum est, filios ad feudum aspirare non posse, vt disertè loquitur text.

in d.

in d.c.1. Si vasallus feudo priuet. cui deferatur. & in d.§. Si vasallus culpam.

Si verò delictum vasalli, siue culpa non sit talis, vt feudo priuari debeat, secundum iura feudalia, tunc alia est ratio: neq; enim ad feudales constitutiones eo casu recurrēdum est, quoniam non de hoc loquimur. Sed alia ingrediendum est via. Ista nimirum, si vasalli bona confiscata sint, feudum tamen non confiscabitur, sed ad eos pertinebit, quia post vasalli mortem succedūt, ex iure competenti, ex antiquis inuestituris: Etenim patris delictum non nocet filiis in iis, quæ filius habet aliunde quam à patre. l.3. ff. de interd. & releg. ibi: *Quæ verò non à patre, sed à genere, à ciuitate, à rerū natura tribuerentur, ea manere eis incolumia.* l.1.§.vlt. l.3.§. Si emancipatus. ff. de bono. poss. contra tab. l. Si necem. §. Si deportatus. ff. de bonis libert. l. Cognouimus. cum Auth. sequent. C. de hæreticis.

CAPVT XXIV.

Feudum à vasallo alienatum absque domini consensu, an domino aperiatur vel agnatis?

Existimo feudum, siue nouum, siue antiquum, a vasallo alienatum absque consēsu domini, liberè domino aperiri, ita vt nulla ratione ad agnatos pertinere possit, quanquā non ignoro, de hac quæstione variis disceptatum esse sententiis. Proferam in mediū primus argumenta, quibus hæc sententia liquidò demonstratur, tum authores eius. Tertiò quid alij senserint. Postremò argumenta eorum confutabo.

Quod attinet ad primum: hæc sententia probatur primo authoritate textus in c.1. de vasallo, qui contra Constitutionem Lotharij Regis feudum alienauerit: *Si vasallus* (ait textus). *contra constitutionem Lotharij Regis beneficium alienauerit si totum, perdat totum: si partem, partem perdat, & ad dominum reuertatur.*

Secūdò, authoritate textus in cap.1. Quibus modis feudum amittatur. in illis verbis: *Si libellario nomine amplius medietate in feudum dederit, aut pro pignore plus medietate obligauerit, ita vt transactum permittat, vel dolo hoc egerit, amissione feudi mulctabitur.* Et hoc in casu intelligitur, feudum ad dominum reuerti, ex iis quæ paulò inferius textus subiicit, in exemplis amissionis feudi, in quibus semper feudum ad dominum reuertitur: Et licet non loquatur textus de amissione totius feudi, nil refert, quia medietatem feudi antiquo iure vasallus absque domini consensu poterat alienare, quod postea nouo iure immutatum est.

Tertiò authoritate text. in c.1. Quid iuris, si post alienationem feudi vasallus id recuperauerit, verba hæc sunt: *Si vasallus ante constitutionem Lotharij Regis feudum alienauerit (quod in quibusdam curiis pro parte, in quibusdam pro toto olim licebat) & ipsum postea recuperabat, pro feudo sibi retinebat, hoc est, in causam feudi recidebat. Hodie autem si ipsum alienauerit, si quidem illicitè, licet postea recuperauerit, tamen penes eum non remanebit, vtpote domino ad quemcunque peruenerit apertum.*

Quartò, authoritate c. Imperialem. §. Callidis. de prohibita alienatio. feudi per Frideric. ibi: *Pœna authoritate nostra imminente, vt venditor & emptor qui tam illicitas alienationes repertis fuerint contraxisse, feudum amittant, & ad dominum liberè reuertatur.*

Quintò, authoritate c.1.§. vlt. quæ fuerit prima causa benef. amitten. ibi text. ita dicit: *Si vasallus contra constitutionem bonæ memoriæ Lotharij Imperatoris beneficium alienauerit, quia dominum cōtemnere videtur, ad dominum beneficium pertineat. Scriptum est enim, vt precio se cariturum agnoscat.*

Respondent contrariæ sententiæ authores hæc testimonia accipienda esse de feudo nouo, non autem de feudo antiquo: Item accipienda de feudo simpliciter concesso, non autem de feudo concesso alicui pro se & filiis quod appellatur vulgò ex pacto & prouidentia. Nō rectè, quia repugnant verba textuum, quæ generalia sunt, & omne feudum tam antiquum, quam nouum complectuntur. Repugnat etiam ratio, propter quam feudorum alienatio fuit prohibita, quam adfert text. in d. c. Imperialem. Etenim illa pertinet ad feuda omnia tam noua, quàm etiam antiqua. Denique repugnat ratio illa, propter quam feudum vasallus amittit, illud alienando absque consensu domini, quia scilicet *dominum contemnere videtur*, illa enim ratio æquè locum sibi vindicat in feudo antiquo, atque in feudo nouo.

Hanc verissimam sententiam amplexi fuere olim Petrus Ceruotus a Baldo relatus in cap. 1.§. vlt. quæ fuerit prima causā benef. amitten. Franciscus Aretinus cons. 24. nu. 11. vers. Venio ad secundū. Sonsbechius de feudis, parte 13. n. 78. Hotomanus cons. 3. Pistorius lib. 2. part. 1. quæst. 17. qui declarationem addit, quæ mihi non probatur.

Iam quid alij existimauerint paucis explicabo. Prima est sententia eorum, qui dixerūt, feudum hoc in casu ad filios pertinere, si extent, vel si non extent, ad agnatos. ita Glos. in c.1.§. Hos quoque. de success. feudi, & ibi Baldus, licet aliā in §. vlt quę fuerit prima causā benef. amitt. & ibid. Aluarotus concl. 26. & Afflictus n.7. Iacopinus in inuestitura feudali. vers.

Et cum pacto de non alienando, num. 30. Io. Imolensis in c. Ex parte. num. 12. de feud. Curtius iunior de feudis: parte 5. n. 11. vers. Quarta sit principalis conclusio. Zasius in 10. parte, n. 94. & 104. Clarus §. Feudum. qu. 66. Alexander cons. 30. n. 17. lib. 1. & cons. 39. n. 9. lib. 6. Curtius senior cons. 48. col. antepen. Ruinus cons. 7. n. 12. lib. 1. Decius cons. 208. n. 9. & 544. n. 31. Albertus Brunus cons. 34. n. 3. Gratus cons. 2. n. 15. lib. 1. Marianus Socinus cons. 77. n. 121. lib. 1. & 101. n. 6. lib. 2. & 112. n. 2. eo. Siluanus cons. 15. Rolandus à Valle, cons. 60. nu. 9. li. 3. Hippolytus Riminald. cons. 359. n. 122. lib. 3.

Argumenta sunt ista Primum ex §. Porrò. qualiter olim feudum poterat alienar. vbi dicitur, feudum alienatum redimi posse tam à domino, quam ab agnato, sed tamen agnatum domino præferri.

Respondeo, textum illum loqui secundum ius antiquum, quo licebat vasallo vsq. ad medietatem feudum alienare, absque consensu domini, reseruato tamen redemptionis iure tam domino, quàm agnatis, meritò vasallus feudum non amittebat, vt in c. 1. de alie. feud. ca. 1. §. Item si fidelis. quib. mod. feud. amittitur. c. 1. §. Sed etiam res. per quos fiat inuest. Alia ratio est secundum noua iura, quibus feudi alienatio probibita est absque consensu domini, & apertè constitutum, feudum alienatum ad dominum reuerti.

Secundum argumentum est ex c. Titius. si de feudo defuncti contentio fuerit inter dom. & agnatos vasalli defuncti. Respondeo, illum textum similiter loqui in eo casu, quo alienatio erat permissa absque consensu domini, nimirum medietatis feudi secundum antiquas leges feudorum, consequenter non habere locum inspecto nouo iure, quo alienatio est prohibita.

Tertium est ex eo, quòd tūc feudū domino aperitur, cùm vasallus in dominum peccauit, vt in §. vlt. quæ fuerit prima causa beneficij amitten. & in c. 1. an ille qui interfecit fratrem domini sui, &c. Sed vasallus qui feudum alienat, absque consensu domini, non videtur in dominum peccare, ergo, &c. Respondeo, negādo assumptionem. Nam vasallus hoc in casu dicitur dominum contemnere, vt habetur in d. §. vlt. in vers. Si Vasallus. & suprà dictum à nobis est in quinto argumento.

Quartum est ex eo, quod pœna debet eis imponi, qui peccant, non aliis. l. Sancimus. C. de pœnis. Ergo vasalli culpa feudum alienantis non debet agnatis & filiis eius nocere. Respondeo, in feudis, recessum esse ab hac regula propter culpam vasalli, illa enim facit, vt filij excludantur. c. Si vasallus feudo priuetur cui deferatur: & hoc in casu etiā, vt agnati excludantur, quia videtur esse in dominum culpa commissa, quum vasallus dicitur contemnere. Habet enim feudi concessio hanc legem, vt vasallus sit fidelis, & non delinquat, si deliquerit ille, priuatur feudo principaliter, & in consequentiam filij & agnati.

Non obstat si dicatur ex hoc sequi quod in potestate sit vasalli culpa sua inferre aliis præiudicium. Nam istud non est absurdū in feudis. Quid enim si vasallus à domino vocatus in expeditionem ire recusauerit, nónne feudū amittit, illúdque in suos vsus redigendi modis omnibus facultatem dominus habet, vt in §. Firmiter. de prohibit. alien. feud. per Fridericum? Et tamen hoc ipso ipsius facto aliis præiudicat successoribus.

Quintum argumentum sumitur ex doctorum sententia in d. c. Titius. qui dixerunt feudum alienatum absque domini consensu redimi posse ab agnatis etiam ante mortem vasalli alienantis. Respondeo, nec iuri, nec rationi satis consentaneam videri eam doctorum sentētiam, ac proinde prius probari debere, deinde opponi.

Secunda est sententia eorum, qui dixerunt hoc in casu feudum ad filios quidem vasalli, qui illud alienauit, non pertinere, sed tamē ad agnatos pertinere. Ita Iacobus Beluisius in §. vlt. quę fuerit prima causa benef. amit. & ibid. Bald. Baro Schenck in d. c. Titius. si de feudo defuncti fuerit contentio, &c. Ruin. cons. 214. n. 16. lib. 1. & 112. n. 10. lib. 4.

Fundamentum est in c. 1. Si vasallus feudo priuetur cui deferatur. vbi patet, vasallo culpam committente propter quam feudo priuetur, filios non admitti sed agnatos.

Verùm responderi potest: id non procedere quando in dominum culpa committitur, tunc enim agnati etiam excluduntur, vt in §. vlt. Quæ fuerit prima causa benef. amitten. Hoc autem in casu culpa est in dominum commissa, quia vasallus dicitur contemnere ipsum dominum, vt ibi.

Postrema est sententia Pistorij, loco proximè citato, existimantis, feudum quidem domino aperiri in hac facti specie, de qua nunc disputamus, sed tamen id accipiendum esse, donec vasallus vixerit, qui dominum cōtempsit feudum alienando: Eo enim mortuo putat agnatis restituendum esse, sicut restituendum est, quando vasallus culpam in ipsum dominū committit. Sed quoniam hæc sententia in precedente capite à nobis confutata est, nó possumus ei nunc vllo pacto adstipulari.

CAPVT XXV.

Si vasallus intra annum & diem non petierit inuestituram, ad quem feudum pertineat?

Si

SI vasallus intra annum & diem inuestituram non petierit feudum amittere, & domino aperiri, non autem filiis vel agnatis, de iure respondendum esse non dubito, motus primo authoritate text. in c. Imperialem. §. Præterea si quis. de prohibita feudi alienatione per Fridericum, vbi ita dicitur: *Præterea si quis infeudatus maior quatuordecim annis sua incuria vel negligentia, annum & diem steterit, quod feudi inuestituram à proprio domino non petierit, transacto hoc spatio feudum amittat, & feudum ad dominum redeat.*

Secundò, autoritate cap. 1. quæ fuerit prima causa benef. amittendi, vbi ita dicitur: *Prima autem causa beneficij amittendi hæc fuit, & adhuc est in plerisque curijs, sed in nostra curia Mediolanensi non obtinet, quod si Vasallus per annũ & diem domino suo mortuo steterit, quod hæredem domini sui inuestituram petendo, fidelitatem pollicendo non adierit, tanquam ingratus existens beneficium amittit.* Si dicitur esse ingratus erga dominum. Ergo feudum quod amittit ad dominum reuertitur, sicut aliâs regulariter, quoties in dominum culpa est commissa, vt in §. vlt. eiusdem tituli.

Atq; ita docuerunt Bald. in c. 1. col. 2. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur. Alexander cons. 30. n. 17. lib. 1. & cons. 10. n. 8. lib. 3. Paulus Castrensis ad l. Adoptiuum §. Paternum. ff. de in ius vocan. Iacopinus in verbo, *qui quidem inuestiri*. n. 46. Pract. Papiensis in forma libelli, quo agitur ad reuocationem feudi, in verbo nec superstitibus, col. 9. vers. *Tertio casu.* Decius cons 144. n. 6. Curtius iunior cons. 47. col. pen. Io. de Anania cons. 32. in 2. dubio, & ibi Bologninus in additionibus. Sonsbechius de feudis, part. 13. n. 13. vers. Prima ergo conclusio. Pistorius alios citans lib. 2. quæst. iuris, part. 1. quæst. 18.

Cõtrariam sententiam feudum hoc in casu ad agnatos pertinere amplexi sunt Andr. Isern. in c. 1. Si vasallus feudo priue. & in c. 1. de capitulis Corrad. Aluarotus in §. vlt. conclus. 2. quę fuerit prima caus. benef. amitten. & in c. 1. Quo tempore miles. & ibidem Afflictus, n. 6. & in ca. 1. num 18. de capitulis Corradi. Curtius iunior de feudis. parte 5. in 5. conclus. Socinus cons. 4. col. vlt. & cons. 66. lib. 1. Rolan. à Valle cons. 64. num. 9. lib. 2. & cons. 40. in fine lib. 3.

Nec desunt qui putent etiã ad filios pertinere, veluti Aluarotus & Præpositus d. §. vlt. n. 20. & in c. 1. Quo tempo. miles. Curtius iunior part. 5. n. 10. in 5. concl.

Pistorius autem loco annotato existimauit, feudum quidem ad dominum reuerti, sed tamen hoc intelligendum, donec vasallus, qui negligens fuit in petenda inuestitura, vixerit, eo mortuo, feudum agnatis restituendũ esse.

Fundamentum eorum, qui agnatis fauent, illud est, quia hæc vasalli negligentia & culpa in petendo inuestituram non videtur esse delictum in dominum commissum, vt proinde in feudum accipere debeat, pro vltione iniuriæ sibi illatæ, iuxta d. §. vlt. quæ fuit prima causa benef. amitten. sed videtur esse culpa alia, non respiciens dominum, propter quam feudum amittitur, quo in casu illius agnatis aperitur. iuxta c. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur.

Respondent ad ea testimonia, quæ dicunt feudum hoc in casu ad dominum reuerti, illa esse accipienda de feudo nouo, non autem de antiquo.

Sed nullius roboris hoc fundamentũ mihi videtur, primò, quia hoc in casu culpa videtur dominum respicere, cui vasallus fidelitatem præstare negligit, & ideo ingratus dicitur in d. c. 1. quæ fuerit prima cau. benef. amitten. Secundò, quia textus de hac quæstione nimis clari sunt decidentes feudũ ad dominum reuerti. Nec illa expositio consistere potest, vt accipiendi sint de feudo nouo. Primùm, quia generaliter loquuntur, nulla distinctione adhibita inter feudũ nouum & antiquum. Deinde, quia eadem ratio est in feudo antiquo, nimirum culpa & ingratitudo vasalli, non petentis inuestituram, neque iurantis domino fidelitatem.

Eorum autem sententia, qui dixerunt, filiis hoc in casu feudum aperiri, apertè confutatur ex c. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur.

Porrò quòd Pistorius existimauit, ea ratione nititur, quod si vasallus feudum amittat, propter culpam in dominum commissam, eo mortuo feudum agnatis restituendum sit, quæ sententia à nobis confutata est suprà cap. 24.

Denique quod dixi, de anno & die, locum habet in vasallo, qui non est miles. Nam vasallus miles annum & mensem habet ad petendum inuestituram. ca. 1. quo tempore vasallus miles, &c.

CAPVT XXVI.

Gradus succedendi in feudo, an connumerandus sit secundùm ius ciuile, vel Canonicum?

NOtum est omnibus discrimen computandi gradus consanguinitatis inter ius canonicum & ciuile, ex c. Ad sedem. 35. quæst. 5. Errãt igitur, nisi ego fallor, qui putãt in feudorum successione cõputãdos esse gradus secundùm ius ciuile, allecti in eam sententiam ex cap. 1. an ille, qui interfecit fratrem domini

ſui, &c. in illis verbis: *Eodem prorſus obſeruando, quantum ad ordinem gradus, qui continetur in legibus.* Nam illa verba non ſunt accipienda de legibus Ciuilibus, ſed Longobardicis, l. 1. de ſucceſſ. titul. 14. lib. 2. legum Longobard. vbi dicitur: *Omnis parentela vſque in ſeptimum geniculum numeretur, &c.* Vnde & in §. Et quia vidimus, tit. De his qui feud. dare poſſunt. loco illorum verborum, *vſque ad ſeptimum gradum*, in aliquibus exemplaribus habetur, *vſque ad ſeptimum geniculum*, teſte Gloſ. & Ioan. Andr. Probatur hæc interpretatio. Nam & in tit. de his qui feud. dare poſſunt, dicitur, filios legibus à ſucceſſione feudi remoueri, quod non poteſt accipi de legibus ciuilibus, quia repugnaret l. Maximum vitium. C. de lib. præter. ſed de Longobardicis, vt declarat ibi Cuiacius.

Conſiderantur itaque generationes à primo ſtipite, id eſt, ab eo, qui feudum primus acquiſiuit prouenientes, ita, vt quot ſunt generationes, tot etiam gradus connumerentur. Hoc probatur diſertè in c. 1. Si vaſallus feudo priuetur, cui deferatur, in illis verbis: *Ad eius petitionem admittuntur, qui quarto gradu ſunt remoti ab eo, qui id acquiſiuit.* Hinc *ſecunda & tertia generationis* mentio fit in c. Satis bene. de proh. feudi alie. per Lotharium. Habita tamen ratione lineæ iuxta c. 1. de natura ſucceſſionis feudi. Quæ cùm ita ſint, perſpicuum euadit, ſecundum ius canonicum fieri computationem: quia ius canonicum conſiderat diſtantiam à ſtipite, Ius autem ciuile numerum perſonarum, vt notum eſt ex dicto c. ad ſedẽ. Non obſtat quod dicitur de quarto gradu in c. 1. §. Hoc quoque. de ſucceſſ. feudi. Et de ſucceſſione feudi, quod olim vltra fratres patrueles non extenderetur in d. c. 1. §. Et quia vidimus. de his qui feud. dare poſſunt: quaſi fratres patrueles ſint in quarto gradu, quæ iuris ciuilis computatio eſt. l. 1. ff. de Gradibus. quia quod dicitur de ſucceſſione non extendenda vltra patrueles, nihil commune habet cũ eo, quòd dicitur de ſucceſſione moderanda vſq; ad quartum. Non ſunt coniuncta hæc, nulláq; neceſſitas hoc poſtulat, vt ſimul iungantur. Sit igitur ſucceſſio vſq; in quartum gradum accipienda ſecundùm textum in d. ca. 1. Si vaſallus feudo priuetur, nimirum ratione habita ſtipitis, à quo feudum acquiſitum eſt, & proceſſit. Maneat & antiqua illa (poſtea tamen ſublata) reſtrictio ſucceſſionis, vſq; ad patrueles. Nullum ſanè teſtimonium extat, quod eadem ſit cum ſucceſſione vſque in quartum gradum.

CAPVT XXVII.

Vtrum agnati in feudo ſuccedant vſque ad ſeptimum gradum, an verò in infinitum?

HAnc cõtrouerſiam, vtrum agnati in feudo ſuccedat vſq; ad ſeptimum gradum, an verò in infinitum, iura feudalia pepererunt, quorum aliqua ſucceſſionem ad ſeptimum gradum reſtringunt, aliqua verò in infinitum extendunt. Ecce tibi tex. in c. 1. §. Hoc quoque. de his qui feudum dare poſſunt. de ſeptimo gradu teſtimonium præbet, illis verbis: *Licet moderno tempore vſque ad ſeptimum gradum ſit vſurpatum.* Aliud teſtimonium eſt in c. 1 §. Hoc quoque. de ſucceſſ. feud. ibi: *Alij dicunt vſque ad ſeptimum gradum.*

Contra verò in infinitum agnatos ſuccedere docet text in c. 1 de Natura ſucceſſ. feudi. ibi: *Ex latere omnes per maſculos deſcendentes vſque in infinitum, ſi feudum ſit paternum.* Et in c. 1. Si vaſallus feudo priuetur, cui deferatur. ibi: *Et etiam vſque ad infinitum, dum tamẽ hoc conſtet ab eo per maſculos deſcendiſſe.*

Sed videtur iis teſtimoniis obſtare id, quod habetur in c. Sæpe. in fi. de prohib. feud. alien. per Lotharium. ibi: *Et vſque in infinitũ perueniet, ſi hoc actum erit.* Videtur enim tex. innuere, tunc ſucceſſionem extendi in infinitum, cùm id actum eſt, ſcilicet inter dominum & vaſallum: & conſequenter, ſi actum non ſit, non extendi.

Igitur priorem ſententiam, quæ ad ſeptimum gradum ſucceſſionem reſtringit, amplexi fuere Ioan. Andr. in d. c. 1. §. Hoc quoque. de ſucceſſ. feud. Baldus in c. 1. nu. 4 de feudo Marchiæ. Iaſon ad l Certum. C. vnde cognati. & in conſ. 114 lib. 1. Gratus conſil. 9. lib. 1. Martinus Laudenſis inter conſilia Alberti Bruni conſ. 109. Brunus ipſe conſ. 80. n. 17. Gozadinus cõſ. 26. Socinus iunior conſ. 76 n. 72. lib. 2. Pariſius conſ. 23. circa finem, lib. 1. Ferrarius in vſus feudorum, lib. 3. c. 2. verſ. *Quibus porrò deſinentib.* Hieronymus Schurff. conſil. 139. inter conſilia feudalia.

Fundamentum eſt in textibus priore loco citatis. Ad contrarios textus reſpondent hoc modo, quod attinet ad c. 1. de natura ſucceſſionis feudi, verba illa, *ex latere omnes per maſculos deſcendentes vſque in infinitum*, omittenda eſſe. Non rectè, quia repugnat fides communium exemplarium, in quibus illa verba leguntur.

Secundò reſpondent, illa verba, *in infinitũ*, non denotare gradum, ſed hoc ſignificare ſemper, atque in infinitum requiri, vt in feudo ſuccedere volens per maſculos deſcendat. Non rectè, quia ſic textus loquitur: *Ex latere omnes per maſculos deſcendentes vſque in infinitum.* quorum verborũ ſenſus eſt, omnes per maſculos deſcendẽtes in infinitum, id eſt, abſque certorum graduum definitione ſuccedere, non autem omnes per maſculos deſcendentes tantum, ad differentiam

eorum

eorum, qui per maſculos nō deſcendunt; Si. n. hoc textus dicere voluiſſet, aliis verbis vſus eſſet, ſcilicet *ſolos deſcendentes per maſculos ſuccedere*, vel ſimilibus.

Tertiò reſpondent, illa verba, *in infinitum*, accipiēda eſſe de ſeptimo gradu, ſicut dicitur, agnatos admitti, etiamſi longiſſimo gradu diſtent. in §. Cæterùm. in Inſt. de legitima agnator. ſucceſſ. Longiſſimus tamen gradus ad decimum reſtringitur. §. vlt. in Inſtit. de ſucceſſ. cognato. Præſertim, quia legibus Longobardicis ſucceſſio ad ſeptimum geniculū reſtringitur, vt dictum eſt ſuprà, cap. præcedenti, ſic & actiones perpetuæ dicuntur, licet ad triginta annos reſtringantur.

Non eſt ſolida reſponſio, quia verborum proprietas repugnat, nempe *in infinitum*, quare non poteſt ad ſeptimum gradum reſtringi. In exemplis allatis reſtrictio locum habet, quia aliis legibus ita expreſſum & declaratum eſt.

Quod verò attinet ad text. in c. 1. Si vaſallus feudo priuetur. Bald. reſpondet, illum textum locum habere, eo in caſu, quo agnati ſuccedūt ob vaſalli delictum: ſed nihil valet hęc reſponſio, quia nec ratio diuerſitatis eſſe poteſt: & ſucceſſio illa ob delictum pendet ex ordine ſucceſſionis legibus præſcriptæ.

Poſteriorem itaque ſententiam, nempe agnatos in infinitum ſuccedere, authoritate textuum, quorum antea facta eſt a nobis mētio, amplexi fuere Gloſ. in ca. 1. verſ. vſque. de ſucceſſ. feud. & in c. 1. de feudo Marchiæ, & ibid. Iacobus Beluiſius, Aluarotus & Præpoſitus, Afflictus in ca. 1. n. 12. Si vaſallus feudo priuet. Curt. iun. tract. feudorum, 2. part. 3. partis princip. n. 48. D. Baro Schēck, & Eguinarius Baro in §. Hoc quoque. de his qui feudū dare poſſunt. Zaſius part. 8. de ſucceſſ. feudi. verſ. Tertia concluſio. Sonsbechius part. 9. n. 84. Duarenus in Conſuetud. feudales, ca. 11. num. 16. Hanetonius de iure feudorum, lib. 2. cap. 5. Clarus §. Feudum. quæſt. 79. Ancharanus conſ. 334. Decius conſ. 85. Curtius ſenior conſ. 74. Couuarr. lib. 3. variar. reſol. ca. 5. num. 4. verſ. *Quinto hinc.* Piſtorius quæſt. iuris, lib. 2. parte poſteriore, quæſt. 19.

Ad textus contrariæ opinionis plerique reſpondent, accipiendos eſſe de agnatis, qui non à communi parente feudi primo acquiſitore deſcendunt, ſed à duob. fratribus feudum acquirentibus procreati ſunt: atque inde diſtinctionem iſtam conſtituunt, quam & Conſuetudine Germaniæ & Imperialis Cameræ præiudiciis receptam teſtatur Andreas Geyl. lib. 2. obſeru. 150. Aut feudum antiquum ad deſcendentes ſemel tranſitum fecit, poſtea verò ad collaterales peruenit: Et tūc agnati in infinitum ſuccedunt; Ita accipiendus eſt text. in cap. 1. de natura ſucceſſ. feudi. Aut feudum nō fecit ſemel tranſitum ad deſcendentes, ſed ex pacto, vel aliis caſibus, quibus poteſt, à primo acquirente ad collaterales peruenit: & tunc locum habet ſucceſſio vſque ad ſeptimum gradum tantùm; ita accipiendus eſt text. in cap. 1. §. Hoc quoque. de his qui feud. dare poſſunt.

Non placet hæc diſtinctio, quia repugnat text. in cap. 1. §. Hoc quoque. de ſucceſſ. feudi, vbi ſucceſſio ad ſeptimum gradum reſtringitur, & tamen text. loquitur de feudo paterno. ibi: *Et olim obſeruabatur vſq; ad quartum gradum tantùm ſecundum quoſdam, hoc ideo, quia poſtea non vocatur feudum paternum. Alij autem dicunt vſque ad ſeptimum gradum.* Ex quibus verbis apparet, in feudo paterno non eſſe ſucceſſionem vltra ſeptimum gradum: Ergo etiam deſcendentes ex communi parente, qui feudum acquiſiuit, non poterunt vltra ſeptimum gradum ſuccedere.

Secunda reſponſio ad textus contrariæ ſententiæ hæc adfertur, illos accipiendos eſſe ſecundùm priora tempora & iura; nam feudorum ſucceſſio ſemper vlterius proceſſit, vt cōſtat ex toto titulo de his qui feud. dare poſſ. quare non eſt mirum, ſi poſtquam ad ſeptimum gradum porrecta fuit, etiam vlterius proceſſerit: atque adeò in infinitum nunc extendatur: Itaque ſic iura iuribus concordanda ſunt, vt poſteriora præferantur, quæ ſucceſſionem magis extendunt. l. vltim. ff. de Conſtit. Principum, & progreſſus ſucceſſionis ita deſignari poterit. Primò, feuda ſucceſſionem non habuerunt. Secundò, ad filios deuenerunt. Tertiò, ad nepotes, & ad fratres, vbi feudum eſt paternum. Quartò, vſque ad fratres patrueles. Quintò, vſque ad quartum gradum. Sextò, vſque ad ſeptimum. Poſtremò, vſque in infinitum, ad omnes deſcendentes ex primo acquirente. Atque in hanc ſententiam ego ſum procliuior.

CAPVT XXVIII.

Tres controuerſia explicantur de feudo nondum aperto. Prima, an concedi à domino poſſit, ante mortem illius qui feudum obtinet? Secunda; quid ſi pure concedatur? Tertia, quid ſi viuens vaſallus liberos habet?

TRiplex controuerſia agitari ſolet de feudo nondum aperto domino, ſiue nōdum vacante, an concedi poſſit à domino. Exemplum, vaſallus feudum tenet, vtrum dominus poſſit alteri illud concedere ſub ea conditione, ſi vaſallo defuncto feudū ad ſe reuertatur,

absque consensu ipsius vasalli viuentis. Hæc est vna. Altera est, quid si cōcedatur purè, hoc est, omissa illa conditione, *si vasallo defuncto, &c.* an valeat cōcessio. Tertia, quod si vasallus feudum possidens liberos habeat, & fiat concessio sub cōditione iam dicta. Has tres controuersias breuiter explicabo. Quod attinet ad primā, prima fuit olim sententia Placentinorum, non valere hanc concessionem, vt habetur in cap. 2. de feudo dato in vicem legis Commissoriæ. Secunda est sententia Andreæ de Isernia in cap. 1. §. Moribus. Si de feudo defuncti fuerit controuer. inter domin. & agna. vasalli, vbi dicit, moribus quidem receptum esse, vt valeat cōcessio, sed tales mores prauos esse, & non seruandos generaliter, sed duntaxat cùm à Principe fit cōcessio, secus si ab alio inferiore. Iserniam sequitur Afflictus decis. 292. adstipulatur huic sententiæ quod ita constitutum sit de præbenda nondum vacante, vt à Summo Pontifice conferri possit. c. Proposuit. de concess. præben. non autem ab alio inferiore, c. 1. & 2. eodem tit.

Tertia est sentētia Iacopini à S. Georgio, in Inuestitura feudi, in verbo *Inuestiuit*, post n. 11. concessionem hanc valere, si fiat in genere, puta, si cōcedatur feudū vasalli viuentis in genere, nullo sc. certo vasallo demonstrato, secus autem, si concedatur feudum alicuius certi hominis ac vasalli viuentis. Argum. l. 3. §. De illo. ff. pro Socio. Iacopinum refert & sequitur Menochius cons. 1. n. 420.

Postrema est sententia vera & communis, valere hanc concessionem feudi, sub cōditione factam, si cōtingat feudum vasallo mortuo ad dominum reuerti, nullámque adhibet hæc sententia distinctionem, ita Baldus in d. c. 2. de feudo dato in vicem legis Commisso. & in d. c. 1. §. Moribus. Si de feudo defuncti fuerit cōtentio inter dom. & agna. vasalli, & ibidem Aluarotus & Afflictus, Alciatus ad l. vlt. C. de pactis. Socinus senior cons. 53. lib. 3. Socinus iunior cons. 76. num. 119. lib. 1. Zasius de feudis. part. 6. num. 2 Rolandus à Valle cons. 2. num 44. lib. 1. Andreas Geyll. lib. 2. obseruat 155. Pistorius quæst. iuris lib. 2. part. posteriori, quæstio. 25.

Fundamentum est firmum in d. §. Moribus, cuius hæc sunt verba. *Moribus receptum est, dominum de feudo militis sui, quod post mortem ipsius ad dominum reuerti sperabatur in alium militem inuestituram facere posse, quæ inuestitura tunc demùm capiet effectum, cùm feudum domino aut hæredi suo fuerit apertum, secus est in ecclesiasticis personis. Nam si ecclesiastica persona talem faciat inuestituram, non aliter valebit nisi sibi non etiam successori suo feudum aperiatur. Et in tali inuestitura consensus eius, de cuius feudo fit, exquiri non oportet.* Concordat text. in c. 1. qui successo. tenean. & in cap. 2. qui successo. feud. da. tene. in cap. 2. de feudo dato in vicem legis Commisso. & in c. 1. de clerico, qui inuest. fecer.

Alia adferuntur argumenta tum à Baldo, tum ab aliis, sed nullum mihi videtur sufficiens. Etsi enim probari possit, dominum feudi rectè illud conferre, quandoquidem de re sua disponit sub ea conditione, de qua dictum est, tamen negari nō potest, quin illud petens atque impetrans contra bonos mores facere videatur, quandoquidem ostendit, se sollicitū esse de viuentis feudo, ac proinde, vt mortem eius expectet, ac forsitan quoque desideret, facilè induci potest.

Sed quoniam morib. ita receptum est, vt patet ex textu Consuetudinum feudalium, quas oportet sequi, ideo huic sententiæ omnino inhærendum est, quaquam aliæ diuersæ sententiæ non improbabiles sint, & ratione nitantur iuri & æquitati consentanea, sed mores & consuetudines feudorum meritò præferendæ sint.

Quod attinet ad secundam controuersiam, quid iuris in successione feudi nondum aperti purè facta? Respondeo, Baldum in ca. Si quis fecerit inuestituram, quo tempore miles. in hac sententia esse, vt valeat, si cōtingat feudū ad dominum reuerti, vasallo sine liberis decedente, licet purè facta sit concessio, vt valeat, inquam, in duob. casibus. Primus est, si stipulatio interuenerit. Alter, si is, cui facta est concessio feudi possessionem nactus sit. Cæterùm ego potiùs assentior Afflicto in commentariis eiusdem loci, n. 25. neganti eam concessionem valere. Nam certum est, feudum viuentis vasalli purè non posse alteri à domino concedi in præiudicium ipsius vasalli, capite secundo, de feudo dato in vicem legis Commissor. ca. 1. de inuest. de re aliena. facta. c. 1. de clerico qui inuest. facit, & in c. 1. qui successores teneantur. ibi: *Nam si quis fuerit inuestitus purè de alieno feudo, non valet habita inuestitura.* Igitur ea concessio purè facta non valet. Quod autem à principio nō valet, tractu temporis, & ex post facto conualescere non potest. l. Quod ab initio de regulis iuris. Vide Pistorium dict. qu. 25. n. 14.

Quod attinet ad tertiam controuersiam, communis est & vera sententia, concessionem factam sub ea conditione, non valere eo in casu, quo vasallus viuens, & feudum possidēs liberos habet & successores, ita Glos. in c. 2. de feudo dato in vicem legis comm. ss. & ibidem Isernia. & Afflictus nu. 71 Probatur ex d. c. 2 in illis verbis: *Hoc autem dicendum est de eo milite, qui feudi successores non habet:* & ex d. §. Moribus, in illis verbis: *quod post mortem eius ad dominum reuerti sperabatur.*

At

At contra Pistorius d.quæst.25.nu.20.idem putat dicendum licet vasallus liberos habeat, si liberi eius absque hæredibus defuncti sint, ita vt feudum ad dominum reuertatur. Primò, quia est eadem ratio, etiam hoc in casu, cùm nulli extent liberi,& feudum ad dominum reuertatur. Secundò, quia ille casus, quo liberi non extent in vsibus feudorum expressus est, quoniam sæpius accidere potest. Nam cùm vasallus liberos habet, vix contingere potest, vt eius feudum sub ea conditione impetretur, si tamen casus eueniat, idem omnino dicendum videtur.

Sed doctissimum Pistorium meminisse oportuit, hic agi de consuetudine odiosa valde, & regulis iuris repugnante, quibus eiusmodi pactiones, tanquam contra bonos mores,& plenæ tristissimi ac periculosi euentus reprobantur.l.vlt.C.de pact. Quare cùm moribus receptum sit, vt in feudis hæc ratio non obstet, sed aliàs inuestiri possit de feudo nondum vacante,& aperto in eo casu, quo vasallus successores non habet, & spes est feudum ad dominum reuersum iri, mores isti feudales & consuetudines strictè accipiendæ sunt,& non vltra expressos casus extendendæ. Quod enim contra iuris rationem receptum est, non est producendum ad consequentias. l. Quod verò contra rationem. ff. de legibus. Omitto sciens prudénsque allegationum plaustra. Consuetudinem stricti iuris esse, extra suos terminos non esse extendendam, quia res est omnibus perspicua.

CAPVT XXIX.

Successor Episcopi inuestientis aliquem de feudo alterius vasalli viuentis cum consensu capituli, sub conditione illa, si feudum sibi fuerit apertum, an teneatur ratam habere inuestituram, si Episcopus ante vasallum, qui feudum possidebat, decesserit?

EXtat in vsibus feudorum sub tit. Qui successores feudum dare teneantur, constitutio quædam in hæc verba: *Si verò Archiepiscopus, Episcopus, vel Abbas, vel Abbatissa inuestituram eius feudi quod alius detinebat, eo tenore alicui dederit, vt post decessum eius qui possidet, habeat: & antè decesserit Archiepiscopus, quàm ille qui feudum possidebat: successores eorum non coguntur eam inuestituram facere, vel confirmare etiamsi pares eius curia adsint testes, vel breue testatum inde sit, nisi ille qui inuestituram acceperit, nomine eius feudi in possessionem missus sit, eo consentiente, qui detinet, &c.*

Conclusio hæc colligitur, successorem Episcopi, &c. non teneri ratam habere inuestituram, si Episcopus, qui inuestiuit, antè decesserit, quàm ei feudum fuerit apertum. Idem habetur in c.1.de clerico, qui inuest.fecit. ibi. *Si tamen ante decesserit inuestitor, quàm feudum ad eum reuertatur: successor nō cogitur eam habere ratam.* Et in c.1.§.Moribus.si de feudo defuncti contentio sit inter dom.& agnat.vasalli. ibi: *Nam si Ecclesiastica persona talem faciat inuestituram, non aliter valebit, nisi sibi, non autem successori suo feudum aperiatur.* Et in c.1.qui success.teneantur.

De inuestitura facta cum consensu Capituli ab Episcopo nullum verbum, nulla mentio in relatis textibus. Quid igitur statuendum erit, si Episcopus illam fecerit cum consensu Capituli? nunquid successor, cui feudum apertum sit, eam habere ratam teneatur? Respondit Afflictus teneri, in commentariis d.c.1. Qui success.feud. dare tenean.nu.14. Refert & sequitur Pistorius libr.2.quæst. parte posteriori, quæst. 27.post numer.25. vbi refert idem respondisse Collegium Lipsiensium & Francofordiensium Iurisconsultorum, eáque responsa simul annectit.

Sed licet ego is non sim, qui vel sapientior tot Iurisconsultis videri velim, vel eis fidem abrogare, tamen si licet mihi, id quod sentio ingenuè proferre, longè diuersam habeo sententiam hac in re, quam vbi confirmauero,& contrariam refutauero, tum candidis lectoribus liberum relinquam iudicium,& ad veritatem, nisi fallor, inueniendam faciliorem aditum præstabo.

Existimo nullum esse discrimen in proposita facti specie, siue Capituli consensus adhibeatur, siue nō adhibeatur. Primò, quia in textibus iam relatis, non constituitur huiusmodi discrimen. Secundò, quia nulla est ratio diuersitatis. Nam ideo successor Episcopi non tenetur ratam inuestituram habere, quia obligatio non potuit incipere ex persona eius. Etenim obligationes quidem incipere possunt ex persona,& contra personam hæredis, vt Iustinianus statuit in l.1.C. vt actiones ab hære. & contra hæredes incipiant. Sed hic successor in dignitate non est hæres Episcopi, qui inuestituram fecit, nec dignitatem ab ipso Episcopo defuncto habet, sed ab aliis, à quibus electus est. Ergo non tenetur ratam habere defuncti Episcopi inuestituram. Nam obligatio nunquam incepit in persona defuncti Episcopi, qui inuestituram sub conditione fecit: *si feudum esset illi apertum.* Hęc conditio non euenit eo viuente, ergo nec obligatio orta fuit. l.Cedere diem.ff.de verb.sign. Non potest autem oriri, atq; incipere in persona successoris, quia successor non est hæres illius. Hæc ratio locum habet, siue inuestitura facta sit absque

Capituli consensu, siue cum cõsensu Capituli: Nam etsi Capitulum semper extet, & ab eo incipere obligatio possit, tamen id non sufficit ad constituendam obligatiónem Episcopi, qui successit. Itaque vt maximè Capitulum ratam inuestituram habere teneatur, quia consensit, non tamen efficitur, Episcopum successorem tenere, qui non consensit, nec vllum ius habuit.

Potéstne Capituli consensus præstitus Episcopo præsenti, istud efficere, vt obligatio, quę non incepit vnquam in persona Episcopi præsentis, incipiat in persona Episcopi postea succedentis?

Sed videamus quanti sint ponderis contrariæ sententiæ argumenta. Primum est, quia Episcopus dicitũr esse administrator, nõ dominus rerum Ecclesiæ, cap 2 de donatio. c. vlt. 12. quæst 1. Qui verò mortuo eo succedit non dicitur causam habere ab ipso, sed ab aliis qui eum elegerunt, quare nec tenetur ratam habere inuestituram ab eo factam. Hæc ratio cessat vbi consensus Capituli est.

Respondeo, non hanc esse causam, cur in nostri facti specie successor non teneatur ratam inuestituram habere, quia videlicet Episcopus antecessor non possit successorem obligare. Nam cùm clericus feudum concedit, quod est Ecclesiæ, non solùm ipse, verùm etiã illius successores obligantur, c. 1 de clerico, qui inuestituram facit. ibi: *Ipse & eius successor ipsam adimpleant*; sed ratio est illa, quam dixi, quia scilicet feudum non est apertum ipsi Episcopo viuenti, qui inuestiuit, consequenter conditio non euenit sub qua inuestitura facta fuit, nisi post mortem eius, quo tempore successor adest, in cuius persona incipere obligatio non potest.

Secundum argumentum est, quia contractus ab Episcopo factus, plerunque personalis est, & cum persona eius extinguitur, verùm si Capituli consensus accesserit, realis fit, atque adeò successorem etiam obligat, vt tradunt doctor. in c. vlt. ne prælati vices suas.

Respondeo, feudi concessionẽm etiam absque Capituli consensu realem esse, & successorem etiam obligare, vt in d. c. 1 de clerico, qui inuestituram facit. quod intelligendum est, quando res est solita in feudum ab antiquo tempore concedi ab Episcopo, tunc enim valet concessio absque solennitatibus aliis, vt in c. 1. de his qui feudum dare possunt. c. 1. de feudis, & alibi.

Tertium argumentum est, quia successor in Episcopatu non tenetur habere ratum factum prædecessoris, ex traditis per Baldum in l. 1. ff. de Constitut. principum, & ibi Iason nu. 14. Si tamen factum sit cum consensu Capituli, tenetur.

Respondeo, si factum prælati tendat in detrimentum Ecclesiæ non obligari successores. c. De precariis 10. quæst. 2. aliás secus. Nam feudi inuestituram successor ratam habere tenetur & adimplere, vt in d. c. 1. de clerico, qui inuest. fecit. & ita accipiendi sunt doctores, qui dicunt factum antecessoris Episcopi non obligare successorem. Fateor successorem non teneri ratam habere inuestituram, in hac facti specie nobis proposita ex constitutione Lotharij, vt in c. 1. qui successores dare teneantur, & ex aliis textibus, sed quod accedente Capituli consensu teneatur, non concedo, nec argumentum id probat, nec vllo iure, vllave ratione demonstrari potest.

Quartum argumentum est, quia Episcopus cum consensu Capituli de futuris in præiudicium successoris disponere potest, vt tradidit Afflictus decis. 101. Ergo, in proposito nostro successor Episcopus ratam habere tenetur inuestituram.

Respondeo, Afflictum loqui & doctores ab eo citatos (quorum tamen multi nihil ad rem dicunt) quando Episcopus de re disponit, quã tunc habet, & de qua potest disponere, licet dispositio egrediatur tempus vitæ Episcopi, veluti si Episcopus cum cõsensu Capituli bona Ecclesiæ locauerit, vendiderit, commutauerit, si Episcopus officium aliquod contulerit, gratiam fecerit, licet hæc omnia ita concessa sint, vt non ad tempus vitæ Episcopi restringantur, sed vlterius ac in perpetuum extendantur, valet concessio, & successor obligatur, quia Ecclesia dicitur concessisse, quæ nunquam moritur, c. Si gratiosè. de rescript. in 6. c. liberti. 12. quæst. 2.

At hæc longissimè distant à quæstione nostra, in qua ratio, cur successor nõ teneatur, est illa, quam dixi, quia videlicet obligatio incipere non potest in persona successoris, quæ nec in persona defuncti incepit.

Quintum argumentum est, quia ea quæ fiunt cum consensu Capituli ab Episcopo, obligant successorem, licet alioquĩ talia sint, quæ morte Episcopi extinguũtur, veluti mandatũ procuratoris. Nam licet illud morte Episcopi reuocetur. Clement. vlt. de procurat. tamen id locum non habet, quando cum consensu Capituli est factum, vt notant ibi Glos. & doctores.

Respondeo, iure non probari hanc Glossam, & aliorum assertionem, & non esse eandem omnium sententiam circa sensum illius textus. Adde etiam iuris rationi non esse consentaneam: licet enim Capitulũ non moriatur Episcopo defuncto, non tamen tanta ipsius Capituli ratio habenda videatur, quãta Episcopi, qui principalis est, & procuratorem constituit, quare mandatum eius morte reuocatur, vt docet

vt docet text. in d. Clem. vlt. non distinguens vtrum mandatum procuratori datum sit cum consensu Capituli nec ne.

Postremum argumentum est, quia si successor hoc in casu non teneatur ratam inuestituram habere, videri potest fraus aliqua fieri ab Ecclesia, contra c. Per tuas. de dona. & alia similia iuris loca. Respondeo, eandem rationẽ locum habere, licet consensus Capituli non interuenerit, sed hoc in casu nulla fraus allegari potest, quia inuestitura ab Episcopo facta cõditionalis est, *si feudum sibi aperiatur.* Hæc conditio deficit, quia non aperitur ipsi Episcopo, sed successori. Nulla autẽ est obligatio, ex ea promissione, quæ sub conditione facta est, si cõditio nõ euenerit. At euenit (inquies) quia feudũ apertum est: Respõdeo, nimis tardè apertum esse, quia mortuus est inuestitor. Etenim successor eius nunc primùm inciperet obligari, quod iura vetant, nisi sit hæres, quæ ratio sola facit, vt in reb. profanis successor & hæres ratam habere teneatur inuestituram. Sicuti apertè legibus est constitutũ, quas non procul ab huius capitis initio retulimus. In terminis verò nostris, vt successor non teneatur inuestituram facere vel confirmare d. c. 1. Qui success. feudum dare teneantur.

CAPVT XXX.

Quomodo accipienda sint verba illa text. in c. 1. Qui success. dare teneantur. Nisi ille qui inuestituram acceperit, nomine eius feudi in possessionem missus sit, eo consentiente, qui detinet.

SEd rursus controuertitur, quomodo accipiẽda sint illa verba textus in d. cap. 1. Qui successores feudi dare teneantur, quibus dicitur, successorem Episcopi ratam habere non cogi inuestituram, *nisi ille qui inuestituram acceperit, nomine eius feudi in possessionem missus sit, eo consentiente qui detinet.* Duplex. n. est interpretatio doctorum. Altera, ita accipienda esse, vt locum habeant vbi feudi possessor viuens renunciat iuri suo, & feudo se abdicat, vel eo ob aliquam iustam causam priuatur, ita Glos. in c. 1. Qui succes. dare teneantur. tit. 2. in vers. *Inuestituri.* Aluarot. in commentariis eius loci, idem mihi videtur Afflictus voluisse eo in casu, quo in realem possessionem inuestitus immittitur, ibidem nu. 10. & 40. Pistorius eandem sententiam amplexus est, lib. 2. q. part. posteriore. q. 27. n. 46.

Altera est interpretatio, accipienda esse dicta verba de inuestito, in possessionem feudi immisso, viuẽte possessore, qui feudum tenet, & consentiente, non ad hũc effectum, vt tunc jus in feudo consequatur, & is qui feudum tenet, eo priuetur, sed vt successor inuestientis ratam habere inuestiturã teneatur, post mortem vasalli tunc feudum possidentis, qui ius suum interea retinere debet. Ita latè ibi explicauit Andreas Isernia, n. 4. & seq.

Prioris expositionis illud est firmamentum, quoniam is qui consentit, vt alius inuestiatur de eo feudo quod ad se pertinet, amittit ius suum. §. Præterea. quib. mod. feud. amittatur. argum. l. Si debitor. §. 1. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solu. l. 2. ff. de distract. pign. l. Seruus communis. ff. de donat. inter vir. & vxor. l. Si fundum per fideicommissum. §. 1. de leg. 1. l. Codicillis §. 1. de leg. 2.

Hæc ratio confirmatur, nam si is qui feudũ tenet, non amitteret ius suum, non teneretur successor Episcopi ratam habere inuestiturã, in ea facti specie, de qua ibi fit mentio, cùm scilicet Episcopus inuestitor moritur ante vasallum, qui tenet feudum. Nam semper illa ratio locum haberet, non potuisse Episcopum inuestitorem successori præiudicare in futuris negociis. Necesse igitur est, vt inuestitus habuerit plenum ius in feudo, quia tunc successor meritò inuestituram ratam habere tenetur.

Sed istis nil morantibus verissima mihi videtur Iserniæ sententia & interpretatio. Etenim consideranda est facti species, de qua ille textus loquitur, nimirùm cùm *Archiepiscopus, Episcopus, &c. inuestituram eius feudi, quod alius detinebat, eo tenore alicui dederit, vt post decessum eius, qui possidet, habeat, & ante decesserit Archiepiscopus, quàm ille qui feudum possidebat, successores eorum* (inquit textus) *non coguntur eam inuestituram facere vel confirmare, nisi ille qui inuestituram acceperit, nomine eius feudi in possessionem missus sit, eo consentiente qui detinet.*

Hic textus loquitur de hac facti specie, qua inuestituram Episcopus concedit eius feudi, quod alius detinet, eo tenore, vt post mortẽ eius qui possidet, habeat. Ergo, non potest intelligi exceptio illa sequens, *nisi, &c.* in alio casu, sed debet esse conformis regulæ, vt videlicet in illa ipsa facti specie, si is qui inuestituram obtinuit illius feudi in possessionem missus fuerit: tũc successor Episcopi ratã inuestiturã habere teneatur. Illa verò facti species non præsupponit vasallum feudi possessorem, vel eo priuatum esse, vel ius suum amisisse, sed ius suum retinere, & post eius mortẽ feudum ad eum qui inuestitus est pertinere: quia scilicet eo tenore datum est feudum alteri, vt post mortem ipsius possessoris habeat.

Quæ igitur absurditas esset inuestiturã eo tenore datam esse, vt post mortem possessoris inuestitus feudum habeat, & tamen possessore adhuc viuente, inuestitũ ius cõsequi ex missione in possessionem?

Quàm prӕterea nouum est, & inauditum, regulam in vno casu constituere, quo scilicet inuestitura eo tenore concessa est, vt inuestitus post mortē possessoris feudum obtineat, & exceptionem afferre ad eum casum pertinentem, quo inuestitutus plenum ius in feudo obtinet viuente possessor.?

Amplius cui dubium, quod si possessor feudi, iure suo renuntiet, vel priuetur feudo, & alius inuestiatur, qui possessionē accipiat, quin eiusmodi inuestituram ratam habere successor teneatur: Imò non est opus vt ratam habeat, sed vt vasallus successori iuramentum fidelitatis prӕstet, & inuestituram petat ab eodem, iuxta c.1. quӕ fuit prima causa benef. amitt. & in c.1. quo tempor. miles, &c.

Hęc est igitur sententia huius loci, successorē cogi ratā habere inuestituram, licet Episcopus ante possessorem feudi mortuus sit, quādo inuestitus missus est in possessionem, cum cōsensu vasalli feudum possidentis, missus est inquam in possessionem, nō ad eum effectum, vt tunc feudum obtineat, neque enim potest, quia ex tenore inuestiturӕ feudum obtinere non potest, nisi post mortem possidentis feudum, sed ad eum effectum, vt feudum consequatur post mortem possessoris: Effectus possessionis refertur post mortem, & ita res agitur vt is qui ab Episcopo inuestiturā accepit, habeat etiam realem possessionem, *ex nunc, prout ex tunc*, vt loquar cum Glossatoribus, id est, vt possessio tunc nullum ius tribuat, sed tantùm post mortem possessoris, qui tunc viuit: Potest enim possessio tradi sub conditione. l. Qui absenti. §.1. ff. de acq. possess. nec alter res sit accipientis, quàm si conditio extiterit, vt ait ibi Iurecōsultus, & de possessione tradita *ex nunc, prout ex tunc*, quod valeat post mortē cōstituentis se possidere alterius nomine, & sic illā tradentis, cōmunis est sententia. Vide Alex. cons. 83. col. 3. vers. Cōfirmatur hoc, quia possessio, lib. 2. Guido Papӕ decis. 268. Ripa ad l. 1. num. 5. ff. de pignorib. Tiraquellus de iure Constituti, in 3. parte, limitatione 2. n. 25.

Quod verò dicebatur, eum qui cōsentit aliū de feudo inuestiri, suo iuri prӕiudicare, locum habet, quando consentit alium absolutè inuestiri, sed in quӕstione nostra consensus nō est absolutus, sed talis, vt is qui consentit, velit feudum, donec vixerit, retinere, verùm in hoc tantùm consentit, vt post mortem suā alius feudum obtineat. Quare nullum sibi donec vixerit, prӕiudicium facere videtur, atque adeò ius suum non amittit.

Porrò nullius momenti est quod dicebatur à Pistorio, nisi possessor ius suū amittat, & inuestitus plenum ius consequatur, non teneri successorē Episcopi in ea facti specie, de qua textus loquitur, ratam habere inuestituram. Nam dicendum est, imò successorem teneri ratam illam habere, & ratio est, quia inuestitus hoc in casu possessionem accepit, & ideo gratia consummata est, & perfecta, tantùm expectanda est mors possessoris. Nō prӕstat impedimentum hoc in casu, quod obligatio non possit incipere in persona successoris, quia hic non versamur in simplici obligatione & promissione, sed in iure quӕsito, in spe saltē, ex inuestitura, & simul ex possessione reali. Et hoc est, quod Isernia dicebat, rē nō remāsisse in finib. promissionis, seu in finib. inuestiturӕ verbalis, sed vlterius processisse. Quod verò Episcopus successori prӕiudicare non possit in futuris negociis, nec idonea est ratio, ex qua ita fit in feudo, quo de agitur, cōstitutū, nec in prӕsenti specie locū sibi vindicat, vbi inuestitura plenum ius, sub cōditione tamen iam dicta, tribuit inuestito per possessionem scilicet acceptam, est enim gratia quodammodo perfecta, ideo morte concedentis non expirat, quasi re amplius non integra, argum. c. Si super gratia. de off. deleg. lib. 6.

Illud prorsus mihi videtur falsum, quod Gloss. loco superius annotato, dicebat, textum accipiendum eo casu, quo vasallus feudo priuatur, tunc enim alius in possessionem mitti potest ac inuestiri. Nam si de vasallo priuato iure suo ageretur, non esset opus consensu ipsius, vt alius in possessionē eo viuente mitteretur: Et tamen textus requirit consensum eius: Sic enim ait: *Nisi ille qui inuestituram acceperit nomine eius feudi in possessionem missus sit eo consentiente qui detinet.*

CAPVT XXXI.

Possitne Episcopus rem in feudum dari solitam, & ad se deuolutam, consanguineis suis in feudum dare?

NOn est difficilis hӕc controuersia, licet variӕ sint doctorum sententiӕ. Episcopum non posse rem in feudum cōcedi solitā, in feudū suis consanguineis dare, docuit Glos. in c.1. §. Hӕc omnia. vers. clericorū. Si de inuestitura inter domin. & vasallum lis oriatur. & in c.1. in verb. Archiepiscopus, qui successor. feud. dare tenean.

Fundamentum est in auth. Quibuscunque modis. C. de sacrosanct. Eccl. Quod sanè infirmum est. Nam text. in Nouella de alien. & emphy. ex quo Authentica illa sumitur, ita dicit: *Oeconomis verò & ordinatoribus clericorum, & chartularijs vbicunque venerabilium domorum constitutarum, aut parentibus eorum & filiis, & quibus secundum genus, & secundum matrimonij iura contingunt* *locatio-*

locationes, aut emphyteusis, aut emptiones, aut hypothecas rerum immobilium ipsis venerabilibus domibus competentium subire, aut per se, aut per interpositam personam, secundum quod & ijs qui in regia Ciuitate sunt, prohibemus.

Fundamentum hoc ideo est infirmum, quia Iustinianus ibi non loquitur de re solita in feudum concedi, siue in emphyteusim, neque de Ecclesiæ prælato, sed de œconomo: ille meritò prohibetur consanguineis suis res Ecclesiasticas locare, aut in emphyteusim concedere, quia cùm administret, non potest, nec per se, nec per alium, ex suo officio contrahere. l. Non licet. ff. de contrah. empt. At cùm res est solita aliis in feudum concedi, nulla est ratio, cur Episcopus eam suis consanguineis dare prohibeatur, eo modo, & eisdem conditionibus, & pactis, quibus aliis concedere posset.

Secunda est opinio Bartoli in d. Auth. Quibuscunque modis, posse rem ad tempus concedi, puta vsque ad secundam vel tertiam generationem, non autem in perpetuum. Fundamentum est text. qui nihil ad rem pertinet, in Auth. de sanctissimis Episc. §. Sin autem Ecclesiis.

Tertia est sententia Andreæ Iserniæ in c. 1 n. 12. qui successores feu. dare tenean. vbi dicit, licere Episcopo etiam suis cognatis dare, si id cedat in Ecclesiæ vtilitatem, & cum solennitate in alienatione requisita. Sed non loquitur de re solita in feudum concedi. Illa enim concedi potest absque solennitate aliàs requisita, vt habetur in cap. 2. de feudis. ibi: *In primo ergo casu feudum decedentis liberè si videris expedire concedas.*

Postrema est sententia, prælatum posse suis consanguineis res infeudari solitas concedere in feudum, ita Baldus in c. 1. Qui feud. dare possunt & ibidem Iason n. 19. Panorm. in c. Vt super. de reb. Eccles. non alienan. n. 18. 19. Curtius iunior de feudis, parte 2. q. 7.

Adfertur pro hac sententia, quod habetur & notatur in c. Dilecto. de præb. in c. Relatum. de testam. in c. Non satis. 86. distinct. quæ loca ad quæstionem istam non pertinent.

Mihi placet hæc sententia, quæ communior est, si hæc concessio fiat cum Ecclesiæ euidenti vtilitate, ex eo, quod habetur in Extrauag. Ambitiosè. de rebus Ecclesiæ non alienan. ibi: *Nec non infeudationem vel contractum emphyteuticum præterquam in casibus à iure permissis, ac de rebus & bonis in emphyteusim ab antiquo concedi solitis, & tunc in Ecclesiarum euidenti vtilitate, &c.* Idem probatur in d. ca. 2. de feudis. ibi: *Si videris expedire.* Et cùm Prælati res ab antiquo in feudum dari solitas, concedere possint, vt habetur in d. c. 1. de his qui feudum dare possint, & latè Andr. Geyll. probat libr. 2. obser. vlt. nec vlla lex prohibeat eas concedi consanguineis, nihil vetat, quo minus consanguineis rectè concedi possint, si id expedire Ecclesiæ visum fuerit, vt dictum est.

CAPVT XXXII.

Ex duobus inuestitis de feudo quis præferatur.

Si duo fuerint de eodem feudo inuestiti, alter prius, alter posterius, controuersia est, quis præferatur, & posita est in eo, vtrum is, cui priori tradita est feudi possessio, alteri præferatur. Et quoniam distingui solet, vtrum à Principe feudum sit concessum, vel ab alio. Hoc posterius membrum in hoc capite tractabo. Primum autem in sequenti.

Duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ in hoc articulo de feudi inuestitura duobus diuerso tempore data ab alio, quàm à Principe. Altera docet, præferendum esse priorem, id est, eum qui prius inuestitus est, ita respondit Ludouicus Romanus in cons. 70. Marsilius sing. 82. & Io. Sichardus ad l. Quoties. nu. 10. C. de rei vind. Altera verò, præferendum esse eum, cui priori tradita est possessio, licet posterius inuestitus sit, ita Glo. in c. si facta. Si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agna. quam ibi sequuntur Isernia, Baldus, Aluarotus, Afflictus & alij, Hieronymus Schurff. cons. 53. lib. 1. Iason ad d. l. Quoties. n. 30. Zasius de feudis in 6. parte. nu. 13. Dominus meus Cephalus cons. 658. nu. 17. lib. 5.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia cùm feudum alicui concessum est, non potest sine iusta caussa auferri, vt habetur in titul. de feudo sine culpa non amit. & alibi. Ergo non licet domino, postquam aliquem inuestiuit, alium inuestire in eodem feudo, quia videtur priori feudum datum adimere sine iusta caussa. Deinde, quia dominus tenetur inuestitum mittere in corporalem possessionem feudi, vt in c. 1. in fine. de noua forma fidelit. Denique, quoniam in feudis idem operatur inuestitura, quod traditio rei. cap. 1. quibus mod. feud. constit. potest. pro qua sententia ego aliquando adduxi c. 1. § Rei. de inuest. de re aliena facta. *Res autem* (inquit textus) *per beneficium rectè inuestitura vasallus hanc habet potestatem, vt tanquam dominus possit à quolibet possidente sibi quasi vindicare, &c.*

Posterioris autem sententiæ fundamentum est in l. Quoties. C. de rei vind. Nam ratio illius legis, etiam in feudis locum habere videtur, quia per inuestituram absque traditione, nullum ius in rem, is qui inuestitus est, acquirit, sed actionem contra dominum, vt rem tradat, & corporalem possessionem, vt in d. c. 1. in fi. de noua forma fideli. Id probatur, quia traditionibus & vsucapionibus, non nudis pactis

dominia rerum acquiruntur. l. Traditionibus. C. de pactis. Ergo, si traditio non intercedat, dominium non transfertur feudi, id est, vtile dominium in vasallum non transit.

Ego puto posteriorem hanc sententiam veriorem esse, quia in hac facti specie, quæstio est, quis præferatur ex duobus inuestitis, id est, quis sit potior in obtinendo feudi dominio, quare absque vlla hæsitatione respondendum est eum potiorem esse cui res tradita est, quia per traditionem dominiū acquiritur. Etenim antequam feudum sit traditum primo inuestito, illius dominium remanet penes concedentem, argum. l. pen. C. de rei vind. l. Alienatum. de verb. sig. Quare illud per traditionem rectè transfertur in eum, qui postea inuestitus est. l. Qui tibi. C. de hæred. vel actione vend. l. Qui tibi. C. de his, qui à non domino manum. quæ est ratio d. l. Quoties. C. de rei vind. quāquam non ignoro, eam aliter explicari a Cuiacio lib. 18. c. 3. obser. Hęc cùm ita iure communi constituta sint, nec contrarium vsu feudorum constitutum sit, videtur inhærendum iuri communi, arg. c. 1. de feudi cogni.

Non obstant argumenta contrariæ opinionis. Nam respondeo, duos esse considerandos casus. Primus est, quando dominus inuestiuit aliquem in feudo, tradendo ei possessionem corporalem, quæ dicitur propriè inuestitura. c. 1. Quid sit inuestitura. Et tunc non potest illud ei adimere, & alteri dare sine iusta & legitima caussa. Alter casus est, quando dominus alicui inuestituram feudi cōcessit abusiuè per hastam & en?em, vt in d. c. 1. Quid sit inuesti. & tunc tenetur quidem inuestitum in possessionem mittere, sed si nō fecerit, verum alterum feudo inuestierit, & in possessionē induxerit, non propterea hæc secunda inuestitura infirmatur, imò valet, & effectū habet, sed tenetur domin⁹ primo inuestito, id quod interest præstare. Nā licet dominus teneatur præcisè tem tradere, vt dicit text. in c. si facta. Si de feudo defuncti conten. sit inter dom. & agnatos. & in c. 1. in fi. de noua forma fidel. ibi: *Omnimodo cogatur* tamen cùm iam dominus alteri feudum tradidit, nō habet tradendi potestatem, quare ad id quod interest conueniri potest. arg. l. 1. ff. de act. empti. præclarè Crauetta in consi. 11. n. 2. 3. 4. vbi multis probat, cùm dicitur, aliquem præcisè ad aliquid faciendum teneri, id accipiendum esse, cùm factum præstari potest, secus si præstari non possit, tunc enim aliter consultum esse stipulatori non potest, quàm vt petat id quod interest.

Qua responsione tollitur id quod dicebatur in argumento, dominum præcisè obligatum esse ad tradendum feudum, quia id in præsenti locum habere non potest, quoniam factum istud traditionis feudi præstari non potest, cùm feudum ab alio possideretur.

Quod vero dicebatur inuestituram idem operari, quod traditio rei, non est ita, si de abusiua inuestitura agatur. Secus, si de vera inuestitura sit sermo, per quam possessio datur. c. 1. Quid sit inuestitura. Nec contrarium docent loca in argumento allata, & text. in c. 1 §. Rei. intelligendus est de inuestitura vera & propria: *Inuestitura autem propriè dicitur possessio*; inquit textus in c. 1. Quid sit inuestitura.

CAPVT XXXIII.

Quis præferatur ex duobus à Principe inuestitis feudo?

QVatuor articulis propositis dicam breuiter, quid mihi de hac quæstione ita tuendum videatur, cæteris Doctoribus, quid visum fuerit, non erit difficile cognoscere, si quis loca inuisere voluerit, quæ postea ego indicauero.

Primus articulus est de Principe duobus vnum & idem feudum diuerso tempore insolidum concedente possessione tradita hoc modo: Titio feudum concessit prius, & possessionem ei tradidit, postea idem feudū Caio concessit, & similiter eum inuestiuit possessione tradita: hic respondendum est, primum inuestitum præferendum esse, quoniam ei priori res est tradita. l. Quoties. C. de rei vind. & hoc modo accipiēdū est, quod tradidit Paul. Cast. in l. 2. nu. 3. C. de legib. Neque enim primo vasallo feudum auferri sine caussa potest, vt habetur in tit. de feudo sine caussa amitten. Et ideo feudum, vni concessum, non potest alteri concedi purè. c. 1. Qui successo. teneantur. Et vsque adeò verum est, priorē cui possessio rei tradita est, præferendum esse posteriori, vt id locum habeat, licet eo tempore, quo res priori tradita est, tradens dominus non sit, & postea dominium nactus, eam tradat alteri. Prior etenim nihilominus est præferendus. l. Si à Titio. ff. de rei vind. l. pen. ff. de excep. rei vend. l. 4. §. Si à Titio. ff. de doli mali except.

Secundus articulus est de Principe, qui vni feudū concedit primò per inuestituram absque corporali possessione, sed alteri secundo concedit, & simul possessionem tradit ei corporalem. In hoc articulo sic statuo, secundò inuestitum præferendum esse priori, arg. d. l. Quoties. C. de rei vind. quæ lex necessariò etiam in feudis locum habet, tum quia in illis contrarium receptum non est, quo casu seruatur ius commune. c. 1. de cogn. feud. Tum quia ratio legis locum habet etiam in feudo, sicut capite præcedenti disputatum est.

Non offendunt hanc sententiam iuris canonici loca, quibus constitutum est, vt is alteri præferatur in ecclesiasticis beneficiis ac præbendis,

bendis, qui primò beneficium obtinuit. cap. Tibi qui. de rescrip. lib. 6 c. Si tibi. de præben. lib. 6. Item illa ratio nō obstat, quòd Princeps contractus legitur, non debeat quenquam decipere. Deniq; quod possit absq; traditione dominium trāsferre. l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. Nam quod attinet ad beneficia ecclesiastica, in illis est dispar ratio, quia in illis potissimum titulus iustus spectatur, & ex eo ius acquiritur. Nec corporalis possessio ac traditio dominium eorum transfert: quia is, cui beneficium ecclesiasticum confertur, non acquirit dominium illius, nec illud transmittit ad suos hæredes, sicut is, cui feudum confertur, sed eo vtitur ac fruitur in dies duntaxat vitæ suæ.

Quod verò dicitur, Principem obligari ex contractu, nō debere quenquam fallere, verissimum est, sed non pertinet ad rem nostram, quia non hic disputatio est, an Princeps rectè faciat, an reprehendi possit ac debeat, & an obligetur ex cōtractu & promissione priori inuestito saltem ad præstandum id quod interest, sed nostra quæstio est, cùm inter ambos inuestitos controuersia agitatur, vter alteri sit præferendus, & dicimus, eum esse in dominio vtili, vt vocant, feudi potiorem, cui possessio tradita est.

Porrò dato quòd Princeps possit dominiū absque traditione transferre, non tamen inde efficitur eundem id transferre, si non expresserit. Voluntas enim Principis præsumitur esse iuri consentanea. l. Ex facto. ff. de vulg. & pup. Iure autem dominium absq; traditione non transfertur. l. Traditionibus. C. de Pactis. Adde quod non probatur, Principem posse transferre dominium, absque traditione. ex l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. quia vt aliàs diximus, illa lex hoc non dicit, & malè communiter explicatur.

Tertius articulus est, de Principe feudum concedente, vel ex contractu, vel ex gratia, & ita disponente, vt dominium etiam absq; traditione acquiratur ei, cui illud concedit. Hoc in casu, si Princeps supremus sit, qui legibus derogare valeat, quibus ita constitutū est, vt dominium absque traditione non transferatur: tunc puto eum, cui priori ita feudum est cōcessum, præferendum esse posteriori, licet posteriori tradita sit corporalis rei possessio: Ratio est, quia prior dominium iam consecutus est, & est perinde, ac si ei prius tradita esset possessio, quo casu alteri absque dubio præferendus esset, vt dictum est suprà ex d. l. Quoties. C. de rei vin. & ex aliis legibus in primo articulo citatis.

Porrò Principem efficere posse, vt dominiū absq; traditione transferatur, perspicuum est ex l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. Posse autem legibus derogare ciuilibus, non est dubium. §. Sed naturalia Instit. de iure natu. gen. & ciuili, tradunt Accursius l. vlt. C. Si contra ius vel vti. pub. & ibidē Bartolus n. 4 Castrens. n. 2. Iason n. 1. Felynus ad c. Nonnulli. n. 10. de rescriptis.

Quartus & postremus articulus est de Principe, ex gratia vel priuilegio feudum condente vni, & postea alij, vtrum posterior, cui tradita sit possessio rei, præferendus sit priori. Et respondetur ab aliis, non esse præferendū, quia Princeps in dubio præsumitur velle, vt dominium absque traditione transferatur, quoties ex gratia aliquid concedit. arg. c. Si tibi absenti. de præbe. in 6. & quia Principum beneficia latissimè sunt interpretanda. l. Beneficium. ff. de const. prin.

Et contrarium ego puto de iure respondendum, quia principis voluntas præsumitur esse iuris regulis consentanea in dubio. l. Ex facto. ff. de vulg. l. Si quando. C. de inoff. testam. copiosè Menochius de Præsumpt. lib. 2. Præsūp. 9. & 10. Ergo non præsumitur velle transferre dominium absque traditione, quia id iuris regulis repugnat.

Quod verò dicitur in d. c. Si tibi absenti. nihil prorsus ad rem nostram pertinet. At ibi Summus Pontifex, ius in beneficio ecclesiastico, ex collatione Episcopi absentis facta, post ratificationem eius acquiri, *vt tuum dici valeat*. Rectè, quia in ecclesiasticis beneficiis titulus institutionis tribuit ius beneficij, vt declarat Dynus in reg. Beneficium. nu. 11. 12. de reg. iur. lib. 6. Ias. in d. l. Quoties. n. 12. Abbas & alij in c. Continebatur. de his, quæ fiunt a maio. parte cap. sed in cæteris rebus profanis non est ita, quia solus titulus non sufficit, sed requiritur traditio possessionis ad dominium transferendum.

Sed iam superest, vt quod postremo loco pollicitus sum exequar, catalogum adscribens eorum qui hanc quæstionem tractant. Vide igitur Romanum in cons. 70. & 298. Angelum ad l. Officium. ff. de rei vind. Alexand. in cons. 187. n. 17. lib. 2. & in cons. 3. n. 7. lib. 5 & 155. n. 16. lib. 6. Iasonem cons. 27. lib. 1. Deciū in cons. 689. n. 7. Parisium consil. 2. nu. 58. lib. 1. Zasium de feudis. part. 5. n. 16. Gozad. consil. 14. nu. 3. Couuar. lib. 2. variar. resolut. cap. 19. n. 3. Affict. in cap. 1. Qui successo. tenean. Iasonem latè ad d. l. Quoties. & ibidem Io. Sichard. Marsil. sing. 82. Hippol. Riminald. cons. 393. n. 37. lib. 4. Andr. Geyll. lib. 2. obser. 55. Pistorium lib. 2. parte posteriori, qu. 29. Isti alios citant, ex quibus quid aliis in hac quæstione visum fuerit, haud difficulter cognosci potest.

CAPVT XXXIV.

Vtrum surdus, vel mutus vel aliàs imperfectus feudi sit capax?

IN tit. An mutus, vel aliâs imperf. feudum retin. ita constitutum est: *Mutus & surdus, cæcus, claudus, vel aliter imperfectus, etiamsi sic natus fuerit totum feudum paternum retinebit. Obertus & Gerardus, & multi alij. Quidam tamen dicunt, eum qui talis natus est feudum retinere non posse quia ipsum seruire non valet. Sic dicimus in clerico, & in fœmina, & in similibus.*

In tit. Episcopum vel Abbatem, ita: *Mutus feudum retinere non poteſt, ſcilicet qui nullo modo loquitur, ſed ſi feudum fuerit magnum, quo ei ablato ſe exhibere non valeat, tantum ei relinqui debet, vnde ſe ſuſtinere poſſit. Et his omnibus caſibus feudum amittitur, & ad dominum reuertitur.*

Hinc maxima oritur cõtrouerſia inter Doctores, & quomodo hæc loca accipienda ſint, & quo pacto inuicem concilianda, & quid denique de hac ipſa quæſtione ſtatuendũ ſit: Vtrum ſcilicet mutus, cæcus, &c. feudum retinere poſſit. Videndi ſunt tam veteres quam recentiores interpretes, qui commentaria ſcripſerunt in eadem loca, & præter eos Zaſius de feudis, part. 8. n. 68. Sonsbechius in vſus feudorum, parte 12. n. 33. Siluanus conſ. 3. Hieron. Schurff. conſ. 24. lib. 2. Afflict. deciſ. 324. Marinus Frecia de ſubfeudis lib. 2. §. Supereſt. nu. 9. & 12. Tiraquel. de primogen. qu. 23. n. 4. Thomas de Marinis tit. 2 de feudo ex pacto & prouiden. antiq. n. 134. Omnium latiſſimè hanc rẽ diſputans Io. Bolognetus in conſi. 4. Piſtorius quæſt. 32. parte poſteriore.

Non puto operæ precium ea referre, quæ ab iis magna iudiciorum varietate ac diſceptatione allata ſunt. Sunt enim tam confuſa omnia, tã obſcura, vt nec ſine magno labore colligi poſſint, & collecta parua cum vtilitate & fructu coniuncta eſſe videantur. Quid ipſe etiam in tota hac diſputatione, ſeptem propoſitis articulis ſtatim indicabo. Eum qui aliorum placita inueſtigare deſiderauerit, hęc noſtra prius hauſiſſe fortaſsè non pœnitebit.

Primus articulus eſt de feudo, cuius gratia perſonale ſeruitium vaſallus domino præſtare non tenetur: ſi de tali feudo agatur, ego ſic ſtatuo, mutum, ſurdum, &c. eiuſdem capacem eſſe, ac mutuò illud acquirere & retinere poſſe. Non laudo huius ſententiæ authores, qui nec pauci, nec obſcuri nominis ſunt, ſed rationem adfero perſpicuam, quia ſcilicet omnis ratio impedimenti atque incapacitatis ceſſat. Illa nempe, quod vaſallus ſic imperfectus ſeruire non poſſit. Etenim hoc in caſu nihil vetat, quo minus id præſtet, quod præſtare tenetur, nimirum pecuniam, & cenſum annuatim ſecundùm feudi conditionem & qualitatem.

Secundus articulus eſt, quando perſonale quidẽ præſtandum eſt domino ſeruitium, vt rum tamen vaſallus eſt aptus ad id præſtandũ, licet mutus, ſurdus, &c. poteſt enim bellicos labores ſuſtinere, gladium euaginare, enſem vibrare, & omnia alia bellica officia exercere. Cuiuſdam muti & ſurdi à natura facit mẽtionem Bartolus in l. 1. ff. de verb. oblig. & tam per peracem fuiſſe narrat, vt homines ſimul loquentes ex motu labiorum intelligeret, quẽ proinde doctores ibi concedunt cõtractus omnes facere poſſe, quos alij non poſſent eo morbo laborantes. Si talis reperiatur vaſallus, cui feudum acquirere ac retinere non poſſit, nihil ſanè video proponi poſſe.

Tertius eſt articulus, quando vaſallus eſt cæcus, &c. ſed tamẽ dominus illi ex gratia feudum concedit, vel vt illud retineat conſentit, nulliq; extant idonei, quibus ius in feudo illo quæſitum ſit, atque adeò nulli præiudicium infertur. In hac ſpecie facti non dubito, quin feudum conſequi vel retinere poſſit. Licet enim ad præſtandum domino ſeruitium vaſallus idoneus non ſit, ea tamen res nihil ei nocere poteſt. Siquidem dominus ita vult ei gratificari, & ſuo fauori renunciare. Poteſt enim feudum conſtitui abſq; vllo onere ſeruitij pręſtandi, velut eſt feudum, quod dicitur Francum. Zaſius de feudis, part. 12. n 36.

Quartus articulus eſt, quando dominus conſentit, & gratiã facit vaſallo muto, cæco, & aliàs imperfecto, vt feudum obtineat, exiſtẽtibus alijs agnatis idoneis, quibus ius quęſitum eſt. Hoc in caſu non poteſt vaſallus, ita imperfectus, feudum obtinere. Ratio eſt, quia ius quæſitum auferri nõ poteſt ipſis agnatis, argum. c. 1. de alien. feud. patet. Itaque poteſt quidem dominus in ſui præiudicium gratiam ei facere, non autem in alterius præiudicium. arg. l. pen. & vlt. ff. de natalib. reſtit. & argumento eius, quod dicitur, primam inueſtiturã mutari non poſſe in aliorum præiudicium. Decius in conſ. 445. n. 23 Vide in terminis noſtris Afflict. in d. c. 1. an mutus vel ſurdus, n. 7. & n. 10. Piſtorium loco ſuperius annotato, nu. 10. & n. 13.

Quintus articulus eſt, cùm dominus feudi non facit gratiam cæco vel muto, ſed res ex iure decidenda eſt, vtrum ſit capax feudi illud que retinere queat. Agitúrq; de cæco nato, vel ſurdo, aut muto à natiuitate. Et hoc in caſu puto reſpondendum, non poſſe feudum obtinere. Primò, quia ita deciſum eſt in d §. Mutus Epiſcop. vel Abb. Secundò, quia ita etiam deciſum eſt in d. cap. an mutus vel aliâs imperfect. in vltima opinione. Tertiò, quia ratio legis eſt impedimento, ne feudum obtineat is, qui ita imperfectus eſt, quoniam ſeruire non poteſt, vt dicit ibi textus.

Et licet in primo reſponſo cõtrarium dicatur ex ſententia *Oberti, Gerardi & multorum aliorum.*

aliorum, tamen illa sententia non fuit ab aliis recepta, vt patet ex vltima parte eiusdem textus, & ex d §. Mutus tit. Episcop. vel Abbas.

Sextus articulus est, quando vasallus est cœcus vel mutus ex accidenti, non autem à natiuitate, & tunc puto feudum paternum retinere posse. Moueor ex d. c. 1. An mutus vel aliâs imperf. dum ibi dicitur: *Quidam tamen dicũt, eum, qui talis est natus, feudum retinere non posse.* Hic perpendo id, quod supra in eodem textu habetur: Mutum, surdum, cœcum, & aliâs imperfectum, feudum paternum retinere posse, ex sententia Oberti, Gerardi, & multorũ aliorum siue ita natus sit, siue postea in tale vitium inciderit. Hanc verò sententiam ab aliis receptam & approbatam non fuisse in ea parte, qua docuerunt, talem imperfectũ feudum posse retinere, licet sic natus fuerit, sed in alia parte non videtur reprobari, quando scilicet sic vasallus natus non est, sed casu factus est cœcus, vel mutus, Ergo in hac parte supradictorum sententia locum obtinebit.

Nec illi obstabit tex. in d. §. Mutus. Episcop. vel Abbas. quia non loquitur de feudo paterno, vt statim dicam in articulo sequenti.

Septimus ergo & postremus est articulus de cœco, muto &c. non à natiuitate, sed ex casu & accidenti, vt loquuntur nostri, cum agitur de feudo nouo non paterno. Et isto in casu respondeo, vasallum feudum non posse retinere, sed illud amittere. Moueor authoritate text. in d. §. Mutus. Nã eum loqui de muto, &c. ex accidenti, patet ex eo, quod dicit text. feudum retinere non posse, & feudum amittere. Nam si à natiuitate cœcus, &c. feudũ obtinuisset, illud non amitteret, sed retineret, quia dominus sciens eum imperfectum esse, & nihilominus feudum concedens, videtur ei gratiam facere & consentire, vt feudum obtineat, licet nullum præstet seruitium, vel per substitutum seruiat. Quod autem tex. ille de feudo nouo loquatur, inde colligi potest, quod dicit, his omnibus casibus feudum amitti, & ad dominum reuerti. Nam si feudum sit paternum, illud non reuertitur ad dominum, sed ad agnatos pertinet.

Non obstat si dicatur, text. accipiendum de feudo paterno, sed eo in casu, quo agnati non extant: Etenim si de feudo paterno loqueretur, non diceret ad dominum reuerti, sed ad agnatos, si extent, sin minus, ad dominum.

Et hæc interpretatio eò magis probabilis esse videtur, quia text. in titu. An mutus vel aliâs imperf. loquitur de feudo paterno, & dicit mutũ, surdum, &c. totum feudum paternũ retinere, text. autem in d. §. Mutus. ait nõ retinere, nisi tantum, vnde se sustinere possit, si aliter se exhibere vasallus nequeat. Ergo, valdè probabilis est interpretatio ista, quæ distinguit inter feudum paternum & nouum. Paternum totum retinebit vasallus ex accidenti imperfectus factus? Nouum non retinebit totum, sed tantum vnde exhibere se possit.

His ita positis conciliantur hæc loca prima fronte repugnantia. Quia sententia Oberti & aliorum locum non habet in iis, qui à natiuitate cœci sunt & imperfecti, sed in iis, qui casu tales facti sunt, si feudum sit paternũ. Text. autem in d. §. Mutus, locum habet in feudo nouo.

CAPVT XXXV.

Vtrum clericus feudum obtinere possit.

In libris feudorum tit. Si de feudo defuncti contẽtio sit inter dom. & agna. vasalli. cautum est in hæc verba: *Qui clericus efficitur, aut votũ religionis assumit, hoc ipso feudum amittit.*

Rursus in titulo, de feudo fœminæ. text. ita dicit. *Ex hoc illud descendit, quod dicitur, clericum nullo modo in beneficium paternum debere succedere, etiamsi postea quàm habitum religionis assumpserit, postposuerit. Idem in omnibus quo habitum religionis assumunt, vt conuersi. Hi enim nec postea in feudo succedunt, & si quod habent, perdunt.*

Rursus in tit. de vasallo milite, qui arma bellica deposuit, hæc habetur. *Miles qui beneficium tenebat, cùm esset sine liberis, venerabilem domum intrauit, & seculo renunciando arma bellica deposuit, habitúmque religionis assumpsit, & sic conuersus factus est, hic donec vixerit, feudum retinere conatur, quod dominus vel agnatus sibi pertinere contendit. Sed iudicatum est domini vel agnati conditionem esse priorem eò quòd desiit miles esse seculi, qui factus est miles Christi: nec beneficium pertinet ad eum qui non debet gerere officium.*

Amplius in tit. An mutus vel aliâs imperf. &c. hæc verba sunt: *Quidam tamẽ dicunt, eum qui talis natus est, feudum retinere non posse, quia ipsum seruire non valeat. Sic dicimus in clerico, & in fœmina, & in similibus.*

His testimoniis apparet, clericum feudum retinere non posse.

At contra in titul. de capitulis Corradi *Item si clericus veluti Episcopus, Abbas, beneficium habens à Rege datum, non solummodo persona, sed Ecclesia, &c.* Quibus verbis præsupponitur Episcopum & Abbatem feudum obtinere posse. Idem præsupponitur de clericis in ca. Verum, & in c. Ex transmissa. de foro competenti, & vsus idem docet in Episcopis Germaniæ, & alibi ferè passim, vt feuda possideant ac obtineant amplissima.

Hinc nata est controuersia inter doctores, aliquibus affirmantibus, clericos feudum ob-

tinere posse, aliquibus negantibus. Vide canonistas in c. In præsentia. de Probation. Salycetum in Auth. Ingressi. C. de sacrosanct. Eccles. feudistas, qui commentati sunt in loca superius annotata. Iacopinũ in inuestit. feud. in vers. Et quibuscunque. n. 4. Siluanum cons. 3 n. 5. Hieron. Schurf. cons. 68. cen. 1. Hanetonium de feudis, l. 2 c. 3. Curtium iuniorem 2. part. 3. partis prin. nu. 13. Chassanæum in Consuet. Burgundiæ titu. Des fied. §. 5. Zasium par. 8. de success. feudi, circa finem. Clarum §. Feudum. quæst. 78. Thomam de Marinis. tit. 2. de feudis, ex pacto antiquo siue patern. n. 139. Bartolum ad l. Si finita. §. Si de vectigalibus. ff. de dam. inf. Alex. cons. 10. li. 5. Iasonem cons. 113. lib. 1. & 117. lib. 4. Ruinum cons. 42. n. 9. libr. 1. Afflictum decis. 320. Brunum cons. 17. Crauettam cons. 323. Cacheranum decis. Pedem. 27. Mynsingerum cent. 5. obseruat. 48. Pistorium quæst. in posteriori parte. lib. 2. Menoch. cons. 54. lib. 1. D. meum Cephalum in cons. 151. lib.

Igitur à nobis inquirenda est aliqua iusta interpretatio, ex qua & hæc loca inuicem cõcilientur, & certi aliquid in hac ipsa cõtrouersia statui possit. Id autem commodè fiet, si primum, quæ minus idoneæ & cõgruæ interpretationes ac sententiæ videntur, dispiciamus. Tum quæ iuri magis & rationi consentaneæ sint declaremus.

Prima est sententia eorum, qui dixerũt, clericum in feudo succedere, & feudum obtinere non posse. Ex testimoniis, quæ priore loco sunt allata.

Hæc sententia ac interpretatio absolutè si intelligatur, non est vera, quia & si eidem illa testimonia suffragantur, refragantur tamen alia quæ secundo loco sunt allata, ex quibus manifestum est, clericos feudum obtinere, ac retinere posse.

Secunda est eorum qui defendere conati sunt, clericum feudum retinere authoritate textuum, quorum facta est superius mentio.

Non placet hæc sententia, quia illi obstant priora iuris feudalis loca, quæ cõtrarium docent.

Neque igitur affirmans, neque negans sententia simpliciter & absolutè recipienda videtur, ac proinde aliæ inuestigandæ sunt magis idoneæ interpretationes.

Tertia igitur est sentẽtia, clericum feudum obtinere posse, si per substitutũ seruire domino suo velit ac possit, Argum. c. Imperialem, §. Firmiter. de prohib. feudi alien. per Fridericũ.

Nõ est recta interpretatio. Primò, quia nullo iure munita est. Secundò, quia repugnant textus feudales suprà citati, quibus apertè dicitur, clericos feudum amittere. Tertiò, quia si feudum obtinere possent eo in casu, quo per substitutum seruire possunt & volunt, æquum erat id exprimere. Quartò, quia ferè semper clerici feudum obtinerent, si per substitutum seruire possent, & tamẽ regulariter excluduntur. Quintò, quia repugnat ratio text. in d. l. 1. de vasallo milite, qui arma bellica deposuit, ibi: *Eò quod desiit miles esse seculi, qui factus est miles Christi, nec beneficium pertinet ad eum, qui non debet gerere officium.* Hęc ratio non esset bona, si per substitutum clericus seruire posset, & ita seruiendo feudum obtinere. Postremò, quia clericus feudum amittit, vt dicit textus in d. §. Qui clericus. Si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnatos vasalli. Quomodo ego poterit seruire domino per substitutum?

Nec contrarium probatur in dicto §. Firmiter. hoc enim vult, vt quicũque in publica expeditione vocatus est à domino, si venire supersederit, vel alium pro se domino acceptabilem non miserit, vel dimidium reditus vnius anni ipsius feudi domino nõ subministrauerit, feudum amittat. Hæc constitutio locum habere non potest in clericis, quia illi feudũ amittunt, vel à principio in eo succedere non possunt, eo ipso quod sunt clerici, quare impossibile est eos per substitutum seruire tanquam vasallos, cum nõ sint, nec feudum obtinere queant aut retinere. Argumentum verò ex illo text. hoc probat, si clerici feudum retinere possent, eos per substitutum domino acceptabilem seruire posse. Sed hoc est quod in dubium reuocatur, an feudum possint obtinere.

Quarta est sententia, si feudum sit tale, pro quo electa personæ vasalli industria non sit, clericum quoque feudum retinere, quin scilicet per sustitutum seruire poterit.

Non est idonea hæc interpretatio, si pro feudo præstandum sit personale seruitium, quia repugnat textus, nulla distinctione adhibita, an sit electa industria personæ generaliter dicens, clericos feudum amittere, quia milites seculi esse non possunt, qui facti sunt milites Christi, nec enim decet, vt solliciti sint de substituto aliquo mittẽdo, qui eorum nomine militet in bello. Adde vix fieri posse vbi personale seruitium domino præstandũ est, quin videatur esse electa industria personæ. Quod si reale seruitium præstãdum sit, & hãc ob causam non dicatur electa industria personæ, tunc dicta sententia locum habere potest, vt infra dicam.

Quinta est interpretatio ac sententia clericos feudũ obtinere posse, si dominus consẽtiat, & contentus sit, vt per substitutum seruiat, nec de alterius præiudicio, puta agnatorum agatur.

Hæc mihi videtur æqua interpretatio, quia consensus

consensus domini adest, qui potest feudum concedere francum, & nulli seruitio obnoxiũ, ergo multò magis, vt per substitutum vasallus seruire possit. Itẽ potest feudum fœminæ concedere, & aliis qui non sunt idonei ad seruiendum: Ergo etiam clericis. Dixi, si non fiat præiudicium agnatis, quia si feudum sit paternũ, constat agnatis præiudicare non posse domini consensum, ca. 1. de alien. feudi paterni. Nec enim ius quæsitum eis potest auferre, & ideo in tit. de vasallo milite, qui arma bellica deposuit, meritò dicit textus, *agnati conditionem potiorem esse, quàm clerici.* Nec enim dominus posset eo in casu clerico feudum concedere in præiudicium agnati.

Sexta est sententia, clericos feudum obtinere posse, si non sit præstandum personale seruitium, sed reale puta annuus census pecuniæ vel alterius rei.

Placet hæc sententia, quia cessat ratio legis impedientis ac prohibentis, clericos feudum retinere, nimirum illa, *nec beneficium pertinet ad eum qui non debet gerere officium,* vt in d. c. 1. de vasallo milit. qui arma bellica deposuit. Possunt enim commodè annuũ censum præstare, vt alij: Ergo etiam feudum retinere, si ut & aliàs imperfecti, vt dixi supra præcedenti capite, in primo articulo feudum retinere possunt, cuius gratia personale seruitium prętari non debet, quia cessat ratio tex. in c. 1. An mutus vel aliàs imperf. quia scilic. *ipsum seruire non valet.* Nam post annuum censum domino soluere.

Septima sententia est, si feudum francum sit, posse Clericos illud obtinere, & est verissima, quia cessat ratio quæ prohibet, cùm nullum sit præstandum seruitium.

Octaua est sententia, vbi feudum annexum est dignitati Ecclesiasticæ; tunc certe nihil prohibet, quo minus clericus feudũ obtineat. Et ita accipiendus est textus in c. 1. §. vlt. de capitulis Corradi, & in d. c. Verum: & c. Ex transmissa. de foro compet. n. Et in Germania passim videmus Abbates, Episcopos, & alios Ecclesiasticos feuda possidere, annexa dignitati Ecclesiasticæ, quod iuri consentaneum est, vt patet.

CAPVT XXXVI.

Equites Hierosolymitani & similes, qui sacri ordinis militum nomina dederunt, an in feudis succedere possint?

SEd & cõtrouersia est, verum in feudis succedere possint equites Hierosolymitani, siue Rhodienses ac Militenses, qui sacri ordinis militum religionem assumunt. Etenim affirmant Aluarotus in c. 1 col. pen. vers. Quæro quid si vasallus, de vasallo milite, qui arma bellica deposuit, & ibidem Baldus n. 4. Præpositus in fine. Afflictus num. 13. Iacopinus in inuestitura feudali, in verb. *Dictique vasalli promiserunt non committere feloniam.* nu. 41 vers. *Quid autem in militibus.* Barbatia ad rub. de feudis, col. 3. vers. Quid si vasallus efficiatur miles. Curtius iunior in tract. feudorum, part. 3. quæst. 10. Rubeus cons. 80. Neuizan. cons. 30. Natta cons. 5c7. num. 9. lib. 3. Curtius senior in cons. 62. 63.

Fundamentum præcipuum est, quia isti milites arma bellica non deposuerunt, & ideo cessat ratio textus in d. c. 1. de vasallo milite, qui arma bellica deposuit. Et cùm armis vtantur contra infideles, in fauorem fidei Christianæ, putantur seruire domino suo, eo ipso quod pro fide militant. Aut certè per substitutum seruire possunt.

Cæterùm, negant Baldus in consil. 170. lib. 2. Barbatia de præstantia Cardinalium, parte 1. quæst. 5. Brunus cons. 17. Chassanæus in Consuetud. Burgundiæ, tit. de feudis. §. 5. in vers. Excep. I. religios. num. 18. Cattelianus Cotta in Memor. in vers. Clericus. Crauetta cons. 303. Rolandus cons. 23. nu. 9. lib 1. Alciatus respons. 29. num. 6. Thomas Marinus de feudis, tit. 1. de feudo ex pacto & prouidentia, nu. 141. Menochius de arbitrar. iudic. casu 231. n. 5. & in cons. 54. lib. 1. Cacheranus decis. 27. n. 18.

Fundamentum est firmissimum, quia religioni, quam receperunt, sunt obstricti, nec domino seruire possunt, iuramentúmque fidelitatis obseruare, secundum formam traditam in c. 1. qualiter iurare debeat vasallus domino suo fidel. & in c. 1. de forma fidel. & in c. 1. de noua forma fidel.

3 Hæc sententia mihi verissima videtur, additis tamen declarationibus, quas posui suprà in capite præcedenti, circa quęstionem de clericis. Nam in illis casibus, in quib. clerici succedere possunt in feudis, existimo etiam istos succedere posse, quia nulla diuersitatis ratio adferri potest.

Ad argumenta verò contrariæ opinionis respondeo, licet isti arma bellica non deposuerint, non tamen illis vti possunt pro aliis, quàm pro fide contra infideles. Et licet eam ob caussam magno sint honore & fauore digni, non tamen seruire posse dicuntur domino feudi, cùm religioni sint obligati. Nam & cæteri clerici, ac religiosi viri, Deo inseruientes & milites Christi, vt loquitur text. non minori sunt honore digni, & tamen in feudis non succedunt. Per substitutum verò in feudis clerici ac religiosi viri seruire non possunt, quia id præsupponit eos feudum obtinere posse, at non possunt obtinere, imò si quod habent, amittunt, ergo non est laborandum, an possit seruire per substitutum.

CAPVT XXXVII.

Vtrum fœmina in feudo emptitio succedant?

MAxima est controuersia, vtrum fœminæ succedant in feudo emptitio, id est precio acquisito & comparato. Adferam huc omnium sententias & argumenta, vt omnium collatione facta, quid hac de re sit statuẽdum, facilius intelligi possit.

Prima est sententia eorũ, qui dixerunt, fœminas succedere posse in feudo emptitio. Ita omnium primus docuit Olloffredus, in summa, qui possunt succedere in feudo: eandem sententiam secuti sunt Romanus in cons. 367. n.12. Decius in cons.269.n.6.393.nu.7. & alibi. Ruinus cons.18.n.18.lib.1. Curtius iunior in 1. parte, 3. partis, n.6. Clarus §. Feudum. quæst.73. vers. Sed quid in feudo empto. Natta cõs.246. n.4.& 393.nu.8 Hippol. Rimin. cons.2 6 nu.9. lib.3. D.meus Decianus cons.58.n.49.lib.2. Menochius cons.498.num.17.lib.5. vbi alios citat, quibus adde Andream Geyll.lib.2. obseru.157. vbi testatur, ita fuisse in Camera Imperiali iudicatum.

Fundamentum est, quia feudum pecunia emptum, non est propriè feudum. Etenim feudum non sub prætextu pecuniæ, sed amore & honore domini acquirendum est, c.1. de feudo dato in vicem legis Commissoriæ. Quare nec leges, quæ de feudo propriè sumpto loquuntur, in tali feudo locum habere possunt. Fœminæ autẽ excluduntur à successione feudi propriè sumpti, verique & recti. Nam constat eas in feudo impropriè sumpto succedere, vt in c. 1. de feudo fœminæ. Itaque in feudo emptitio, quia ex contractu acquiritur, videtur locus esse iuris regulis, quæ in contractib. seruantur, vt nimirum ad hæredes transeant. l. Veteris. C. de contrah. & commit. stip. l. Si pactum. ff. de Probation. Iure autem ciuili hęredes sunt tam masculi quàm fœminæ. l. Maximum vitium. C. de liber. præteritis.

Altera est sententia, fœminas in feudo, de quo agitur, succedere non posse. Ita Præpositus & Afflictus num.23. in §. Et quia de his. qui feudum dare poss. Iacopinus in inuest. feudali, in verbo, *& fœminis*, nu.6. Zasius de feudis, par.8.nu.37.& par.12.n.21.& cons.8.n.22.& 23. lib.2. Curtius iunior parte 3. in principio, n.2 vers. Primò igitur limita. Brunus cons.18.nu. 9.& 108.num. 27. Hanetonius de feudis, lib 2. cap 8 Roland. cons.41.lib.4. Menochius cons. 1. numer.470. Pistorius lib.2. parte posteriori, quæst.34.

Fundamentum est, quia feudum dicitur etiam illud, quod pecunia acquisitum est. Et licet in hoc à natura proprij feudi alienum sit, quatenus non est beneficium gratia & amore domini acquisitum, non tamen sequitur in aliis etiam alienum esse debere. argum. text. in c.1. de feudo, non habente propriam naturam feudi.

Tertia est opinio, fœminas admitti ac succedere in feudo precio acquisito & empto, si hæc duo concurrant, nimirum, vt iustum ac integrum precium numeratum fuerit, & nullum personale seruitium præstandum sit. Ita Socinus iunior in cons.65.num.16 libr.1. post Baldum, in §. Et quia vidimus. de his qui feudum dare possunt, & alios quos allegat, refert & sequitur D.meus Cephalus in cons.172.nu. 15.lib.2.

Fundamentum est, quia hoc in casu rationes cessant, propter quas regulariter fœminæ à feudis excluduntur, quia scilic. personale seruitium præstare non possunt, cap.1. An mutus vel aliàs imperf. Et maximè cum precium numeratum sit, quod facit, vt non beneficium reputetur, sed contractus, qui sine dubio transit etiam ad fœminas.

Quarta est sententia, Fœminas succedere posse in feudo emptitio, quando ab ipso domino venditum est, non autem si ab alio vasallo, ita Curtius senior in cons. 48. col.7. Alciat. responso 170.n 3.

Fundamentum est, quia venditio facta ab alio, quàm à domino, nocere non potest ipsi domino, neque impedit, quo minus feudum suam naturam obtineat, & regulis feudalibus subiaceat.

Quinta & postrema est sententia, vt mihi videtur, Hieronymi Garzonij, in tract. de fœminis ad feuda recipiendis vel non in 6. lim. ver. Sextò restringitur, fœminas quidem exclu di a successione feudi emptitij, sed tamen dominum, qui eas vult excludere, ac illis præferri, reddere eis debere precium quod accepit. Ratio illa potest adferri, quia non videtur æquum, vt dominus feudum obtineat, & simul quoque pecuniam, id est, precium ipsius feudi: sicut.n. pecuniam fœminæ hæres accipere potuisset, si non ex ea fuisset feudum comparatum a parente suo, ita iustum videtur, vt si feudum obtinere non possit parente mortuo, saltem precium eius consequatur, à domino ei restituendum, argum. c.1. de natura feudi, ibi: *Vel nisi emerint feudum, &c.*

Ego sanè tot ac tantis eruditissimis iuriscõsultis, qui has opiniones attulerunt, fidem abrogare nec volo, nec debeo. Veruntamen vt ingenuè dicam id quod sentio, eorum sententiam magis probo, qui negãt fœminas admitti ac succedere in feudo. Est enim hęc sententia firmiori, vt mihi videtur, subnixa fundamento, quàm aliæ quæuis, nimirum text. in c. 1. §. Et quia vidimus. de his qui feud. dare possunt.

sunt illis verbis: *Hoc autem notandum est, quod licet filia, vt masculi patribus succedant, legibus tamen à successione feudi remouentur, similiter & earum filij, nisi specialiter dictum fuerit, vt ad eas pertineat.* Idem docet text. in c. 1. §. vlt. de success. feudi.

Sibi ergo imputet qui feudum emit, si non stipuletur etiam filiabus suis. Nam scit vel scire debet, feudum ad fœminas non transire, nisi specialiter dictum fuerit, vt ad eas quoq; pertineat. Et ideo non obstat illud argumentum prioris sententiæ, quo dicebatur, feudum emptum non esse feudum propriè: & secundum contractuum regulas determinandum esse, quia licet hoc respectu nō sit feudum propriè, iure tamen feudi censeri debet in aliis, arg. c. 1. de feudo nō habente propriam naturam feudi. ibi. *Licet propriam feudi naturam non habeat iure tamen feudi censebitur.*

Et quemadmodum contractus ad hæredes transeunt, ita etiam feuda transeunt, sed ad hæredes masculos, non ad fœminas, cap. 1. §. Profecto. de leg. Corradi. Quare hoc in casu ad hæredes quoque transibit, sed masculos tantùm, non etiam fœminas, quia non amittit omnē suam naturam. Feudum enim manet & vocatur, licet emptum precio fuerit. c. 1. de natura feudi. ibi. *Vel nisi emerint feudum.* c. 1. de feud. datis minimis valuassorib. cap. de benef. fratris.

Quæ verò adferūtur pro fundamento aliarum sententiarum, ea non refello, quia non improbabilia sunt, sed nec defendo, quia nec certo iure nituntur, & quam amplexus sum sententiam, illa mihi sane probabilior videtur.

CAPVT XXXVIII.

In feudo fœmineo an succedant fœminæ?

Extat constitutio feudalis sub tit. de Feudo fœminæ. in hæc verba: *Si fœmina habens feudum decesserit, quia fœmineum est feudum, & sine pacto speciali deficientibus filiis masculis ad filias pertinebit, Obertus & Gerardus. Alij verò dicunt nisi per pactum speciale ad eas non pertinere, sicut si datum esset filio masculo: quia si ideo quod est fœmineum, sine pacto transit in fœminas, eadem ratione quia est fœmineum, transit in fœmineam prolem, etiam masculis extantibus, quod falsum est. Ex hoc illud descendit quod dicitur, clericum nullo modo in beneficium paternum debere succedere, etiamsi postea quàm habitum religionis assumpserit, postposuerit.*

Hæc constitutio occasionem dedit controuersiæ inter Doctores, vtrum in feudo fœmineo succedant fœminæ, si non speciali pacto id cautum sit. Etenim multi negant adducti ex secunda parte textus quæ incipit: *Alij verò dicunt.* Plurimi verò affirmant, priori parte textus innixi, quæ ita disertè docet.

Neganti sententiæ hæc preterea adstipulātur. Primò, quod fœminę regulariter in feudis non succedunt. Secundò, quod fœmina acquirens feudū, non debet plus iuris habere quam masculus. Masculo autem certum est fœminā non succedere. Tertiò, quoniam is qui fœminæ feudū concedit, censetur illud concessisse secundùm ipsius naturam, quæ est, vt fœminæ non succedant. Quartò, quia fœminam feudū habere pugnat cum regulis feudorum, ergo vt minus regulæ offendantur, non debet post eam fœminam, cui primò conceditur, sequens etiam admitti. Quintò, quia ratio diuersitatis considerari potest inter eam, cui feudum primò concessum est, & alias, quæ ex ea descendunt. Potuit.n. fieri, vt motus fuerit dominus ad feudum concedendum matri, aliqua ratione, quæ in filia cesset. Sextò, quoniam nec filij masculi succedunt matri suæ, secundùm iuris rigorem, vt in c. 1. An maritus succedat vxori, ergo multò minus fœminæ. Septimò, quia ex duabus sententiis, quæ commemorantur in d. c. 1. de feudo fœminæ, posterior sententia ab authoribus feudisticorum librorum videtur approbata, id patet ex eo, quòd secundùm hanc posteriorem sententiam argumentum sumitur hoc modo: Si feudum, quo fœmina morte excidit, non recidit in fœminam ex ea descendentem. Ergo feudum etiā, quo masculus excidit, sumpto clerici vel monachi habitu, non recidit in eundem, habitu deposito.

Ita docuerunt Glos. & Andr. Isernia in d. c. 1 de feudo fœminæ, Matthæus Afflictus n. 4. vbi dicit communem esse sententiam, Hotomannus ibidem, citatur etiam Io. Thomas Minodous, quem non vidi in constitutionem Regni. c. In aliquibus. sub Rubr. textus constitutionis. n. 10.

Affirmanti autem sententiæ primùm adstipulatur text. in c. 1. de Natura success. feudi, in illis verbis: *Inferiùs verò filius succedit patri & non filia, nisi ex pacto, vel nisi sit fœmineum.* Secundò, text. in c. Iugales. in capitulis extraord. apud Iacobum Ardizoni. cap. 150. & apud Cuiacium li. 4. tit. 104. cuius hæc sunt verba: *Iugales à quodam milite simul de eodem feudo inuestiti fuerant, vt in se descendentésque suos id haberent: Hi ex se filio & filia superstitibus defuncti sunt inter quos feudi quæstio agitatur. Masculus enim vniuersum feudum sibi vindicat, fœmina verò ad parentum feudum pariter cum fratre vocari se defendit. Quidam pro masculo quidam pro fœmina pronunciant. Eorum qui pro filia iudicant sententiam sequendam esse censeo, cùm filia ex ante dictorum***

galium contubernio superest, ex prædefuncta uxore alio suscepto masculo, qui consanguineus ad eam frater sit. In cæteris priorum sententia sane sequenda est. Quod si sola ex matrimonio relicta filia, nullo ex eo vel alio connubio superstite masculo ab hac luce subtracti fuerint, feudum scindi fere prudentum nostra ciuitatu opinio, vt dimidiam quidem partem fœmina sibi acquirat, reliquam vero dominus aut hares eius accipiat.

Tertiò adstipulatur huic sententiæ, quod ex duab. sententiis relatis in d.c.1 de feudo fœminæ, prior sententia Oberti & Gerardi videtur approbata, & altera reiecta, quod patet ex illis verbis: *Quod falsum est*, quæ referenda sunt ad posteriorem sententiam, vt sensus sit, falsum id esse, quod alij dixerunt contra priorem sententiam.

Atque ita docuerunt Iacob. Beluis. Bald. Aluator. Præpositus, D. Baro Schenck. Petr. Rauen. & Eguinarius Baro ibi. Iacopinus in inuest. feudali. in verbo, fœminis, nu.3. Curtius iunior in tertia parte tract. feud. in princip. n. 3. Zasius de feudis, parte 8. nu.39. Sonsbechius parte 9. num.123. Hanetonius lib.2. cap.8. Duarenus de feudis, cap.10. n.4. Clarus §. Feudum. quæst.73. Romanus cons.367. nu.12. Socinus iunior consil.109. nu.7. lib.2. Rolandus a Valle cons.67. n.20. lib.2. & 76. num.7. lib.3. Bursatus cons.63. n.9. Burchold. tract. feudali, cap 7. nu. 6. Pistorius alios citans lib.2. parte posteriore, quæst 34. n.20.

Ego posteriorem hanc sententiam amplector. Primò, quia magis communis est, & in re maximè dubia communiorem sententiam tutius est amplecti. Secundò, quia habet duos textus, quibus nititur, satis perspicuos, nimirũ text. in d. cap.1. de natura success. feudi, & text. in d.c. Iugales. in extraord. capp. & præterea Oberti & Gerardi authoritatem, vt habetur in d.c.1. de feudo fœminæ. Tertiò, quia ratio æquitatis adstipulatur. Nam cùm feudum sit fœmineum, cur non fœminæ admitterentur? quod argumentum erat Oberti & Gerardi. Postremò, quia ratio qua nititur posterior sẽtẽtia relata in d. cap.1. de feudo fœmin. nullius est momenti. Illa. n. est ratio, quoniam, si fœminæ succederent in tali feudo, deberent etiã succedere filiis extantib. Quod tamen falsum est, quia filiis extantib. fœminæ non succedũt, licet feudum etiam fœminis concessum sit, vt patet ex cap 1 de eo, qui sibi & hæred. & ex c. Filia. de success. feudi. (Hic. n. verus est sensus illorum verborum, *quod falsum est*)

Hoc argumentum, inquam, nullius est momenti, quia negari potest sequela. Etsi. n. fœmina succedere possit, non tamen sequitur eã succedere etiam existentib. masculis, quia scilicet masculi præferuntur. Id patet, nam hæc duo videntur æquiparari, quod feudum sit fœmineum, vel fœminæ ex pacto succedant, vt probatur in c.1. de natura success. feudi. ibi: *Nisi ex pacto, vel nisi sit fœmineum*, sed quando fœmina ex pacto succedit, hæc intelligitur, si masculi non extent. Nam masculis existentibus excluduntur fœminæ. Ergo idem est dicendum, si feudum sit fœmineum. Sic enim minus læduntur iuris regulæ, & strictè accipitur concessio fœminis facta contra iuris regulas.

Non obstant argumenta contrariæ opinionis. Nam primum argumentum locum non habet in feudo fœmineo, vt patet ex d. cap.1. de natura success. feud. Secundum verò hoc præsupposito destruitur, quia sic apparet aliter feudum fœmineum esse accipiendum, quam masculinũ. Tertium quoque corruit, quia cõcedens videtur voluisse etiam fœminas succedere. Quartum ex eo tollitur, *quod in his, quæ contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*, vt inquit Iulianus in l.14. ff. de legibus. Quintum non obstat, quia nulla est ratio diuersitatis inter fœminam, cui primò feudum datur, & alios ex ea descendentes. Omnes. n. sunt inhabiles regulariter & incapaces feudorum. Ideo cùm in vna dispensatum sit, in alia quoque dispensatum videtur. Ad quintum respondetur, filios masculos succedere matri ex æquitate, vt dicit text. in d.c. 1. an marit. vxori succed. & eadem æquitas facit, vt etiam fœminæ succedant, quando feudum est fœmineum. Ad septimum negatur, vltimam sententiam approbatam fuisse in d. cap.1. de feudo fœmi. imo potius prior sententia probari videtur, quia textus dicit: *Alij dicunt.* Non obstat, quod dicitur ex posteriori sententia argumentum sumi ad id, quod text. subdit de clerico, ex quo videtur coniici posse eam sententiam approbari. Nam non est satis idonea hæc coniectura, quia nihil vetat ex ea sententia aliquid constitutum esse in aliis casibus; & non tamen eam sententiam approbari, licet aliorum casuum decisio approbetur. Nam ratio illius sententiæ in clericis & monachis optimè quadrat. Etenim cùm semel ij feudo exciderint, nulla est ratio, cur sine speciali gratia domini illud recuperare possint. At in feudo fœmineo magna est ratio, quæ pro descendentib. fœminis facit, vt, mortua matre admittantur ex feudi qualitate, quod iam degenerasse constat a propria natura feudi.

CAPVT XXXIX.

Vtrum fœminæ succedant in feudo franco?

FEudũ quoddam francum appellant Doctores, pro quo nullũ præstatur seruitium domino

domino, & disputant, an fœminę possint in eo succedere, aliis affirmantibus, aliis verò negátibus. Affirmant Bald. in §. Et quia. de his qui feudum dare possint. n.19. Romanus in cons. 33. & 367. & singulari 177. incip. Fœmina. Alex. cons. 30. n. 2. lib. 1. Corneus cons. 16. nu. 9. & 239. n. 4. lib. 1. Decius cons. 85. n. 6. & 424. n. 4. Marsilius singulari 411. Fœminæ non succedunt. Ruinus cons. 18. n. 12. & 38. n. 8. lib. 1. Alex. cons. 29 & 30. lib. 1. Gratus responso 9. n. 153. lib. 1. Alciatus responso 160. n. 24. Parisius cons. 4. n. 19. consil. 12 n 27. cons. 16. n. 4. cons 23. nu. 30. lib. 1. Siluanus cons. 3. nu. 59. Rolandus cons. 23. n. 10. lib. 1 cons. 48. n. 40. lib. 4. Thobias Nonius cõs. 1. nu. 38. Clarus §. Feudum. quæst. 73. Cuiacius lib. 1. de Feudis, tit. 2. §. pen. Menochius cons. 69 nu 16 Burfatus cons. 150. n. 59. Pistor. lib. 2. parte poster. q 34. n. 33.

Negant verò Bald. sibi cõtrarius in l. Quoties. C. de suis & legitim. hær. Martinus Laudensis, & Præpositus in §. Et quia vidimus. de his qui feud. dare poss. Iacopinus a S. Georgio in Inuest. feudali. in verbo & fœminis. num. 5. Curtius senior cons. 49. col. 4. Curtius iun. de feudis in 3 part. in princi. in §. limit. Zasius de feudis, part. 8. nu. 34. Thomas Marinus de feudis. tit. 11. de feudo fœmineo siue materno, n. 19. Duarenus de Feudis, c. 10. nu. 7. Hanetonius de feudis, lib. 2. cap. 8.

Affirmantis sententiæ fundamentum est primum in c. si cui militi. in capitulis extraordinariis feudorum & apud Cuiacium li. 4. tit. 104. cuius verba hæc sunt: *Si cui militi ad certum seruitium feudum fuerit datum, isque relicta ex se descendente fœmina decesserit, quæ id seruitium iuxta feudi conditionem non minus decenter præstare possit, quàm masculus, & si in inuestitura minimè cautum sit, vt & fœminæ ad id aspirare valeant, eam tamen admitti rectum putamus, quinimò hoc casu simul cum masculo in feudo eam succedere quidam putant, quod multo magis dignum obseruantia existimauimus. cùm feudum sic datum est, vt nullum pro eo seruitium fiat, vt pleraque hodie feuda dantur.*

Secundò, in hac ratione. Nam cessante ratione legis cessat lex. Sed ratio legis arcentis fœminam à successione feudi, illa est, quia seruire non valet, vt habetur in c. 1. An mutus, vel surdus, vel aliàs imperf. & c. ibi: *Quidam tamen dicunt, eum qui talis natus est feudum retinere non posse, quia ipsum seruire non valet, sic dicimus in clerico, in fœmina, & in similibus.*

Hæc ratio cessat in quæstione nostra, quia fœmina nullum præstare seruitiũ debet, cum feudum sit francum, pro quo nullum seruitium præstandum est.

Fundamentum autem negantis sententiæ positum est in regula generali feudorum, qua dicitur, fœminas in feudis non succedere. §. Hoc autem. de his qui feudum dare possunt. Ab hac enim regula generali casus iste non reperitur exceptus.

Ad text. in c. Si cui militi. respondent, illum non haberi in vulgaris & ordinariis Codicib. & ideo apocryphum esse, nec argumentum ex eo sumi posse.

Ad rationem illam respondent, licet fœmina non teneatur aliquod seruitium præstare, tamen cum feudum præsupponatur esse, in consequentiam teneri ad præstandum fidelitatis iuramentum, iuxta textum. in capitulo primo de noua forma fidelitatis. Non potest autem fœmina præstare, quæ in dicto iuramẽto fidelitatis continentur, quia non potest habere ius vindictæ, agereque ea, quæ viri agunt. Hoc enim est id, quod vulgò dicitur: *Fœmina non leuat faydum.* nec multa alia facere, quæ in dicto fidelitatis iuramento continentur.

Ego puto, huius quæstionis definitionẽ ex hac quæstione potissimum pendere, verum licet feudum sic datum, vt præsupponimus, ità vt nullum præstandum sit seruitium, nihilominus prętandum sit iuramẽtum fidelitatis, iuxta formam, quę habetur in tit. de noua forma fidelitatis. Nam si præstandum sit, certum est, fœminam feudum obtinere nõ posse, quia non potest ea facere, quæ in dicta iuramenti forma continentur. Si verò non sit præstandũ tale iuramentum, tunc nihil proponi video, cur fœmina repelli debeat a successione feudi, cum ratio legis eam excludentis prorsus cesset in hoc casu, & coniectura sit non contemnenda, ita visum fuisse peritis rerum feudisticarum ex d. cap. Si cui militi. licet non sit textus prorsus Authenticus.

Existimo itaque, hæc esse repugnantia, quod feudum dicatur esse francum & liberum, ita vt nullum exigat seruitium, & quod illa exigat, quæ in iuramenti formula supradicta continentur. Tunc enim seruitium exigeret non paruum, vt ex contentis in dicta formula intelligi potest.

Quamobrem non puto, iuramentum esse præstandum, quod ponitur in dicto tit. de noua forma fidelit. sed duntaxat iuramentum fidelitatis aliquod non repugnans qualitati feudi, quod liberum & francum esse præsupponitur. Eiusmodi iuramentum cùm ita commodè ac decenter per fœminam pręstari ac impleri, sicuti per marem possit, existimo fœminã meritò in tali feudo succedere posse. Quod si nullum iuramentum fidelitatis ex pacto præstandum sit, tunc eo magis res est clara, fœminam succedere posse.

Cæterùm, si feudum francum esse proponatur, sed ita tamen, vt vasallus ex pacto iura-

mentum præſtare debeat, ſecundùm formam, quæ habetur in dicto titul. de noua forma fidelitatis, tunc puto ita francum intelligẽdum eſſe feudum, vt tamen ea ſeruentur, quæ in dicta iuramenti forma continentur, & conſequenter vltra ea francum ſit & liberum, ſicut dicebat Io. Andr. in add. ad Speculato. titul. de præſcript. in addit. 1. circa finem. Et hoc in caſu illis adſtipulari nequeo, qui fœminam ad tale feudum admittunt, quia in dicta formula iuramenti multa continentur, quæ per fœminam explicari non poſſunt, puta illud: *Et ſi ſciero te velle iuſtè aliquem offendere, & inde generaliter vel ſpecialiter fuero requiſitus, meum tibi, ſicut potero, præſtabo auxilium*, & multa ſunt alia in dicta formula, quæ cùm à fœmina expediri non poſſint, non video quam ob cauſſam feudum obtinere poſſit, niſi quis ridiculè dixerit, fœminam ita iurantem non obligari iuramento, ſed profectò non decet in hunc modum abuti iuriſiurandi religione.

CAPVT XL.

Fœmina vtrum in feudo ſuccedat, in quo iuramentum fidelitatis eſt præſtandum, ſed debet ſolus annuus cenſus, vel aliud præſtari ſeruitium, quod etiam fœmina præſtare poteſt?

EX his quæ dixi circa finem præcedentis capitis, quid in hac facti ſpecie iure mihi ſtatuendum videatur, perfacilè eſt intelligere. Sic enim ſtatuendum puto, fœminam ſuccedere non poſſe, quia licet annuum cenſum præſtare poſſit, non tamen ea obſeruare poteſt, quæ ex iuriſiurandi formula promittit. Ergo niſi authores perfidiæ ac periurij eſſe velimus, nec feudo honorabimus. In tit. de noua forma fidelitatis hæc formula præſcribitur: *Ego Titius iuro ſuper hæc ſancta Dei Euangelia, quod ab hac hora in antea vſque ad vltimum diem vitæ meæ ero fidelis tibi Caio domino meo, contra omnem hominem, excepto Imperatore vel rege, &c.* Item: *Ego iuro, quod nunquam ſcienter ero in conſilio, vel auxilio, vel in facto, quod tu amittas vitam, vel membrum aliquod, vel quod tu recipias in perſonam aliquam læſionem, vel iniuriam, vel contumeliam, vel quod tu amittas aliquem honorem, quem nunc habes, vel in antea habebis. Et ſi ſciero vel audiero de aliquo, qui velit aliquod iſtorũ contra te facere, pro poſſe meo, vt non fiat impedimentum, præſtabo. Et ſi impedimentum præſtare nequiuero, quàm citò potero tibi nunciabo, & contra eum prout potero auxilium meum tibi præſtabo. Et ſi contigerit te rem aliquam, quam habes, vel habebis iniuſtè vel fortuito caſu amittere, eam recuperare iuuabo, & recuperatam omni tempore retinere. Et ſi ſciero te velle iuſtè aliquem offendere, & inde generaliter vel ſpecialiter fuero requiſitus, meum tibi, prout potero, præſtabo auxilium. Et ſi aliquid mihi de ſecreto manifeſtaueris, illud ſine tua licentia nemini pandam, vel per quod pandatur faciam, & ſi conſilium mihi ſuper aliquo facto poſtulaueris, illud tibi dabo conſilium, quod mihi videbitur magis expedire tibi, & nunquam ex perſona mea aliquid faciam ſcienter, quod pertineat ad tuam, vel tuorum iniuriam, vel contumeliam.*

Hæc capita iuramenti ſeruare virile eſt officium. Diocletianus: *Alienam ſuſcipere defenſionem virile eſt officium, & vltra ſexum muliebrem eſſe conſtat.* l. 18 C. de Procurator. Præſertim verò cùm agitur de defendendo aliquo à vi & iniuria corporali, vt in hoc caſu agi manifeſtum eſt. Multò minus mulier idonea eſt ad iuuandum dominum volentem iuſtè aliquem offendere. Quare vt dicebam, cùm hæc à fœminis præſtari non poſſint, cõſequens eſt, eas non poſſe eiuſmodi iuſiurandum ſubire, ac proinde, nec feudum obtinere, quod requirit tale fidelitatis iuſiurandum.

Atque ita reſponderunt Alexand. in conſ. 9. num. 7. 8. libr 5. Decius in conſil. 139. in fine, & 193. & in l. 2. num 64. de reg. iuris. Brunus conſ. 41. num. 4. Zaſius de feudis, part. 8. numer. 49. Curtius iunior de feudis, part. 3. in princ. num. 12. verſ. *Nonò fallit*. Roland. à Valle, conſ. 23. nu. 35. lib. 1.

Contrarium reſponderunt Socinus ſenior conſ. 257. col. 2. lib. 2. Pariſius conſ. 12. nu. 28. lib. 1. Ruinus conſ. 18. nu 17. lib 1 Menochius conſ. 65. n. 16. iſti loquuntur in terminis quæſtionis noſtræ. Piſtorius autem lib. 2. parte poſteriori, quæſt 34. nu. 37. qui & Romanum citat in cõſ. 367. nu. 12. & Clarum §. Feudum. quæſt. 73. & alios, non loquitur expreſsè in caſu iſto, quando præſtandum eſt iuramentum fidelitatis, ſicut nec Clarus, nec Romanus, nec alij multi ab eo citati.

Fundamentum eſt primò in c. ſi cui militi. in capitulis feudorum extraordinariis, cuius verba retuli in capite præcedenti, vbi re vera, ita expreſsè conſtitutum eſt, ſed reſponderi poteſt, nõ loqui text. illum in terminis noſtris, quando videlicet iuramentum fidelitatis præſtandum eſt ſecundùm formam ſupradictam.

Et licet ibi mentio fiat inueſtituræ, non tamen infertur hoc præſupponere, vt fidelitatis iuramentum præſtetur ſecundùm modum ſupradictum, licet enim vaſallus, qui de feudo inueſtiendus eſt, iuramentum præſtare debeat fidelitatis: Id tamen locum habet in feudo proprio & vero, quale non eſt feudum illud, pro quo ſeruitium præſtandum eſt, quod ita commo-

commodè per fœminam, sicuti per virum explicari potest.

Etenim sicut dixi in præcedenti capite, hæc implicant quandam contradictionem, nec simul cohærere possunt. Præstandum esse seruitium tale, quod fœmina præstare possit, & præstāda esse ea, quæ in iuramenti fidelitatis formula continentur. Ea enim non continent eiusmodi seruitiū, quod à fœmina præstari possit. Huic argumento nullum allatum vidi responsum, quod sit idoneum, quanquam Menochius in sua hypothesi optimè respondeat ex facti, de quo respondit circumstantiis.

Præterea illud est fundamentum posterioris huius sententiæ, quod cùm feudum sit improprium illud, quod non personale seruitium exigit, non habeat in eo locum feudalis constitutio, repellens fœminas a successione, sed potius ius commune eas vocans vna cum masculis. l. Maximum vitium. C. de lib. præteritis. Respondeti potest id non rectè inferri, quia non si in vno feudum à sua natura ac proprietate degeneret, idcirco in omnibus aliis degenerare debet. ca. 1 de feudo non habente propriam naturam feudi.

Adde quod generalis est feudalis constitutio fœminas à successione repellens, ac proinde in omni feudo locum habere intelligitur, nisi sit fœmineum, vel ex pacto fœmina succedat, vt in c. 1. de natura success. feudi.

CAPVT XLI.

Ad c. 1. de eo, qui sibi & heredibus suis masculis, vel fœmin. &c. An fœmina semel admissa excludatur à masculo postea nato?

Extat feudalis constitutio libr. 2. titul. 17. in hæc verba: *Qui sibi vel heredibus suis masculis, vel his deficientibus fœminis per beneficium inuestituram feudi accepit: vna tantùm filia superstite, nullo alio descendente relicto decessit, hæc marito paternum feudum in dotē dedit, & decessit duobus filiis ex eo procreatis. quorum vnus duas filias reliquit, alter verò vno filio masculo relicto decessit. De prædicto itaq; feudo vrgentem vidimus quæstionem, masculo quidem hoc feudum totum sibi quia solus esset, qui primo inuestituram accepit, hæres masculus sit, vindicante, fœminis verò totam sui patris partem sibi descendētibus, quia ex illo nullus extitit masculus. Cùmque inter sapientes sæpe super hac quæstione sit disputatum, tandem pro masculo pronunciatum est. Non enim patet locus fœminæ in feudi successione, donec masculus superest ex eo, qui primus de hoc feudo fuerit inuestitus, &c.*

Nunc proponitur hæc facti species. Quidā feudum acquisiuit sibi, suisque hæredibus masculis & fœminis, & relictis duabus filiabus diem suum obiit, filiæ in feudo successerunt, postea altera earum moritur relicto masculo, verum ille masculus non solum succedat in portione matris suæ, verùm etiam in portione matertaræ, eámque excludet?

Affirmant Gloss. ibi. Andr. Isern. Martinus Laudensis & Afflictus num. 11. Iacopinus à S. Georgio in inuestitura feudali, in vers. Fœminis. n. 17. Cellus Hugo cons. 26. nu. 43. Bursatus cons. 63. n. 16.

Negant verò Iacobus Beluisius, Baldus, Aluarota, Petr. Rauenn. Baro Schenck. in commentariis dicti loci, Curtius iunior de feudis, par. 3. n. 33. Zasius part. 8. n. 5. Sonsbechius par. 9. nu. 140. Ioan. Thomas Marinus tit. 11. de feudo fœminæ, n. 37. vers. Nonò quæritur. Clarus §. Feudum. quæ 80. Guerinus Piso in præludiis feudor. sub titul. Propria & impropria feuda quænam sint, vers. Quarta species feudi improprij. Hanetonius, lib. 2. cap. 9.

Fundamentum prioris sententiæ positū est in illis verbis textus supradicti: *Nō enim patet locus fœminæ in feudi successione donec masculus superest &c.* Hæc generalis ratio legis locum habere videtur & in proposita quæstione, & quandam tacitam conditionem videtur importare, quo ad fœminæ successionem in feudo, vt scilicet illa feudum absolutè non obtineat, sed conditionaliter, nimirum si masculus non superueniat. Id patet. Nam textus, quē in manibus habemus, de ea loquitur facti specie, in qua feudum paternum iam peruenerat ad filiam, & tamen masculus superueniens nepos totum feudum obtinet, quod ad neptes ex altero filio pertinere debuit.

Fundamentum autem posterioris sententiæ illud est, quia in proposita facti specie de qua nostra est disputatio, ius quæsitum est matertaræ, antequam filius ille superueniret, quamobrem illud auferri non potest. l. Id quod nostrum. de reg. iur. Et quod dicitur fœminā succedere non posse donec masculus superest, intelligendum est, quando tempore successionis delatæ masculus adest, non autem, cùm post ius quæsitum fœminæ existenti tempore successionis delatæ masculus superuenit.

Ego hanc posteriorem sententiam amplector. Nam reuera iuris rationibus, & regulis repugnat filium auferre matertaræ ius acquisitum iam antequam ipse nasceretur. Deinde, hanc quæstionem nostram non decidit textus circa quem versamur, sed aliam longè diuersam: quando scilicet tempore mortis & successionis adsunt fœminæ ex vno filio & masculus ex altero: Ratio dubitandi est, quia videtur dicendum, filias succedere in portione parentis sui. Ratio decidendi est, quia fœminis nō patet aditus in successione feudi, donec ma-

feudus super st. Hîc autem masculus adest. Ergo ille solus admittatur. At in quæstione nostra non adest, sed postea superuenit, fœmina iam admissa, meritò dicetur casus longè diuersus & diuersam rationem continere.

Porò ratio illa, quia fœminæ non patet aditus in successione feudi, donec masculus superest, generalis quidem est, sed non potest extendi ad eum casum, in quo non loquitur, nimirum ad eum casum, in quo masculus non superest, licet postea nascatur. Loquitur enim quando masculus adest eo tempore quo successio defertur, & simul etiam fœmina adest, tunc masculus præfertur.

Quod verò dicitur, illam rationem hoc efficere, vt fœmina succedat nō absolutè, sed sub conditione, si masculus non supersit, potest intelligi dupliciter. Primò, si masculus nō supersit tempore quo vasallus moritur, & feudi successio aliis defertur, & hoc est verum, sed non rectè applicatur quæstioni propositæ, quia quæstio loquitur, quando tempore successionis sola extabat fœmina, nempe matertera. Secundò, potest intelligi si masculus non superfit, etiā postea natus, & hoc falsum est, quia non est æquum, nec textus hoc vult, vt filius postea natus auferat ius alteri acquisitum.

Et licet textus loquatur de ea facti specie, qua filiæ primi acquirentis fuit ius quæsitum in feudo, illa enim iam successerat, non tamen de casu illo loquitur, quo huic filiæ aliquod ius auferatur per masculum, postea superuenientem.

CAPVT XLII.

Si feudum quis acquisiuerit sibi & suis hæredibus, vtriusque sexus, vtrum fœmina simul cum masculis succedant?

CVm fœminis in successione feudi locus non pateat, donec masculus supersit, vt inquit text. in c. 1. de eo qui sibi & hæredibus su s mascul. & fœmin. &c. Et idem habetur in ea .:. §. Quintiam Episcopum vel Abbatem, &c. Et in c. 1. §. Filia, de success. feudi verissima mihi eorum sententia videtur, qui feudi concessionem hæredibus vtriusque sexus factam ita interpretantur, vt fœminæ in eo non succedant, simul cum masculis, sed masculis deficientibus. Ita responderunt Alex. in consil. 9. lib. 5 Curtius iunior de feudis, parte 3. n. 19. Io. Baptista Vincemala cons. 1. feudali, n. 57. Celsus Hugo cons. 26. n. 48. Bursatus cons. 63. n. 9. & 132. n. 41. & 150. in princ. Thomas de Marinis. tit. 11. de feudo fœminino, n. 40. Pistorius alios citans, qui tamen in istis terminis non loquuntur, lib. 2. parte posteriori, quæst. 35. nu. 26. Rolandus à Valle cons. 84. n. 14. lib. 4.

Contrarium responderūt Decius cons. 208. n. 4. Parisius cons. 22. nu. 14. lib. 1. Ruinus cons. 16. n. 6. lib. 1. Gozadinus cons. 56. n. 22. Borcholtus de feudis, cap. 7. n. 67.

Sed profectò nullum ibi argumentum adferunt alicuius ponderis. Primò, vrgēt naturam verborum *pro hæredibus vtriusque sexus.* Vidētur enim hæc verba æqualiter tam fœminas, quam masculos vocare, magis, quam si dicatur, *hæredibus masculis & fœminis*, quia tunc masculi, tāquam prius nominati, præferri meritò debent, ex regula l. Quoties. ff. de Vsufr. Secundò, illud vrgent, illud esse in proposita concessione statuendum, quod in ea, qua feudum conceditur, pro masculis cum fœminis, tunc enim etiam masculis existentib. fœminę simul cum eis succedunt, vt notat Bald. in l. Quoties. C. de suis & legit. hæredib. Tertiò, quia fœminæ succedunt simul cum masculis, quando feudum datur quibuscunque hæredibus, quia sunt vocatæ sub verbis illis generalib. Ergo multò magis succedere debent hoc in casu, quo specialiter vocantur illis verbis: *Hæredibus vtriusque sexus.*

Sed nihil ista mouent, quia quod attinet ad primum, illud est quidem verum, si verborum duntaxat natura spectetur, sed regulas iuris feudalis magis spectari debet, per quam masculis existentibus fœminæ excluduntur.

Ad secundum negari potest, concessiones illas æquiparandas esse, videlicet: *Hæredibus vtriusque sexus.* Item, *masculis cum fœminis*, quanquam & in ea facti specie non desunt, qui negent fœminas admitti simul cum masculis. Qua de re statim dicemus.

Ad tertium negatur, quod assumitur in argumento nempe fœminas, simul succedere cū masculis, quando agitur de concessione facta *hæredibus* quibuscunque. Hoc quidem Ruinus dixit sed non probauit. Baldus enim quem citat, hoc non dixit, nec vllus alius, nec dicenti assentiret, nisi id probaret, quia contrariū habemus ex generali regula feudorum, quæ docet, masculis existentibus fœminis etiā vocatis in successione feudi locum non patere. Et ita etiam Ruino respondit Roland. à Valle in cons. 84. n. 17. vers. Similiter non obstat. lib. 4.

CAPVT XLIII.

Quid si feudum acquisitum sit pro masculis cum fœminis, an fœminæ vnà cum masculis succedant?

SI feudum acquisitum fit pro filiis, siue hæredibus masculis cum fœminis, fœminas æqualiter, & simul cum masculis succedere, authores sunt Baldus in l. Quoties. C. de suis & legitimis hæredib. Iacobinus à S. Georgio in inuestitura feudali, in verb. fœminis, nu. 10.

Fran-

Franciſcus Cremenſis ſing. 70. Decius conſil. 208. n. 3. Pariſius conſil. 1. n. 17. lib. 1. Ro'a :d. à Valle, conſ. 84. nu. 10. lib. 4. Clarus §. Feudum. quæſt. 73. verſ. Et in hoc propoſito. Crotus cōſil. 27. n. 3. Burſatus conſ. 63. n. 10. lib. 1. Piſtorius lib. 2. parte poſteriori, quæſt. 35. n. 30.

Fundamentum verò eſt, quia hoc in caſu maſculi coniunctim vocati ſunt cum fœminis. Ergo quilibet ad feudum admitti debet pro ſua portione. l. Vn. §. Vbi autem. C. de cad. tollend. l. vlt. C. de Impub. & aliis ſubſt.

Sed contrarium docuerunt Curtius iunior de feudis, parte 3. nu. 18 Paulus Picus in tit. de his qui feudum dare poſſunt. §. Et quia. n. 38. Guerinus Piſo in prœludiis feudor. tit. Propria & impropria feuda quæ ſint. verſ. Quarta ſpecies feudi. Duarenus de feudis. cap. 10. n. 9.

Et iſtis ego aſſentior. Fundamentū eſt hoc. Feudi cōceſſio maſculis & fœminis facta. hāc ex iure feudali recipit interpretationem, contra verborum proprietatem, vt fœminæ non ſuccedant quoties maſculi ſuperſunt. cap. 1 § Quin etiam Epiſcop. vel. Abbatem. & c. 1. §. Filiæ. de ſucceſſ. feudi. cap. Si cui militi. §. Item ſi quis. in extraordinariis capitulis apud Cuiacium, lib. 4. tit. 104.

Ergo idem in propoſita facti ſpecie reſpondendum eſt, cùm fœminæ ſcilicet cum maſculis vocantur. Nam ſicut *nihil intereſt, ita legetur, illi & illi cum Mœuio, an ita, illi & illi, & Mœuio.* l. 8. ff. de vſufr. accreſcend. l. Illi. 4. ff. de Vſuf. leg. Ita nihil intereſt vtrum maſculis & fœminis feudum concedatur, vel maſculis cum fœminis.

Reſpondet Piſtorius, non rectè hoc inferri. Nam licet dictio (*Et*) ex natura rei contra propriam ſignificationem in alium ſenſum detorqueatur, non tamen ſequitur, eodem modo in alium ſenſum detorquendam eſſe dictionem (*Cum.*)

Sed iuſtè explicari poteſt nihil proponi, cur non rectè id inferatur. Primò, quia nulla eſt ratio diuerſitatis. Secundò, quia hæ dictiones eodem modo coniungunt. Tertiò, quia hæc interpretatio ideo fit, quia id exigit ſubiecta materia feudi, quod maſculos præcipuè ad ſucceſſionem vocat. Ergo ſicut dictio (*Et*) intelligitur ſecundum ſubiectam materiam, vt ordinem in ſucceſſiuum inducat, ita etiam accipienda erit dictio (*Cum*) ex eadem ratione generali, nimirum verba accipienda eſſe ſecundum ſubiectam materiam. l. Si vno. ff. locati. l. Inſulam ff. de Præſc ipt. verb.

Nec enim audiendus eſt Piſtorius, qui auctores citat aſſerentes, quicquid ſit de dictione (*Et*) dictionem (*Cum*) etiam poſitam inter perſonas, inter quas ordo caritatis eſt non inducere ordinem illum, quia nulla lege id probatur. Repugnat regula generalis prædicta. Aduerſantur Iuriſcōſultorū reſponſa æquiparantium, cōs modo coniungendi per dictionē (*Et*) & per dictionem (*Cum*) vt in d. l. 8. ff. de vſufr. accr. Et contrarium voluit Oſaſcus deciſ. Pedem. 81. n. 13. verſ. Non repugnat.

Ad argumentū contrariæ opinionis reſpōdeo, hanc quidem eſſe naturam cōiunctionis, ſed tamen non eſſe tunc ſpectandam, quando materia ſubiecta aliud poſtulat. Verba enim ſecundum materiā ſubiectam ſunt accipiēda.

Illud non diffiteor, ſi feudum ita ſit conceſſum, vt in ea ſuccedant fœminæ, ſicut maſculi, tunc pariter & maſculos & fœminas ſuccedere. Ita enim decidit text. in d. c. Si cui militi. §. Item ſi quis. in extraord. capitulis, ſed nos in ea ſpecie non verſamur.

CAPVT XLIV.

Maſculus exiſtens in gradu remotiori linea diuerſa, an excludat fœminā à ſucceſſione feudi in proximiori gradu exiſtentem eiuſdem lineæ, vbi feudum acquiſitum eſt pro hæredibus maſculis & fœminis?

IN c. 1. §. Similiter. de capitaneo, qui curiam vendidit, quæſtio hæc deciditur, his verbis: *Similiter ſi quis inueſtitus fuerit de feudo, ita, vt ad fœminas tranſiret & duas filias tantùm reliquerit, quarum vna filium habeat, & altera filiam, verum poſt mortem illarum maſculus tantum feudum habere debeat. Secundum Gerardum maſculus tantum. Obertus contra, & è contra ſi filios ille habuerit.*

Hic deciditur maſculum præferendū eſſe, qui tamen eſt in remotiori gradu, & in diuerſa linea, reſpectu filiæ, quam excludit a portione matris ſuæ. Ita inquam deciditur ſecundū opinionem Gerardi, quam doctores communiter ſecuti ſunt. Et confirmatur ex regula illa generali, Fœminæ locum non patere in ſucceſſione feudi, donec maſculus ſuperſit, vt in c. 1. de eo qui ſibi & hæredib. maſc. vel fœmin. in c. 1. §. Quin etiam Epiſcop. vel Abbatem, in cap. 1. §. Filia. de ſucceſſ. feudi. Et notādum eſt textum in d. cap. 1. de eo qui ſibi & hæred. ſuis. loqui de hac ipſa facti ſpecie, cùm ſcilicet maſculus extat in diuerſa linea & remotiori gradu, & ibi dicitur fœminam excludi. Ita itaquā docuerunt Baldus Hern. Bald Aluarot. Præpoſitus, Afflict. & alij in c. §. Similiter. Zaſius parte 8. nu 52. alios multos citat Piſtorius lib. 2. parte poſteriore, quæſt. 36. n 18.

Cōtrouerſiā facit ſolus Sonſbechius de feudis, parte 9. n 143 exiſtimās text. in d. c. 1. de eo qui ſibi & hæred. ſuis, & c. reſtringendū eſſe ad illam facti ſpeciem, de qua loquitur, & illam facti ſpeciē longè differre ab hac noſtra quia ibi feudum acquiſitum fuit heredibus maſculis, & illis deficientibus fœminis, quæſtio

autem proponitur de eo, qui feudum acquisiuit hæredibus masculis & fœminis.

Sed fallitur vir doctissimus in eo, quod non animaduertit nullam esse rationem diuersitatis inter istos casus. Primò, quia is qui feudum acquirit hæredibus masculis & fœminis, non aliter fœminis acquirit, quàm si masculi non extent, vt in d. §. Quin etiam & in d. §. Filia. Secūdò, quia in illa facti specie, de qua loquitur text. in d. c. de eo qui sibi & hæred. mascul. & fœmin. feudum iam transierat ad filiam solam superstitem: Et tamen ibi deciditur, ea defuncta duobus relictis filiis, quorū vnus duas filias reliquerat, alter verò filium masculum, feudum pertinere ad masculum solum, ea ratione, quòd fœminæ locus in successione feudi non pateat, donec masculus superfit, qui tamē masculus est ibi in diuersa linea, & remotiori gradu: & excludit filias à portione feudi matris suæ. Eadem ratio est in quæstione nostra. Quædam alia argumenta Senebech. us attulit, quæ refert & refellit tā accuratè Pistorius, vt nihil addendum existimauerim.

CAPVT XLV.

Fœmina semel à feudi successione exclusa per masculos, an perpetuò censeatur exclusa?

Celebris est & sæpe agitata hæc quæstio, quare nullum me operæ precium facturū puto, si vel affirmantis, vel negantis sententiæ authores hic adscripsero. Sunt enim & passim obuij, & ferè innumerabiles. Dicā igitur quid sentiam, & rationes adferam. Deinde, contrariæ sententiæ argumenta confutabo.

Existimo filiam semel exclusam à successione feudi masculis extantibus, perpetuò exclusam esse. Moueor authoritate text. in cap. 1. §. Quin etiam. Episcop. vel Abbatem, &c. ita enim dicit: *Quin etiam si quis eo tenore feudum acceperit, vt eius descendentes masculi & fœminæ illud habere possint, relicto masculo, vlterius fœmina non admittuntur.* Illud verbum, *vlterius*, significat nunquam amplius fœminas admitti, consequenter perpetuò sunt exclusæ. Deinde moueor hac ratione, quia fœminæ iure feudali excluduntur à successione feudi, vt in c. 1. §. Et quia. de his qui feud. dare poss. Excipitur inter alios, ille casus, quo ex pacto fœmina vocatur. c. 1. de natura success. feudi. sed pactum illud interpretatione restringitur. Nam filiis extantibus nō habet locum c. 1. §. Filia. de success. feudi, ibi: *Tunc enim succedit filia filijs non extantibus.* Ergo filiis extantibus filiæ excluduntur. c. Si cui militi. §. Item si quis eo tenore. in extraord. capitulis. apud Cuiacium lib. 4. tit. 104. ibi: *Quanquam enim superstite masculo, ex eo qui primus feudum acquisiuit fœminæ excludantur, &c.* Excludūtur, inquam, simpliciter, nō ad tempus. Ergo perpetuò videntur exclusæ. Sicut fœminæ quæ ex statuto municipali stantibus masculis excludūtur simpliciter, si semel fuerint exclusæ, masculis existentibus, perpetuò exclusæ censebūtur, vt docet Bartolus in l. vlt. §. 1. n. 2 in fi. ff. ad Tertyl. cuius sententia cōmuniter recepta est. Vide Andr. Geyll. lib. 2. obseru. 148. n. 4.

Nec id ita iniquum ac durum videri debet, si natura feudorum perpendatur, quæ est, vt fœminæ non succedant. Hac enim interpretatione minus læditur, minúsque feudales regulæ offenduntur. Sed iam contrariæ sententiæ argumenta refutanda sunt.

Primum argumētum sumitur ex c. 1 §. Filia. de success. feudi. quatenus ibi dicitur, filiam non extantibus filiis succedere. Ergo si filij nō extēt, quia scilicet postquā successerūt, defuncti sint absque filiis, fœminæ videntur esse admittendæ, quia tunc verū est filios nō extare. Respondeo, illa verba: *Tunc enim succedit filia, filijs non extantibus,* non eum habere sensum, vt videlicet quandocunque filij non extent, filia succedat, sed accipienda esse tempore successionis delatæ, de quo tēpore loquitur text. ille. Itaque mortuo patre, si masculi nō extent, filia succedet. Hæc est sententia dicti §.

Secundum argumentum sumitur ex c. 1. de eo qui sibi vel hæred. in illis verbis, quibus dicitur, fœminæ locum non patere in successione feudi, donec masculi supersunt. Illud verbum, *donec*, significat non penitus fœminas remoueri, sed ad tempus, dum scilicet masculi supersunt. Respondeo, ex hoc loco rectè probari fœminæ locum non patere in successione feudi, dū masculi supersunt, sed non rectè probari, quod infertur à contrario sensu, fœminæ locum patere masculis, qui successerūt postea deficientibus, quia repugnat textus in d. §. Quin etiam. vbi dicitur, fœminas vlterius nō admitti. Itaque illud verbum *Donec*, ibi accipiendum est, vt cap. 1. Math. *Et non cognoscebat eam, donec peperit filium suum primogenitum.* Et cap. 5. ibi. *Non exies inde donec reddas nouissimum quadrantem.* Et Gen. 8. ibi. *Donec siccarentur aquæ super terram.* Et habetur in c. Ioseph. de verb. signif. & alibi.

Tertium argumentum est quia fœminis ius quæsitum videtur ex pacto primi acquirentis cui proinde succedere videntur. Ea enim primi acquirentis intentio præsumitur, vt primùm masculis, deinde fœminis prospicere voluerit. Respondeo, quæ fuerit acquirentis intentio, non esse nunc inquirēdum, sed quę iure feudali sit hoc in casu adhibenda interpretatio: ea verò est, fœminas succedere masculis non extantibus, masculis verò extantibus,

excludi

excludi. Exclusas vlterius non admitti, vt iam allatis textibus suprà demonstraui.

Quartum argumentum est, quia verisimile non est, acquirentem feudum hunc animum habuisse, vt defuncto filio feudum ad dominũ rediret. Quid enim si filium, verbi gratia, & filiam tantùm superstitem haberet, vel filium non idoneum ad procreandum liberos? num quid verisimile dicamus, eum voluisse masculo defuncto feudum ad dominum reuerti? Respondeo, vt iam dixi, non tam spectandam esse voluntatem acquirentis feudum, quàm iuris regulas & sanctiones. Sic autem iure constitutum est, vt extantibus masculis fœminæ excludantur. Huic iuri constituto parendum est, nisi pactum sint, quo fœminæ succedant, vel cum masculis, vel deficientibus quandocunque masculis.

Quintum argumentum est, quia in feudo fœmineo communis videtur sententia, fœminas succedere masculis deficiẽtibus, licet masculi aliquando possederint feudum. Ergo idẽ in hac quæstione respondendum est, in qua feudum masculis & fœminis acquiritur. Respondeo, nego consequentiam, quia hic non agitur de feudo fœmineo. Deinde, res est dubia & controuersa in feudo fœmineo, vt patet ex not. in c. 1. de feudo fœminæ. & nos suprà disputauimus.

Sextum argumentum est ex cap. 1. §. Si duo fratres. de feudo Marchiæ, vbi feudum acceptum eo pacto, vt fœminæ succedant, feudo nouo æquiparatur, ità duobus fratrib. accepto, eo pacto, vt sibi mutuò succedant. Respõdeo, in ea æquiparationem consistere, quòd frater qui alioqui non succedit in feudo nouo, ex pacto succedere potest, sicut fœmina ex pacto succedit.

Septimum argumentum est, quia cùm hæc res sit dubia, videtur sumenda benignior interpretatio, vt fœmina succedat. Respondeo, negando rem esse dubiam, nisi respondeatur textibus & rationibus allatis.

Octauum argumentum est, quia nullibi sit constitutum, fœminas perpetuò exclusas esse. Respondeo, imò satis apertè id constitutum esse in d. §. Quinetiam.

Nonum argumentum est, quia fœmina excluditur propter masculos, ergo masculis postea deficientibus debet admitti, quia cessat causa exclusionis. Respondeo, negando consequentiam, & ratio est, quia masculis existentibus fœmina excluditur, quasi conditio deficiat, sub qua tacitè vocata intelligitur, nimirũ masculis non extantibus: Conditione autem deficiente corruit ius, quod sub conditione defertur, nec postea reuiuiscit.

Decimum argumentum. Cùm feudum masculis & fœminis acquiritur, masculi tacitè præferuntur fœminis, ita vt quandocũq; masculi extiterint, excludant fœminas etiam alterius lineæ & proximioris gradus. cap. 1. §. Similiter. de capitan. qui curiam vend. Ergo à contrario de fœminis expressè vocatis, idem statuendum est, vt admitti debeant, quandocunque masculi deficiant. Respondeo, negando consequentiam, nec enim est par ratio masculorum & fœminarum in feudis, sed potior est conditio masculorum.

Vndecimũ argumentum. *Vnusquisq; sibi & suis hæredib. videtur prospexisse;* inquit tex. in cap. 1. de duob. fratrib. à capit. inuest. vbi propterea text. dicit, filiam defuncti præferendam esse fratri. Multò magis ergo præferenda domino erit. Respondeo, si nulli extent masculi defuncti, argumentũ rectè concludere, secus, si filij extent, quia illi soli, exclusa filia, succedunt, quæ proinde vlterius non admittitur. Et in his terminis loquitur ibi tex. quando videlicet frater, cui filia succedit, masculũ non reliquit. Id patet ex illis verb. *Ex fratrib. vj vnũ vna filia relicta altero adhuc viuente, decessit, quæritur, cui portio defuncti deferatur, vtrum filiæ an fratri: Respondetur filiæ.*

Duodecimum argumentum hoc adfertur, text. in §. Quin etiam. quo potissimum sententia communis nititur, non hoc velle, vt fœminæ alterius non admittantur, id est, semel exclusæ per masculũ, perpetuò sint exclusæ, sed hoc tantum velle, vt si feudum eo tenore cõcessum sit, vt masculi & fœminæ illud habere possint, tunc masculi superstites succedãt, nec fœminæ vltra masculos admittantur, sicut habetur in cap. 1. §. Filia. de success. feudi. Respõdeo, verba esse clara, quibus dicitur fœminas vlterius non admitti. Aduerbium illud *vlterius*, significat fœminam nec tunc admitti, nec postea amplius, quo sanè loquendi modo textus non vteretur, si dicere vellet, fœminas non admitti, vt succedant masculis superstitibus. Promptum enim esset dicere, fœminas non succedere masculis extantibus, vti loquitur textus in d. §. Filia. Vel solos masculos succedere, vel fœminas non succedere simul cum masculis, vel præter masculos non succedere fœminas, vel denique vltra masculum fœminam non admitti. Sed textus dicit, *vlterius* non admitti, ad significandum, nec tunc, nec deinceps admitti posse.

CAPVT XLVI.

Legitima filiarum, an sit ex feudo hæreditario detrahenda?

Dixi libro quarto controuersiarum, capite [...]mo-tertio, detrahendam esse legitimam filiorum ex feudo hæreditario, sicut de

exteris rebus hæreditariis detrahitur. De filiabus autem nominatim non feci vllam mētionem. Dicam nunc, Franciscus Burfatus consil. 132. libro secundo respondit, legitimam filiarum detrahendam esse feudis hæreditariis, vel saltem præstandam æstimationem in pecunia. Hartmannus Pistorius libro 2. parte posteriore, qu. 38. nu. 34. cum sequentibus, contrarium respondit. Ego autem sic statuo, hoc totum ex eo pendere, quomodo accipiamus feudum hæreditarium. Nam si ita illud accipiamus, vt sit feudum, quod ad omnes hæredes masculos & fœminas, imò etiam extraneos transit, ita vt eo ipso, quòd aliquis est hæres, feudum obtinere possit, sine hæsitatione aliqua rectè Bursatum respondisse existimo, quia eiusmodi feuda sunt pars hæreditatis. Cōstat autem, legitimam esse partem hæreditatis, nempe triētem vel semissem pro numero liberorum, vt in Nouella, de triente & semisse. Cæterùm, si feudum hæreditarium accipiatur pro eo, quòd quis sibi hæredibúsque suis acquirit: quorum appellatione veniunt masculi, & fœminæ excluduntur, secundum ea, quæ fusè disputauimus suprà hoc eodem libro capite tertio. Id quod maximè vrget Hartmannus, nihil proponitur, cui fœminæ possint ex tali feudo legitimam detrahere, quia constat eas non succedere, legitima verò est pars eius partis, in qua quis succedit ab intestato. Ergo ei, qui non succedit, legitima non debetur. l. Posthumus. §. Si quis. ff. de inoffic. testam. l. Cùm quæritur. l. Parentibus. C. eod. tit.

Nec mouet, quod receptum est, cùm de corpore & substantia bonorum legitima præstari nequit, præstandam esse in æstimatione, quia vt bene respōdet Pistorius, id verum est, quādo legitima debetur ex bonis ipsis, licet ex eorum corpore, propter aliquā difficultatem, vel impedimentum præstari nequeat. Tunc soluenda est æstimatio, & loco præstationis rei, soluenda est pecunia. Sed hic legitima deberi filiabus non potest, ex feudis, in quibus non succedunt. Porrò an saltem dotem ex feudis fœminæ cōsequi debeant, alia est quæstio, quam exequitur Pistorius quæstione 37. concludens, si alia bona non supersint, præstandam esse ex his, quæ tradunt Panormitanus cons. 12. in 7. dub. li. 1. Alex. consil. 208. nu. 7. lib. 2. & lib. 3 Curtius iunior consil. 21. Hieronymus Schurff. consil. 24. lib. 1. & alij ab eo citati.

CAPVT XLVII.

Quid si feudum à patre sit emptum, an ex eo filiarum legitima detrahi possit?

SED quid si feudum sit emptitium, id est, à patre emptum precio numerato, vtrum ex eo filiarum legitima deduci possit? Affirmant Iacobus Thomingius decis. 2. & Hartmannus Pistorius lib. 2. parte posteriori. q. 38. n. 63. Negat Collegium iuridicum, quod ipse commemorat incertæ facultatis, & res planè digna est, quæ in examen deducatur.

Negātis sententiæ argumenta sunt ista. Primum quia nulla est lex hoc dicens, vt scilicet ex feudo legitima filiarum detrahatur.

Secundum, quia fœminæ non succedunt in feudo, etiam pecunia acquisito, neque enim desinit esse feudum propterea, quòd emptum sit. Cōstat autem à feudi successione fœminas repelli, nisi sit fœmineum, vel pacto id conuentum. cap. 1. de natura. success. feudi. Consequenter legitima non debetur filiabus ex feudo, quia legitima est pars eius, quod ab intestato defertur, quare si nulla sit successio ab intestato, nulla etiam deberi potest legitima.

Tertium, quia si ex feudo empto legitima deberetur, istud esset, quia precium succederet in locum feudi. Sed hoc fieri non potest, quia precium nunquam succedit in locum rei, præterquam in vniuersalibus iudiciis. l. si & rem & precium. ff. de petit. hæredit. l. si vt proponis. C. de rei vind. Bar. in l. Imperator. §. vlt. de leg. 1.

Quartum, quia legitima liberis debetur de bonis paternis. l. Cùm quæritur. C. de inoffic. testam. At bonorum appellatione feudalia non veniunt. cap. 1. §. In generali. si de feudo defuncti conten. sit inter dominum & agnat. defun.

Quintum, quia legitima debetur detracto ære alieno. l. Papinianus. §. Quarta ff. de inoff. testa. Sed feudū videtur esse æs alienum, quia debetur filiis post mortem patris, ergo illud deduci debet ante omnia, & tunc ex eo, quod superest, deducenda erit legitima.

Sextum, quia legitima non debetur ex rebus restitutioni subiectis. l. Irritum. C. ad leg. Falcid. l. In ratione. §. Quod vulgò. ff. eod. sed feudum subiacet restitutioni post mortem patris, quia pertinet ad filios, ergo non potest ex eo legitima deduci.

Septimum, quia feudum quod post mortem patris filiis debetur, non est conferendum sororibus venientibus ad successionem communis parentis, quia post mortem patris acquiritur. Ea verò quæ post mortem patris acquiruntur, filiis non conferuntur. l. Ea demùm. C. de collatio. ita Bartol. ad l. 1. §. Nec Castrense. num. 6. ff. de collat. bonor. Castrens. Alexan. & Iason in l. Illud. C. de collatio. Paris. consi. 56. nu. 19. lib. 3. Ergo nec ex eis legitima debetur.

Octauum

Octauum argumētum, quia pater poteſt filiorum legitimam minuere titulo oneroſo, & ſic emendo feudum, eſt enim emptio titulus oneroſus. Bartol. in l. Non vſque. ff. ſi à parente quis fuerit manumiſſ.

Poſtremum argumentum, quia legitima nō debetur ex feudo, quod pertinet ad primogenitum, quia reliqui filij non ſuccedunt in eo, vt tradunt Abbas, & alij in c. licet. de voto. Ergo nec de feudo iſto emptitio debetur filiab. legitima, quia pertinet ad maſculos.

Affirmantis verò ſententiæ fundamentum eſt, quia cùm pater emit feudum filiis ſuis, ad quos vult illud poſt mortem ſuam peruenire, eſt perinde, ac ſi pecuniam, quam expoſuit in emptione feudi, donaret ipſis filiis. Sicut ergo, ſi tantam pecuniam filiis donaret, vt filiæ legitimam portionem non haberent, eiuſmodi donatio, tanquam inoffícioſa, reſcinderetur vſque ad legitimam portionem filiarū. l. ſi totas. l. ſi mater. l. ſi liqueat. C. de inoffic. donatio. ita etiam dicendum eſt, ex feudi æſtimatione legitimam portionem eſſe deducendam pro filiabus, ita vt licet feudum obtinere non poſſint, ſibi tamen debitam portionem conſequantur in pecunia. argument. text. in cap. 1. §. Si duo fratres. de fratribus de nouo benefic. inueſt.

Quod argumentū confirmatur ex eo, quod alioqui abſurdum ſequeretur, nimirum patri licere omnes facultates, & bona ſua in emēdis feudis exhaurire, atque ita filias legitima portione priuare, quod iniquum eſſet. Igitur filiabus legitima debetur ex feudis emptis, ſicut deberetur ex ipſa pecunia, ſi pater eam in hæreditate reliquiſſet. Et hæc ſententia cò magis amplectenda videtur, quod inter liberos æqualitatem inducit: quam legum authores inducere conantur. l. penult. C. de collation. l. Cùm pater. §. Dulciſſimus, de leg. 2. l. ſi maior. C. comm. diuid. §. Illud quoque. in Authen. de Nuptiis.

Ego puto in hac re diſtinctionem adhibendam eſſe. Nam ſi filiæ ex conſuetudine ſtatutóve, aut renūciatione iurata, ſint excluſæ à ſucceſſione bonorū patris congrua dote accepta, otioſum eſt quærere, an ex feudo empto legitimam habere debeant, cum dote cōtentę eſſe iubeantur, nec vllum ad paterna bona regreſſum habituræ ſint, licet pecunia, ex qua feudum emptum eſt, in hæreditate patris eſſet.

Cæterū, ſi de filiabus agatur, quæ ſuccedere in hæreditate paterna poſſint, vnà cū filiis iuxta l. Maximum vitiū. C. de lib. præter. tunc exiſtimo legitimam ex feudo, feudiſve ęſtimatione eis deberi duobus in caſibus. Primus eſt, quando omnia patris bona conſiſtunt in feudo, feudiſve. Secundus, quando ſi non omnia patris bona in feudis exiſtant, ſaltem tot ac tā ta, vt nihil ferè ex aliis bonis paternis ſuperſit, ex quo filiæ alimenta conſequi neceſſaria, & legitimam portionem habere poſſint. Nam his duobus in caſibus iniquum eſſet, filias ita excluſas eſſe à ſucceſſione feudorum, vt nec ſaltem legitimam portionem haberent ex eorum æſtimatione.

Et hæc ſententia confirmatur optimè ex legibus, quibus filiis inofficioſæ donationis querela competit, quoties pater totas facultates in vnum ex filiis contulit. Alij etenim filij eam donationem reuocare poſſunt vſque ad legitimam portionem. l. ſi totas. l. ſi liqueat. & aliis legibus eiuſdem tit. C. de inoff. donation.

Nam negari non poteſt, quin pater omnem ſuam ſubſtantiam, vel maiorē partem erogans in emptionem feudorū, quæ ad maſculos tātùm peruenire poſſint, videatur vel tacitè vel indirectè illis ſolis donare omnem ſuam ſubſtantiam, vel maiorem eius partem. Quod ſi hæc non videatur eſſe donatio, ſed mortis cauſa capio, argument. l. Mortis cauſa capitur. ff. de dona. mort. cau. & cap. nihil refert. Nam eadem prorſus eſt ratio, ac ſi donaret. Idem ergo iuris eſſe debet.

Neque titulus iſte oneroſus eſt, ſed lucratiuus reſpectu filiorum, quibus feuda acquiruntur, illi enim ſoli gratis feuda habent.

Sed difficultas eſt, quādo non omnis paterna ſubſtantia, nec maior pars feudi conſiſtit, quia pater multa alia bona habet. Et filiabus legitimam reliquit, & ideo quæritur, quanta ſit legitima filiarum. Nam ſi etiam feuda empta ſint computanda, maior ſine dubio erit portio legitima filiarum. Hoc in caſu non puto feuda eſſe cōputanda in fauorem filiarum, ad augendam ſcilicet earum legitimam portionē. Primò, quia legitima eſt portio portionis, quæ defertur ex inteſtati ſucceſſione. l. Cùm quæritur C. de inoff. teſta. Sed filiæ non ſuccedunt parenti in eiuſmodi feudis emptis. Ergo in eis nullam habent legitimæ portionem. Secundò, quia hic ceſſat ratio inofficioſę donationis. Nam pater non erogauit totas facultates in feudorum emptionē, ſicut neceſſe eſſet, vt querela inofficioſæ donationis locum habeat. pater ex d. l. Si totas. & ex aliis legibus. C. de inoff.

CAPVT XLVIII.

Vtrum feudum emptitium, filiis ſuccedentibus, in hæreditate patris: nā cum ſororibus conferendum ſit? Et quod ſeudo empto, quod ad primogenitum ſpectat, an teneatur aliis fratribus conferre?

FActi ſpecies hæc ſit, Pater emit feudum ſibi ſuiſque filiis, moriens illud cum aliis

bonis relinquit. Superstites sunt descendentes masculi & fœminæ, qui ad hæreditatem communis parentis vocantur. Certum est in feudo solos masculos succedere, in reliqua hæreditate omnes æqualiter, sed dubium est, an ij sororibus suis feudum, vel feudi æstimationem conferre teneantur? Eadē ratio est de feudo, quod ad primogenitum spectat, cùm quæritur an cæteris fratribus illud conferre teneatur, aut eius æstimationem, quā quæstionem examinat Andreas Isernia in c. Imperialem. §. Præterea Ducatus. in Additione, de prohib. feudi alien. per Frider. ibidem latissimè, sed confuse admodum, Loffredus in paraphrasi, & Ioachimus Camerarius, Guerinus Piso in Prælud. feudorum. tit. feuda propria & impropria quæ sint. Tiraquellus de iure primogenit. quæst. 51. Iacobus Thomingius decis. 2. Hartmanus Pistorius li. 2 parte posteriori, quæst. 8. post nu. 71.

De altera verò priori quæstione videndi sunt Bartolus in l. §. Nec castrense. nu. ff. de collatio. bono: Baldus in l. Omnimodo. § Imputari. C. de inoff. testa. Castrens. Alexand. & Iason in l. Illud. C. de collatio. Paris. cons. 56. num 19. lib. 3 Vitalis de collatio. licet de feudo empto, non omnes loquantur, sed de feudo acquisito à patre.

Existimo ego (ne Loffredum imitatus longum faciam, & vt rei admodum obscuræ dilucida tractatione lucem adferam) nequaquam feudum istis in casibus conferendum esse, aut feudi ipsius æstimationem. Fundamētum meū est hoc. Quæ filius post mortem patris acquirit, ea conferre non tenetur. l. Ea demū. l. Nec emancipati. C. de collatio. *Paulus respondit, ea quæ post mortem patris filio reddi debuerunt, emancipatum filium, quamuis prius cōsecutus sit, &c. conferre non debere.* Ad rem nostram propius Diocletianus: *Filia cuius nomine res pater comparauit, si non postea contrarium eius iudiciū probetur, per arbitrium diuidendæ hæreditatis, præcipuas adiudicari sæpe rescriptum est.* l. filia C. de collatio.

Sed filij in proposita quæstione feudum cōsequuntur post mortem patris, ergo illud cōferre non tenētur. Assumptio certa & manifesta est, quia omnes fatētur, cùm pater acquirit sibi & filiis suis feudum, id intelligi ordine successiuo, vt nimirum primum sibi acquirat, & post mortem suam liberis ac descendentibus siue hæredibus.

Argumenta in contrarium ex Loffredo & Isernia hæc adferri possunt. Donatio simplex à parente in filium collata conferri debet. l. si donatio. C. de collat. Sed hæc est effecta tacita quædam donatio, cùm pater feudum emit, & filiis acquirit. arg. l. cùm hic status. §. 1. ff. de dona. inter vir. & vxor. ergo conferenda est filiis & idem de feudo, quod transit ad primogenitum.

Secundum argumentum est ex l. Omnimodo. § Imputari. C. de inoff. testā. vbi dicitur, militiam, quæ potest vendi, & ad hęredes transit, imputari in legitimam filij. Ergo similiter & feudum, quod non est absimile militiæ, si in legitimam imputatur, ergo confertur. l. Pen. C. de collat.

Tertium est ex eo, quòd feudum à patre emptum ex substantia patris proficisci videtur, & consequenter sicut alia profectitia conferendum. l. vlt. C. de collation.

Ad argumentum illud, quod filij videantur feudum consequi post mortem patris, & consequenter illud conferre non teneantur, quia quæsita post mortem patris non conferuntur. Respondent etiam patre viuente filiis acquiri feudum, licet effectus deferatur post mortem patris. Videtur enim acquiri sub conditione, si filij patri suo superuiuant. Conditio autem retrotrahitur. l. qui Balneum. l. potior. ff. qui potiores in pign. habean. l. si filius. ff. de verb. oblig. & consequenter est perinde, ac si viuente patre feudum filij obtinerent. Denique id quod sub conditione debetur, conferendum esse constat ex l. 2 §. Id quoque. ff. de collat. bonor.

Respondeo ad singula in hunc modum: Ad primum concedo, simplicem donationem cōferri, quia licet non valeat, & morte patris cōfirmetur, tamen retrotrahitur, atque ex eo die valere fingitur, ex quo facta est. l. Donationes quas parentes. C. de donatio. inter vir. & vxor. sicut latè explicaui li. 6. controuers. iuris, ca. 64.

At quando pater emit feudum pro se ac liberis suis, licet tacitè donare videatur, non tamē hæc donatio retrotrahi potest ad tempus, quo pater viuens feudum emit. Ratio est, quia pater noluit, vt tunc feudum liberi haberent, sed duntaxat post mortem suam, quia primò sibi acquisiuit, deinde post mortē filiis acquisiuit. Quare non potest hæc donatio retrotrahi contra voluntatē & mentē patris. Aliud est in re quam pater filio donauit, ac tradidit: voluit enim statim in eum dominium trāsferre, sed non potuit propter patriam potestatem. quare hæc donatio morte confirmatur, & retrotrahitur ad tempus, quo facta est.

Et hæc est ratio l. Filiæ cuius. C. famil. hercisc. cur scilicet, illud quod pater emit nomine filij, non sit conferendū. Cùm tamen aliæ donationes simplices cōferantur, vt in l. si donatione. C. de collatio. Ratio, inquam, hæc est, quia pater emens nomine filij, licet tacitè donare videatur rem emptam, tamen si in his terminis consistat, nec rem filio tradat, non dicitur donare

donare tunc, dum viuit, rem emptam filio, sed hoc velle videtur, vt eam rem filius, cuius nomine comparata est, præcipuam habeat, quasi prælegati vel fideicommissi nomine. Et ideo non confertur, quia post mortem patris res quæsita est. Magisque mihi hæc interpretatio satisfacit, quàm Cuiacij sententia, quam probaui loco annotato. Nec obstat l. Cum hic status. §. fl. de dona. inter vir. & vxor. quia licet ex eo textu probari possit, rem emptam à patre nomine filij tacitè donatam videri, sicut id quod maritus vxoris nomine comparauit, donatum dicitur, Id quod nos non negamus. Tamē non probatur, eam donationem effectum habere, viuente patre, vel tunc directè, vel patre defuncto per retroactionem. Nam etsi res empta sit nomine filij, nisi tamen eidem sit tradita & donata, tūc mortuo patre, rem quidem filius præcipuam habebit, sed non poterit fingi antea habuisse, quia non est habile extremum, ad quod fictio trahitur, nimirum ad tempus, quo pater rem emit nomine filij. Nec enim constat, patrem voluisse, & tunc filius rem haberet.

Ad secundum argumentum responsio clara est, text. in §. Imputari. loqui de militia, quam pater emit filio, vt tunc filius haberet, scilicet patre adhuc viuente: meritò conferenda est, & idem in feudo respondendum foret, quod pater filio emeret & traderet, vt scilicet illud etiam, patre adhuc viuente, obtineret.

Ad tertium argumentum, concedo, feudum dici profectum ex substantia patris, sed quia filiis non acquiritur, nisi post mortem patris, nego conferendū esse. Nam ea quæ filius post mortem patris ex substantia paterna habet, non conferuntur. [illegible] l. Ea demum. l. Nec emancipari. C. de collatio.

Ad ea, quæ pro responsione adducebantur, replicando dicitur, nullam esse hic conditionem, nullam retrotractionem considerari, ac induci posse, quia pater non acquirit feudum filiis suis, vt illud habeant tunc, id est, dum pater viuit, sed post mortem suam. Ideo impossibile est acquisitionem retrotrahere ad tempus vitæ ipsius patris. Sic enim oporteret dicere, Patrem voluisse, vt filij, se viuente, feudum obtinerent, sub ista conditione, si patri præmorienti superuiuerent, & patre mortuo conditionem retrotrahi ad tempus vitæ ipsius patris, quod est ridiculum, & repugnantiam continet manifestam.

CAPVT XLIX.

Possitne filius naturalis legitimari, vt fit capax feudi, ac in eo succedat sine consensu domini ipsius feudi?

Certum est, filios naturales etiam legitimatos in feudo non succedere ex §. Naturales: Si de feudo fuerit contentio, &c. Sed controuersia est, si expressè legitimentur, vt in feudo succedant iure, ne id fiat absq; consensu domini. Nam Glos. in d. §. Naturales. nulla adhibita distinctione, an consensus domini interueniat nec ne, dixit, naturales legitimatos succedere in feudo, si ad hoc expressè legitimentur, & ideo consensum domini non esse necessarium, vt legitimatus feudi, sit capax, multi responderunt. Curtius iunior. cons. 1. n. 17. 18 & cons 157. nu. 24 Alexander in cons. 2. num. 15. vers. Non obstat. quod habetur lib. 5. Aliciatus consil. 171 num. 4. Rolandus à Valle, in cons. 21. nu. 39. libr. 5. Albertus Brunus consil. 1. num. 30. Socinus inter cons. eiusdem Bruni, cons. 10 num. 25. & Ioan. Campegius cons. 2. num. 14.

Sed contrarium docuit Salycet. in Authen. Item si quis C. de naturalib. liber. Hostiensis in ca. Per venerabilem. §. Rationibus. in verb. requisiti. qui filij sint legit. Et responderunt Alex. cons. 6. lib. 2. Socinus iunior in cons. 95. n. 96. lib. 3. Cotta in memorial. in verbo: *Legitimatio facta per Imperator.* Bossius de Principe, n. 185. Hartmannus Pistoris alios citans, lib. 2. parte posteriore, quæst. 4. n. 10. 11.

Prioris sententiæ fundamentum positū est in plenitudine potestatis Principis, secundum quam potest etiam alteri præiudicare, & hoc præsertim in isto casu, in quo per legitimationem remouet obstaculum, ac impedimentum iuris feudalis ac positiui, quo cauetur, vt naturales filij etiam legitimati non succedant in feudo. Legitimatio efficit, vt succedere possint. Et sicut ius ciuile ac positiuum Imperator statuit, ita etiam illud auferre potest. §. Sed naturalia, Instit. de iure nat. gent. & ciuil.

Posterioris autem sententiæ fundamentū est, quia hæc est natura feudi, vt non possit alienari, & in alium transferri sine cōsensu domini, vt habetur in tit. de proh. alien. feudi, per Lotharium & per Fridericum. Ergo non potest aliquis legitimari, vt in feudo succedat sine consensu domini. Præsertim cum ad eum feudum est reuersurum, quia sic tolleretur ius domini, quod permissum non est. l. Quoties. C. de [illegible] ibus Imp. off.

Poterat adferri text. in l. 4. §. ff. de natal. rest. *[illegible] patrono consentiente debet libertus ab Imperatore natalibus restitui. Ius enim patroni hoc impetrato adimitur.* Idem dicitur in l. 2. in fi. ff. eo. tit: *Ideoq; Imperatores nō facile solent quenquam natalibus restituere, nisi consentiente patrono.* Idem ergo dicendum videtur in proposito, non debere quenquam legitimari ad feuda, nisi domino consentiente, quia impetrata legitimatione ius domino aufertur; Succedit

enim legitimatus, & dominus excluditur.

Ego puto controuersiam hanc facilè sedari posse, ex duabus iuris regulis, ac veluti principiis certis & claris. Prima hæc est: Rescriptū contra leges & constitutiones, atq; adeo contra ius non valet. l. vlt. C. Si contra ius vel vtilit. publ. l. 3. C. de precib. Imp. off. l. 7. C. eo. tit. l. Iubemus nullam. C. de sacrosanct. Eccles.

Ex hoc principio sequitur, legitimari non posse filios naturales, vt in feudis succedant, sine consensu domini, cuius interest: quia lex feudorum dicit: Filios naturales etiam legitimatos non succedere in feudo. Rescriptum autem mandat vt succedant. Ergo rescriptum contra legem est. Igitur non valet. Nam suppono feudales consuetudines vim legis habere.

Altera est propositio, rescriptum contra ius valet ex iusta causa, quæ publicam vtilitatem concernit. Quia propter publicam vtilitatem permissum est recedere a regulis iuris. Bartol. in l. Ad reprimendū. in verbo, *Non obstantibus*. Felynus in c. Nonnulli. n. 15. de rescript. Iacopinus Riminald. consil. 425. nu. 27. lib. 3. pulcher tex. in l. Ita vulneratus. ff. ad l. Aquil. ibi: *Multa autem iure ciuili contra rationem disputandi pro vtilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest*.

Ex hoc principio infertur, valere legitimationem in proposito nostro, si ex iusta causa fiat, ex qua publica vtilitas emergat, etiā absque consensu domini. Nam ex causa publicæ vtilitatis Princeps potest alteri præiudicare. argu. l. 5. §. vlt. ff. de iniur. l. Ædificari. C. de oper. publ. Præclarè Felynus in c. Quę in Ecclesiarum. n. 26. de const. Decius ibid. n. 19. Abbas nu. 11. Oddus de restit. in integr. parte 2. q. 99. artic. 8. Geyll. lib. 2. obseru. 56.

Est enim iusta causa dispensandi, cōtra leges propter bonum publicum, vt ostendit latè illustris doctor & immortalis Gregorius de Valentia, in 2. Tomo Commentariorū Theolog. disput. 7. quæst. 5. punct. 9.

Quod attinet ad plenitudinem potestatis, eam contra leges & constitutiones, cessante iusta causa, non agnosco ex his, quæ tradit Couuar. lib. 3. variar. resol. c. 6. n. 8. Zasius cons. 10. n. 7. lib. 2. Andreas Geyll. li. 2. obser. 56. nu. 9.

CAPVT L.

Vtrum possint naturales filij legitimari Principis rescripto, vt in feudo succedant in præiudiciū agnatorum, quibus ius quæsitum est ex antiquis inuestituris? & quæstio accipienda est patre viuente.

LEgitimari posse naturales filios, ad feudū consequendum, etiam in præiudicium agnatorum, scriptum reliquêre Glos. in §. Naturales. si de feudo defuncti contentio sit, &c. Alexander in l. Ex facto num. 23. 24. ff. de vulg. Decius consil 169. num. 10. Afflictus decis. 195. Alciatus consil. 171. Clarus §. Feudum. quæstione 81. Roland. a Valle, consil. 3. numer. 142. lib. 1.

Sed contrarium responderunt Andr. de Iser. in d. §. Naturales. nec non ibid. Afflict. n. 35. Zasius de feudis, parte 8. n. 74. Ruinus cons. 36. n. 17. & 18. lib. 1. Socinus iunior consi. 95. num. 45. lib. 3. Geyll. lib. 2. obseru. 142. sub n. 15. & 140. in fine. Menochius in consil. 181. n. 24. cum seqq. lib. 2. cons. 202. n. 168. lib. 3. Hartmannus Pistoris libr. 2. parte posteriori, quæst. 40. nu 24. cum seqq.

Argumenta prioris sententiæ hæc sunt. Primum est, quia Principis potestas summa est, nec de ea disputare licet. l. 2. C. de crim. sacrilegij. Cùm ergo de voluntate eius constat, nō erit disputandum, an possit illegitimè natum legitimare, vt feudi sit capax in præiudicium agnatorum.

Secundum sumitur ex eo, quod ius agnatis quæsitum in feudo, originem habet ex iure positiuo ac ciuili, Ergo potest Princeps illud auferre. arg. c. Innotuit. de elect. & c. proposuit. de concess. præbendæ l. ex hoc iure. ff. de iust. & iure. Et sicut alio iure contrario, & consuetudine tolli potest, ita etiam principis rescripto & priuilegio.

Tertium sumitur ex eo, quòd ius agnatis quæsitum nō est de præsenti, sed in spe, quod facilius tollitur. l. vlt. C. de acq. poss. l. Qui autem. ff. quæ in fraud. cred. l. Si spōsus. §. Si maritus. ff. de donat. inter vir. & vxor. Nec absolutè illis aufertur, sed differtur, vt scilicet eis saluum sit mortuo legitimato?

Quartū est ex eo, quòd Princeps nō aufert directè ius suum agnatis, sed illegitimè nato aufert impedimētum & obstaculum, propter quod succedere non poterat. Ergo nil prohibet, quo minus Princeps eiusmodi beneficium possit conferre restituendo natalibus illegitimè natum. l. Quæris. ff. de natalib. restit. licet id per consequentiam tendat in præiudicium agnatorum. Multa enim in consequentiam permittuntur, quæ principaliter fieri prohibentur. l. 1. ff. de autho. tut. l. Conditionibus pupillus. ff. de cond. & demonstrat. l. Quoties. C. de iudic. l. Cum creditor. §. Qui furem. & ibi not. Bart. ff. de furtis.

Quibus nil morantibus cōtrariam sententiam amplector, cuius fundamentum illud est firmum, quoniam Princeps non potest alicui auferre ius suum, l. Quoties. C. de precib. Imperat. off. & ideo in restituendo aliquem natalibus semper consensum eius requirit, qui ex ea restitutione lædi potest, vt patet ex l. 2. 4. & 5. ff. de

§. ff. de Natalib. reſtit. Ergo non poteſt legitimare aliquem in præiudicium agnatorũ, quia auferret agnatis ius ſuum, niſi iuſta cauſa moueatur, ſecundùm ea, quæ dixi in præcedenti capite.

Quæ verò in contrarium allata ſunt argumenta, nihil mouent. Nam quod primò dicitur, diſputari non poſſe de poteſtate Principis, nõ probatur ex lege, quæ vulgò adferri ſolet. Sic.n. habet: *Diſputare de principali iudicio nõ oportet. Sacrilegij.n. inſtar eſt dubitare an dignus ſit, quem elegerit Imperator.* Hic non dicitur de poteſtate Principis, ſed de iudicio, cũ aliquẽ dignum eſſe iudicauit, diſputare non licere.

Quod ſecundò dicebatur, Principem derogare poſſe iuri poſitiuo, veriſſimum eſt, ſi iuſta ex cauſa moueatur, priuilegium concedendo, vel aliquam legem generalem ſtatuendo: ſine cauſa verò non poteſt auferre cuiquam ius ſuum. l. id quod noſtrũ. de reg. iur. l. Quoties. C. de precib. Imper. offeren. Nec illa diſtinctio legib. probatur, ſecundũ quã multi dixerunt, Principem auferre poſſe ius quæſitum artificio iuris ſolius ciuilis & poſitiui: quare contrariam ſententiam veriorem puto, quam non pauci ſunt ſecuti, apud Gabrielium lib. 3. commu. cõcl. tit. de iure quæſito non tollendo, concl. num. 18 & infra libro ſequenti latius diſputabo.

Ad tertium argumentũ reſpondeo, ius quæſitum eſſe agnatis ex antiquis inueſtituris, quibus ad feudum ſunt vocati, & iſtud ius in re eſt, non in ſola ſpe; licet enim in præſenti non deducatur ad effectum, donec ſcilic. vaſallus viuit, eſt tamen ius quæſitum iam, quod eis nullo modo poteſt auferri, c. 1. de alien. feudi patern. Alia ratio eſt de iure futuro & incerto, quod nullum habet certum fundamentũ in præſenti. Nota eſt enim diſtinctio Ludouici Gomes. reg. de nõ tollendo iure quæſito, q. 4. nu. 13. quam ſequitur Socinus iunior in conſ. 9. n. 33. 34 lib. 3. quæ ad materiam noſtram recte accommodari poteſt.

Quod verò dicitur, non auferri ius agnatorũ, ſed differri in aliud tẽpus, nihil eſt, quia imò ius illis aufertur, quia feudo carere debẽt, & viuente legitimato, & fortaſſis etiam mortuo ſi ſobolem relinquat feudi capacem.

Poſtremum argumentum nihil obſtat, quia licet Princeps legitimando remoueat obſtaculum, tamen id facere non debet, niſi conſẽtientibus iis, quæ ex ea læduntur, vt patet ex l. 2. 4. & 5. ff. de Natalib. reſtituen.

CAPVT LI.

Legitimati per ſubſequẽs matrimonium an ſuccedant in feudo, quod conceſſum eſt filiis ex legitimo matrimonio natis, ſiue deſcendẽtibus.

INter omnes cõſtat naturales filios per ſubſequens matrimonium legitimos effectos in feudo ſuccedere. Sed controuerſia eſt non parua, vtrũ idem ſit reſpondẽdum, ſi feudum ſit cõceſſum filiis, ex legitimo matrimonio natis? Etenim idem reſpõdendum eſſe, reſponderunt Andreas Iſernia in c. 1. §. Naturales, ſi de feudo defuncti fuerit controuerſ. n. 8. 9. Afflictus ibid. in 5. notabili. n. 25. Paulus Caſtrenſ. in l. vlt. C. de his qui veniam ætatis impetra. Ripa in l. Ex facto. §. Si quis rogatus. n. 47. ff. ad Treb. Alciat. lib. 3. de verb. ſignif. non multum procul ab initio. Decius cõſ. 155. n. 4. Syluanus in cõſ. 3. n. 49. Couuar. lib. 4. decret. part. 2. c. 8. §. 2. n. 30. Burſatus conſil. 17. & 18 Hartmannus Piſtor. quæſt. 41. lib. 2. parte poſteriore.

Sed contrarium reſponderunt, Baldus in d. §. Naturales. nu. 5. Curtius iun. de feudis, in 2. parte, 3. part. n. 41. Alexand. in conſ. 5. ad fin. lib. 7. Ruinus in con 92. n. 13. lib 3. Gozadinus cõſ. 25. n 1. Socinus iun. in conſ. 12. n. 11. lib 4. Natta in conſ. 614. nu. 21. D. meus Cephalus in conſ. 111. n. 11. 12. lib. 1. Rolandus à Valle, in conſi. 100. n. 39. libro 2.

Argumenta in vtramque partem referre ſuperſedeo, quia ex brocardicis pronunciatis petita ſunt, quib. non libenter vtor, cùm admodum incerta ſint, & parum fructuoſa. Summa eſt hæc, ſi verborum propria natura ſpectãda ſit, iuxta l. Non aliter. de leg. 3. hoc requiri, vt filius ſit natus ex legitimo matrimonio: Naturalis autem filius, de quo nobis inſtitutus eſt ſermo, nõ eſt natus ex legitimo matrimonio, ſed ex concubina, ergo nõ habet qualitatem ex pacto inueſtientis requiſitam.

Ex altera parte illud obiicitur: *Tanta eſt vis matrimonij vt qui antea ſunt geniti poſt contractum matrimonium legitimi habeantur.* c. Tanta. qui filij ſint legitim.

At reſpondetur legitimos quidem eſſe ſed non ex legitimo matrimonio natos. Huic obiectioni occurritur ex c. Cum in cunctis. de elect. vbi dicitur, Epiſcopũ natum eſſe oportere ex legitimo matrimonio, & tamen legitimatum per ſubſequens matrimonium idoneum eſſe Gloſ. reſpondit in c. Innotuit. eodem tit.

Sed authoritas hæc gloſſæ probabilis eſt, non neceſſaria. Quare argumentum firmum manet.

Ego tamen exiſtimo, hanc ſententiam, quæ legitimationi fauet, rationi iuris magis conſentaneam eſſe. Nã cùm filij antea geniti, poſt contractum matrimonium legitimi habeantur, vt dicit text. in d. c. Tanta. quæro cauſam huius rei, vnde ſcil. filij antea geniti hoc beneficiũ, & ius conſequantur. hic reſpõderi nõ poteſt, cauſam eſſe, quia Princeps reſcribendo ita vult, & declarat, ſed reſpondere oportet,

id ex matrimonio provenire. Sed matrimonium subsequens, nõ potest efficere legitimos filios antea natos, sed tantùm nascituros, nisi lex succurrat, de filiis antea natis idem statuẽdo, quod de nascituris, ita, vt & antea nati, & postea nascituri eodem iure censeãtur. Quod cùm ita sit (neque enim id negari potest) hinc habemus, filios antea genitos legis interpretatione & auxilio haberi pro natis ex legitimo matrimonio: aut certè eodem iure cẽseri cum iis, qui post matrimonium legitimè contractum procreati sunt. Consequenter nisi quis verborum proprietatem, legum authoritati præferre voluerit, facilè iudicabit, eiusmodi filios per subsequens matrimonium legitimos effectos, ex legitimo matrimonio iuris interpretatione (quod sufficit) natos videri: atque adeò feudum obtinere posse.

CAPVT LII.

Si vasallus feudum habens alium subinfeudauerit rectè & legitimè, deinde mortuus fuerit, an feudum ita ad dominum reuertatur, vt non teneatur subinfeudatum inuestire, licet ei seruire voluerit.

SCribit author librorum feudalium lib. 2. tit. 9. in hæc verba: *Est autem optima consuetudine interdicta feudi alienatio, super qua multa & diuersa sententia dabantur in singulis Ciuitatibus, seu Curiis, donec imperator diuæ memoriæ Lotharius tertius promulgauit: super hoc nouam constitutionem, quæ posita post in titulo de beneficiis. Necessitate namque feudente poterat olim vasallus domino insciο vel inuito feudi partem vendere, retenta videlicet alia parte. Si vero vel totum, vel partem volebat per feudum aliquem inuestire: hoc licebat ei sine fraude facere. Si autem dissentiente domino vendebat, siue per feudum inuestiebat, (quod & ipsum syncerè hodie, & sine fraude licet ei facere) si tamen sine hærede masculo descendente decedebat, vel feudum in manu domini refutabat, aut alia forte ratione intercedente culpa amittebat: tunc omnis feudi alienatio ad irritum reuocabatur: eo excepto, quòd ille, qui secundo loco beneficium acceperat, non amittebat, si priore domino seruire, & ab eo feudum recognoscere volebat.*

Ex hoc loco habemus duo. Primum licere etiam iure hodierno, ei, qui feudũ habet, aliũ, vt vulgò loquimur, subinfeudare, sine consensu domini, si bona fide, & sine fraude id fiat. Alterum, mortuo subinfeudante sine descendentibus masculis, factam subinfeudationem ad irritum deduci: sed tamen si is qui subinfeudatus est, priori domino seruire velit, & feudum ab eo recognoscere, feudum non amittere, sed retinere posse.

Atque ita ex æquitate iuris rigorem temperante, quo resoluto iure datoris, resoluitur ius acceptoris, communi doctorum sententia receptum est: Vide interpretes in eum locum, Baldum in c. Cæterum, de iudiciis. Curtium iuniorem de feudis, parte 4 n. 85. vers. Sexta declaratio. Sonsbechium parte 13 n. 177. Ruginatium Baronem de iure beneficior. lib. 3. cap. 1. Cuiacium lib. 2. tit. 9. in vsus feudor. Duarenum cap. 12. nu. 14. Franciscum Bursatum con. 163. n. 32. lib. 2.

Cæterum, Afflictus in commentariis huius loci, num. 1. & 9. hodierno iure id quod secundo loco adnotaui, negat locum habere posse, quia per legem Imperialem dominus non teneatur vasallum habere eum quem nolit. Scribit etiam Clarus in §. Feudum. quæst. 32. vix hanc sententiam in praxi posse obtinere: sed & Hartmannus Pistorius lib. 2. parte posteriori, quæst. 44 n. 10. apertè statuit, hanc sententiam recipiendam non esse.

Verùm quantum ad Afflictum attinet, nisi de Constitutione Imperiali aliter nos doceat, quænam sit, & an extra fines Regni illius locum habeat non video, cur possim ei acquiescere. Dubitatio autem practica, vt sic loquar, Clari me non deterret, quià de iure, nõ de facto nunc dissero. Magis mouent argumenta Pistoris, veruntamẽ non remouent a communi sententia, tam præclaro fundamento innixa. Etenim eis respondere haud quaquam mihi difficilè videtur.

Primũ argumentum est, ex regula generali quæ docet, vasallum nihil omnino de feudo statuere, vel disponere contrahendo posse, quo se defuncto dominũ obliget, c. 1. §. Et si clientulus. de alien. feud. c. 1. §. E contrario. de alien. rei alien. fa.

Respondeo, omnis definitio in iure periculosa est. Ratum est enim, vt nõ subuerti possit. l. Omnis, definitio. de reg. iur. Hæc itaque generalis regula non habet locum in casu isto, nisi ostendatur lex, vel constitutio, contra text. in d. tit. 9. lib. 2.

Secundum argumentum est, quia domino inuito, alius quàm is voluerit, vasallus obtrudendus non est. c. 1. §. Si duo fratres. de fratre de nouo benefic. inuest.

Respõdeo, nihil obstare, quia non dicimus hoc generaliter esse receptum, & constitutũ, vt domino inuito vasallus, quẽ nolit, obtrudatur, sed in eo casu tantùm quem proposuimus. Quare non, si non possit obtrudi vasalli defuncti, idcirco sequitur, obtrudi nõ possint eum, qui subinfeudatus est.

Tertiũ argumentũ sumitur ex regula iuris. Resoluto iure datoris, nempe vasalli, qui subinfeudauit,

subinfeudauit, resoluitur ius acceptoris, l. lex vectigali ff. de pign. l. Si ex duob. §. Sed & Marcellus. ff. de in diem addict. § Rursus. quib. mo. feud. amittat.

Respondeo, rigorem iuris id exigere secundum regulam istam, verum æquitatem spectandam esse, secundum eam subinfeudatam, seruire velit, & a domino feudum recognoscere, sicut à vasallo recognoscebat, admittendũ esse. Videtur enim quasi nouus vasallus cõstitutus, priore vasallo viuente, cùm bona fide, & absque fraude constitutus fuerit. Denique lex ita specialiter scripta est, aut verius contuetu do introducta, de qua disputare non licet, sed secundum eam oportet iudicare.

Quartum argumentum est, quia subinfeudatio non nocet agnatis, ergo nec domino nocere potest. Respondeo, domino vt noceat specialiter receptum esse in hunc modum, vt teneatur subinfeudatum admittere, si seruire velit, & feudum ab eo recognoscere.

Quintum sumitur ex c. vlt. Si de inuestitura feudi contentio sit, &c. Verba hæc sunt: *Rursus si quis acceperit inuestituram feudi, cum omni incremento, quod ei obuenire, & aliquid acceperit, viuente eo, à quo acceperit, ipsius erit. Et si ille, qui inuestituram fecit, sine hærede decesserit, & feudum reuersum fuerit ad eum, à quo ipse tenuerit, vel ad alium: quicquid post mortem eius, qui dedit, accreuerit, ad eum pertinebit, ad quem regressum fuerit.*

Respondeo, nos non negare, quin id quod accreuit feudo, ad dominum pertineat. Feudũ enim vasallo priore defuncto ad eum reuertitur. Sed dicimus eundem dominum teneri, feudum ipsum subinfeudato relinquere, atque concedere, si is seruire voluerit, & ab eo feudũ recognoscere, quod non negatur ibi. Licet enim dominus teneatur ei feudum concedere, si seruire voluerit, &c. permagni tamen referre hoc, quod dicit textus, nempe incrementum ad dominum pertinere. Quid enim si ille nec seruire vellet, nec feudum ab eo recognoscere, aut seruire non amplius posset? Tunc enim dominus non teneretur.

Sextum sumitur ex §. vlt. Apud quem vel quos. Hæc sunt verba: *Si aliquis de capitaneis, vel maioribus valuasoribus, vel de minoribus, suum beneficium siue totum, siue partem alienauerit: & ipse vel hæres eius sine hærede decesserit: quia beneficium senioribus aperitur, totum quod fecit reuocari debet.*

Respondeo, textum loqui de alienatione facta a vasallo, nos autẽ tunc loquimur de subinfeudatione: inter ista discrimen apparet fuisse olim, & meritò nunc esse dicitur. Ex dicto tit. 9. lib. 2. in illis verbis: *Tunc enim feudi alienatio ad irritum reuocabatur: Eo excepto, quod ille, qui secundo loco beneficium acceperat, non amittebat, si priori domino seruire & ab eo feudum recognoscere volebat.*

Postremum argumentum est ex §. Rursus. quibus mod. feud. amittatur, vbi sic habetur: *Rursus, si fidelis minus mediatè libellario nomine feudum dederit, & sine hærede decesserit, & feudum ad dominum redierit, vel postquam ad libellum dederit, vel pignori obligauerit, & domino refutauerit, tunc ille, qui ab eo acceperit, nullo iure aduersus dominum se tueri poterit.*

Respondeo, nos in iis terminis nequaquam versari, sed in eo casu, quo feudum alieni vasallus per inuestituram dedit (quam vocamus subinfeudationem) de hac tacti specie nominatim constitutum fuit, & mutatum postea esse, non cõstat, vt dominus teneatur secundũ vasallum admittere, si seruire velit, & feudum ab eo recognoscere: quare argumentum ex omni alia specie alienationis petitum, non est satis firmum, quia inter hanc & alias alienationis species discrimen apparet fuisse, vt dixi.

Non obstat responsio allata ad text. quo nostra nititur communisque sententia, nimirum eam esse accipiendum, vt locum habeat, domino consentiente, & non repugnante, secus autem, si secundum vasallum subinfeudatum recipere noluerit.

Nam hæc responsio meram continet diuinationem, & repugnat verbis generalibus textus quibus dicitur, eum, *qui secundo loco beneficium acceperat, non amittere, si priori domino seruire, & ab eo feudum recognoscere volebat.* Est igitur in electione & arbitrio ipsius secũdi vasalli, an vellet beneficium retinere & non amittere, *domino scilicet seruiendo, & feudum ab eo recognoscendo,* non autem in domini arbitrio & voluntate feudum illi auferre, tanquam ad se reuersum ac deuolutum.

Aliam adfert responsionem idem Pistorius magis infirmam, quam & ipse tutam non esse fatetur, nimirum illa verba: *Eo excepto quod ille, qui secundo loco beneficium acceperat, non amittebat. Si priori domino seruire, & ab eo feudum recognoscere volebat.* Referenda esse ad eum casum, quo feudum a priore domino culpa amittebatur, non autem ad eum casum, quo prior dominus absque hærede decedebat. Nõ rectè, quia repugnant verba superiora, quibus omnes casus exprimuntur sub eadem determinatione, vt feudum ad dominum reuertatur, constituta differentia inter casum alienationis & subinfeudationis, vt significant illa verba: *Eo excepto, &c.*

CAPVT LIII.

Subuasallus feudum alienare volens, an consensum requirere debeat domini sui immediati, an verò superioris domini mediati.

QVatuor sunt Doctorum sententię hac de re. Prima, requirendum esse consensum domini mediati, exempli gratia. Titius feudum dedit Caio. Caius Sempronio. Sempronius subuasallus siue subinfeudatus alienare vult, quæritur, an requirere debeat consensum Titij (quem dominum mediatum, siue superiorē cum aliis interpretibus appello) an verò Caij domini sui immediati. Prior igitur sententia docet, exigendum consensum Titij ac Superioris mediati domini. Ita docuerūt Gio. in ca. Imperialem. in §. Illud. de prohibit. feudi aliena. per Frider. Bald. ibidem & Aluarotus, Iason consi. 176. lib. 1 Iacopinus à S. Georgio in inuest. feud. in verb. & cum pacto de non alienando. nu. 21. 22. Clarus §. Feudum. quæst. 32. Hanetonius lib. 3. cap. 10. Bursatus cons. 91. n. 1. & 117. n. 57.

Fundamentum est præcipuum, quia is consentire debet alienationi feudi, qui directum habet dominium eius, vt in d. c. Imperialem. sed directum dominium feudi habet dominus superior ac mediatus. Ergo illius consensus exigendus est.

Assumptio probatur. Nam subinfeudatio fit sine præiudicio domini. ergo retinet dominiū directum, quia subinfeudans remanet vasallus, vt patet. Et cum penes duos in solidum nō possit esse dominium. l. Si vt certo. §. Si duob. ff. commod. sequitur illud non esse penes subinfeudantem, quem immediatum subuasalli dominum appellamus.

Altera est sententia, exigendum esse cōsensum immediati domini. Ita Io. Faber in §. Adeo. in Instit. de locato. Zasius de feudis par. 9. num. 34. Hartmannus Pistoris quæst. 45. libr. 2. parte posteriori.

Fundamentum est in d. cap. Imperialem §. Illud. de prohib feudi alien. per Fridericum, vbi sic habetur: *Illud quoque præcipimus, vt si vasallus de feudo suo alium vasallum habuerit, & vasallus vasalli dominum domini sui offenderit, nisi pro seruitio alterius domini sui hoc fecerit, quem sine fraude antè habuerit, feudo suo priuetur, & ad dominum suum, à quo ipse tenebat reuertatur, &c.*

Si feudum reuertitur ad dominum immediatum, cùm vasallus eo priuatur ob delictum. ergo similiter ad dominum immediatum reuertetur, si absque eius consensu fuerit alienatum. Videtur enim dominus immediatus tūc contemni à vasallo. Igitur eius consensus exigendus est.

Tertia est sententia, requirendum esse consensum vtriusque domini, superioris nimirū siue mediati, & inferioris siue immediati. Ita Iacobus Ardizon. in summa feudali, cap. 103 vers. Nunquid sufficiat consensus maioris. Andreas Isernia in d. c. Imperialem. col. 4. vers. verius putarem, & ibidem Afflictus num. 45. & 46.

Fundamentum est, quia vtriusque domini interest; superioris & inferioris, ne sine ipsorum consensu feudum alienetur. Superioris quidem, ne feudum ab eo concessum crebris alienationibus diminuatur. Inferioris autem, ne illi inuito vasallus obtrudatur.

Quarta est sententia, distinguens inter feuda *quaternata*, & feuda, quæ *de tabula* dicuntur: in feudis de tabula sufficit consensus domini inferioris immediati. In feudis autem quaternatis requiritur consensus vtriusque domini, ita Marinus Freccia in commentariis feudalib. tit. de authoritate & potestate Baronis erga subfeudatarium, authoritate prima, in principio. Fundamentum est in constitutione Regni Neapolitani, quæ non pertinet ad rem nostram. Feuda quaternata appellant, quæ a superiori domino alicui vasallo simpliciter concessa, ab eo alteri subinfeudantur. De tabula verò dicuntur, quæ à subuasallis possideri, & subinfeudari solent.

Ego existimo, eorum sententiam probabiliorem esse, qui docent, exigendum esse consensum domini immediati inferioris, & moueor hoc argumento. Nam vt dicimus vasallum, qui subinfeudauit, & quem dominum immediatum appellamus, aliquid iuris in feudo habere, quod subuasallus ab eo accepit, & recognoscit, aut id negamus. Vt id negemus nulla ratio suppetit, cur enim dominus appellaretur? Cur ab eo feudum recognosceretur? cur vasallum haberet sibi obligatum, iuxta naturam feudi? Si fatemur eum aliquid iuris habere, necesse est, vt fateamur illud esse quoddam dominium directum, quod illi cōpetat, tanquam vtile dominium (sic enim vocant) habenti. Nam & dominium vsusfructus appellamus, sed siue directum dominium, siue aliter nuncupetur, non est in eo vis posita, modò cōstet de re, id est, eum habere aliquod ius in subuasallum suum, & in ipsum feudum. Ergo ratione huius iuris consensus eius exigendus est.

Dominus autē superior habet quidem ius in eodem feudo; sed non in subuasallum, nec enim ipse habere potest idem ius, quod habet dominus inferior. Nō enim duo possunt vno & eodem respectu esse vnius & eiusdem rei domini in solidum. Quid ergo? Habet dominus superior ratione feudi, & tanquam dominus illius sibi vasallum suum astrictum. Vasallus idem ita obstrictus, dominus & ipse est eiusdem feudi. & alium subuasallum, nempe sibi obstrictum tenet. Sic duo sunt domini in solidum, diuersis tamen respectibus & respectu diuersarum personarum. Hæc miris sed veris modis fiunt, ac proinde contrariæ

trariæ sententiæ firmamentum corruit.

CAPVT LIV.

Si plures sint successores in feudo, an & quomodo omnes fidelitatem domino iurare debeant?

NOnnulla est controuersia hac de re, quia Iacobus Cuiacius libro 3. tit. 9. existimat omnes successores fidelitatem iurare oportere quando feudum est diuisum, secus si indiuisum. Alij communiter docent siue feudum diuisum sit, siue indiuisum, omnes ad iurandum obstringi. Multi putant sufficere, si vnus solus reliquorũ omniũ nomine iuret. Zasius parte 7. n. 10. & 11 Chassanæus consuetud. Burgund. §. 7. n. 3. Moder. Parisien. contra in consuet. Parisien. §. 2. Glos. 4. num. 57. Breuiter res sic se habet: si textui acquiescẽdũ est. Omnes iurare oportet, siue feudum diuisum sit, siue indiuisum, nisi vni tantum obuenerit ex diuisione, quia ille solus iurabit: *Omnes filij eius qui feudum acquisierit, fidelitatem facere debent, maxime si indiuisum habent; quod si feudum ex diuisione ad vnum tantum peruenerit, ille tantum faciet fidelitatem.* Verba sunt textus in c. 1 §. Omnes, si de feudo fuerit content. &c. Idem probatur in c. Imperialẽ § Præterea ducatus. de prohibit. feud. alien. per Frideric. ibi: *Ita vt omnes, qui partem feudi habent, tam diuisi, vel diuidendi fidelitatem faciant.*

Nihil addo pro declaratione, quia verba satis sunt perspicua. Rursus poterit vnus cæterorũ nomine fidelitatem facere, si mandatum habuerit in eam rem, & procurator fuerit constitutus. Id probo ex c. 1. §. Sed vtrũ. per quos fiat inuesti. sic. n. ait: *Sed vtrũ ipse, vel alius pro se inuestituram faciat, vel suscipiat, nihil interesse putamus. Potest enim hoc negotium & per procuratorem ab vtraque parte expediri.* Ergo etiam fidelitatis iuramentũ præstari potest per procuratorem. Id probo ex sequentibus verbis eiusdem text. *Nulla autem inuestitura debet ei fieri qui fidelitatem facere recusat.* Si igitur per procuratorem inuestitura suscipi potest, etiam per eundum iuramentum fidelitatis præstari potest, quia is alioqui inuestituram obtinere non posset.

Negotium fecit aliquib. text. in extraord. cap. feudor. apud Cuiac. li. 4. tit 77. sic dicens: *Cum plures fratres vasalli paternum habent beneficium, donec illud indiuisum possident, vna fidelitas, & vnum seruitium domino fieri debet. Si vero partitum fuerit, quot partes erunt, tot erunt fidelitates.*

Existimatũ est, sentẽtiam hanc esse, si feudũ sit diuisum, omnes iurare debere, si indiuisum sit, vnum tantùm iurare debere: & ideo text. in §. Omnes. si de feudo fuerit contentio, &c. corrigendus est in hunc modum, vt loco illorum verborum; *Maximè indiuisum habent*, rescribendum sit, *maximè si diuisum habent.* Frustra, & non rectè. Frustra, quia illud verbum, *maxime*, argumento esset, idem esse statuendum, quando feudum esset indiuisum, licet magis id procederet in feudo diuiso. Non rectè, quia textus nõ est corrigendus absque authoritate, vel necessitate. Nulla hic authoritas est, nulla necessitas, quin textus in c. extraord. non dicit, vnum tantùm ex fratrib. ad iurandã fidelitatem teneri, quando feudum est indiuisum, sed dicit vnam fidelitatem præstandam quod significat, omnes fratres ac successores in feudo simul obligatos esse ad fidelitatem, & ad seruitium, non autem separatim, vti quando diuisum est feudum, quo in casu, *quot sunt partes feudi, tot sunt fidelitates*, quia scilic. singuli separatim iurant, & quilibet pro sua parte tenetur ad seruitium præstandum, & ideo subdit textus ille, quando feudum est diuisum: *seruitia verò non pro partibus, vt vnum primum, videlicet grauiora, sed pro quantitate beneficij moderanda.* Sensus est, quando feudum est diuisũ, non esse præstanda separatim seruitia à singulis hæredibus in eum modum, quo vnum duntaxat seruitium præstabatur antea, cùm feudum esset indiuisum ab omnibus, vt scil. tantum quilibet teneatur seorsim præstare, quantum antea omnes simul, sed seruitia *pro quantitate beneficij moderanda*, id est singuli præstare debent seruitium pro rata, ratione habita eius partis feudi quã possident. Quod verò de seruitiis dicitur, intelligitur de grauioribus, scil. grauiora seruitia non pro partibus, vt vnũ illud primum præstanda esse, veluti præstabatur tempore, quo indiuisum erat feudum, ad differentiam leuiorum seruitiorum, in quibus talis moderatio necessaria non est. Ita mihi videtur text. explicandus, quanquam paulò secus Hartmanus Pistoris explicet, quæst. 47. num. 17. libro 2. parte posteriore.

CAPVT LV.

Si dominus feudi decesserit, relictis plurib. successoribus, vtrum vasallus teneatur omnib. præstare fidelitatis iuramentum.

COntrouersiæ, de qua disseruimus in præcedenti capite, affinis est altera de pluribus hæredibus & successorib. ab eo relictis, qui feudi dominus erat, vtrum singulis iuramentum fidelitatis præstandum sit. Etenim affirmant Accursius in l. Si vsusfructus legatus s, 16. in vers. oportere. ff. de vsufruct. Bartol. in l. cùm vnus. ff. de alimen. & cib. legatis, &

multi alij, quos refert & ſequitur Iaſon in l. de pupillo. §. Si plurium. n. 6. ff. de oper. noui nunc.

Sed negant, & vni tantùm hæredum faciẽdam eſſe fidelitatem contendunt, Gloſſ. in §. Omnes. in fine. ſi de feudo defuncti cõtentio ſit, &c. Andreas Iſernia, & Baldus ibidem, Hoſtienſis in ſumma de Feudis. §. vlt. Aretinus in l. 2. §. Ex his. in 2. not. ff. de verb. oblig. Iacopinus in inueſtitura feudali, in verſ. *Qui quidem inueſtiti*. n. 28.

Alij dicunt, vaſallum non teneri ſingulis dominis ſeparatim fidelitatẽ facere, ſed tantùm vni eorum communi omnium vice & nomine eam recipienti. Ita Martinus Laudenſis, Aluarotus & Præpoſitus in d. §. Omnes. Zaſius de feudis. part. 7. n. 11 12. Moder. Pariſ. in Conſuet. Pariſ. §. 2. Gloſſ. 4. n. 53.

Ego puto priorem ſententiam omnib. alijs probabiliorem eſſe, & iuri magis conſonam, ſed ita tamen accipiendã, vt ſi vaſallus omnibus hæredibus ac ſucceſſoribus fidelitatem faciat, nõ tamen teneatur plura ſeruitia præſtare, ſed vnum tantùm ſeruitium omnib. ſimul feudũ poſſidentibus, ſiue diuiſum ſit, ſiue indiuiſum. Quod primò dixi, probo euidenti ratione. Nã certum eſt omnes & ſingulos hæredes ac ſucceſſores domini defuncti pro rata parte feudum obtinere: Ergo ſingulis, tanquam feudi dominis pro rata, fidelitatis iuramentum præſtari debet a vaſallo: Sed quia iuramentum eſt indiuiduum, neque. n. pro parte præſtari poteſt, quia non recipit diuiſionẽ, hinc efficitur omnibus & ſingulis hæredibus præſtandum eſſe, argumen. l. Hæredes. §. An ea. ff. fam. hercifc. l. 2. §. Ex his. verſ. Ex quo. ff. de verbor. oblig. Quod autem ſecundo loco dixi, probo, quia ex perſona hæredũ conditio obligationis nõ immutatur. l. 2. §. Ex his. ff. de verbo. oblig. Immutaretur autem, ſi vaſallus ad præſtanda plura ſeruitia teneretur, quia domino priori vnum tantùm ſeruitium præſtare tenebatur.

Fundamentum contrariæ ſententiæ poſitũ eſt in c. Imperialem. §. Præterea ducatus. de prohib. feudi alien. per Frider. vbi dicit text. *Præterea ducatus, Marchia, Comitatus de cætero non diuidatur. aliud autem feudum, ſi conſortes voluerint, diuidatur: ita vt omnes, qui partẽ feudi habent iam diuiſi, vel diuidendi fidelitatem faciant, ita tamen, vt vaſallus pro vno feudo plures dominos habere non compellatur: nec dominus feudum ſine voluntate vaſalli ad aliũ transferat*.

Reſpondeo, hanc eſſe huius textus ſententiam, Dominum non poſſe partem feudi alienando vel diuidendo hoc efficere, vt vaſallus duos cogatur habere dominos, loco vnius. Nihil offendit ſententiã noſtram hoc argumentum, quia & nos fatemur, plura ſeruitia præſtanda non eſſe, quando ſunt plures ſucceſſores, ſed vnum tantum. Et conſequenter non cogitur vaſallus plures dominos habere, quia omnes hæredes & ſucceſſores ſimul ita ſunt domini, vt vnum dũtaxat ſeruitium exigere poſſint à vaſallo. Præclarè Iabolenus in l. cui fundus. c. ſ. ff. de cond. & demonſtr. *Et omnis numerus eorum, qui in locum eius ſubſtituuntur pro ſingulari perſona eſt habendus*. Videas Clarum in §. Feudum. quæſt. 49. verſ. Quæro nũc. & Hartmanum Piſtorium quæſt. 47. lib. 2. parte poſteriori, n. 19.

CAPVT LVI.

Si vaſallus cum conſenſu domini feudum creditoribus ſuis obligauerit, deinde nullis deſcendentibus relictis deceſſerit, verum dominus, ad quem feudum reuertitur, teneatur ſatisfacere creditoribus

Eſt hæc magni momẽti quæſtio, an feudo ad dominum reuerſo ob vaſalli mortem abſque deſcendentib. reſoluatur hypotheca ipſius feudi, quæ cum conſenſu domini contracta eſt vaſallo, ſcilic. illud creditoribus ſuis obligante & oppignorante. Exiſtimo non reſolui, ſed manere, donec ipſis creditorib. ſatis factum fuerit: Et moueor textu, Ratione, Authoritate. Textu. Adduco enim cap. 1. §. Etſi cl entulus, de alien. feudi, cuius hęc ſunt verba: *Etſi clientulus fecerit libellum, vt aliud de medietate feudi ſine domini voluntate, eo mortuo, ſine legitimo hærede maſculo (quod verbum ita intelligendum eſt in feudo) id eſt ſine filio maſculo, reuertitur feudum ad dominum. Si verò cum domini voluntate totum vel medium alienauerit, ſtabilis permaneat alienatio*.

Hæc eſt ſententia textus, alienationem firmam permanere factam cum conſenſu domini, nec ideo reſolui, quoniã vaſallus, qui alienauit, abſq. filio maſculo deceſſerit, ac proinde feudum fuerit ad dominum reuerſum. Si alienatio manet firma & ſtabilis, neque reſoluitur, Cur non & obligatio ſeu oppignoratio? licet. n. feudum per oppignorationem non alienetur, ſicut per venditionem, tamen eadem eſt in oppignoratione, quę in venditione, imò maior. Nam ſi alienatio firma permanet in præiudicium domini cõſentientis, multò magis firma debet manere oppignoratio, quæ minus præiudicij domino affert: ſicut alienatio, conſentiente domino, valet, ſic & oppignoratio. c. Imperialẽ. de prohib. feudi alien. per Frideric. quare nil proponi videtur, cur illa non reſoluatur, imò *ſtabilis permaneat*, vt textus loquitur, hæc verò infirmari, & ad irritum deduci debeat.

Ratione

Ratione hanc sententiam probo. Nam siue perpendamus mentem contrahentium, siue id quod æquitati consentaneum est, firmam permanere oportet oppignorationem hinc. Creditoris procul dubio ea fuit opinio ac intentio, vt super feudo securitatem haberet, atque hoc inter ipsum & debitorem actum est, feudúmque proinde oppignoratum. At quæ securitas hæc est, si resoluatur hypotheca mortuo debitore, & feudo quandoque ac vtile domino ad dominum reuerso? Non est verisimile, si cogitasset perpetuam non fore hypothecam, eam fuisse pecuniam mutuaturum, aut eam cautionem tam fragilem accepturum. Nec diuersa intelligi potest domini consensum accommodantis intentio fuisse, quia secundum naturam actus & contractus pignoris consensisse existimari debet, ita nimirum, vt maneat pignus, donec debita offeratur pecunia, soluatúrque iis modis, quibus iure constitutum est in tit. quib. mod. pign. vel hypotheca soluitur.

Authoritate moueor, quia ita docuit Marinus Freccia libr. 2. de authoritate & potestate Regis erga subfeudatarium, authoritate 29. n. 8. vers. Fallit etiam hæc regula, vbi alios citat & refert, ac sequitur Hartmannus Pistoris. l. 2. parte posterior. quæst 48 n. 22.

Contrarium docuerunt Afflictus in c. 1. n. 31. qui success. tenean. Zasius de feud. part. 6. n. 17. & par. 9. n. 8. & 19. qui tamen loquitur, quando dominus consensit adiecta clausula, saluis iuribus ipsius. Idem latè respondit in terminis eiusdem clausulæ adiectæ consensui præstito in oppignorationem & alios citat latè disserens Franciscus Bursatus in cons. 171.

Primum argumentum est, quia omnis promissio & conuentio intelligitur rebus sic stantibus. l. quæro. §. Inter locatorem. ff. locati. l. si fuerit. ff. pro socio. l. quod seruus. ff. de cond. cau. data. latè Tiraquell. ad l. si vnquam. C. de reuo. dona. in præfatione. n. 162. Ergo consensus domini in oppignorationem factam, locum habere intelligitur, ac domino præiudicare, rebus sic stantibus, id est, donec vasallus, qui oppignorauit feudum, vixerit, siue successores eius feudum obtinuerint, non autem, si feudum reuertatur ad ipsum dominum.

Respondeo, antecedens sumptum esse ex regula brocardica, vnde sumptum argumentum sæpe infirmum esse didici & animaduerti. Licet enim in dictis legibus promissio facta propter certas quasdam & iustas causas intelligatur, rebus sic stantibus, non tamen inde sumi potest generale quoddam ac veluti absolutum axioma, quamlibet conuentionem ac dispositionem accipiendam fore rebus sic stantibus, ita, vt quælibet varietas & mutatio contingens rerum immutet, infringátque ipsam promissionem & conuentionem. Nam ne longius exempla petamus, ecce tibi casum alienationis feudi, cum consensu domini, à vasallo factæ. Vasallus moritur sine descendentibus masculis. Nunquid facta alienatio reuocetur, an verò consistat? Si spectes illud generale pronunciatum. Quælibet promissio & obligatio intelligitur rebus sic stantibus, dices feudum ad dominum reuerti, alienationem rescindi, consensúmque non obstare, quia non amplius res est in eodem statu. At contrarium deciditur in d. §. Et si clientulus. nimirum alienationem stabilem permanere. Cur ita? quia secundum ipsam naturam actus, & intentionem contrahentium, & rei æquitatem iudicandum est, non secundum generales quasdam regulas. Omnis enim definitio periculosa est l. Omnis definitio. de reg. iur.

Secundum argumentum est, quia non solet consensus præiudicare iuri proprio ipsius consentientis, quoties interponit, & adhibetur pro authoritate rei gestæ, vt valeat. l. Caius. ff. de pig. act. l. Cum quædam. C. de admin. Tut. Ergo consensus domini non præiudicat ipsi in iure proprio, & consequenter non impedit, quò minus vasallo sine masculis defuncto, feudum liberè ad eum reuertatur.

Respondeo, consensum non præiudicare domino, circa ius directi dominij, quod habet, & habuit tempore alienationis feudi, neque circa consolidationem vtilis dominij cum directo, modo pignus firmum maneat, quia si firmum non consisteret feudi obligatio a vasallo facta, domino consentiente, id creditori præiudicium adferret, & naturæ rei gestæ repugnaret. Ea quippe natura contractus pignoris est, vt maneat ius firmum creditoris, donec ei pecunia fuerit persoluta.

Tertium argumentum est, quia consensus domini, oppignorationi præstitus, confirmat oppignorationem, quæ aliàs non valeret. Cõfirmatio autem non tribuit nouum ius. Qui enim confirmat, nihil dat. c. Quia diuersitatem. de concess. præben. l. Et quia. ff. de iurisd. om. iud.

Respondeo, hoc sufficere, vt propter domini consensum ita valeat oppignoratio, vt postea non infirmetur, cuius contrarium non probat dictum argumentum.

Quartum argumentum est, quia dominus consentiendo in oppignorationem feudi, non censetur renunciante iure suo, quod scilicet per mortem vasalli, absque masculis à lege ei defertur. Neque enim renunciatio præsumenda est l. Si dominus. ff. de serui. vrb. præd. l. Et ex pluribus. ff. de solut. l. Cùm de indebito. ff. de probat.

Respondeo, non ideo consistere obligationem mortuo vasallo, quia dominus videatur iuri suo renunciasse, dum oppignorationi cōsensit, sed quia oppignoratio semel rectè & legitimè facta, non debet irritari propter casū superuenientem mortis vasalli. Cur enim mors vasalli noceret iuri quæsito creditoris? Nec dominus amittit vtile dominium, sed illud obtinet cum sua causa.

Quintum argumentum est, quia plurimum hæc inter se differunt, consentire, & obligari. Dominus ergo, qui consensit oppignorationi feudi, non est obligatus propter hunc consensum, ad soluendum æs alienum creditori ipsius vasalli.

Respondeo, dominum quidem non obligari ob consensum præstitum ad soluendum æs alienum: sed hoc efficere consensum præstitum, vt feudi oppignoratio legitimè constituta esse dicatur, ac proinde ita stabilis & firma permaneat, vt creditor pignori rectè insistat, donec ei debita pecunia persoluatur, nec aliter pignus & hypotheca eius soluatur, quàm solutione eius quod debetur vel aliis legitimis modis.

Sextum argumentum est, quoniam in generali sermone non continetur persona loquentis. l. Inquisitio. C. de solutio. l. Qui insulam. §. vlt. ff. locati. Ergo dominus oppignorationi feudi consentiens, de propria ipsius obligatione sensisse existimandus non est.

Respondeo, brocardicum est quod assumitur & nullius momenti argumentum, quia non dicimus, dominum vigore consensus obligari, sed per consequentiam, si vult feudum liberare, & pignus ipsum luere.

Septimum argumentum. Qui consentit alienationi rei sibi debitæ in aliquem euentum, non propterea ius suum amittit, eueniente casu quo res ad eum deferatur, vt not. in l. Si a substituto. de leg. 1. Bartol. in l. Qui Romæ. § Duo fratres. in 12. quæst. ff. de verb. oblig. Alex. in cons. 40. p. 7. li. 4. Ergo nec dominus in proposita specie oppignorationi consentiendo ius suum amittit, feudo ob mortem vasalli, absque liberis ad eum deuoluto.

Respondeo, brocardica est propositio, ex qua conficitur argumentum, non hoc volunt Alex. non Bart. Contrarium docet Crauetta in cons. 24. nu 9. alios citans. Sed riuulos non adeamus, fontes spectemus. Imperator Gordianus *Quoties ab omnibus qui alienatione facta ad fideicommissi petitionem aspirare possunt, venditio celebratur, aut quibusdam vendentibus (atrige aures) alij consenserit, contractus authoritas conuelli nequaquam potest.* Idē habemus ex l. Nihil. §. 1. de leg. 1. & alibi. ex quo videre licet, quam arundineo scipione nitantur, qui generalibus istis propositionibus nituntur.

Postremum argumentum pertinet ad eum casum, quo consensus à domino interponitur, *saluo iure ipsius.* Hæc enim clausula & protestatio efficere debet, vt nullum consentienti præiudicium inferatur, arg. l. Si debitor. §. 1. & l. Sicut. §. Non videtur. ff. quib. mod. pig. vel h. pot. sol. Respondeo, duplex ius dominij distinguēdū esse, vnum est directi dominij, & istud reseruatum esse intelligitur, quare oppignoratio consistit, saluo tamen iure directi dominij, quod in consensu præstiti expressè reseruatur, vel tacitè reseruatum intelligitur. Alterum est ius vtilis dominij consolidandi cum directo, eueniente casu mortis vasalli absque liberis: Et istud quoque reseruatum intelligitur, neque enim impeditur hæc consolidatio, sed saluo iure creditoris, quod habet in pignore. Neque enim ius creditoris ex illa reseruatione tollitur. Et hoc est quod doctores dicunt, clausulam illam *saluo iure domini*, non includere ea iura, quæ dominus consentiendo patitur in alium transferri. Alioqui reseruatio illa consensui esset contraria, & veluti quædam protestatio contraria facto. Sed de hac re satis.

CAPVT LVII.

Consensus præstitus à domino feudi oppignorationi à vasallo facta, vtrum ad vsuras, siue ad id quod interest extendatur?

VAsallus feudum oppignorauit, cōsentiente domino, valet oppignoratio creditori facta, & non quoad sortem duntaxat pecuniæ debitæ, verū etiam quoad vsuras, siue interesse post moram debitas, sicuti post Ioachimum Camerarium in c. Imperialem. de prohibita feudi alien. per Fridericum docet Hartmānus Pistoris lib. 2 parte posteriori, quæst. 49. n. 18. Huius rei hanc cōiecturam habeo, quod fideiussor (cuius obligatio strictè accipiēda est) in omnem causam conductionis obligatus, tardius illatarum per moram conductoris pensionum vsuras præstare cogitur. l. Quæro ff. locati. Nā sicut obligatio fideiussoris ad vsuras extenditur, ita & consensus domini, quia dum dominus in oppignorationem consentit feudi, dicitur in omnem casum consentire. Alia ratio est fideiussoris, qui cum taxatione in certam quantitatem obligatus est, vt in d. l. Quæro. & similiter domini consentientis, vt feudum oppignoretur à vasallo sub certæ quantitatis taxatione: tunc enim consensus pertinet ad sortem tantūm.

Contrarium docuit Martinus Frecia, de authoritate & potest. Baronis erga subfeudatarium, q. 20. & ante eum Afflictus ad c. Imperialem, quæst. 8. n. 23. de prohib. feud. alien. per Frideric. Negat enim dominum consentire in omnem casum, dūm consentit oppignorationi

tioni feudi, quod facilè concesserim, si adiectâ certę quantitatis taxatione, vt dictum est, consentiat, puta cōsentio, vt pignus oppignoratum sit pro quantitate centum aureorū duntaxat. Cæterum, si consentiat simpliciter, nec ad certam summam pecuniæ cōsensus restringatur, aliter est respondendum. Quod verò dicit Marinus, non extendi consensum ad vsuras, quæ ex mora veniunt debitoris, quia culpa debitoris vasalli domino nocere non debet, nihil mouet, quia mora debitoris vasalli non nocet domino per se & principaliter, sed in consequentiam contractus pignoris, cui dominus ipse consensit. Nam vsuræ veniunt tacitè & in consequentiam contractus bonæ fidei post moram, ex officio iudicis. l. Lucius. ff. depositi. & d. l. Quære. ff. locati. Quare Dominus consentiens pignori, qui contractus bonę fidei est, §. Actionum. in Instit. de act. videtur consentire in omnem causam, quæ *ex numeratione nasci potuit*, vt verbis vtar Pauli in l. Si quis pro eo. §. Si nummos. ff. de fideiussor. licet non ignorem ad aliam facti speciem responsum illud pertinere.

CAPVT LVIII.

Feudum nouum concessum iure antiqui feudi, vtrum naturam assumat feudi antiqui?

FEudum nouum iure antiqui feudi à domino datum nunquid naturam habet antiqui feudi? Negant Oldrad. in cons. 178. Factum tale est. Albericus in dictionario iuris, in verbo, Nouum non est. Alex. in cons. 10. li. 3. Iason in prçludiis feudorum, n. 88. & in cons. 57. lib. 1. & in cons. 151. & 180. lib. 2. Zasius cons. 13. n. 14. lib. 1. alios citat Antonius Gabrielus commun. concl. lib. 1. tit. de Feudis. concl. 1.

Fundamentum est, quia verba illa, *iure antiqui feudi*, veritatē non immutant. argumento l. Si fortè. ff. de Castrensi peculio. ibi: *Veritatem enim spectamus, non quod quis finxit.* Addit Iason aliud argumentum, contrariorum eadem est disciplina, seu feudum antiquum concessum iure feudi noui, non assumit naturam feudi noui, arg. c. 1. de vasallo decrepitæ ætatis, & cap. 1. an agnatus vel filius. Ergo è conuerso idem dicendum.

Affirmant alij magis communiter doctores apud Antonium Gabrielū, loco proximè citato. Clarum §. Feudum. q. 8. Roland. à Valle, cons. 6. lib. 1. & cons. 16. lib. 3. Menochium in cons. 160. n. 25. lib. 2. Ludolphum Schraderum, parte 2. [illegible] 3. n. 70.

Fundamentum est, quia sicut contractus ex conuentione legem accipiunt. l. 1. §. Si conuenit. ff. depositi. Sic feudales cōcessiones ex tenore inuestiturę. Tenor enim inuestiturę spectandus est, c. 1. de feudo Marchiæ, ca. 1. de fratrib. de nouo benef. inuest. cap 1. de feudo non habente propriam naturam, c. 1. de natura success. feudi, c. Si cui militi. §. Item si quis eo tenore. in capitulis extraordinariis.

In hac quæstione, quo minus communiorē sententiam affirmantem amplectar, nec Iasonis, nec Oldradi argumentum remoratur. Nā fateor, verba illa *iure antiqui feudi*, veritatem non immutare: neque enim hoc efficiunt, vt verè feudum sit antiquum, sed vt assumat naturā & vim antiqui feudi, ac eodem iure censeatur quo antiquum feudum. Hoc verba significant, voluntas partium adest, & potest esse: quid enim prohibet, quo minus pacto noua natura feudo tribuatur ab ea diuersa quam habet? lex autem in argumento allata loquitur dè eo, quod in potestate disponentis non est, vt inducatur.

Argumentum verò Iasonis nullius est momenti, quia subest ratio diuersitatis. Nō potest pacto effici, vt feudum antiquum assumat naturam feudi noui, quia id agnatis præiudicat, quibus competit ius ex antiquis inuestituris. Vasallus autem neque cum domini consensu præiudicare potest agnatis, vt in c. 1. de alien. feudi patern. Quòd autem feudum nouum assumat naturam feudi antiqui, non vergit in alicuius præiudicium, nisi domini, quia multi succedunt, qui aliàs non succederent, si feudum nouum esset.

Magis igitur mouet et Alexandri argumentum: illa verba inuestituræ: *iure antiqui feudi, vel secundum naturā antiqui feudi*, alium sensum posse recipere: vt nimirum dominus significare velit, feudum antiquitus concedi solitum esse: Sed quæstio proponitur sub ea facti specie, in qua constat feudum nouum esse, & inuestituræ tenorem ita esse conceptum, vt sensus sit, feudū licet nouum, concessum tamē fuisse secundum naturam antiqui feudi: Ita vt non iure noui feudi, sed antiqui censeatur.

Illud ergo vnum communem sententiam dubiam reddere videtur, quod si in proposita hypothesi feudum susciperet naturam antiqui feudi, ius & actio agnatis quæreretur, iisque in successione post vasalli obitum locus pateret, sicut in antiquis feudis constitutū est. At hoc regulis iuris repugnare videtur, quib. cautum est, neminem alteri stipulari posse nisi sit in potestate. l. Stipulatio ista. §. Alteri. ff. de verb. oblig. l. Si mihi & Titio. ff. de verb. oblig. Sed respondendum est, hanc iuris regulam non procedere in feudis. Id patet ex cap. 1. de feudo Marchiæ. ibi: *Nisi pactū fuerit in inuestitura quod fratri frater succed. ver.* & in c. 1. de duob. fratrib. à Capitaneo inuestitis ibi: *Propter tenorem inuestituræ [illegible] eius pars fratri non domino est quæsita.*

Rationem hanc adfert; quia feudum est beneficium, & ex amore domini procedit & acquiritur, cap. 1. de feudo dato in vicem legis commissoriæ. Ita verò iure specialiter constitutum est in donatore & liberalitatem exercente, vt pactum valeat adiectum in fauorem alterius. l. Quoties, C. de donat. quę sub modo. Ergo & in feudis ac beneficiis, quæ à donatione non procul distant, idem constituendum videtur.

Hæc autem sententia communis non procedit in prælatis Ecclesiarum, absque solennitate requisita res in feudum concedentibus, quia illi sicut non possunt res in feudum concedere, nisi solitæ sint infeudari, vel nisi solennia adhibeantur, ita nouum feudum concedere non possunt, secundum formā antiqui feudi, & ita omnes docent, solus, quem viderim, Curtius iunior parte 1. quæst. 8. ad finē, dissentit ab hac sententia, perperam, vt mihi sanè videtur: *Quando prælatus, inquit, confitetur quod habet iuris præsumptionem pro se, talis confessio valet, sed feudū in dubio præsumitur antiquum. Ergo, &c.* Non rectè monet, quia quæstio supponit feudum esse nouum, & id certum esse, non autem dubium, consequenter præsumptionibus & coniecturis locus non est, quas adducit, vt antiquum præsumatur, de qua præsumptione sitne iuri consona, sequenti capite differemus.

CAPVT LIX.

Feudum an in dubio antiquum vel nouum præsumatur.

DE hac quæstione tres sunt doctorū sententiæ, vna & magis communis est, feudum in dubio antiquum præsumi. Altera, nouum præsumi. Tertia, nec antiquū neque nouum præsumi, sed asserenti antiquum esse vel nouum, probationem incumbere. Vide Iacobum Menochium de Præsumpt lib. 3. Præsum. 93. & de arbitr. iudic. casu 191. & Ludolphum Schraderum de feudis part. 2. c. 3. nu. 41. Isti alios citant diligenter & prolixè.

Prioris sententiæ fundamentum est in cap. 1 de success. fratrum, vel gradib. succedent. in feudo, & in c. 1. Si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnatos.

Secundæ opinionis fundamentum est, quia cùm res præsumatur libera potius, quàm feudalis. argum. l. Altius. C. de seruit. & aqua. præsumendum videtur, rem fuisse antea liberam & non feudalem: & consequenter si constet nunc feudalem esse, credendum est, potius feudum esse nouum, quam antiquum.

Tertiæ opinionis fundamentum esse potest, quia ei qui dicit incumbit probatio. l. 2. ff. de probatio. Et quilibet probare tenetur id, quod est fundamentum suæ intentionis vel exceptionis. l. Actor. C. de probat. l. Generaliter. ff. de Except.

Ego puto hanc quæstionem decidi ex d. ca. 1. de succ. fratrum, vel grad. succed. in feud. & c. 1. Si de feudo defuncti fuerit contro. atque ita decidi, vt neque priori sententiæ, neq; posteriori sit locus, nec tertia quoque sentētia recipienda sit, sed hanc rem pendere ex probationibus factis, quibus deficientibus, ab vtraque parte iureiurando delato, causam esse decidendam.

Sic enim authores feudalium librorum citatis locis docent. *Si vero dominus vel alius beneficium defuncti nouum esse dicit, agnatus autem illius proximus paternum esse contendat, tunc onus probationis incumbit illi qui nouum dicit.* Hæc verba priori sententiæ suffragarentur, sed ita pergit textus. *Sed scio aliter pronunciatum esse. Bonus enim iudex causa cognita diligenter intueatur, cuius potius iuramento dirimenda sit hæc quæstio, vtroque scilicet in probatione deficiente.*

Rursus alibi sic habetur. *Si de feudo defuncti militis sit contentio inter dominum & agnatos defuncti, domino nouum feudum, agnatis verò paternum esse contendentibus, agnati in possessione feudi, de quo quæritur, constituendi sunt. Eo facto super principali quæstione cognoscendum est. Vtroque autem deficiente in probatione electio iurisiurandi agnatis danda est.*

Hic vides ab vtraque parte probationes exigi: vtraque verò deficiente iureiurando litem esse dirimendam, & agnatis electionem dandam, an scilicet ipsi iurare velint, vel aduersæ parti iusiurandum deferre. Non ergo affirmandum, feudum antiquum præsumi, quia si antiquum præsumendum esset, nulla ex hac parte probatio exigenda esset. Non est etiam affirmandum, nouum præsumi, quia sic eodē modo non incumberet probatio; sed dicendum est, quod textus tacitè indicat, vtramque partem probare oportere. Et vtraq; parte in probatione deficiente, iudicem æstimare oportere, cuius potius iureiurādo decidenda sit quæstio. Atque in dubio agnatis electionē iurisiurandi dandam esse: quod ego sic accipio, si aliquid pro agnatis sit, quod iudicem moueat ex eo quod habetur in cap. 1. §. Sacramentum. de Consuet. recti feudi, vbi *Sacramentum non semper est dandum possidenti, sed quandoque possidenti, quandoque petenti, quandoque neutri datur. & cùm alicui horum datur, ita demùm datur, si aliquid pro eo sit, quod iudicē moueat: vbi nihil est, quod faciat pro aliquo eorum præter possessionem solam: tunc secundum quod iudici melius visum fuerit, aut possidenti datur Sacramentum, aut authore nihil probante, qui conuenitur.*

conuenitur, etiamsi nihil præstiterit, absoluitur rem, vel obtinet.

CAPVT LX.

Possitne vasallus inuito domino feudum refutare?

SI quis omnium scripta perpenderit, qui de hac quæstione disserunt, vtrum vasallus renunciare possit domino suo inuito feudum, inueniet, nisi fallor, quinque diuersas sententias. Prima est, si domini non intersit, quia scilicet non sit intempestiua renunciatio, vasallum renunciare posse feudum in manibus domini etiam inuiti. Ita Curtius iunior de feudis, part 4. n. 35. Zasius in vlt. part. n. 13. Fundamentum est in c. 1. de vasallo, qui contra constit. Lotharij ben ficium alienauit. Sic enim text. ait: *Quia vasallus etiam sine domini voluntate rectè feudum refutare potest, post refutationem tamen ad seruiendum non tenetur, sed eum quidem tunc offendere non debet.*

Secunda est sententia, refutare posse feudum nisi sit ligium, ita Baldus in c. Cæterum. in 6. col. de iudic. Ratio est, quia graue est Principi fidem fallere, ideo non debet vasallus eum illudere feudum renunciando.

Tertia est sententia cæteris communior, distinguendum esse vtrum feudum datum sit, pro aliquo seruitio determinato à vasallo præstando, an verò pro indeterminato seruitio & generali, quod debetur ex natura feudi. Priore casu feudum refutari non posse, posteriori autem posse. Ita omnium primum docuit Glo. in c. 1. §. vlt. de cap. qui curiam vendi. Bartolus in l. Is cum quo. ff. de aqua plu. arcen. Alexan. in l. Si quis vi. §. Differentia. nu. 14. ff. de acq. possess. Clarus §. Feudum. qu. 34. alios citat Ludolphus Schraderus de feudis, parte 8. cap. 1. n. 61.

Ratio differentiæ inter vtrumque casum, à dicta Glossa adfertur his verbis, *Quoniam vasallus qui habet feudum conditionale* (id appellamus ad certum seruitium) *est obligatus domino ad illud seruitium, vel per stipulationem, vel saltem per pactum in isto contractu infeudationis appositum, & ita vestitum: vnde certa actione ad id faciendum posset à domino conueniri, puta vel ex stipulatu, vbi ad factum est obligatus per stipulationem: vel certi condictione, vbi certũ quid promiserit: vel præscriptis verbis, vbi stipulatio non interuenit, vel etiam condictione ex maioribus informata per pactum. quod esset ineptum dicere, vt per eius refutationem actio domino cõpetens tolleretur. At cùm libere feudum recepit, non apposita aliqua conditione, sed simpliciter fuerit de eo inuestitus, nihil est præter sacramentum, de quo Deum habebit vltorem, si contra fecerit, si fidelitatem iurauerit, quia & feudum amittit si culpam committit, per quam amittere debeat. Ad nihilum enim est obligatus, nisi ex natura feudi, nisi quia si domino non seruierit, secundum quod ex natura feudi debuerit, ipsum feudum amittit. sicut enim iure consuetudinario feudorum permittitur vasallo feudum refutare, ita eodem iure liberatus est, postquam feudum refutauit ab illa obligatione naturali, qua tenebatur domino seruire: Et hoc est, quod ibi dicitur ad seruiendum postq eam refutauit non tenetur.* Hactenus Glos.

Quarta est sententia, feudum refutari non posse, etiamsi pro determinato seruitio datum fuerit, si seruitium in faciendo consistat, secus si consistat in dando. Ita Felynus in c. Quæ in Ecclesiarum. n. 78. de constit. Ratio est, quia is, qui ad faciendum obstrictus est, non compellitur præcisè. l. stipulationes non diuiduntur. vers. Celsus. ff. de verb. obli. secus autem cùm quis obligatus est dare, quia præcisè tenetur, & consequenter, non potest renunciando se ab onere dandi eximere.

Quinta est sententia, licet feudum datum sit ad seruitium indeterminatum, tamen non licere vasallo illud refutare, quoties vel iureiur. vel stipulatione domini contractum feudi obseruare, & seruitia feudi præstare promiserit. Vide Schraderum vbi supra, nu. 63. & Iacopinum in tract. de Rhoydis siue operis, n. 42. Afflictum in prælud. feudor. num. 96. & 98. & in cap. 1. n. 43. de vasallo, qui contra constit. Lothar.

Fundamentum est, quia iuramentum obligat præcisè ad factum: & stipulatio parit obligationem & vinculum, à quo non potest quis se liberare, nisi altero consentiente. l. sicut. C. de act. & oblig.

Ego priorem sententiam cæteris probabiliorem esse iudico & amplector. Nititur enim firmiori fundamento, quàm aliæ, nempe textu satis diserto, quo declaratur, licere vasallo feudum refutare, etiam sine voluntate domini, & post refutationem ad seruitia præstanda non teneri.

Hæc feudalis regula, nisi fallor, sumitur ex iure communi. Nam vsufructuarius relinquere potest vsumfructum: & cùm paratus est eũ derelinquere, non tenetur onera præstare. l. Cùm fructuarius. ff. de vsufr. Ergo & vasallus cùm paratus est feudum refutare, liberatur ab omni onere seruitij præstandi. Vasallum autẽ ab vsufructuario parum differre constat ex feudi definitione, vt in cap. 1. §. Beneficium. in quibus causis feudum amittatur. ibi: *Vt proprietas quidem rei immobilis beneficiatæ penes dantem remaneat: Vsusfructus verò illius rei ita ad accipientem transeat, &c.*

His accedit alia ratio, quia vasallus ad seruitia præstanda domino tenetur propter feudũ:

Ergo si feudum derelinquat, non tenetur. argum. l. Etsi fortè. §. Labeo. ff. si serui. vind.

Neque huc illa pertinent, quæ de contractibus vltro citróque obligatoriis adferuntur à quibus recedere non licet altera parte inuita, quia feudum est beneficium, non autem contractus: Et licet aliquã similitudinem habeat cum contractu, propter ea, quæ tenetur vasallus dare vel facere ex natura feudi, vel ex pacto: tamen hæc non mutant naturam feudi, neque in contractum illud transferre possunt. Sic & fructuarius ad aliqua onera tenetur ex natura vsusfructus, vel etiam ex pactis & stipulationibus, & tamen vsumfructum derelinquere potest & renunciare, quo facto amplius non tenetur.

Secunda opinio nullum habet firmum præsidium, quia si valeret illa ratio, nunquam liceret vasallo feudum refutare, quod tamen repugnat vsibus feudorum. Nõ potest igitur vasallus fidem fallere, & principem decipere, donec vasallus est, cæterùm si feudum refutauerit, non debet quidem illum offendere, sed ei seruire amplius non tenetur, nec remanet deceptus à vasallo Princeps, quia si non præstat seruitium, non habet etiam beneficium, nisi intempestiuè fiat renunciatio atque domini intersit, tunc non fieri.

Tertiæ opinionis fundamentum consistit in eo, quod actio competat domino aduersus vasallum, qui se obligauit ad certum seruitiũ, ac proinde illa tolli non possit refutatione feudi. Responderi potest, imò tolli posse actionem illam ob renunciationem feudi à vasallo factam, quia vasalli promissio & obligatio intelligi debet secundùm naturam rei, super qua interponitur. Hæc est autem natura feudi, vt refutari possit inuito domino. Neque enim ad contractum reuocanda res est, quæ ex beneficio proficiscitur, quòd sicut initio non confertur in inuitum. l. Inuito. de reg. iur. ita postquam collatum est, renunciatione tolli debet secundum antiquam iuris regulam: Vnusquisque renunciare potest fauori suo. l. pen. C. de pactis.

CAPVT LXI.

Vtrum feudum præscribatur longissimo tempore, id est 30. vel 40. annorum, quoad dominium directum in præiudicium domini?

ET olim fuit & nunc est ingens controuersia, vtrum spatio longissimi temporis triginta vel quadraginta annorum directum dominium feudi a vasallo alienati, sine consensu domini præscribatur aduersus ipsum dominum. Affirmauit enim Glos. in c. 1 §. Præterea. de capitulis Corradi. & post eum alij multi, vt patet ex Baldo de præscr. in 4. parte 4. partis princ. q. 12. versic. Quartò quæro. Curtius sen. cons. pen. Andr. Geyll. lib. 2. obseru. 160. Menochius alios adducens in consi. 145. nu. 20. vers. Septimò comprobantur. lib. 2.

Sed negant Andreas Isernia in d. §. Præterea. nec non Afflictus ibidem alios citans, nu. 24. Clarus §. Feudum. quæst. 45. vers. Si autem quęritur. Zasius latissimè in cons. 15. lib. 2.

Prioris sententię fundamentum est, quia tãto tẽporis spatio tollitur omnis actio. l. Sicut. l. Omnes. C. de præscrip. lõgiss. tempor. 30. vel 40. Et licet nullam præscriptionẽ obstare dicatur in d. §. Præterea. & in c. Imperialem. de prohibita feudi alien. per Frideric. tamen non excluditur præscriptio 30. vel 40. annorum. Neque enim credendum est, Romanum Principem vno verbo totam præscriptionum obseruationem tot vigiliis excogitatam voluisse euertere. arg. l. Si quando. C. de inoff. testam. Huc accedat tex. in c. 1. §. Porrò, qualiter olim poterat feudum alienari. ibi: *Præscriptione autem 30. annorum submouebatur tam sciẽs, quàm ignorans. &c.* & in c. 1. §. si quis per triginta, si de feudo defuncti fuerit controuers. &c. vbi dicit text. *Si quis per triginta rem aliquam, vt feudum possedit, & seruitium domino exhibuerit, quamuis de ea re non sit inuestitus, præscriptione triginta annorum se tueri potest.*

Fundamentum posterioris sententiæ est in d. c. 1. §. Præterea. de capitulis Corradi, vbi sic dicitur: *Præterea vt liceat domino omnes alienationes feudi factas, nulla obstante præscriptione, reuocare.* Item in d. c. Imperialem. vbi Fridericus ita statuit: *Nos autem ad pleniorem regni vtilitatem prouidentes, non solùm in posterum, sed etiam huiusmodi alienationes illicitas, hactenus perpetratas, hac præsenti sanctione cassamus & in irritum deducimus, nullius temporis præscriptione impediente: quia quod ab initio de iure non valuit, tractu temporis conualescere non debet.*

Ego puto, totàm difficultatem consistere in consideranda mente Friderici Imperatoris, an scilicet voluerit omnem præscriptionem auferre etiam longissimi temporis triginta vel quadraginta annorum: Et licet multa disputari possint, tamen vt putẽ hanc fuisse Friderici mentem, tollendi etiam 30. annorum præscriptionem, magis inclinat animus. Primùm, ex verbis generalibus: *Nullius temporis præscriptione impediente.* Hæc enim verba secundùm naturam suam omnem pręscriptionem includunt & consequenter etiam triginta vel quadraginta annorum. Nullum enim est maius mẽtis nostræ testimonium, quàm qualitas inspecta verborum. Nam quorsum nomina nisi vt demonstrent voluntatem dicentis? l. Labeo. ff. de supellect. leg. Secundò, ex ratione, quam

quam Fridericus adfert: *Quia quod ab initio de iure non valuit tractu temporis conualescere non debet.* Hæc enim ratio conuenit etiã præscriptioni triginta vel quadraginta annorum. Tertiò, quoniam Fridericus ita statuit ad pleniorem regni vtilitatem. Hæc est autem plenior vtilitas, si nullius etiam longissimi temporis præscriptio impediat, quo minus feuda à dominis vindicare possint. Quartò, quia ante Friderici constitutionem feuda non poterant alienari sine consensu domini, & alienata reuocari poterant ex lege Corradi, nulla præscriptione obstante. Ergo Corradi lex accipiẽda est de præscriptione longissimi temporis, aut non, sed tãtum longi temporis: si primum concedatur, habemus quod volumus: si secũdum, tunc sequitur Friderici constitutionem aliquid operari debere, atque adeò impedire præscriptionem etiã longissimi temporis, ne sit superflua. Quintò, nam Fridericus nõ ignorabat præscriptionem duplicem extare, vnam longi temporis antiquitus cognitam, alteram longissimi, postea introductam, quæ habetur in l. sicut. & in l. omnes. C. de præscript. lõgiss. tempor. cum ergo dixit: *Nullius temporis præscriptione impediente,* procul dubio voluit etiam longissimi temporis præscriptionem includere, quia si id noluisset, eam facilè potuisset excipere.

Ex his responsio patet ad cõtraria argumẽta. Primum enim argumentum soluitur ex eo, quòd verba Imperatoris vniuersalia sunt, & complectentia omnem præscriptionem: Et ideo cùm in verbis nulla sit ambiguitas, non est facienda voluntatis quæstio. l. ille aut ille. §. Cùm in verb. ff. de leg. 3. Aut si de voluntate disputandum est, illa ex verbis colligi debet. d. l. Labeo. ff. de supell. leg.

Ad secundũ quod attinet, respondeo, text. in d. §. Porrò. ad aliam lõgè diuersam præscriptionem pertinere, ad illam scilicet, per quam dominus excluditur à iure feudi redimendi eo in casu, quo alienatio valet.

Ad tertium argumentum, ex §. Si quis per triginta. respondeo, textum illum loqui similiter de alia præscriptione, cùm scilicet aliquis præscribit rem in feudum, ex eo quod per triginta annos eam vt feudum possideat. & seruitia domino exhibuerit. Hæc res procul distat a quæstione nostra. Non enim subiacet alicui legis prohibitioni, non aufert dominium directum domino feudo, & prorsus differentem habet iuris rationem.

CAPVT LXII.

Filij fratrum an in feudo succedant in stirpes vel in capita?

DISserui lib. 6. controuers. c. 3. de cõtrouersia illa successionis filiorum fratrum, an constituenda sit in stirpes, vel in capita, & secutus sum Azonis sententiam argumentis allatis, quæ ibi videri possunt: Et quoniam etiã in feudis eadem quęstio cõtrouersa est, vt patet ex Zasio part. 8. nu. 18. Claro in §. Feudum. quæst. 75. Ludolpho Schradero part. 7. c. 7. nu. 16. Hippolyto Riminaldo cons. 410 volui paucis verbis eam attingere, vt saltem opinionem indicarem meam, quæ talis est: Nullo iuris feudalis textu definitum esse constat, an hæc successio sit in stirpes, an verò in capita. Ergo iure cõmuni decidenda est. c. 1. de feudi cogn. Ergo secundum Azonis sententiam lis est dãda: cui & Caroli V. decisio suffragatur, & quæ nos attulimus, contrariis argumentis refutatis in d. c. 3. lib. 6.

CAPVT LXIII.

Ius accrescendi an locum habeat in feudo nouo a Principe concesso?

SI duobus feudum fuerit ab Imperatore cõcessum, & alter eorum absq; liberis decesserit, vtrum ad principem feudum reuertatur, an autem accrescat socio, siue consorti, nõ est eadem omnium sententia. Nam accrescere consorti, siue socio, docuit Bald. ad l. vn. §. In primo C. de cad. toll. quem secutus est Alexã. ad l. si mihi & Titio. n. 7 ff. de verb. oblig. & in cons. 30. n 7. vers. Secundo dato, lib. 1. Socinus iun. in cons. 73. n. 22. 23. l. 1. Clarus in §. Feudum quæst. 77. Ludolphus Schraderus de feudis, part. 7. cap. 1. n. 11. Sed ad Principem reuerti docuit Cynus ad. l. vn. C. quando non petentium partes. Iason in d. l. si mihi & Titio. n. 6. Corneus in cons. 196. lib. 2. Zasius de feudis, parte. 8. n. 32.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. vn. C. si liberalitatis Imperialis socius. lib. 10. licet enim illa lex de feudo non loquatur, tamen eius ratio locum habet etiam in feudo quando ex Principis liberalitate processit. Neque in feudis a Principe concessis, contrarium feudali consuetudine & iure cautum est. Ergo ius cõmune seruandum videtur. argu. c 1. de feudi cognit. Sic autem in d. l. vn. constituit Imperator Constantinus: *Iubemus, vt si quis fortè ex his, quibus communiter à nobis aliquid donatum sit, nullo harede relicto decesserit: ad consortem potius solatium, quàm ad personam aliam pars decedentis perueniat.*

Posterioris sententiæ fundamentũ est, quoniam generali feudorum iure seu consuetudine cautum est, in feudo nouo ius accrescendi locum non habere, & ideo vasallo mortuo eius portionem, nullo hærede existente ad dominum reuerti: Neq; vlla distinctio adhibetur

vtrum à Principe concessum sit feudum, an ab alio. Sic, inquam, constitutum est in cap. 1. de feudo Marchiæ: *Si duo fratres simul inuestiti fuerint de beneficio nouo, & non de paterno: si vnus eorum sine descendentibus masculini sexus mortuus fuerit, dominus succedit, non frater, nisi pactum fuerit in inuestitura, quod frater fratri succedat. Per pactum enim frater succedit, non dominus.* Idem habetur in c. 1. de fratribus de nouo benef. inuestitis, & in cap. 1. de duob. fratrib. à cap. inuest.

Hanc posteriorem sententiam iuri magis consentaneã existimo, quia iura feudalia sunt expressa in hac facti specie, & apertè decidũt, feudum ad dominum reuerti: Et licet nominatim de feudis non loquantur, quæ à Principe conceduntur, tamen generaliter loquũtur, & consequenter comprehendunt etiã casum istum, quo feudum à Principe concessum est. Non ignorabant iuris feudalis authores, feuda concedi solere ac posse tam ab Imperatore, quàm ab aliis inferioribus, qui non prohibentur, iux. c. 1. de his qui feud. dare poss. Ideo cùm generaliter decernunt feudum ad dominum reuerti, nec consorti accrescere, sine dubio de omni feudo id decreuerunt, siue ab Imperatore concesso, siue ab alio.

Non obstat text. in d. l. vn. quia nõ loquitur de feudo, sed de alia liberalitate. In feudo. n. specialis est constitutio, vt non consorti accrescat, sed ad dominum reuertatur. Nec obstat, quod non loquantur feudales constitutiones de feudo à Principe concesso, sicut loquitur de liberalitate Imperiali, d. l. vn. quia generaliter disponens ac loquens, omnes casus comprehendit, qui sub verbis generalibus continentur. l. Si duo. in fine. ff. de admin. tuto. latè Ripa ad l. 1. n. 51. ff. de vulg. & pupill.

CAPVT LXIV.

Ius accrescendi an locum habeat in feudo, quod duobus simul concessum est, & cuilibet eorum descendentibus?

INter omnes conuenit feudo duobus concesso in solidum aut verbis distributiuis, puta, *eorum cuilibet*, altero sine masculis decedente, alteri portionem eius accrescere: quasi ambobus in solidum feudum datum sit: Sed controuersia est, quando duobus concessum est feudum, & cuiuslibet hæredibus seu descendentibus, an idem sit dicendum. Etenim idem hoc in casu statuendum esse, respondit Socinus senior in cons. 66. n. 14 lib. 3. Alex. in cons. 30. col. 4. vers. Tert. ò considero. lib. 1. Ludolphus Schraderus de feudis, par. 7. cap. 1. nu. 16. 17. & seq.

Sed contrarium docuerunt Petrus Ancharanus in cons. 245. Alexander in cons. 13. & 17. lib. 5. Curtius iunior de feudis 2. parte 2. partis, nu. 79. Ronchegallus ad l. Eandem. n. 131. ff. de duob. reis. Bellonus cons. 10. n. 4. Curtius sen. cons. 55. Hieron. Gabriel. cons. 87. n. 3. D. meus Cephalus in cons. 345. n. 19. lib. 3. Aurelius Corbulus de iure emphyteutico, c. 12. n. 88.

Fundamentum prioris sententiæ est in eo positum, quod per illa verba: *Et cuilibet eorum hæredibus sine descendentibus*: videatur hæredibus vtriusque in solidum facta concessio feudi: Ex quo sumi potest argumentum, multò magis concessum videri ipsis principalibus in solidum ipsum feudum, quia ipsi magis dilecti sunt, & chari domino concedenti, quam hæredes eorum, ideóque magis eis consulere dominus voluisse existimãdus est, quàm aliis.

Fundamentum autem posterioris sententiæ in hoc est positum, quod verba illa: *Et cuilibet eorum*, ad hæredes tantum referantur, & consequenter non ad ipsos, quibus feudum conceditur. Ideo in illis regula iuris obtinet, vt locus non sit iuri accrescendi.

Sed hanc sententiam magis mihi persuadet argumentum, quo vsus est D. Cephalus præceptor meus. Cùm feudum conceditur duobus puta Titio & Sempronio, concessũ videri pro rata & virili portione. argu. l. Reos. §. Cum in tabulis. ff. de duob. reis. l. 1. C. si plures vna senten. l. si mihi & Titio. ff. de verb. oblig. Consequenter illa verba: *Et cuilibet eorum hæredibus*, hunc sensum inducere, vt & hæredib. eorum pro rata eadem ac virili portione feudum acquiratur, quia ex persona hæredis non mutatur caussa obligationis, sed eadem manet. l. 2. §. Ex his. ff. de verb. oblig.

Argumentum contrariæ sententiæ locum haberet, si constaret, per illa verba, quemlibet hæredum in solidum vocari ad feudum, sed hoc valdè dubium est. Nam verba illa, *Cuilibet eorum*, non attribuunt vnicuique in solidum, sed secundum naturam ipsius concessionis factæ, vt videlicet quilibet hæres obtineat partem authoris sui in feudo.

CAPVT LXV.

De meliorationibus & sumptibus in rem feudalem factis à vasallo, quo modo feudo ad dominum reuerso, eorum ratio habenda sit.

AIt text. in c. 1. §. Si vasallus. tit. Hic finitur lex, & consuetudines Regni incipiunt: *Si vasallus in feudo aliquod ædificium fecerit, vel ipsum sua pecunia meliorauerit: & contigerit postea, vt vasallus sine filio masculo decedat: dominus aut patiatur ædificium auferre, aut soluat precium meliorationis.* Iam controuersia est circa precium meliorationis, an taxari debeat secundum æstimationem ædificij,

& melio-

& meliorationis (*eo scilicet vsque duntaxat, quo fundus pretiosior factus est, etsi plus precij fundo accessit solum quoad impensam*, iuxta l. In fundo, 39. ff. de rei vind.) an verò secundùm æstimationem ipsorum ruderum, & materię ita ablatæ, vt videre licet ex Baldo in d. §. Si vasallus. & in c. 1 §. Si quis de manso. de controuer. inuest. Berono quæstione famil. 96. Claro §. Feudum. quæst. 88. vers. Sed quæro. Rolando à Valle in cons. 28. nu. 10. lib. 1. Tiraquell. de retract. Conuent. Glos. 7 § 1. num. 6. Ludolpho Schradero de feudis, part. 2. n. 9. partis sectione 2. nu. 93. Hartmanno Pistoris quæst. 42. lib. 2. parte posteriori.

Fundamentum eorum, qui putant æstimanda esse rudera, positum est in l. In fundo. ff. de rei vind. in illis verbis: *Constituimus verò, vt si paratus sit dominus tantum dare, quantum habiturus esset possessor, ijs rebus ablatis, fiat ei potestas.* Et ratio est, quia non plus interest possessoris; alioquin dominus permitteret ædificiũ auferri, quo ablato nil amplius obtinebit: Et videtur esse optima proportio inter hæc duo quæ sunt in electione domini, vt nimirum vel patiatur ædificium tolli, vel soluat æstimationem ruderum, hoc est, materiæ ædificij seorsim consideratæ. Talis proportio non est inter sumptum ipsum meliorationis siue ædificij, & patientiam illam, vt tollatur ædificium: quia maior sine dubio est sumptus ædificij, quam æstimatio ruderum, quæ sublato ædificio vendi possunt.

Contrariæ autem sententiæ fundamentum est in verbis dicti §. Si vasallus. quibus disertè cauetur, vel dominum pati debere, vt ædificiũ tollatur, vel precium meliorationis soluere. Non enim text. dicit, soluendum esse precium ruderum, sed meliorationis: Est autem melioratio, ipsum ędificium, vti nunc est, consideratum, non vt destructum in ruderibus apparet. Ad l. In fundo. respondent, illam loqui in bonę fidei possessore, non autem in eo, qui ab ipso rei domino caussam habet, sicuti vasallus: is enim videtur plus iuris habere consequendi eiusmodi expensas.

Ego verò hanc controuersiam dirimendam esse puto ex responso d. l. In fundo. seruata s. illius distinctione, vt si tale sit ædificiũ, quod dominus esset facturus, quia diues erat; & facilè illud facere poterat, & verisimiliter fecisset: tunc soluẽdum sit precium meliorationis non ruderum, vt in d. l. In fundo. Cæterùm, si dominus sit pauper, ac proinde tãtum impendere non potuisset, tunc pati debeat ædificiũ tolli, vel soluere precium ipsorum ruderũ, sed Celsum audiamus: *In fundo alieno. quẽ imprudens emeras, si ædificasti aut conseuisti, deinde euincetur; bonus iudex variè ex personis. causisque constituet. Finge & dominum eadem facturum fuisse: reddet impensam, vt fundum recipiat, eo vsque duntaxat, quo preciosior factus est & si plus fundi precio accessit solum quod impensum est. Finge pauperem, cui si reddere id cogatur laribus, sepulchris auitis carendum habeat. sufficiet tibi permitti tollere ex his rebus, quæ possis; dum ita ne deterior sit fundus, quàm si initio non foret ædificatum: Constituimus verò, vt si paratus sit dominus tantum dare quantum habiturus esset possessor, iis rebus ablatis, fiat illi potestas.*

Nil moror differentiam illam inter vasallum & bonæ fidei possessorem, quia in vtroq. eadem æquitatis ratio viget: licet enim vasallus à domino caussam habeat, & bonæ fidei possessor non item. Quid hoc ad sumptuum rationem facit? cùm absque omni dubitatione sumptuum deductio bonę fidei possessori cõcedatur, quia se dominum putat, & in percipiendis fructibus, idem iuris, quod dominus habet. l. Qui scit. §. Porrò. ff. de vsuris?

Magis mouet quod textus feudisticus non adhibuit hanc distinctionem: sed quid vetat eam adhibere, cùm res sit dubia, nec verba in feudis ita sint generalia ac præcisa, vt interpretationem excludant quæ ex legibus sit, ex bono & æquo? quod enim omissum est in feudis, supplendum est ex iure nostro, c. 1. de feud. cognit.

CAPVT LXVI.

Possitne Episcopus solus, absque consensu Capituli, in feudum dare rem ad se reuersam infeudare solitam?

REm solitam infeudari ad Episcopum reuersam, vtrum à solo Episcopo in feudũ dari possit, absque consensu Capituli, non est eadem omnium sententia. Distinguendum multi putant: vtrum res communis sit Episcopo & Capitulo, & consequenter eius cõcessio simul ad Episcopum & Capitulum pertineat, an verò ad Episcopum solum. Priore casu non posse Episcopum solum infeudare arbitrãtur: Posteriore autem casu posse. Alij dicunt indistinctè subinfeudari posse ab Episcopo solo, absque consensu Capituli. Vide Baldum, Afflictum, & alios interpretes in c. 1. de his qui feudum dare possunt. Curtium iuniorem de feudis, in 2. part. princ. in 2. qu. Ludolphum Schraderum de feudis, parte 2 c. 4. n. 7.

Prioris sententiæ ratio est manifesta, quia si res communis est Episcopo & Capitulo, iuris rationi non est consentaneum, vt Episcopus solus de ea aliquid decernat absque consensu Capituli. Neque enim de re aliena quisquam rectè disponit, absque domini consensu.

Fundamentũ contrariæ sententiæ est in c. 1.

de feudis, ibi: *Feudum decedentis liberè si videris expedire concedas.* Sed hoc est ita non accipiendum, vt proinde liceat Episcopo, rem sibi & Capitulo communem, liberè concedere, absque consensu Capituli: Nō enim summus Pontifex ibi de hac facti specie loquitur, in qua scilicet res communis est Capitulo, & rectè intelligi id potest, *liberè concedas*, scilicet vel solus, si concessio adte solum spectat, vel adhibito consensu Capituli, si res ad Capitulum quoque spectat. Denique ex vno verbo generali non licet summi Pontificis responsū ita exaudire, vt rationi repugnet & legi. Concludo igitur, eorum sententiam, qui distinguunt an res communis sit Episcopi & Capituli necne, vt priore casu etiam Capituli consensus requiratur, posteriori autem solus Episcopus eam in feudum dare possit, probabiliorem videri.

CAPVT LXVII.

Quid requiratur, vt res dicatur solita in feudum dari, & primò circa tempus.

VAriatum quoque sententiis est, quando res Ecclesiastica dicatur solita in feudum dari: Prima opinio fuit, requiri tempus, cuius initij memoria non extet, vt refert Glos. in c. 1. in vers. Antiquitus. de his qui feud. dare poss. Argumentum est illud quod text. ibi dicit: *Feudum dare possunt Archiepiscopus, Episcopus, Abbas, Abbatissa, Prapositus, si antiquitus consuetudo eorum fuerit feudum dare.* Et idem verbū, *antiquitus* repetitum est in c. 1. Episcopum vel Abbatem, &c.

Secunda est opinio, requiri tempus triginta annorum, vt refert Glos. loco proximè citato. Adstipulatur huic sententiæ, quod hoc videtur tempus longissimum & sufficiens ad præscript. 30. vel 40. annor.

Tertia est opinio Iacobi Beluisij, Andr. Iser. & Iacopi. in verb. in feudum. n. 37. Zasij part. 5. nu. 52. requiri spatium annorum quadraginta, quoniam ad præscribendas res Ecclesiasticas idem tempus requiritur, vt in c. de Quart. de Præscript. & in Nouell. Hęc constitutio innouat. constit. III. ex qua sumitur auth. Quas actiones. C. de sacrosan. Eccles.

Quarta fuit sententia Baldi, ita distinguētis. Aut talis consuetudo feudum dandi damnosa est Ecclesiæ, & tunc requiritur spatiū temporis, cuius initij memoria non extet. Aut Ecclesiæ vtilis est, & triginta anni sufficient. Aut nō constat an sit vtilis vel damnosa, & tunc requiruntur quadraginta anni. Ita Baldus in d. c. 1. n. 8. de his qui feud. dare poss.

Priori mēbro suffragatur, quod vulgò dicitur, tanti temporis præscriptionē vim habere priuilegij. l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua quot. & æstiua. l. 1. §. vlt. & l. In summa. §. Varus. ff. de aqua pluu. arcen. c. Super quibusdā. §. Præterea. de verb. sig. c. 1. de Præscript. li. 6.

Alteri suffragatur, quòd hic non agitur de Præscriptione rerum Ecclesiasticarum, sed de consuetudine inducenda, ex consensu quodā Ecclesiæ, quod triginta annis optimè colligitur.

Postremo denique membro distinctionis Baldi fauet regula iuris, quæ annorum quadraginta spatium in rebus Ecclesiæ præscribendis requirit, d. c. De quarta. & d. Auth. quas actiones.

Quinta fuit aliorum sententia, decem annos sufficere. quia lōga consuetudo inducitur decennio. argum. l. vlt. C. de emancip. liberor.

Sexta fuit sententia Curtij iunioris de feudis. part. 2. post nu. 7. vers. *Ideirco omnibus rectè pensatis*, distinguendū esse, vtrum ab initio res Ecclesiastica in feudum data sit absque iuris solennibus, & tunc requiratur tempus hominum memoriam excedens, arg. c. 1. de Præscr. li. 6. An verò ab initio data sit adhibitis solennibus, & tunc absque vllo temporis cursu res dicatur solita in feudum dari, ac proinde si ad Ecclesiam reuertatur, Prælatus eam liberè, si viderit expedire, feudum dare poterit. arg. c. 2. de feudis.

Postrema est sententia Ludolphi Schraderi de feudis, parte 4. c. 2. n. 25. is amplectitur sententiam Curtij iunioris, in dictis duobus casibus, quando videlicet rem ab initio solenniter in feudum datam fuisse, vel minus solenniter constat, vt priore casu nullus temporis cursus requiratur, posteriore verò tempus hominum memoriam excedens necessarium sit, eisdem argumentis quæ attulit Curtius iunior. Cæterum si non constat, vtrum ab initio res fuerit in feudum data, solennibus adhibitis nec ne, putat ille, requiri spatium quadraginta annorum.

In tanto opinionum conflictu ipse opinor, non erraturum eum, qui hanc rem nullo iure decisam arbitrio prudentis iudicis committendam existimauerit. arg. l. 1. ff. de iure delib. l. 1. ff. de effractorib. Nam & cùm quæritur, quāto tempore consuetudo introducta obfirmetur, eorum sententia valet, qui nullum certum tempus præfiniunt, & id iudicātis arbitrio cōmittunt, vt declarat Menochius de arbit. iud. casu 38. num. 6. Si tamen aliquid certi statuendum sit, eorum sententiam iuri magis proximè accedere iudico, qui annorum quadraginta curriculum exigunt, argumento sumpto ex c. de præben. li. 6. vbi summ. Pont. *Cùm de beneficio Ecclesiastico*, inquit, *consueto clericis secularibus assignari prouideri mandatur, de illo debes intelligi, quod tanto tempore ab vno, vel pluribus*

pluribus secularibus clericis institutis in eo rectoribus extitit cōtinuè ac pacificè gubernatum, vt præscriptio legitima sit completa. Præscriptio autem legitima rerum Ecclesiasticarum est quadraginta annorum. cap. De quarta. de Præscript. d. Authent. Quas actiones. Et licet res in feudum præscribatur annis triginta, vt habetur in c. 1. §. Si quis per triginta, si de feudo fuerit controuers. tamen id locum habere intelligitur in priuatis, non autem in Ecclesia, propter iuris regulam generalem, in Ecclesia requirentem spatium annorum quadraginta, vt declarat optimè Baldus de Præscript. 4. parte 4. partis princ. quæst. 12. vers. Primò igitur quæro. n. 4. & Zasius parte 6. n. 31.

Reliquæ aliæ opiniones nullo firmo nituntur fundamento. Prima enim frustra requirit spatium temporis memoriam excedētis cùm sufficiant quadraginta anni ad consuetudinem & præscriptionem inducendam.

Secunda opinio, non rectè moderatur tempus ad triginta annorum spatium, ex l. sicut. quia maius tempus nimirum 40. annorum ad res Ecclesiarum præscribendas constitutum est.

Tertia opinio non rectè docet in primo & secundo membro, quia si modò res antiquitus cōsueta sit in feudum dari ab Ecclesiæ prælato, poterit Episcopus in feudum dare, vt in d. c. 1. de his qui feud. dare poss. vbi illud non discutitur, an Ecclesiæ sit illa concessio vtilis vel damnosa. Nec. n. si minus expedierit Ecclesiæ, prælatus dabit rem ad se reuersam in feudum, memor eius quod summus Pontif. monet in dict. cap. 2. de feudis, *si videris expedire*, quare frustra illius temporis, quod memoria hominum excedit, in priori membro præsidium imploratur. In secundo autem membro, nec vlla temporis præscriptio necessaria est cùm in vtilitatem Ecclesiæ res cedat. arg. d. c. 2. de feudis. & dato quod necessaria esset illa non tricennalis, sed quadraginta annorum necessaria foret.

Quinta sententia malo nititur fundamento in l. vlt. C. de emancip. liber. quia text. ille non loquitur de longa consuetudine, circa res Ecclesiasticas. Nostra quæstio de re Ecclesiastica antiquitus in feudum dari solita, quare nihil obstat.

Sexta & septima opinio frustrà requirit tēpus memoriam hominum excedens, frustra distinguit, vbi lex nullam distinctionem requirit. Nam nil aliud lex requirit, quam vt *consuetudo antiquitus fuerit feudum dare* d. c. de his qui feud. dare possunt. Sicut autem tempore quadragenario inducitur præscriptio cōtra Ecclesiam, ita meritò consuetudo induci poterit feudum dandi, si Ecclesiarum prælati per annos quadraginta feudum dederint.

CAPVT LXVIII.

Quot requirantur actus ad inducendam infeudandi consuetudinem.

ALtera est controuersia, quot requirantur actus ad consuetudinem inducendam in proposita quæstione, vt Episcopus, siue Prælatus Ecclesiæ rem in feudū dare possit. Binum actum requiri ac sufficere authores sunt multi. Zasius de feudis, parte 5. n. 52. Iacopinus in vers. In feudum. n. 37. Afflictus in c. 1. nu. 17. de his qui feud. dare poss. Nullā verò legem habēt hoc dicentem? Nam l. 3. C. de Episcop. aud. opponit quidem delictum semel cōmissum, consuetudini delinquendi, sed non docet cōsuetudinem ex bino actu generaliter induci. Obstarent. n. fortasse leges, quæ frequentiam actuum requirunt. l. 1. C. quæ sit longa consuet. l. 3. C. de ædif. priuat.

Alij igitur dixerunt, sufficere vnum actum solennem, videlicet rem in feudum semel datam esse ab Ecclesiæ prælato solennib. adhibitis, ita Curtius iunior in 2. part. feudor. qu. 3. Ludolphus Schraderus de feudis, parte 4. c. 2. num. 25. Fundamentum est in c. 2. de feudis, vbi summus Pontifex Episcopo licere scribit, rem ad Ecclesiam reuersam alij in feudum dare. Non requirit summus Pontifex multos actus, sed vnum tantum qui solennis præsumitur. Quod si nō constet, verum prima cōcessio in feudum ab Ecclesia facta fuerit solenniter: tunc nihilominus consuetudinem ad hunc effectum induci Ludolphus scribit, si lapsi fuerint anni quadraginta: quia ex huius temporis longissimi lapsu solennia iuris præsumenda sunt.

Cæterùm, Iacobus Menochius de arbitr. iud. casu 81. n. 5. non putat vnum actum sufficere, quantumuis solemnem, quia text. in c. 2. de feudis, & si nihil de actuum pluralitate dicat, non concludit tamen vnum sufficere: Existimat ergo totum hoc arbitrio iudicis esse relinquendum.

Ego in hac quæstione sic statuo. Quandoquidem iure definita non est, iudicis arbitrio committendam esse. arg. l. 1. C. quæ sit longa consuet. ib.: *Præses prouinciæ probatis iis, quæ in oppido frequenter in eodem controuersiarum genere seruata sunt, causa cognita statuet.* Sed si semel fuerit in feudum res data solenniter, nō video cur Prælatus Ecclesiæ nō possit rem ad Ecclesiam reuersam in feudum rursus dare, si viderit expedire, vt loquitur summus Pōtif. in d. cap. 2. de feud. Etsi. n. non declarat ibi Pontifex maximus, vnum actum solemnem sufficere, id tamen ipsius menti valde congruit: & iuris consonat rationi, quia cùm solennitates iuris in ea concessione semel adhibitæ sūt, ex

eo manifestum est, & vtilem Ecclesiæ fuisse & necessariam: Quare si iterum expediat, nil poni video, cur Prælatus nequeat eam rem in feudum concedere.

Si verò non constet primum actum solennem fuisse, non parũ momenti habebit tempus longissimum, cum eo coniunctum 40. annorum, licet non negauerim ex iteratione rem clariorum reddi.

CAPVT LXIX.

Princeps castrum cum iurisdictione in feudum concedens, an videatur etiam cum mero & mixto imperio concedere?

GRauis est controuersia inter doctores, vtrum si castrum cum iurisdictione in feudum a Principe concedatur, etiam merum & mixtum imperium concessum videatur. Aliqui affirmant, alioqui negant. Alij aliis atque aliis distinctionibus vtuntur. Vide Io. Andr. ad Specu. tit. de Iuris. omn. iud. Oldradum cõs. 252. Castrens. cons. 187. n. 4. lib. 2. Alex. cons. 35. lib. 4. Parisium cons. 8. n. 5. & cons. 9. n. 14. lib. 1. Felynum & Alciat. in c. Quod sedem. n. 27. de off. ord. Iasonem, Cagnolũ, Decium, Curtium iuniorem, Longouallium & alios ad l. Imperium. ff. de iurisdict. om. iud. Couuar. practic. quæst. cap. 1. n. 10. Menochium de Præsumpt. lib. 3. Præsump. 97. nu. 15. & seq. Rolan. cons. 42. 48. lib. 2.

Ego ne diu suspensum teneam lectorem in hac facti specie, merum & mixtum Imperium in vasallum transire non dubito. Fundamentũ meum est, quia beneficium principis latissimè interpretandum est. l. pen. ff. de constit. princ. Sed iurisdictio latissimè sumpta, cõprehendit etiam merum & mixtum Imperium. Ergo merum & mixtum Imperium, concessa iurisdictione, videtur concessum.

Assumptio probatur ex l. 1. ff. de off. eius cui mand. est iuris. ibi: *Iurisdictionem suam mandans.* Illa enim verba de mero imperio accipienda sunt, & in §. Iusiurandum in Auth. de def. ciuit. ibi *Præter illa sola quæ iurisdictione egent, & ex ipsa iudicum authoritate pendent.* Vbi Glos. *Iurisdictione*, inquit, *scilicet maiore, vt merum imperium vel mixtum.*

Primum argumentum contrariæ sententiæ est ex l. 1. ff. de off. eius. l. Solet. ff. de offic. procons. & leg. l. Nemo potest gladij. de reg. iur. cum similibus, quib. declaratur merum imperium delegari non posse: Respõdeo, eas leges loqui de magistratibus, non autem de Principe, quem certum est caussas meri imperij delegare posse, magistratus autem non possunt, quibus specialiter legibus vel senatusconsultis, vel Principum constitutionib. demandatur: vt in dict. l. 1.

Secũdũ argumentum est ex l. Si in aliquam 7. ff. de offic. proconſ. & leg. *Cum plenissimam autem iurisdictionem proconsul habeat, omnium partes, qui Romæ quasi magistratus, vel extra ordinem ius dicunt, ad ipsum pertinent.* Ergo aliter dicendum videtur, si non plenissima iurisdictio sit cõcessa. Respondeo, negãdo cõsequentiam: Etsi enim plenissima iurisdictio plus cõtineat, & ibi illa conceditur, res sit magis perspicua, nihil tamẽ prohibet, quo minus idem respondendum sit, vbi iurisdictio conceditur simpliciter.

Tertium argumẽtum sumi potest ex l. vlt. ff. de offic. eius cui mand. est iuri. d. *Mandata iurisdictione priuato, etiam imperium, quod non est merum, videtur mandari, &c.* Respondeo, non loqui de iurisdictione a Principe mandata, quia illa cum latissime interpretanda sit, etiam merum imperium continebit: vt scilicet in eum sit translatum, cui iurisdictio concessa est, non etiam vt ipse delegare alteri queat.

Quartum argumentum, merum imperium est ex regalib. c. 1. Quæ sint regalia. ibi: *Mulctarum pœnarúmque compendia.* Ergo in vasallum nõ transit, nisi nominatim fuerit concessum. arg. c. Quod sedem. de offic. lega. Respondeo, hic nominatim concessum videri, cùm iurisdictio sit concessa vt patet ex d. c. 1. ibi: *Potestas creandorum magistratuum ad iustitiam expediendam*, ponitur inter regalia. Iurisdictionem autem habens, videtur in consequentiam habere potestatem constituendorum magistratuum. l. Imperium. in fine. ff. de iuridict. omn. iud.

CAPVT LXX.

Si vasallus de castro inuestitus sit à Principe, cum iurisdictione meróque & mixto imperio, an habeat ius confiscandi, id est, compendium & emolumentum pœnæ confiscationis?

CAstro in feudum dato cum iurisdictione meroq; & mixto imperio, etiam ius confiscandi concessum videri plurimi quidem affirmant, sed nulli rectè probant. Affirmant. n. Iacopin. in vers. Cum mero & mixto Imperio, n. 8. 9. Ægidius Bossius tit. de regalibus, nu. 15. Guido Papæ deci. 76. Bruenus cons. 31. n. 2. Natta cons. 240. nu. 5. Roland. a Valle, cons. 78. li. 2. Martinus Garatus Laudensis cons. 37. & ibi latè in additionibus. nouissimè alios citãs M. Anton. Peregrinus de iure fisci. lib. 1. tit. de his qui habent iura fiscalia. num. 89. cum seq. Ludolph. Schrader. de feud. sectione 3. parte 10. n. 92.

Probare autem id conantur duobus potissimum

mum argumentis. Primum est, quia merum imperium latè patet ex sententia Bartoli & aliorum in l. imperium. ff. de iurisd. omn. iud. Nam aliquot gradus ij constituunt, & docent confiscationes ad primum eius gradum pertinere. Ergo vasallus, qui merum & mixtum imperium habet, ius confiscandi habere videtur, tanquam pertinens ad merum imperium, & præcipua illius pars, atque potestas.

Alterum est argumentum, quoniam vasallus ita de castro inuestitus consequi debet emolumenta omnia, & fructus qui ex castro & ex iurisdictione, ac mero mixtóque imperio percipi possunt. Habet enim vtile dominium feudi. Pœnæ autem, mulctæ, confiscationes, videntur esse fructus, qui ex iurisdictione & Imperio proficiscuntur: Ergo ad ipsum vasallum pertinere videntur.

Sed quod attinet ad primum argumentum, illud solidum ac firmum esset, si constaret cōfiscādi ius ita pertinere ad merum imperium, vt omnis qui merum imperium habet, ius cōfiscandi habere diceretur, quasi ius confiscādi mero imperio annexum sit, vel pars eius siue gradus dici possit. Sed non est ita: quia ius cōfiscādi est vnū ex regularibus & iuribus fiscalibus, quæ Principi reseruata sunt, & ideo non transit in vasallum, nisi specialiter ei concedatur. argum. c. Quod sedem, de off. legati.

Et hic est error, mea sententia, confundere iura fiscalia, quæ & regalia siue regalię dicuntur, cum mero imperio, cùm hæc soli Principi competant, illud autem etiam magistratibus competat: Hinc manifestum est, magistratus merum imperium habere, non tamen ius confiscandi, hoc est, sibi attribuendi bona confiscata, vt post Camaanum declarat Bossius, & nemo dubitat, in ti. de regalijs, n. 15. Ergo & in vasallis idem responderi potest, nisi doceant sibi fiscalia concessa fuisse.

Nec ridiculum est (quicquid contrà existimet Bossius loco annotato) affirmare, vasallū exercitium habere iurisdictionis, merique & mixti imperij, veruntamen pœnas & confiscationes non habere: licet enim inuestitura illum constituat procuratorem in rem suam, vt ipse loquitur, non tamen ei tribuit fiscalia iura. Quare tanquam vasallus ac iure proprio iurisdictionem exercebit, non etiam regalia sibi vindicabit.

At inquit Rolandus à Valle, d. consi. 78. n. 9. Concesso mero imperio videtur etiam concessa bonorum publicatio, arg. l. 2. C. de bonis vacan. lib. 10.

Sed nullum præstat argumentum illa lex. Imperator Constantinus: *Si quando annotationes nostra contineant possessionem siue domum, quam donauerimus integro statu donatam, hoc verbo ea vis continebitur, quam antè conscribebamus tum adiacentibus, & mancipijs, & pecoribus, & fructibus, & omni iure suo; vt ea quæ ad instructum possessionis vel domus pertinent, tradenda sint.*

Quid hæc quæso cum re nostra?

Subdit idem Rolandus, *vasallus equiparatur habenti iurisdictionem in [illegible] & administratione. c. 1. §. Si ministeriales, de pace tenend. Sed translato mero imperio, in administratione, intelligitur etiam translata confiscatio. l. 1. C. ne sine iussu, &c.*

Si ministeriales, inquit textus, *alicuius domini inter se guerram habuerint, comes siue iudex in cuius regimine eam fecerint per legem & iudicium ex ratione persequatur.* Quid hæc cum his omnibus?

Imperator Theodos. *Nullus iudex immineat (exceptis iis qui in summa administrationis positi sunt potestate) proscriptionis tempestate totius substantiæ aliquem percellere nisi ad nostras aures hoc ipsum referatur.* Hic nullum verbum video pro argumento Rolandi.

Sed is ita pergit, *quia castrum est donatarij, Ergo emolumentum confiscationis, quod ex eo procedit l. Solum, §. Merum. ff. de rei vind. Et quia sibi data est potestas in personis, fortius in rebus. l. 2. §. 1. C. de agentib. in reb. lib. 12.*

Ad primum nego consequentiam, & ratio negationis est, quia vasallus habet quidem vtile dominium castri, merum mixtumque imperium, sed non habet regalia & fiscalia iura: illa enim Principi reseruata esse videntur, nisi in vasallum nominatim transferantur, quia pertinent ad Principem, nec sunt annexa mero imperio.

Ad secundum iterum consequentiam nego, ratio negationis est quia potestas animaduertendi in facinorosos mero imperio continetur, l. Imperium. ff. de iurisd. Potestas verò confiscandi non continetur, quia pertinet ad principem. Vasallus quidam pœnā confiscationis statuere potest, cùm punire delinquentes possit, non autem sibi bona confiscata explicare, éaque occupare: quia compendia confiscationum inter regalia numerantur.

Illa verò lex malè citatur à Rolando. Voluit citare l. 4. Vbi Imperator Zeno: *Absurdum est enim*, inquit, *vt in eius salutem vel existimationem valeat quisquam proferre sententiam, cuius de nulla re possit pecuniaria iudicare.* Hoc argumentū vasallo in quæstione nostra obijci non potest, quia & de re pecuniaria, & de pœna sanguinis & confiscationis iudicare poterit, sed non sibi poterit pœnam, fiscalia iura non habens, arrogare.

Alterum argumentum est, quòd pœnæ & confiscationes bonorum fructus sint iurisdictionis. Respondeo, hanc propositionem esse Bartoli, in l. vlt. ff. sol. matr. & multorum aliorum, quos Tiraquel. commemorat de retractu

conuentionali. §. 5. Glo. 4. n. 21. sed absolutè verum non esse, nulla lege, nulla ratione probari, quia confiscationis pœnam, & alias pœnas irrogat quidem is, qui merū habet imperium, sed eius compendia & emolumenta ad Principem spectant, quia sunt regalia & Principi reseruata, vt in d. c. 1. quæ sint regaliæ. Ergo ad alios non spectant, iis exceptis, quibus ipse specialiter concesserit.

Contrariam igitur sententiam, quam post alios, quos adducit (licet pauci eorū fideliter citatur) secutus est Afflictus in d. c. 1. vers. Condemnatorum. num. 39. quæ sint regalia. & ipse amplector, eo argumento vsus, quod iura fiscalia distinguēda sint à iurisdictione, & mero imperio, non autem ita temerè, & absque vlla veterum legum authoritate confundenda. Si quis verò communem sententiam, vsu fortè receptam, sequi maluerit, lata erit via, vt verbis vtar Phocilidis apud Plutarchum.

CAPVT LXXI.

Quandò res Ecclesiastica in feudum dari solita efficiatur de mensa Ecclesia, & proinde non possit amplius infeudari, nisi solennibus adhibitis.

SEd rursus controuertitur, si res ecclesiastica in feudum dari solita sit, & ad Ecclesiā reuertatur, quid requiratur, vt de mensa Ecclesię efficiatur, vt proinde in feudum amplius dari non possit. Hanc quæstionem latè Curtius iunior exequitur de feudis, part. 2. quæst 5. & latiùs diligentiúsque Menochius de arbitr. iudicum, casu 433. & in consil. 79. libr. 1. & de præsumpt. lib. 6. Præsumpt. 87. Zasius part. 5. n. 49. Ludolphus Schraderus part. 4. c. 2. n. 24. Intellexi ex his communem esse sententiam ex tacita vel expressā declaratione prælati rem censeri applicatam mensæ Ecclesiæ, ex doctrina Bartoli in l. vlt. C. de bonis vacantib. lib. 10. Sed cōtrarium docuisse Io. Imolensem in c. Vt super. post nu. 7. de reb. ecclesi. non aliena. eo argumento, quod non sit in potestate Prælati mutare statum rei Ecclesiast: æ: cui argumēto satisfactum hactenus non est: licet non negauerim, textum, quem citat Imolensis, ad rem non pertinere. in c. Cùm de beneficio. de præben. lib. 6.

Resp. mea sententia sic se habet. Ex l. vlt. C. de bonis vacantibus. lib. 10. in qua fundamentum habet Bartoli sententia, vnum illud colligi potest, quo pacto res applicari mensę Episcopali possit, quia formam illa lex continet, qua res fisco applicatur, & l. 3. eod. tit. Cæterum, an Prælatus possit ita declarando efficere, vt res mutet statum suum, nec amplius in feudum dari possit, non rectè quis dixerit, illis legibus declarari, aut colligi posse. Non rectè etiam adfertur pro eadem sententia text. in d. cap. Vt super. de rebus eccles. non alien. quia summus Pontifex non declarat ibi an res effecta sit de mensa, sed ait: *Siue intelligantur de mensa, siue non, vt non alienentur, consultius existimamus.*

Non puto Episcopi declarationem tacitam vel expressam impedire, ne res in feudum dari possit, secundùm antiquam consuetudinem, si ita Prælatus viderit expedire, vt loquitur textus in c. 1. de feud. *Quia nemo potest sibi eam legem imponere, vt à priore voluntate ei recedere non liceat.* l. Si quis in principio. de leg. 3. Et multò minus successori suo, legem eiusmodi potest imponere. argum. c. Innotuit. de elect. ibi: *Qui successoribus suis nullum potuit in hac parte praiudicium generare, pari post eum, imò eadem potestate functis, cùm non habeat imperium par in parem, &c.* & Glos. ibi adducit concordantes textus.

Quid ergo? Nihil est tam naturale, quàm vnumquodque solui eo vinculo quo ligatum est. l. Nihil tam naturale. de reg. iur. c. 1. eod. tit. Cùm itaque Ecclesiæ consuetudò est in feudum dandi res aliquas, contrāria consuetudine ad eam tollendam opus erit, quæ requirit longum tempus, nec sufficit semel vèl bis cōtrarium actum esse. Et hoc est, quod dicitur: *Temporaria permutatio ius prouincia non innouat.* l. Nemo. 164 §. Temporaria. de reg. iur. Et ita Doctores tradūt, Consuetudinem tolli eo modo quo inducta fuit, nimirum per contrariam consuetudinem. Vide Decium & Cagnol. in d. §. Temporaria. Quare in proposita quæstione sic concludo, rem in feudum antiquitus dari solitam, ad Ecclesiam reuersam tunc censeri de mensa Ecclesiæ effectam, ad hunc effectum, vt deinceps dari nō possit, nisi solennibus adhibitis; cum per contrariam cōsuetudinem in feudum dari desierit, & solita longo tempore fuerit, à prelato retineri.

CAPVT LXXII.

Vtrum Prælatus Ecclesiæ laicis in feudum concedere possit decimas ad Ecclesiam reuersas, ante Concilium Lateranense concedi solitas?

VEra & communis sententia est non licere Episcopo laicis in feudum concedere decimas ad Ecclesiam reuersas, ante Conciliū Lateranense solitas concedi, quia Cōcilij Lateranensis prohibitiō generalis est, ne laicis decimæ cōcedantur. c. Prohibemus. c. Quamuis. de decimis. cap. Ad Apostolicā. de his quæ fiunt a Prælatis sine consensu Capituli. cap. 2. §. Sane. de decim. lib. 6. & alibi. Ita docuerunt

Ioan.

Ioan. And. in d. c. Prohibemus. & ibidem quoque Panormitan. Caldetinus consil. 1. tit. de feudis. Curtius iunior de feudis, part. 2. quæst. 8. Zasius de feudis, part. 4. nu. 25. Couuar. lib. 1. variar. resol. cap. 17. nu. 5. vers. Præter hos alios citat Menochius de Præsumpt. lib. 6. Præsum. 86. post num. 3.

Contrarium docuit Cardinalis Florent. in c. 2 de feudis, Goff. in cap. Prohibemus. & alij quos commemorant Curtius iunior, Couuar. & Menoch. locis proxime citatis.

3 Fundamentum est in c. 2 de feudis, vbi res ad Ecclesiam reuersa potest in feudum dari. Respondetur, excipiendas esse decimas, quia decimæ specialiter in feudum prohibentur dari post Concilium Lateranense.

Secūdò, quia Lateranense Concilium prohibet decimas laicis dari in feudum de nouo, antea enim concessas non aufert. Non videntur autem nouiter dari decimæ, quæ olim datæ sunt ante Concilium Lateranense, sed potius continuari. Respondetur, cùm decimæ proponantur ad Ecclesiam reuersæ, & consequenter Prælatus eas retinere possit, & nemini dare: si aliis dederit, noua potius concessio videri potest, quàm antiqua. Argumētum autem procedit, cum dantur decimæ aliis successoribus eorum, quibus competebant ante Concilium Lateranense, ibi continuatio est: in hac nostra facti specie noua, eaque voluntaria concessio ideo irritanda ac reprobanda, quia reprobatur & prohibetur Concilio supradicto.

CAPVT LXXIII.

Feudo ad dominum reuerso propter lineam finitam, vtrum dominus teneatur proximioribus agnatis illud concedere?

DOminum teneri proximioribus agnatis feudum ad se reuersum ob lineam finitam ex æquitate concedere non pauci, neque obscuri nominis dixerunt. Vide Clarum §. Feudum. quæst. 87. Dominum meum Cephalum consil. 173. num. 18. & 197. num. 19. lib. 1. Andream Geyll. lib. 2. obseru. 148. Argumenta huius sententiæ eadem sunt, quæ retuli ac refutaui de emphyteusi loquens, lib. 1. Controuersiarum iuris, cap. C. Ea igitur huc adferre supersedeo; Illud monens, me contrariam sententiam sequi, quam & multi habuerunt apud Andr. Geyll. loco annot. cōmemorati, & fundamentum meum est, quoniam nullus textus proferri potest pro contrariæ sententiæ confirmatione. Nulla iuris ratio illi suffragatur: imò refragatur multum. Nam dominus quisquis rei suæ moderator & arbiter. Nemo tenetur beneficium alteri conferre: Nemo cogi-ceretve in aliquam obligationem & contractū. Nemo cogitur rem suam vendere, multò minus donare vel gratis conferre. Res est satis perspicua.

Authoritas Doctorum multum valet, sed non contra iuris rationem: Et iam studium nostrum est iuris fontes inquirere, non opinionum riuulos sectari, ex legum fundamentis, non ex authorum numero controuersias definire ac explicare.

CAPVT LXXIV.

Feudum dare an cuilibet rerum suarum domino sit permissum?

NOn tam discenda, quàm non est omittēda controuersia illa, an quilibet etiam rusticus res suas in feudum dare possit. Affirmat enim Baldus in cap. 1. in verbo, Marchio, post n. 8. de his qui feud. dare possint. Zasius de feudis, parte 5 n. 31. Schraderus part. 4. cap. 1. num. 57. Ab iis non ausus est recedere Curtius iunior de feudis, part. 2. quæst. 4. licet contrariam sententiam iuri magis consonam cognouerit, quam antiquorum aliqui secuti fuēre. Ego verò ausim eam sequi: Hoc enim mihi in his controuersiis tractandis propositum est, vt iuri magis cōsentaneas sententias amplectar. Alioqui frustra disseritur, frustra in quæstionem hæc vocantur.

Fundamentum est in eo satis firmum, quod si omnes etiā ignobiles & rustici possint res in feudum dare, non ita diligenter tractandum fuerat de his qui feudum dare possunt, in cap. 1. de his qui feud. dare possunt. Inter quos præter eccles. personas, Marchiones, Comites, Regni valuasores, siue Capitanei numerantur. Sed & minimi valuasores, qui videlicet ab aliis feuda accipiunt, dare possunt, vt in cap. 1. de Natura feudi. Rusticis autem & omnib. aliis priuatis hominib. indifferenter idem ius competere non inuenio, nisi quis proponat minimos valuasores, quos diximus, feuda dare posse, rusticos esse.

Fundamentum autem cōmunis sententiæ positum est in cap. 1. Per quos fiat inuestitura. Ait textus: *Noua verò inuestitura feudi non ab alio rectè fit, nisi ab eo qui legitimè suarum bonorum administrationem habet.*

Concedo hoc requiri, vt qui feudum dare vult, legitimam bonorum suorum administrationem habeat. non enim minor 25. annis posset dare, vel similes, sed non inde efficitur, omnes qui legitimè bonorum suorum administrationem habent, feudum dare posse: Potest enim aliunde impedimentum esse, nimirum si is, qui dare feudum velit, habilis nō sit, ac idoneus ad dandum.

CAPVT LXXV.

Filiorum appellatione in feudis an continuantur nepotes?

Controuersia est, Cuidam feudum cōcessum est pro se & filiis suis, verum etiam nepotibus videatur concessum? Negant Salycet.in l.2.C.de iure emphyteu.21.quæst. & Io. Imolensis ad l. Quod dicitur.ff. de verb.oblig. quos refert & sequitur Alex.in cons.204.nu.7. & 8.lib.2.alios citat Gabrielius lib.6.tit.de verbo. sig. concl.1.n.17.

Fundamentum est, quia in contractib. verba sunt propriè accipienda.l.Ex ea.§. In Insulam.l.Quicquid adstringendæ.ff.de verb.obli. sed propriè nepotes differunt à filiis. Aliter.n. filij, aliter nepotes appellantur.l.6.ff.de testam. tutela.

Contrarium docent alij Doctores communiter. Vide Curtium iuniorem de feudis, part. 2.post 7.quęst.vers.Circa hanc materiam, Gabrielium loco annotato, nu.16.Hippol.Riminal.cons.18.n.45.& 38.n.5.lib.1 & hanc sequor: & omissis friuolis argumentis, moueor ex l. pen.ff.de constit. Princ. vbi dicitur, beneficia quàm latissimè interpretanda esse, sed feudum est beneficium, cap.1.§.vlt.in quib.caus.feud. amittatur, vbi ponitur definitio feudi, & dicitur esse beneficium, &c. Ergo latissimè interpretari debet. Hæc est autem iusta interpretatio, vt filiorum appellatione nepotes continentur.l.Iusta.l.Filij appellatione.l.Libertorum.ff.de verb.sig.vbi Callistratus: *Neq; enim dulciore nomine possumus nepotes nostros, quàm filij appellare, &c.*

Ad argumenta contrariæ sententiæ responderi potest, negando feudum esse contractum: etsi enim multi affirment, pauci tamen, imò nulli probant, vt suprà disserui, cap.1. Decepti fortè eam ob caussam, quod feudum licet beneficium sit, videtur tamen quandam speciem contractus continere propter obligationem vasalli & domini: Non rectè, quia hæc sunt à contractibus distinguenda: sicut & non rectè inter cōtractus quandoque donatio numeratur: Si.n.vim obligationis respiciamus, etiam beneficia, priuilegia, mandata Principum, gratiæque inter contractus referendæ sunt, quia obligant: Debet spectari id quod est præcipuū in actu, & ex eo denominatio sumi. Est autem in feudis, in donationib. & similib. præcipua liberalitas, gratia, beneficentia: Igitur hæc spectanda sunt, non id quod exigitur ab eo, in quem conferunt.

CAPVT LXXVI.

Verum in feudis possit alter alteri stipulari?

Video etiam controuersiam inter Doctores esse, verum in feudis possit alter alteri stipulari. Etenim communior sentētia docet, posse fratrem fratri suo stipulari, authoritate text.in c.1 §.Et quia vidimus, de his qui feud. dare poss. & in c.1 de benef.fratris, in c.1. de duob.fratrib.de nouo benef.inuesti.in ca.1.de duob.fratr.b.à capitaneo inuesti. in cap. 2. de feudo Marchię in c.1 §.vlt.de successi.feud. Ita docent Baldus & Salycetus ad l.vlt. C. res inter alios actas.& multi alij, quos refert Antonius Gabrielius lib.3. commun. concl.tit. de verb.oblig.concl.1.n.22.

Sed contrarium Iason docuit in l. Si mihi & Titio.n.3. de verb.oblig. Curtius iunior in tract.feud. parte 2.§. Secunda cadit.alios citat Antonius Gabrielius loco proximè citato, quorum fundamentum est, quia nullo textu feudali contraria sententia comprobetur, & iuris regula sit, neminem alteri stipulari posse, l.Stipulatio ista. §. Alteri.ff.de verbor.obligat. Iuris autem communis regula etiam in feudis obseruari debet, quoties diuersum iure feudali constitutum non est.cap.1.de feudi cognit.

Ad textus pro communi allegatos respondent, non satis probare, quia non dicunt fratrem fratri suo feudum stipulari posse: sed fratrem fratri in feudo succedere ex pacto inuestituræ, cùm scilicet dominus feudum sub ea conditione ac forma concessit, quare id non procedere aiunt ex fratris stipulatione, sed ex domini concessione ac ordinatione: Omnes enim fratres præsentes erant in casibus de quibus loquuntur dicti textus, nec vnus alteri stipulatus est.

Ego puto, hanc controuersiam sedari posse & cōponi hac adhibita distinctione: Aut quęritur, an frater fratri suo stipulari possit purè ac simpliciter, & non potest propter iuris regulam, quę docet, alteri neminem posse stipulari, quam in feudis sublatam esse non cōstat: Nec enim eam cessare in feudis demonstrant testimonia pro communiori sententia relata: Aut quęstio est, an possit frater ita pacisci cum domino in fauorem fratris sui, atque adeo fratri suo stipulari, vt post mortem suam frater succedat in feudo, & puto nihil proponi, cur non possit. Id enim manifestè probat text.in cap.1.de benef.fratris. & ex illis verbis: *Frater non succedat fratri sed dominus habeat, nisi per inuestituram a domino ordinatum fuerit, vt frater succedat fratri, si mortuus fuerit sine harede masculo, vel succedat frater fratri morienti sine filio.*

Nec dici potest, textum loqui quando fratrib. feudum est concessum præsentibus & stipulantibus, quia subiicit textus alios casus, in quibus frater succedit fratri, & inter alios illum

lum casum, quando feudum vtriusque nomine acquisitum est: ex quo sumitur argumentum, superiora verba pertinere etiam ad illum casum, quo frater ita feudum acquisiuit, vt post mortem suam frater succederet.

Confirmatur hæc sententia, quia valet concessio feudi alicui facta pro se, & quibus dederit. c. 1. de feudo non habente propriam naturam feudi. Ergo multò magis valere debet, eo modo facta, vt post mortem fratris frater succedat.

Et licet negari non possit, quin fratri post mortem fratris ius acquiratur ex domini concessione, & ordinatione, id tamen non impedit, quo minus etiam acquiri ex fratris stipulatione videatur. Concurrit enim in commodum fratris stipulatio & domini concessio, & quamuis ex sola domini voluntate ius fratri acquiri post mortem fratris possit, si videlicet ita feudum concederet alicui, vt in eo succederet frater, non tamen aliter est respondendum, cùm etiam frater ita consentit, & paciscitur, vt velit post mortem suam fratri quoque suo prospectum esse.

Denique potest hæc sententia confirmari ex l. Publica. ff. depositi. ibi: *Cæterùm, si aliquid mihi humanum contigerit, filio meo quem ex altero marito meo suscepi*, scilicet restitues, & ex l. 3. C. de donatio. quæ sub modo.

CAPVT LXXVII.

Vtrum pater vsumfructum bonorum feudalium filij, quem in potestate habet, sibi vendicare possit?

Etiam bonorum feudalium vsumfructum, filij in potestate existentis, ad patrem spectare docet Baldus ad l. Cùm oportet. C. de bonis, quæ liberis. Curtius iun. de feud. part. 3. §. Expedito. post nu. 46. D. Fridericus Schenck de feud. part. 7. nu. 8 Quorum illud est fundamentum, quia in cæteris bonis aduentitiis, ita iure cōstitutum est, vt pater vsumfructum, filius habeat proprietatem. l. 1. C. de bonis mater. d. l. Cum oportet. C. de bonis quæ lib. Idē igitur & in feudis recipiendū: quoniam etiam in feudis iure communi vtitur: præterquam in illis casibus, in quib. aliter feudali iure constitutum est. Nullibi verò constitutum est contrarium, nimirum vsumfructum bonorum feudalium patri non deberi.

Huc accedat, quod fructus à solo separati allodiales sunt, non autem feudales, ita probat text. in cap. 1. An agnatus vel filius, &c. ibi: *Sed in fructibus si quos reliquit, &c.* Ergo idem est de illis statuendum, quod de rebus allodialibus, in quibus, vt dictum est, absque controuersia pater vsumfructum habet regulariter.

Sed contrarium docuerunt Bald. in cap. Si duo. de duob. fratribus de nouo benef. inuest. & ibidem Martinus Laudensis & Præpositus, nec non Afflictus nu. 16. Isernia in cap. 1. Qui feud. dare poss. Idem Afflict. in cap. 1. de alien. feudi pater. Rolandus à Valle in cons. 71. n. 65. lib. 2. Ludolphus Schraderus de feudis, part. 7. cap. 6. n. 6. Borgninus Caualcanus de vsufructu in alieus relicto, post nu. 79. vers. Hinc est, quod pater, &c. & ibi alios citant, ex quibus colligitur, hanc esse communiorem sententiam.

Primum argumentum est, quia feudum videtur esse quædam species seruitutis, Quamobrem, si patri vsusfructus acquireretur, ... tus seruitutis constitueretur, contra l. 1. ff. de vsufr. legato.

Secundum argumentum est, quoniam pater filio non succedit in feudo. ca. 1. de succes. feudi. Ergo nec vsumfructum habet. ex reg. l. Quæ legata. de reg. iur. *Quæ legata mortuis nobis ad hæreditatem nostram transeunt, eorum commodum per nos iis, in quorum potestate sumus, eodem casu acquirimus, &c.*

Tertium argumentum est, quia feudum datur ad hoc, vt vasallus fideliter domino seruiat c. 1. in fine, in quibus causis feudum amittatur. Ergo vsusfructus apud ipsum vasallum manere debet, non autem patri acquiri, quia nullum præstare seruitium tenetur.

Hæc profectò non est parui momenti difficultas, ego sic statuo, si feudum à Principe donatum sit filiofam. nullum dubium esse, quin pater ab vsufructu arceatur, ex l. Cùm multa. C. de bonis quæ liberis. & idem prorsus quando feudum ex castrensi, vel quasi castrensi peculio procedit: quia in his filiusfam. pro patrefamilias habetur, & nihil patri acquiritur in d. l. Cùm oportet. Cæterùm, in aliis casibus non parum sollicitus sum, quo modo communis sententia rectè defendi possit, quia *feudum est beneficium, quod ex beneuolentia ita datur alicui, vt proprietas quidem, &c. penes dantem remaneat: vsusfructus verò illius rei ad accipientem transeat, &c.* Sed si vsusfructus filiofam. relinquatur, certum est patri adquiri. §. vlt. C. de vsufruct. Cur igitur nō acquiratur & feudi commoditas atque adeò vsusfructus? Tādem quia vrgent argumenta communioris sententiæ, ego sic concludo, non acquiri vsumfructū feudi patri, si non cōmodè vasallus posset domino inseruire, carens eiusmodi commoditate vsusfructus: Verùm si posset, nihil proponi video, cur ius patriæ potestatis suum effectum sortiri non debeat etiam in feudis. Nam quod dicitur, seruitutis seruitutem non esse, aliter accipiendum est, & quod attinet ad vsumfructum, iam constat ex d. l. vlt. C. de vsufr. illud axioma, nō rectè applicari, siquidem filiofam.

relictus vsusfructus acquiratur patri. Feudum verò quid aliud tribuit vasallo, quàm vsumfructum proprietate penes dominum manente, vt in d. cap. 1. ad finem, in quib. caus. feud. amittatur.

Quod verò attinet ad reg. l. Quæ legata. de regul. iuris. illa nihil facit ad rem nostram, non enim hunc habet sensum, vt in illis bonis, in quibus pater filio non succedit, nec etiam vsumfructum habere possit, sed hic est sensus, legata pura, vel in diem certum, quia ad hæredem transmittuntur, patri etiam eorum commodum acquiri. Cæterum, legata conditionalia, quia ad hæredem non transmittuntur, patri non acquiri, sed ipsi seruo, si tempore purificatæ conditionis iuris sui fuerit. *Aliter*, inquit text. *atque cùm stipulati sumus: Nam & sub conditione stipulantes omnino eis acquirimus, etiamsi libertate nobis præstita à domino conditio existat.* Non igitur ad rem nostram pertinet, præsertim cùm non versemur in legatis, sed potius in stipulationibus.

Ad postremum argumentum quod attinet, illud nihil obest sententiæ nostræ. Iam enim diximus, si grauetur in ea re filiusfam. vt non possit commodè seruire domino, secundum feudi leges & conditiones, non debere vsufructu carere, quia hoc tacitè, vel inter partes actum videtur, vel vt actum esse intelligatur, æquum profectò mihi videtur, ne dantis & accipientis feudum intentio defraudetur.

CAPVT LXXVIII.

An in dotem feudum dari possit, sine consensu domini?

DE duobus video inter omnes conuenire, & de tribus controuersiam esse. Primò conuenit, feudum à patre nomine filiæ, vel ab alio in feudum dari non posse. sic enim expressè constitutum est in ca. 1. §. Donare. qualiter olim feudum poterat alien. *Donare autem, aut iudicare pro anima, aut in dotem pro filia dare nullius curia poterat consuetudine, &c.* Secundò, inter omnes constat filiam posse feudum inæstimatum, & sine pacto de lucrando viro suo in feudum dare pro tempore vitæ suæ, ex c. 1. de inuestitura, quam Titius accepit à Sempronio, ibi: *Ipsa à domino inuestita fuit, & feudum in dotem dedit. quærebatur, si ad maritum successio feudi pertineat, responsum est, non pertinere.* Et ex cap. 1. de eo qui sibi & hæredibus suis masculis & fœmin. ibi: *Hæc marito paternum feudum in dotem dedit, &c.*

Controuersia est autem primò, an etiam pater pro filia in dotem dare possit feudum pro tempore vitæ suæ inæstimatum, & sine pacto de lucrando. Nam Rota Romana respondit posse, decis. 199. Pater potest. in nouis. Curtius iunior de feudis, nu. 93. vers. Quartò principaliter quæro. Felynus in c. Quę in Ecclesiarum, n. 75. de constit. Iason in Auth. Res quæ. nu. 26. C. comm. de legatis. Hieronym. Schurff. cons. 23. nu. 5. lib. 1.

Fundamentum est in c. Nuper. de donat. inter vir. & vxor. & quia videtur eadem ratio in patre, quæ in filia, cùm detur duntaxat pro tempore vitæ, & vasallo mortuo ad alios feudum pertineat, & ita text. accipiendus est in d. §. Donare.

Sed contrarium docuit Ludolphus Schraderus de feudis parte. 8. cap. 1. n. 33. vers. Similiter vera non est. vbi malè citat Zasium. parte 6. n. 8. Sed non malè Iacopinum in verbo, ita etiam quod ipsi vasalli, n. 17.

Mouet eum primò, quoniam text. in dict. §. Donare. generaliter negat patri licere feudum pro filia in dotem dare. Deinde, quia si cõtraria sententia vera esset, deberet intelligi, quãdo pater feudum in dotem daret in perpetuũ & absolutè, vt etiam post mortem suam maneret in dote, quod prorsus indubitatum esset. Cui enim dubium esse potest, patri id permissum non fore? Cùm plus iuris in alium nemo transferre possit, quàm ipse habeat. l. Traditio. ff. de acq. rer. dom. Tertiò, quia si contraria sententia recipiatur, non erit hoc specialiter constitutum in fauorem mulieris, vt feudum pro se dare in dotem possit: quia etiam pater poterit.

Ego video textum, quo prior sententia nititur in d. c. Nuper. loqui de patre dante pro se vxori suæ feudũ, ex causa donationis propter nuptias: & consequenter nullum textum video, qui priori sententiæ adstipuletur. Veruntamen ei calculum non subtraho meum, quia eadem prorsus ratio est in patre dante feudũ in dotem pro filia, quæ in ipsomet dante feudum vxori suæ donationis causa, vel in filia pro se dante: Obseruandum enim est, hunc casum, de quo nunc disputamus, omissum esse à iuris conditoribus: & ideò ex regulis ac præceptis iure decidendum.

Cautũ est, patrem non posse feudum in dotem dare pro filia, quia dos datur, vt deseruiat oneribus matrimonij. l. Pro oneribus. C. de iure dotium. Fieri autem potest, vt pater moriatur ante obitum filiæ vel generi sui, quamobrem feudum ad dominum reuerteretur, vel ad agnatos: filia & gener exclusi essent, & dote carerent: Cùm verò filia pro se feudum dat in dotem, non procedit hæc ratio: quia si ipsa moriatur, matrimonium cessat, & dos à marito restituenda est: itaque nullum absurdum sequitur. Ideo nihil prohibet, filiam dare posse, pro se feudum in dotem. Illud posset tunc obstare, quod prohibita sit alienatio feudi, à fine

ſine conſenſu domini: ſed non videtur alienari feudum à muliere l. In rebus. C. de iure dotium: ibi: *Cùm & eadem res, & ab initio vxoris fuerint, & naturaliter in eius permanſerint dominio, &c.* Eadem ratio eſt cum pater dat feudum vxori ſuæ, de qua ſpecie text. loquitur in d. c. Nuper.

Cæterùm ſi proponatur, generum accepiſſe feudum à ſocero filiæ nomine in dotem: ea lege, vt commoditatem tantùm fructuũ, vſque ad mortem ſoceri perciperet, nihil proponi video, cur id fieri non poſſit. Neque enim eſt hæc alienatio feudi, quia nullum ius reale in generum transfertur, ſed perſonale ius, quod ſocer habet, fructus percipiendi ex feudo, donec vixerit. l. Si vſusfructus. ff. de iure doti. ibi: *Vt ipſum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio autem fructuum ad mulierem pertineat.*

Secundò controuerſia eſt, an pater feudum in dotem pro filia dare poſſit, etiam vltra tempus vitæ ſuæ, quando non eſt temporale feudum, ſed perpetuum. Etenim Alexander in cõ. 28. ad finem lib. 5. exiſtimat poſſe, & ſequitur Afflictus in d. §. Donare. poſt num. 29. Fundamentum eſt, in text. a contrario ſenſu, d. cap. Nuper. de dona. inter vir. & vxor. ibi enim dicit text. mortuo patre feudum datum in dotẽ, nõ manere, *quia nullus plus iuris in alium trãſferre poteſt, quàm conſtet eum habere.* Ergo ſi ius patris morte non extinguatur, aliter reſpondendum erit.

Contrarium docet Ludolphus, loco proximè citato poſt nu. 33. argumento d. §. Donare. vbi text. generaliter negat, patrem poſſe feudum in dotem pro filia dare, conſequenter accipiendus eſt de omni feudo, tam perpetuo, quam temporali.

Huic ſententiæ & ipſe aſſentior, ſed alia ratione, quia ſcilicet alienatio feudi prohibita eſt in c. Imperialem. de prohib. feudi aliena. per Frideric. & alibi. Qui ergo poterit pater feudum in dotem dando alienare?

Nec mouet argumentum ex d. c. Nuper. quia locum habet quantum ad hunc effectum, vt pater poſſit in dotem abſolutè dare, atque adeò in perpetuum alienare feudum, ſcilicet ſi aliunde non ſit impedimentum, & conſequenter ſi dominus conſentiat.

Tertiò controuertitur, an ſi pater alia bona non habeat, quàm feudalia, an poſſit in dotem dare pro filia? Negat Iaſon, Baldum ſecutus in Authent. Res quæ nu. 26. C. commu. de legatis. & cum iis Schraderus loco proximè citato, nu. 34. verſ. Eodem modo. Fundamentum eſt in d. §. Donare. ex quo colligitur, nec pro anima feudum poſſe relinqui, nec pro neceſſitate famis, & generaliter non poſſe etiam in dotem dari a patre.

Contrarium docet Afflictus in d. §. Donare nu. 19. Pariſius conſ. 16. nu. 32. lib. 1. & alij apud Schraderum vbi ſuprà, moti ex fauore dotis. l. 1. ff. ſol. matr. propter quam aliàs alienari prohibita poſſunt alienari, vt in d. Auth. res quæ. C. comm. de leg. Sic & res pupillorum alienari non poſſunt, tamen in dotem dari poſſunt. l. Lex quæ tutores C. de adm. Tutor.

Sed nihil mouet hoc argumentum. Fateri enim oportet, ſi nulla ſint alia bona patris, dotem ex feudo conſtituendam eſſe, quam rem luculẽter explicat Hartmãnus Piſtoris, quæſt. 37. lib. 2. part. poſteriori, ſed non abſque domini conſenſu, quem tamen hoc in caſu conſentire oportet, ne mulier maneat indotata, niſi aliunde congruam ei dotem aſſignari, vel ex fructibus feudi, vel aliter proſpexerit.

CAPVT LXXIX.

Poſſitne vaſallus, abſque conſenſu domini, feudi vſumfructum alij cedere?

Communis eſt & vera doctorum ſentẽtia, vaſallum abſque conſenſu domini feudi vſumfructum non poſſe alienare, ita Gloſſ. in c. 1. §. Præterea. de capitulis Corradi. Clarus §. Feudum. q. 37. in fine. Curtius iunior cõmunẽ dicit, parte 4. quæſt. 15. Iaſon in l. 3. §. Ex contrario. num. 66. ff. de acquir. poſſ. Auguſtinus Berous quæſt. 95. Fundamentum eſt firmiſſimũ, quia lege prohibetur feudi alienatio, abſque conſenſu domini, cap. Imperialem. de prob. feudi alien. per Fridericum. Prohibita verò alienatio rei, prohibetur etiam vſusfructus datio. Iuſtinianus: *Sancimus ſiue lex alienationem inhibuerit ſiue teſtator hoc fecerit, &c. non ſolum dominij alienationem, & mancipiorũ manumiſſionem eſſe prohibendam, ſed & vſusfructus dationem, &c.* l. vlt. C. de reb. alienis non alienan.

Difficultatem facit text. in c. 1. §. Quid ergo. de inueſt. de re aliena facta, vbi text. *Quid ergo, inquit, ſi precio vel dolo, aut incuria ſeruitutem rei beneficiariæ imponi patiatur, &c an ex eo præiudicium domino generetur, quæſitum fuit: & reſpõſum eſt, vt vaſallo quidem, donec feudũ tenet, poſſit obeſſe, domino autem, &c. minimè noceat.*

Si poteſt ſeruitutem conſtituere in ſui præiudicium vaſallus, miratur Curtius iunior, loco ſuprà annotato, cur nõ & vſumfructum alienare poſſit? præſertim cùm alienare prohibitus, nec ſeruitutem imponere poſſit, vt in d. l. vlt. C. de reb. alien. non alienan. Suſpicatur ergo textum in d. §. Quid ergo. corrigi ex d. c. Imperialem.

Cæterùm Afflictus in cap. 1 § Præterea, n. 5. & 6. de capitulis Corradi, in eam ſententiam

inclinare videtur, quòd vasallus etiam in vsufructu præiudicare sibi possit, donec viuet.

Pinellus denique ad l. 1. C. de bonis matern. parte. 3 post n. 71. existimat, vasallum alienare posse vsumfructum, sicut & aliam seruitutem in feudo constituere potest, ita vt maneat donec durauerit ius constituentis: & non incurrat pœnam constitutam in d. c. Imperialem.

Ego verò sic statuo, istos omnes rectè forsitan sentire, sed non satis rectè loqui. Nā sciendum est, vasallum alienare posse commoditatem, & vsum feudi, absque consensu domini, hoc est, aliis cedere fructus & commoda, ita vt nullum ius in rem trāsferatur, sed personalis duntaxat actio. Ista enim non est alienatio rei sed longè ab ea differt, quamobrem nihil proponitur, cur valere non possit, licet alienatio feudi non valet. argum. l. In ædibus. §. 1. ff. de donation. l. Codicillis. §. Instituto. de leg. 2. Alexander in cons. 18. n. 6. 7. 8. lib. 5. Socinus senior. de regaliis verba faciens in consi. 7. lib. 3. Bossius de regaliis, n. 35. Schraderus parte 8. cap. 1. n. 12. Clarus §. Feudum. quæst. 31. vers. successiue quæro.

Ergo quod dicitur vasallum posse in sui præiudicium, & donec vixerit, & durauerit ius illius, alienare vsumfructum, rectè dicitur, si nihil aliud intelligatur quàm personalis illa cōmoditas fructuum, quam vasallus habet, secus si ius in rem intelligatur, vasallo transferri, quia ea est alienatio, consequenter lege prohibita, absque domini consensu.

Sed dubium restat, cur seruitutem cōstituere potest, vt in d. §. Quid ergo? Respondeo, nō est constitutio vera seruitutis, sed personalis quædam patientia, quam præstat vasallus, per quam nullum ius in rem propriè acquiritur alteri, sed hoc ius tantum acquiritur, vt inuito vasallo vti possit seruitute, quasi ille obligatus sit ad præstandam patientiam, quamobrem illud ius resoluitur, resoluto iure vasalli. Ex quo apparet non esse ius reale, sed personale, quod cum persona extinguitur, quale ius etiam quantum ad vsusfructus commoditatem constitui rectè potest.

CAPVT LXXX.

Consensus Domini, qui requiritur in alienatione feudi, debeátne expressus esse, vel tacitus sufficiat?

SI dominus sit præsens alienationi feudi, & taceat, nec contradicat, vtrum consentire videatur, quæstio controuersa est. Ludouicus Romanus singul. 720. *De solennitate*, negat adducta Gloss. quæ tamen citari solet pro cōtraria sententia in cap. 1. in vers. Permissione. de probib. feu. alien. per Lotharium. & hanc sententiam veriorem dixit in dicta disputatione Iacopin. a S. Georgio, in vers. Et cum pacto, de non alienando, nu. 20. Eandem secutus est Afflict. in d. c. 1. n. 45. & multi alij apud Tiraquellum de legib. connubialib. Glos. 7. n. 11. & de retractu consang. § 1. Glos. 9. n. 151. vbi tamen Felynum allegat, quem non inuenio id dicentem.

Fundamentum huius sententiæ duplex est. Primum, quia consensus ex præsentia & patiētia, non infert in iis, quæ ad obligandum tendunt. l. Qui vas. §. Vetare. ff. vt furti. l. Filiusfam. §. Inuitum. ff. de Procurat. Alterum quia consensus requiritur ad instar cuiusdam authoritatis & licentiæ ad solemnitatem alienationis, siue vt cū nostris loquar, ad integrādā personam vasalli alienantis, quo casu non sufficit tacitus, sed expressus requiritur, vt docet Glos. in clem. 1. in vers. Licentia. de testam. & probatur in l. 3. ff. de auth. tutor.

Sed contrariæ sententia longè communior est, nimirum tacitum domini cōsensum sufficere, ex sententia & præsentia alienationi factæ. Vide Curtium iuniorem in 4. parte. n. 137. Zasius part. 9. n. 31. Iacobum Leonardum inter consilia Bruni, consi. 114. nu. 3. 4. & alios à Tiraquello citatos de retractu consang. §. 1. Glos. 9. num. 117. & Ludolphum Schraderum part. 8. cap. 4. n. 2.

Fundamentum est, quia is qui præsens est pro consentiente habetur quoties contradicendo actum impedire potest, vt docet Glos. l. Caius. ff. de pign. actio. & hic adferuntur aliquæ leges, quæ parum faciunt.

Ad argumentum cōtrariæ opinionis respōdent, negando consensum domini requiri pro authoritate ac solennitate, nam dicunt necessarium esse propter præiudicium domini, ne videlicet directo domino fiat præiudicium.

Ego didici quæstionē hanc definiri non posse ex iis legibus, quibus præsens & tacens pro consentiente habetur, quia in hac re ius varium est. Aliquando præsens ac tacens pro cōsentiente habetur, vt in l. In sponsalibus. ff. de Sponsalib. in l. 5. C. de nupt. Aliquādo non habetur. l. Caius. ff. de pig. act. l. Sicut. §. Non videtur. ff. quib. mod. pig. sol. Contra habetur in l. 1. & in l. 8. C. de remiss. pig. Non habetur in l. Titia 34. de legatis 2. Habetur in l. Sabinus 28. ff. Com. diui. in l. 4. §. vlt. ff. de fideiuss. tuto. in l. 2. ad Municip. in l. Honores. 7. §. vlt. ff. de Decurio. in l. Si tantum. ff. ad Maced. in l. Quidam. 12. ff. de Euictio. in l. Si feudum 82. de legatis primo. in l. Impuberis 13. ff. de authoritate tutorum. in l. Labeo 19. de aqua pluuia arcenda. Ex quibus patet nullam hac in re tradi posse certam regulam ac definitionem.

Quamobrem in quæstione proposita, ex ratione

tione legis prohibentis feuda alienari, absque permissu domini petenda definitio est. Prohibuit Imperator Lotharius beneficia distrahi, sine permissione dominorum, quia comperit in lites beneficia passim distrahere, *ac ita omnibus exhaustis suorum seniorum seruitia subterfugere, per quod vires imperij maxime attenuatas cognouit, dum proceres milites suos omnibus beneficiis exutos ad felicissimam expeditionem nullo modo traducere valebant*, vt in cap. 1. de proh. feud. alien. per Loth. tit. Idem statuit Fridericus Imperator ob easdem querelas, quòd propter alienationem domini, *debita seruitia amittebant, & honor Imperij & felicis expeditionis complementum minueretur*, vt in capite primo de prohib. feud. alien. per Frider.

Hæc est ratio legis: Ergo si vasallus feudum præsente domino, & non contradicente alienauerit, omnia cessant incommoda. Primum querela domino nulla esse potest, qui scit & non contradicit. Nec dicere potest se contemptum à vasallo, quod perpendi solet, quando feudum contra Lotharij constitutionem alienatur, vt in c. 1. § Vasallus. Quæ fuit prima caussa benef. amitt. Deinde, nullum damnum sentit: scit enim se nouum vasallum habere, & illius opera vti potest. Denique, seruitia Imperij non diminuuntur, quia præstari à nouo vasallo possunt sicut & ab antiquo. Nihil igitur proponi video, cur alienatio valere non debeat, ne contrahentes, qui in bona fide sunt, & præsente domino celebrant contractum, astuto quodam domini silentio decipiantur. Simplicitas quippe legibus amica est, odio subtilitates nimias habens.

CAPVT LXXXI.

Possitne vasallus, cui dominus dedit potestatem feudum alienandi, partem eius alienare?

SI vasallus à domino licentiam habuerit alienandi feudum, intelligitur habere licentiam totum feudum alienandi. arg. l. Si defensor. §. Qui interrogatus. ff. de interrogat. act. Glo. communiter recepta in l. 6. ff. de rei vind. cui adstipulatur l. Pupillus. §. vlt. ff. de verb. sig. Consequenter etiam partem feudi alienare potest, quia in toto pars inest. l. In toto. de reg. iur. & ex toto rectè ad partem argumentamur. l. Si quis cùm totum, ff. de except. rei iud. Non enim debet, cui quod plus est licet, quod minus est non licere. l. Non debet. de reg. iuris. Atque ita docuerunt Andreas Isernia, Aluarotus & Præpositus in cap. Imperialem. de prohibita feudi alien. per Fridericum.

Sed contrarium sensit Curtius iunior de feudis. parte 4. nu. 43. & apertè docuit Ludolphus Schraderus, part. 8. c. 4. num. 15. Marinus Frecia de subfeudis, libr. 2. quæst. 6. Aurelius Corbulus de iure emphy. c. 12. Ampliatione 3. n. 6. quibus & ipse assentior. Fundamentum est illud, quia domini interesse potest, vt feudum non distrahatur, ac diuidatur inter plures vasallos: sicut enim vasallus non cogitur plures dominos agnoscere. d. cap. Imperialem, §. Præterea ducatus. ita etiam domini interesse potest, ne plures habeat vasallos eiusdem feudi nomine deuinctos, quibus & ipse contrà obligatus etiam sit.

Nec obiiciat quis, imò istud esse domino vtilius, quod pro eodem feudo, duos vasallos habeat, namque seruitia non sunt præstanda separatim à singulis vasallis, eo modo, quo ab vno præstantur, cùm vnum est feudum, sed pro quantitate beneficij moderanda sunt: ita vt quilibet vasallus pro rata seruitia præstet, vt habetur in extraordinariis capitulis, apud Cuiacium lib. 4. tit. 77. quem locum explicaui supra hoc eodem libro, cap. 54. Quare domini sæpe interesse potest, vt vnum ac plenum seruitium potius ab vno exigat vasallo, quàm vt partem exigat ab vno, partem ab altero vasallo. Et ideo, si consensum præstet alienationi totius feudi, non videtur consentire alienationi partis. Ita sentio.

CAPVT LXXXII.

Vasallus an possit alienare feudum absque domini licentia, cùm ei concessum est pro se, & quibus dederit?

EXistimo feudum ea forma concessum vasallo, alienari posse absque consensu domini, authoritate text. in c. 1. de feudo non habente propriam naturam feudi. Sic enim habet: *Si quis ea lege alicui feudum dederit, vt ipse & sui haredes, & cui ipse dederit, habeant. Respondeo, iste qui sic accepit, poterit id vendere vel donare, vel aliter si sibi placuerit etiam sine voluntate domini alienare, &c.* Et hæc est communis Doctorum sententia. Vide Curtium iuniorem in 4. parte. n. 141. Decium, cons. 390. num. 8. Ludolphum Schraderum parte 8. c. 2. n. 58.

Contrarium Speculator docuit de emphyteusi loquens in tit. de locato. §. Nunc de emphyteusi. quæst. 94. Alexander cons. 106. nu. 4. lib. 4. Laurentius Calcaneus latè in cons. 51. incip. Non est dubitandum.

Fundamentum est, quoniam illa verba: *Et quibus dederit*, secundum naturam feudalis conuentionis & obligationis exaudienda sunt, nimirum, vt feudum nemini detur distrahē-

túrve sine licentia domini. Sic enim iure constitutum est, vt in c.1. de proh. feudi alien. per Lotharium, & in cap.1. de proh. feudi alie. per Frider. argum. l. si stipulatus. ff. de vsur. l. si vno. ff. loca. & aliarum legum: quibus probatur verba intelligenda esse secundum materiam subiectam.

Sed quid opus est respondere ad illud argumentum, cùm textus, quo communis sententia nititur, tam apertus sit? Dic ad illud brocardicum, non debere locum sibi vindicare, cùm disertis verbis à natura contractus recessum est. In claris enim non est opus coniecturis. Cùm in verbis nulla est ambiguitas, non est facienda voluntatis quæstio. Recedendum à verbis non est, nisi appareat de contraria mẽte contrahentium. Cõtractus & maximè feudalis ex conuentione legem accipiunt: Et conuentionis siue inuestituræ tenor naturæ præfertur ipsius feudi. Habes pro confutatione vnius generalis axiomatis, multa alia ad rem nostram pertinentia, sed magis inhæreas singularibus legum decisionibus cùm inueniri possunt. Sermones enim generales faciliores sunt, particulares autem sunt veriores, Aristotele teste.

CAPVT LXXXIII.

Si dominus alienationi feudi simpliciter consentiat, an sibi, quoad dominium directum, praiudicium faciat?

SI dominus simpliciter consentiat alienationi feudi, id est, absque protestatione illa, *Saluo iure directi dominij*, sibi quoad directum dominium, quod habet præiudicare, non obscuri nominis Doctores scriptum reliquerunt. Baldus in l. Dotalem. ff. sol. matr. Alex. in consl. 189. libr. 2. Andr. Isern. in c.1. nu. 7. qui successo. dare teneant. & ibidem Afflict. n. 20. Idem decis. 112. n. 8. & ibi etiam Vrsil. in addit. In eandem sententiam inclinat Curtius iunior in 4. parte, n. 139.

Sed contrarium docuerunt Zasius part. 9. n. 35. Iacopinus in verb. & cum pacto. 2. nu. 19. & multi alij, quos refert & sequitur Ludolphus Schraderus part. 8. c. 4. n. 28.

Fundamentum prioris sententiæ est in l. 4. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypot. sol. Vlpianus: *Si in venditione pignoris consenserit creditor, vel vt debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari, nisi salua caussa pignoris sui consensit, vel venditioni, vel cæteris.*

Fundamentum posterioris est, quia nemo præsumitur iactare suum. l. Cum de indebito. ff. de Probatio. & quia consensus domini in alienatione feudi requiritur, vt valeat alienatio, quantum ad ipsum ius, quod vasallus habet. c.1. de proh. feudi alie. per Lothar. & c.1. de proh. feud. alie. per Frider. Ergo non debet in alio nocere domino, nimirum in amissione directi dominij. argum. l. Si vnus. §. Ante omnia. ff. de Pactis.

Mihi magis probatur hæc posterior sententia, quæ etiam communior est, pro cuius confirmatione perpendo, maximũ esse discrimen inter consensum creditoris præstitum debitori vt rem oppignoratam vendat, & consensum domini vasallo præstitum, vt feudum alienet. Nam feudi alienatio a vasallo fit ea intentione & mente, vt dominium vtile dũtaxat in alium transferat, illud enim duntaxat habet, nõ autem dominium directum, & eadẽ est intentio alterius contrahentis. Ergo non potest videri dominium directum alienatum, quod vasallus non habet, sed solum vtile quod habet. l. Traditio. ff. de acq. rer. dom. & nota iuris regula est, semper esse spectandum quod est actum inter contrahentes. l. Semper. de regulis iuris. At rei oppignoratæ alienatio à debitore fit, vt omne dominium, quod ipse habet, in eũ transferatur, cui res alienatur, & quia res transit cum sua caussa: ideo valet alienatio, & creditori ius hypothecæ saluum manet, nisi consentiat, absque iuris sui reseruatione: Nam si simpliciter consentiat, videtur ius pignoris remittere, ideo, quia nullam aliam ob caussam consensus requirebatur, nisi vt res libera transiret ad emptorem, cùm ve, in quem fit alienatio: sed domini consensus requiritur in feudi alienatione, vt valeat alienatio, quæ alioqui non valet. Ad hæc, si creditor consentiens alienationi rei pignoratæ, renunciare hypothecæ videatur, non tamen amittit ius suum: quia salua ei manet actio personalis aduersus debitorem. At si dominus alienationi feudi consentiens, videatur iuri suo renunciare, amittet ius suum, nec enim vasallum amplius habebit, neque feudum. Ergo lata differentia est. Denique & Lotharius & Fridericus prohibentes feudum alienari sine domini licentia, malè dominis consuluissent licentiam dãtibus, si deberent ius suum amittere, nisi cautela illa adhibita, de qua adhibenda nihil ipsi statuerunt, studiosè tamen intenti in eam curam, vt dominis feudorum magis consultum esset ob publicam vtilitatem & ipsorum Cæsarum seruitia & necessitates bellicas.

CAPVT LXXXIV.

Si vasallus feudum, absque consensu domini alienauerit, & in continenti recuperauerit, an eo nadas caducitatis, siue priuationis pœnam?

VAsallus feudum alienauit absque cõsensu domini, postea ex cõtinenti recuperauit: verum

verum incidat in pœnam iure constitutam amissionis feudi, in controuersiam vocatur. Nã pœnam eum euadere authores sunt Afflictus in cap. 1. num. 12. cum sequentib. Quid iuris, si post alienationẽ factã vasall. feud. recup. Specula. de emphyteusi loquens in tit. de locato. quæst 56. Curtius iunior in 4. parte. num. 104. versic. Secundò limitatur. Zasius parte 10. numero 4.

Sed contrarium docuerunt Bartolus in l. Sequitur. § Item Labeo. ff. de vsucap. Bald. in c. 1. num. 3. de prohib. feud. alien. per Frider. Alex. ad l. Si à me. 29. ff. ad leg. Falcid. Iason ad l. vlt. n. 135. C. de iure emphyteu. Ludolph. Schrader. part. 9. cap. 1. n. 17.

Ego posteriorem hanc sententiam amplector authoritate text. in c. 1. Quid iuris, si post alien. fact. vasall. feud. recup. vbi sic habetur: *Hodie autem, si ipsum alienauerit, si quidem illicitè, licet postea recuperauerit, tamen penes ipsũ non remanebit, verum domino ad quemcunque peruenerit apertum.*

Hic textus ex professò argumentũ tractat propositæ quæstionis, & clarè decidit, feudum penes vasallum non manere, licet postea recuperauerit. Recuperari autẽ potest vel in continenti, vel ex interuallo, non distinguit inter recuperationem in cõtinenti, vel ex interuallo factam: qua tamen in re, si diuersum ius erat, æquum fuisset distinguere.

Sed præstat argumenta perpendere, quib. contraria nititur sententia. Primum est ex c. Potuit. de locato. ibi: *Nisi celeri satisfactione postmodum sibi consulere studuisset.* Respondeo, illa verba referri ac pertinere ad moram commissam in solutionẽ canonis emphyteutici, de qua nunc non loquimur. Ex qua non rectè sumitur argumentum contra textum iuris feudalis.

Secundũ est ex l. Qui possessionem 17. ff. de vi & vi arm. Iulianus: *Qui possessionem vi ereptam in ipso congressu recipit, in pristinã caussam reuerti potius, quam vi possidere intelligendus est.* Respondeo, latum esse discrimen & longè diuersam rem esse. Quid enim peccat illic, qui possessionem vi ereptam in ipso congressu recipit? Certè nihil. At noster illicitè facit alienando feudum absque licentia domini.

Tertium est ex l. vlt. §. vlt. C. de bonis quæ liberis. ibi: *Qualis enim vsusfructus potuit ei acquiri, qui momentarius esse ostenditur, &c.* Respondeo, vsumfructum quidem, siue dominium vtile non acquiri per talem alienationem, quæ momentaria dici potest, sed pœnã ex illicito facto non euadere vasallum. Semel enim commissa est: quare non potest domino auferri ius quæsitum.

Quartum est ex l. 3. ff. de diuor. ibi: *Si breui reuersa est uxor, nec diuertisse videtur.* Respondeo, & hic quoque non videri alienatam rem feudalem, quæ breui recuperata est, sed tamẽ, quia culpa iam commissa est, & feudum domino apertum, non posse ius domino quæsitum auferri.

Quintum est ex l. Si in lege. §. Colonus. ff. locati. ibi: *Quod si paucis diebus prohibuit, deinde pœnitentiam egit, omniáq; colono integra sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet.* Respondeo, nihil quidem iuris minui domino feudi si feudum alienatum statim recuperetur. Verùm quia ex priori culpa pœna est commissa, ius domino quæsitum ex sequenti recuperatione auferri non potest.

Sextum argumentum est ex l. 4. §. Idem Labeo. ff. de vsucap. *Idem Labeo ait, si rem quam apud te deposueram, lucrifaciendi caussa vendideris, deinde ex pœnitentia redemeris, & eodem statu habeas, siue ignorante me, siue sciente ea gesta sint, videri in potestatem meam redijsse secundùm Proculi sententiam, quæ & vera est.* Respondeo, rem quidem in potestatem domini videri reuersam ex eo, quòd redempta sit, sed tamen dolum in alienatione commissum, rectè coerceri amissione rei, argum. l. 1. §. Si rem. ff. depositi. ibi: *Quia semel dolum fecisti cum venderes.*

Septimum est ex l. Ex hoc edicto. §. Si quis alienauerit. ff. de alien. iud. mu. cau. fa. Paulus: *Si quis alienauerit, deinde receperit, non tenebitur hoc edicto.* Respondeo, ideo non teneri, quia non efficitur durior aduersarij caussa. Potest enim possessorem conuenire, itaque ratio edicti, quæ adfertur in l. 1. ff. eod. tit. penitus cessat.

Octauum est ex c. Si quis presbyterorum. de reb. Eccles. non alienan. ibi: *Nisi forte alienator, & qui acceperit, celeri restitutione sibi prospexerint.* Respondeo, non si ex æquitate sacrorũ canonum anathematis remittitur pœna alienanti res Ecclesiasticas, idcirco pœnam temporalem amissionis feudi vasallo cõtra leges alienanti feudum, remittendam esse. Mitius agunt canones quàm leges, & mitius agendum in pœnis, quæ animam percutiunt, quam quæ bona tẽporalia. Sanè textus feudalis duritiem ac seueritatem alienam nõ esse a iure nostro intelligi potest ex l. Qui ea mente. ff. de fur. ex l. Quid sit fugitiuus. ff. de ædil. edicto. & aliis legibus, quibus cõtinetur, ex pœnitentia delicti iam commissi, non desinere quempiam nocentem esse, & pœna dignum, licet ea pœnitentia & Deo grata sit & Reipublicæ.

CAPVT LXXXV.

Alienans feudum absque licentia domini cum

clausula, Saluo iure domini. *vel alia cautela, an euadat pœnam iure constitutam.*

NOn assentior illis qui docent, vasallum pœnam priuationis euadere, cùm feudū alienauit absq; domini permissu, ea clausula adiecta, *Saluo iure domini.* imò nec si adiiciatur: *Nec aliter, nec alio modo.* Nec. n. verborum artes valent ad eludendas legum sanctiones. In primis verba legum, quibus feudi prohibetur alienatio absque domini licentia, locum & in hac specie sibi vindicant: Sunt n. generalia valdè & præcisa, vt in c. 1. de proh. feu. alic. per Loth. & per Frideric. Deinde ratio illa, propter quam vasallus feudo priuatur, locum etiam obtinet, quia scil. dominū contemnere videtur. c. 1. §. Vasallus. quæ fuerit prima cau. benef. amitten. Tertio, quia etiam absque clausula illa *saluo iure domini.* ius domini saluum est. Nec. n. potest vasallus feudum alienãdo auferre domino ius suum, aut plus trãsferre in alium, quam ipse habeat. Tacitè ergo inest illa protestatio. Ergo nihil operatur. l. 3. ff. de leg. 1. Denique ratio, quæ continetur in lege prohibente alienationes feudi, *ne imperij vel dominorum minuatur vtilitas*: vt in d. cap. 1. de prohibit. feud. alien. per Lothar. & per Frid. ad hanc nostram speciem extendit se: quia minuitur imperij & dominorū vtilitas, hoc modo. Imperatori necessaria est opera vasalli atq; seruitia. Feudum ille nō habet: Alienauit enim. Nouus vasallus vel non adest, vel nescitur, vel idoneus non est: Minuitur vtilitas imperij, quia nemo præstat seruitium.

Quod si alienetur feudum sub ista conditione, si dominus consenserit, si ratam alienationem habuerit, ita vt sit conditionalis alienatio, non autem quæ sub condicione resoluatur, quod & alibi Iurisconsultus distinguit in l. 2. ff. de in diem addict. hoc in casu, si domini nō intersit, aliud statuo: Tunc. n. est perinde ac si ab initio consensus domini adhibeatur. Retrotrahitur enim argument. l. vlt. C. ad Maced. Etsi non consentiat dominus nihil valeat alienatio: Itaq; non impugno hanc cautelam, sed priorem. Si non iis erit contentus lector, aliorum sententias exquiret. Legat Curtium iuniorem in quarta parte, nu. 112. Rolandum à Valle consil. 51. lib. 2. Thom. Gram. decis. 49. Felyn. in cap. Quæ in Ecclesiarum. nu. 84. de constitut. Isti alios indicabunt, ex quib. sitim explere poterit.

CAPVT LXXXVI.

Vasallus alienans feudum sine licentia domini, & constituens se nomine emptoris illud possidere, non fact. reali traditione, an in pœnam incidat amissionis feudi?

COmmunis est & vera sententia, feudum cadere in cōmissum, si fuerit a vasallo alienatum absque domini permissu, licet possessio realis tradita non sit, sed tantum vasallus constituerit se eius nomine possidere, in quem feudum alienatum est. Vide Zasiū parte 10. n. 8. Tiraquellum de iure constituti, parte 3. limitatione 24. nu. 5. Rolandum à Valle in consil. 51. lib. 2.

Fundamentum est firmissimum, quia is dicitur possidere, cuius nomine possidetur. l. Quod meo. ff. de acq. possess. cap. Si diligenti. de præscript. cap. Cùm venisset. de restit. spol. Quare res non manet in dominio venditoris vasalli, sed in eum trãsfertur, qui emit, vel alio titulo feudum accipit, & possidere intelligitur. Nihil ergo proponitur, cur vasallus feudū non amittat, ex lege tam Lotharij, quàm Friderici, titul. de prohib. feud. aliena. Fecit. n. vasallus cōtra legem. Ergo incidet in pœnam legis: Nec eam potest euadere, sicut quando rem non tradidit, quasi tunc alienata fuisse non videatur. l. alienatum. de verb. sig. quæ communis & iusta quædam interpretatio est. Hoc, inquam, velamento defendi non potest, quia dum constituit se alterius nomine possidere feudum, tradere videtur. Is. n. possidet, cuius nomine possidetur, vt dixi.

Contrarium docuerunt Afflictus in c. 1. n. 9. Quid iuris si vasal. post alien. fact. feud. recup. Curtius iunior in 4. part. n. 104. Guido Papæ decis. 101. Ripa in c. Cùm M. n. 80. de constit. & alibi. Ludolphus Schraderus alios adferens, par. 9. cap. 1. n. 34.

Primum argumentum sumitur ex nōnullis textibus, qui traditionem verè factam supponere videntur. c. 1. ibi: *Ad quemcunque peruenerit.* tit. Quid iuris si post alienatio. factam vasallus feudum recup. c. 1. §. Præterea. de capitulis Corradi. ibi: *Alienationes factas nulla obstante præscriptione reuocare.* c. 1. ibi: *Omnibus beneficijs suis exutos, &c.* de prohib. feudi alie. per Lothar. c. 1. §. Callidis. de proh. feudi alie. per Frider. ibi: *In alios transferant, &c.* Respōdeo, etiam in proposita facti specie verba ista verificari posse, quia vt dictum est, is dicitur possidere, cuius nomine possidetur. Ergo feudum verè alienatum est, & in alium translatū, quantum ad ipsius vasalli voluntatem & conatum: licet incidat in commissum, & dominus, si voluerit, feudum vindicare possit.

Secundum argumentum est, quia nullius momenti est alienatio, lege prohibente facta, l. Non dubium. C. de legib. Ergo per constitutum adiectum vera possessio transferri non potest. etenim nullius momenti est. cùm principalis contractus non subsistat. l. Cùm principalis. de regulis iuris.

Respondeo, nullius quidem momenti alie-

nationem factam esse, neque constitutum, sed non propterea pœnam commissi, siue amissionis feudi euitari posse. Vtrumque enim lex statuit, vt nec valeat alienatio, & feudũ amittatur, liberéque ad dominum reuertatur, vt patet ex d.c.1.de proh. feud. alie. per Lothar. & per Frider.

Tertium argumentum est, quia actus nullus & inutilis pœnam non meretur. l. 1. §. vlt. ff. quod quisque iuris. l. Non putauit §. Non quę uis. ff. de bono. possess. contra tab. l. 5. §. Si quis contra. ff. de leg. præstan. l. 6. ff. ad legem Cornel. de falsis Respondeo, frustra hoc inculcatur brocardicum, cum lex aperte alienationem feudi sine consensu domini factam infirmet & simul pœnam statuat amissionis feudi. Dixi brocardicum esse, quia & aliàs cõtrariũ responderi solet, nimirum ex actu nullo pœnam infligi posse. Vide Bald. ad l. Non dubium. col. 3. C. de legib. Tiraquell. de retractu consang. §. 18. Glos. 2 n. 8. & de legib. Connub. Glos. 8. vers. De son mary. nu. 207.

Postremũ argumentum est à simili. Si quis rem alienam scienter alteri vendit & tradit, furtũ committit, & in pœnam incidit, secus si alterius nomine constituat se possidere, vt tradit Aretinus in l. 3. §. Si rem apud te. ff. de acq. possess. & alibi. Respondeo, hanc doctrinam iure non probari, contrarium docere Salycetum ad l. Si seruum vestrum. C. de Furtis. & ad rem nostram non pertinere, in qua certo iure vtimur, quo cõstitutum est, vasallum absque permissu domini feudum alienantẽ illud amittere. Hic verò alienat, & quantum in se positum est etiam tradit possessionem: Ergo pœnæ locus est.

CAPVT LXXXVII.

Vtrum vasallus feudi amissione seu priuatione dignus sit si annuum censum domino præstare cessauerit?

SVnt quædam feuda, pro quib. ex conuentione domino præstari solet cẽsus annuus, Vnde quæritur, si vasallus in solutione cessauerit, an cadat iure suo? Variæ ac diuersæ sunt interpretum sententiæ. Prima cadere à iure suo vasallum in solutione cessantem, cuius hæc ferè argumenta sunt. Primũ ex c. 5. §. Sed nõ est alia. quæ fuerit prima cau. benef. amitten. *Sed non est alia*, inquit text. *iustior caussa beneficij auferendi, quam si id propter quod beneficium datum fuerit, hoc seruitium facere recusauerit, quia beneficium amittit*, loquitur tex. generaliter *de seruitio propter quod feudum datum est*, quam ob rem tam de personali, quàm de reali seruitio accipi potest.

Secundùm, quia donatio reuocari potest, si pacta non seruentur. l. vlt. C. de reuoc. dona. Ex eadémque caussa feudum auferri posse videtur ex § Prædictis modis. quæ fuerit prima cau. benef. amitten. Ergo, si hoc pactum non seruetur, quo census annuus præstari debet, feudum meritò auferri poterit.

Tertium, quia summus Pontifex hanc inter alias culpas Imperatoris Friderici commemorat, ob quas cũ feudo priuauit, in c. Ad Apostolicæ. de re iud. lib. 6. ibi: *Posset etiam merito reprehendi, quod annuam pensionem, in qua pro eodem regno ipsi Ecclesiæ Romanæ tenetur per nouem annos & amplius soluere prætermisit.*

Quartum, quia cùm ita in emphyteuta sit constitutum, vt patet ex l. 2. C. de iure emphy. & in c. Potuit. de locato. nec nõ in cõductore. l. Quæro. §. Inter locatorem. ff. locati. Nec cõtrarium libris feudorum sit constitutum, videtur iure communi vtendum etiam in feudi. c. 1. de feudi cognit.

Atque ita docuerunt Innocen. in d. c. Ad Apostolicæ. Baldus in c. Quæ in Ecclesiarũ. de Const. Curtius iunior in 4. parte. n. 77. 78. Alexander cons. 11. lib. 5. Laurentius Siluanus in cons. 42. n. 9. vers. Tertius casus est.

Contrarium docuerunt Speculator tit. de Locato, §. Nũc de emphyteusi, quæst. 85. Alexander alios citans in cons. 9. n. 2. 3. lib. 3. alios multos citat Syluanus in consil. 42. n. 1. & post eum Ludolphus Schraderus, parte 9. cap. 6. n. 75.

Argumenta sunt ista. Primũ, quia nulla feudali lege cautũ est vasallum cadere suo iure, ob non solutionem census: cùm tamen aliæ causæ diligenter enumerẽtur priuationis feudi, in tit. quæ fuerit prima causa bene. amitt. Ergo nec à nobis statuẽda est. §. Cùm igitur. in Auth. De non eligendo secundo nuben.

Secundum est ex c. Licet. si de feudo cõtrouers. fuerit inter dom. & agnat. vbi: *Licet vasallus seruitium domino non offerat quantocumque tempore steterit, dummodo domino petenti seruire paratus sit, beneficium non amittit.* Igitur & idẽ respondẽdum est de annuo censu, si non fuerit ad soluendum interpellatus vasallus, eum non amittere feudũ, licet in solutione cessauerit.

Tertium, quia licet ita cautũ in emphyteusi sit, vt nõ soluẽs per triennium, iure suo cadat, vel per biennium, si Ecclesiæ canon debeatur, c. Potuit. de locato, l. 2. C. de iure emphy. tamẽ id, cùm pœnam contineat, extendi non debet ad feudum, argum. cap. Statutum. de elect. lib. 6.

Quartum, quia in censuario receptum est, vt non cadat à iure suo, licet per longissimum tẽpus censum soluere neglexerit, vt not. in c.

Constitutus. de relig. domib. Ergo idem st. tuendum de vasallo, qui feudum tenet, & non soluit censum annuum.

Quintum, nam contractus non rescinditur iã consummatus & perfectus ex eo, quod alter nõ adimpleat, sed cogi potest ad implendum. l. Inciuit. C. de rei vind. l. Non idcirco. C. de rescind. vend.

Tertia est sententia sic distinguens. Aut pro feudo præstari debet pẽsio, id est, annuus census duntaxat, aut simul cum pensione etiam fidelitas præstanda est. Priore casu vasallus ob non solutũ censum feudum amittit. Posteriori non item. ita Aluarot. in c. 1. §. Sed nec alia. quæ fuerit prima causa benef. amitten. Ratio est, quia hoc posteriori casu feudum principaliter non datur propter pensionem, sed propter fidelitatem. Ergo & si pensio non præstetur, non est vasallus feudo priuandus. Priori autem casu datur principaliter propter pensionem siue cẽsum, ideo si nõ soluatur feudũ, amitti debet. Hãc distinctionẽ Affli. sequitur moderatione tamen hac adhibita, si vasallus requisitus fuerit, in c. 1 §. Sed nec alia. n. 109. Quæ fuerit prima cau. benef. amitten.

Quarta est sententia Martini Laudensis in c. 1. De his qui feudum dare poss. aliter distinguens. Aut cẽsus annuus promittitur ac debetur à vasallo in signum honoris & subiectionis, vtpura si præstetur ensis, vna libra piperis, accipiter, & simile quid exiguum, & tũc ob cessationem vasallus feudum non amittit. Aut cẽsus magnus præstari debet, qui videtur quodammodo respõdere fructibus feudi, & tunc feudum amittitur, quia tunc apparet feudum esse concessum propter censum, sequitur hãc distinctionem Curtius iunior parte 4. n. 79. versi. Limitanda. nec non Albertus Brunus in consi. 41. in 2. dubio.

Quinta est sententia Iasonis in præludiis feudorum, n. 64. is (omitto primum membrũ distinctionis illius, quia non est ad rem) distinguit inter pensionem minimam, quę datur in signum honoris & subiectionis vasalli, & magnam. Priore casu putat vasallum non esse feudo priuandum, licet nõ soluat etiam interpellatus: posteriori casu iterum distinguit, aut pensio est maior personali seruitio: & tũc quia videtur propter eam principaliter concessum feudum, si non soluat cadit feudo. Aut minor est seruitio personali, & tunc aliter est statuendum, quia videtur principaliter consideratum fuisse seruitium, ac proinde non debet feudum amitti, licet pensio non soluatur.

Ego ex his omnib. sententiis eligo secundam opinionem, tanquam iuri magis consentaneam. Nam re vera magni ponderis est argumentum illud, quod cùm iure feudorum multæ sint causæ expressæ, quibus vasallus feudo priuetur, nullibi tamen expressa est hæc causa, vt priuandus sit vasallus feudo propter nõ solutam pensionem siue censum: Sed nec causa ista cessationis in soluendo censu similis est expressis causis, vel illis maior, & quod maximè perpendo, non est causa ob quam feudũ dari solet: nisi quis feudum impropriè accipiat pro emphyteusi: sed fidelitas est illa, quæ vasallo incumbit ex concessione beneficij, ac feudi: vt non parum miratus sim, distinctionem illã tertiæ opinionis in illo membro, quo non fidelitas præstanda est, sed tantùm census, quia fidelitas est ita in feudo substantialis, vt remitti non possit: quin contractus meritò aliud nomen, aliámque induat naturam. Obseruandum est igitur nullius momẽti esse prioris sententiæ argumenta. Nam text. in d. §. Sed nec alia. non de solutione census annui loquitur, sed de præstatione seruitij quam vasallus recusat. Nusquam autem toto iure feudistico censum & pensionem *seruitiũ* appellatum animaduerti. Nec simplex negligentia vasalli punitur eo in loco feudi amissione, sed denegatio ac recusatio conuenienter textui, c. licet. si de feudo defuncti conten. sit inter dom. & agnat. defuncti. Quamobrem nullius momenti illud argumentum esse videtur.

Ad argumentum illud, quo dicitur, donationem reuocari posse, si pacta non seruẽtur, respondeo, non rectè ad rem nostram induci, quia pacta quæ cõcessioni feudi adiiciũtur in fidelitate consistũt, quam si non præstet vasallus, meritò priuandus est feudo. Pactum autẽ annui census non est causa concessionis feudi, nec facit vt feudum videatur sub modo quodã siue cõditione datum & cõcessum sicut in donatione. Nam is cui donatur, nullũ præstare aliàs seruitium fidelitatis tenetur: ideo si pacta non obseruet, quibus se obstrinxit, reuocatur donatio: sũma ratione, ne donatas res accipere, & liberalitatem irridere donatoris videatur. At vasallus dicet se paratũ esse ad seruitia præstanda, si fuerit à domino requisitus, in qua re principaliter consistit eius obligatio & onus. Nec text. in d. §. Prædictis modis. dicit feudum amitti ex illis causis, ob quas donatio reuocari potest. Sed hoc dicit, prædictos modos qui superiùs enarrati sunt amissionis feudi, iuri & rationi consentaneos esse: idque ex causis, ob quas filij exhæredari possunt, & donationes reuocari perspicuè ostendi posse: sunt. n. multæ causæ exhæredationis liberorum, & reuocandæ donationis, vel eædem, vel similes iis, ob quas feudum amittitur, sed non idcirco infertur ex omnib. causis,

causæ, ob quas donatio reuocari potest etiam feudum amitti.

Tertium autem argumentum potius confirmat nostram hanc sententiam quam contra riam. Nam summus Pontifex in d. cap. Ad Apostolicæ. dicit depositione dignum fuisse Fridericum, qui tanquam vasallus censum nō præstiterat per annos nouem, non autem priuatione feudi ob eam causam dignum, sed ob alias iustas causas, quas ibi commemorat: inter quas istam quoque adnumerasset, si non potius ad reprehensionem, quam ad priuationem pertinuisset.

Ad quartum argumentum notandum est, in his quæ iure feudali decisa non sunt, vtendum esse iuri communi: quādo sunt penitus omissa, nec tacitè vel expressè decisa. Cæterum in materia nostra non est opus ad ius commune refugere: quoniam causæ, ob quas feudum amittitur, expressæ constitutę sunt, & declaratę in libris feudorum, quamobrem tacitè cautū, ac per consequentiam videtur ex aliis causis, non similibus, nec maiorib. expressis feudum non amitti. Sed hæc causa, de qua agitur, nec expressa est inter alias, nec aliis expressis aut maior est, aut iis comparanda. Ergo iusta causa amissionis feudi non est.

De tertia opinione iam dixi, illud membrū distinctionis peccare, quo supponitur feudum esse sine fidelitatis onere & obligatione. Quarta autē sententia in priori articulo, distinct. omni nostræ conformis est. In posteriori autem ideo peccat, quod vix tale feudū reperias, quod & seruitium exigat personale, & magnā pensionem annuam. Si tamen reperiatur, cò magis vasallo succurrendum puto, quò maiori pressus est onere: nec puto si fidelitatis seruitia præstare non recuset, feudum illi auferendum licet negligens fuerit in solutione cēsus, quia illa est minus principalis, quam personale seruitium: sicut persona rebus antecellit.

Quæ responsio sufficit ad confutādam quoque Iasonis distinctionem, quę malè proponit nobis feudum, in quo maior sit ratio habenda census annui, quàm seruitij personalis: Id enim rarò accidere potest: & naturæ feudi maximè repugnat, in quo præcipuè fidelitas spectari solet.

CAPVT LXXXVIII.

Si vasallus vltra fines dati feudi, per errorem facti aliquid præscripserit, postea feudo ad dominum reuerso, an etiam pars alterius præscripta ad dominum pertineat?

NEgat Baldus ad dominum pertinere in c. Rursus. n. 6. de cōtrouer inuestituræ, refert & sequitur Curtius iunior, parte 4. nu. 90. Baldus de Præscript. 4. parte 4. partis princip. q. 12. princip. q. 5. n. 14. Fundamentum est, quia vasallus non præscripsit illud, quod vltra confines erat vigore tituli, quem a domino suo habuit: tunc enim in consequentiam tituli, ad dominum res præscripta pertineret, sed præscripsit ex errore facti: & adfertur pro argumēto textus in l. Debi. or. § vltim. ff. ad Trebell. in his verbis: *Quia non quasi hæres, sed quasi mater accepit: nec occasione hæreditatis, sed errore ex pacto habuit.*

Contrarium docuerunt Martinus Laudēsis, in d. §. Rursus. de controuersia inuest. & alij quos refert & sequitur Ludolphus Schraderus, 2. parte 9. partis princip. sectione 2. nu 6. 7. & hæc sententia mihi placet.

Probatur, quoniam præscriptio est accessoria tituli, & ideo eum sequitur, ad quem titulus reuertitur. l. Si alienā l. Qui alienam. ff. de dona. caussa mortis. l. Iure succursum. §. Si pater. ff. de iure dotiū. l. indebiti. §. Sed & si nummi ff. de condict. indeb. l. is qui alienum. ff. de solut. notat Speculator tit. de Emphyteusi, q. 53. Iason ad l. 2. n. 159. C. de iure Emphyt.

Non obstat argumentum contrariæ sententiæ, quia negari potest id quod assumitur in eo, nimirum præscriptionem hoc in casu, non ex titulo proficisci, sed ex errore vasalli præscribentis: Nam licet non immediatè procedat ex titulo, procedit tamē occasione tituli: Si enim vasallus nullum titulum haberet, error facti non ei prodesset ad vsucapionem longi temporis: quia requiritur bona fides, & iustus titulus verus vel putatiuus, originem habens ex errore facti iusto. l. Celsus. ff. de vsuca. Illud argumentum nihil mouet, quod sumebatur ex l. Debitor. § vlt. ff. ad Trebel. Quia ibi mater dotem consequitur ex pacto tanquam mater, non autem tanquam hæres, licet pactum non valeret, quia filius marti non poterat pacisci dotem reddi. Sed error adiudicationis factæ per arbitrum familiæ herciscundæ matrem defendit: Erat autem rogata hæreditatem restituere: quare id quod non occasione hæreditatis, nec tanquam hæres habuit, restituere non cogitur. In facti specie à nobis proposita vasallus occasione tituli vsucepit rem alienam vltra confines, eidem suffragante iusto errore facti. Arbitrabatur enim eo vsq; feudum pertinere, quo vsque possidere cœpit. Quod si proponatur vasallum aliquid vltra feudi terminos præscribere, non vt vasallum, sed vt extraneum ex alia caussa vel titulo, quàm feudali, quia tunc non occasione tituli præscriptio inducitur, priori sententiæ facile assentior.

CAPVT LXXXIX.

Si vasallus, cui datum est castrum in feudum.

absque iurisdictione, acquisiuerit iurisdictionem suis sumptibus & industria, an extincto iure ipsius feudi, ad dominum reuertatur castrum, cum iurisdictione acquisita?

CAstrum absque iurisdictione datum est in feudum, vasallus emit Iurisdictionem, feudum ad dominum reuertitur generatione finita, verum etiam cum iurisdictione reuertatur? Baldus & Aluarotus responderunt, nō reuerti cum iurisdictione, in c.1.§. Econtrario. de inuestitura de re aliena facta. Ruinus in cons. 14.li.1. Clarus §. Feudum quæst.88 in fine. Sed contrarium docuit Præpositus in d.§. E contrario. quem secutus est Augustinus Berous, q 96.

Omnis difficultas pendet ex d.§.E cōtrario. cuius verba hæc sunt: *E contrario autem si quid feudo à vasallo additum sit, siquidem tale adiectum sit, quod per se subsistere possit, id est, vt per se censeatur, prædium id non accrescit feudo. Si verò per se non possit subsistere, vt seruitus: plerisque placet feudo accedere, & sicut partem feudi disponendam esse. Meliorem namque conditionem feudi facere potest, deteriorem verò sine domini voluntate, vel eorum agnatorum, ad quos per successionem feudum pertinet, facere non potest.*

Qui negant iurisdictionem ad dominum reuerti, hoc perpendunt, Iurisdictionem per se consistere posse, ac per se censeri, vt prædium, quia fieri potest, vt alius iurisdictionē habeat in castro, alius autem dominus sit castri, vt mœnia castri, atque adeò ipsius dominium ad alium pertineat, ad aliū verò iurisdictio ipsius castri, & in ipso castro. & hoc ipsum quæstio supponit, dum proponitur datum in feudum castrum absque iurisdictione, & postea vasallum ab eo, cui competebat emisse, aut alio titulo accepisse.

Qui verò affirmant, castrum simul cum iurisdictione ad dominum redire, iurisdictionē seruituti æquiparant: sicut enim seruitus inest castro, ita & iurisdictio: nam sine castro intelligi non potest, quempiam in castro iurisdictionem habere.

Sed vereor vt ista comparatio seruitutis & iurisdictionis bona sit. Seruitus enim per se consistere nō potest, hoc est, nemo potest seruitutis ius habere in castro, nisi etiam castrum habeat. Realis enim seruitus sine prædio constitui non potest. At quempiam iurisdictionē in castro alterius habere id & fieri, & facilè intelligi potest. Inest ergo iurisdictio castro, seu territorio *passiuè*, vt loquuntur doctores quos refert Hieronymus à Monte de finibus, ca. o. nu.16. quia nisi castrum sit, iurisdictio non est, quia in castro exercetur: sed non per omnia inest, cum alius castrum obtinere, alius iurisdictionem exercere in castro possit, quare neganti sententiæ me socium haud grauatim adiungo.

CAPVT XC.

Si vasallus propter culpam feudum amittat, & ad dominum reuertatur, an quascunque meliorationes amittat, quæ per se consistere non possunt?

NOn puto dominū lucrari posse, cùm vasalli iactura grandes meliorationes feudo adiectas, ex quibus eius precium auctum est, quæque extraordinariæ dicuntur, quia nō tenetur eas facere vasallus, ex lege feudalis cōuentionis ordinaria. Neque enim iustum est, quenquam locupletari cum aliena iactura. l. Nam hoc natura. ff. de cond. indeb. l. Iure naturæ. de regulis iuris. Sic vidēmus colonum culpa sua expulsum, sumptus vtiliter factos in vineis instituēdis repetere posse, propter quas denis amplius aureis annuis locari ager poterat, cum lege locationis comprehensum non esset, vt vineas poneret. l. pen. l. Dominus §.1.ff. locati. Quid plurib. opus est? Etiam malę fidei possessor huiusmodi sumptus repetit. l. Planè. ff. de peti. hæred. Sic docent Baldus in §. Adeo. inst. de locato. Arius Pinell. ad l.2. parte 2. ca.1. num.9. C. de rescind. vend. Menoch. de recup. rem.15.n.504.

Sed contrarium voluit Guido Papæ decis. 169.& 438. Berous q.96. post nu 4. Ludolphus Schraderus alios citans, quorum tamen multi non loquuntur in terminis nostris, in 2. parte 9. partis princip. sect.2.n.16.17. Horum fundamentum est in l.2.C. de iure emphy. vbi emphyteuta amittit meliorationis sumptus, quādo ob canonem non solutum cadit iure suo. *Nulla est*, inquit textus, *in posterum allegatione nomine meliorationis, vel eorum quæ emponemata dicuntur, vel pœna opponenda.*

Et inter alios Schraderus perpendit his verbis emphyteutam repelli à petitione quarumcumq; meliorationum, quia textus dicit, *meliorationis vel eorum, &c.* Quare nō solùm emponemata non repetit, sed nec etiā alias quascunque meliorationes, siue magnas, siue paruas, quia verba legis generalia sunt, omnéque meliorationum genus comprehendunt: Et ideo ob culpam commissam iure permissum videtur, alium cum alterius iactura locupletari. Nam quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. l. quod quis. 203. ff. de reg. iuris.

Verùm ista non me remouent à priore sententia. Nam quod attinet ad l.2.C. de iure emphyt. non ille sensus est, minime audiendum emphyteutam allegantem eiusmodi meliorationes magnas, quibus fundus pluris efficitur, & quas

& quas ex lege contractus facere non tenetur, sed allegantem meliorationes, quæ emponemata dicuntur, illa enim dictio *vel*, non significat emponemata a meliorationibus differre, sed vnam & eãdem rem esse in ea lege, & quasi synonyma, ac si diceret nulla allegatione in posterum opponenda nomine meliorationis, siue eorum, quæ emponemata dicuntur quasi meliorationis verbum generale, explicetur ex adiuncto verbo emponematis. Sunt enim emponemata meliorationes, quibus scilicet res sterilis excolitur, conseritur, & melior efficitur secundum naturam cõtractus emphyteutici, quarum meliorationum ius acquirit ipse emphyteuta, vt declarat text. in l. 3. C. de iure emphyt. ibi: *Cùm dubitabatur, vtrum emphyteuta debeat cũ domini voluntate suas meliorationes, quæ Græco vocabulo emponemata dicuntur alienare, &c.* Dictionem autem *vel*, aliquando expositiuè accipi demonstrat l. Si familia, & ibi Duarenus notat. ff. de iurisd. om. iud.

Quod verò dicitur, vasallum in culpa esse, & ideo damnum sua culpa sentire, verum est eatenus, vt domino feudum aperiatur, non etiã vt ædificia, & alias magnas meliorationes vtiles, quas facere tenebatur, amittat. Est enim in culpa etiam possessor malæ fidei, & nihilominus vtiles sumptus repetit. d. l. Planè. In culpa etiam colonus est, qui debitam mercedem & pensionem non soluit, & nihilominus sumptus istiusmodi repetit, vt in d. l. pen. & d. l. Dominus. §. 1. ff. locati. Benignius ergo & æquius est, vt vasallus consequatur sumptus meliorationis, iuxta text. in §. Si vasallus. Hic finitur lex, &c. Quanquam non ibi agatur de feudo ob culpam ad dominum reuerso: quia eadem est æquitatis ratio, quod erat à contrariæ sententiæ fautoribus diligentius pensitandum, quia hæc est iustitia, vt suum cuique tribuatur, non id quod est alterius, vt pœnæ interpretatione molliantur, æquitas postulat, vt nemo ex aliena iactura locupletetur, naturalis ratio docet.

CAPVT XCI.

Si meliorationis sumptus à vasallo factus liquidus non sit, & dominus fideiussorem dare paratus sit de sumptibus ei facta liquidatione soluendis, possitne feudum vindicare?

SEd rursus controuertitur. Feudo ad dominum deuoluto, vasallus vel hæredes illius illud retinere volunt, donec sumptus meliorationis à domino soluatur: Dominus fideiussorem offert de soluendo facta liquidatione, an feudum vindicare possit? Non potest hæc cõtrouersia iuribus feudalibus definiri, sed confugiendum ad ius commune. Paulus Castrẽsis in consil. 270. lib. 2. non tamen de feudo verba faciens, respondit, prius esse restituendos sumptus, licet liquidi non sint, nec fideiussorem oblatum prodesse, idem respondit Ruinus in consil. 83. circa finem lib. 1. Tiraquellus de retractu cõuent. §. 7. Glos. 1. num. 13. Menochius de recuperan. possess. remedio 15. num. 568. & sequenti.

Sed contrarium docuerunt Andreas Siculus cons. 36. n. 32. lib. 2. Neguzan. de Pignoribus 4. parte 5. partis princip. conclus. 3. Socinus iun. consil. 62. n. 6. 7. lib. 1. Gozadinus cons. 100. n. 21. Benintendus decis. 77. Marzarius de fideicommissis parte 3. quæst. 66. & in terminis vasalli alios citans Schraderus parte 2. partis 9. princip. sect. 2. n. 31.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. Item liberatus. §. 1. ff. quib. mod. pig. vel hypo. sol. in l. 10. ff. de pign. act. in l. Promissor. §. vlt. ff. de constit. pecun. in l. 4. §. Ait prætor. ff. de re iud. l. 5. in fine. ff. de statulib. quibus legibus hoc constitutum est, eum qui soluere tenetur non esse audiendum si velit fideiussorem dare.

His accedit quod leges cõcedunt retentionem rei pro sumptibus factis. l. Si in area. ff. de cond. indeb. l. In fundo. ff. de rei vind. l. pen. ff. locati. neq; excipiunt eum casum quo quantitas sumptuum liquida non sit.

Posterioris autem sententiæ, quam verissimam puto præclarum est fundamentum in l. 5. ff. de statu liberis. Pomponius: *Statuliber rationem reddere iussus, reliquum quod apparet, soluit, de eo quod obscurius est satisdare paratus est, Neratius & Aristo rectè putant liberum fore.* Idem docet text. in l. Seruus si hæredi. §. vlt. ff. eod. tit.

Hoc igitur in casu satisdatio pro solutione est, vt & alias sæpe. l. Satisfactio. ff. de solut. l. Solutionis. ff. de verb. sign. Ne ius liquidum & certum, nimirum iusta vindicatio feudi retardetur ex illiquida exceptione siue petitione sumptuum. argum. l. vlt. C. de compensation.

Et omissis iis regulis, ratio iustitiæ hoc postulat, vt feudum domino restituatur oblato fideiussore de sumptibus restituendis. Nam per dominũ non fit, quo minus sumptus possessori refundantur: cum eorum quantitas incerta sit & obscura. Rursus cur deberet vasallus feudũ retinere? nunquid vt eius lucro fructus cederent? At iam ad dominum pertinere cœpit, ergo iniquum est, rei suæ eum fructibus carere. l. Et ex diuerso. §. 1. ff. de rei vind. An retinebitur feudum loco pignoris pro cautione vasalli, donec soluantur sumptus? at iam cautũ illi est fideiussoribus datis. Frustra ergo, inutiliter, feudum retineret: hoc autem iustitiæ consentaneum non est, non magis, quàm vt alienum quis iniustè detineat.

Ad argumentum contrariæ sententiæ respõdeo, leges citatas loqui cum solutio facienda est certæ ac liquidæ quantitatis pecuniæ; Non obstat quod opponitur retentionem rei generaliter permitti, donec sumptus meliorationis restituantur. Id enim ita accipiendum est, vt iuri non aduersetur, æquitati non repugnet, & neminem iniustè lædat, ius suum nemini auferat, vt rationi sit consentaneum. Sic erit igitur accipiendum, vt si quantitas pecuniæ meliorationis nomine soluendæ certa sit, illa debeat restitui, nec sufficiat alia satisfactio absq; consensu possessoris. Cæterùm, si incerta sit & obscura quantitas, non sit impediendus rei dominus, quo minus rem suam consequatur, si eo nomine satisdare paratus sit. Ita Iurisconsultus docet in d. l. 5. ff. de statulib. si principium cum fine responsi coniungatur.

Quamobrem nec illis assentiri possum, qui existimant non prodesse satisdationem eo casu, quo iudicis sentẽtia iubetur dominus meliorationis sumptum restituere, licet non sit liquidus. Etsi enim iussus soluere non liberetur datis fideiussoribus. l. 4. §. Ait prætor. ff. de re iud. ita tamen accipiendum est cùm certa quãtitas pecuniæ soluenda est, non autem incerta & obscura, vt colligi potest ex d l. 5. ff. de statulib. nec solus sum in hac sententia contra Castrensem in d. cons. 170 lib. 2. & alios qui cum sequuntur, inter quos Bursatus cons. 184. nu. 57. lib. 2. quia idem ante me docuerunt multi alij, quos refert & sequitur Ripa ad l. 4. §. Ait Prætor. nu. 7. ff. de re iud. qui cùm debitum liquidum non est condemnatum ad soluendum liberari datis pignoribus vel fideiussoribus docuerunt.

CAPVT XCII.

Sitne feudum vasallo tacitè obligatum, ob meliorationes in eo factas?

DIsputari etiam potest, vasallo competere tacitam hypothecam in feudo ob sumptus meliorationis factos, ex iis, quę tradit Ripa ad l. Vbi purè. §. vlt. num. 2. adducta l. Interdum. cum l. seq. ff. qui potiores in pign. habeã. Rursus non competere, ex iis, quæ docet Aretinus ad l. Si quis rem. ff. de acquir. possess. ad finem, quem refert & sequitur Parisius in annotationibus ad Bartol. in l. In fundo. ff. de rei vind. Vel distinguendum esse cum Ludolpho Schradero parte 2. 9. partis princip. sectione 2. nu. 49 inter sumptus qui fiunt pro reficiendo vel conseruando opere iam facto, & eos qui fiunt pro nouo opere extruendo. Priore in casu tacitam hypothecam vasallo competere, posteriori non competere. Sed magis est, vt putem, non competere tacitam hypothecam vasallo pro huiusmodi sumptibus, nulla distinctione adhibita. Nam tacita hypotheca est quoddam iuris priuilegium, quod à nobis sine legis authoritate statuendum, atque inducendum non est. Nulla verò lex adfertur, quæ tacitam vasallo hypothecam tribuat. Nam l. 1. ff. in quibus cau. pign. tacitè contrah. loquitur de mutuante in refectionem rei, vt patet ex illis verbis: *Pignus insulæ creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem ædificij extruendi mutuam dedit.* In eundem modum loquitur l. 5. ff. qui potiores in pign. habean. illis verbis: *Vt puta, si in rem ipsam conseruandam impensum est, quod sequens credidit.* Fateor pro sumptibus retentionem competere, quasi ea res loco pignoris fuerit. l. Si in area. ff. de cond. indeb. l. Creditoris. §. vlt. ff. de furtis. Et hoc fortassis aliquos fefellit, vel potius illud, quod de creditoribus pecuniæ in refectionem & conseruationem rei consumptæ veteres iuris authores tradiderunt: sed hæc ad vasallum, qui feudum possidens, sumptus fecit, non sunt extendenda. Nec rectè quispiam argumentari potest ex eo, quod scribit Cuiacius lib. 19. obserua. c. 20. Si quis cessante domino vltro suis sumptibus ædificium restituerit, idem priuilegium exactionis habere, cum tacita hypotheca, ex oratione D. Marci & Senatusconsulto post eam secuto, iuxta l. Cùm duobus. aliàs est l. Si fratres. 53. §. Idem respondit. ff. pro socio. Nam dominus feudi non potest dici cessare, cùm vasallus feudum possidet: nec vasallus restitutionis ædificij caussa sumptus facere dicitur. quasi negotium gerẽs domini, sed suum magis: cùm ipse ius in feudo habeat. Quanquam feudo ad dominum reuerso, iustè ipsi debeantur sumptus meliorationis.

CAPVT XCIII.

Meliorationis sumptus qui debet vasallo restitui, feudo ad dominum reuerso sitne secundùm æstimationem præsentis temporis restituendus, si fortè maior æstimatio esset ædificij ac meliorationis, quàm sumptus à vasallo factus?

COniungendum est hoc caput cum ca. 65. hoc eodem libro, quia controuersia hæc cum illius capitis controuersia magnam habet affinitatem, licet an separatim hic tractetur vel ibi coniunctim tractaretur, non multum interest. Vasallus fecit sumptum in feudum: eius refusionem dominus, cui apertum st, offert. Sed lis oritur ex eo, quòd vasallus exposuit, exempli gratia, centum, melioratio verò nunc ducentis æstimatur. Quæritur an quod expẽsum est sufficiat restituere, an quatenus

tenus res preciosior facta est, id est, præsentis temporis æstimationē, quæ sumptuum quantitatem excedit, dominus vasallo restituere teneatur. Et licet quæstio controuersa sit, & dubia, ne tamen diu lectorem morer; existimo eatenus dominium teneri, quatenus expensum est, & sic textum accipio in c.1 §. Si vasallus. Hic finitur lex, cùm ait: *Precium meliorationis soluatur.* Mouet me primum text. in l. In fundo. ff. de rei vindic. in illis verbis: *Reddes impensam, vt fundum recipias, eousque duntaxat, quo preciosior factus est, & si plus fundi precio accessit, solum quod impensum est.*

Secundò, Constantinus Hermanopulus in promptuario iuris lib.2 tit.1. Rub. de bonæ fidei possessore. qui sic scribit: *Vult constitutio cùm eis qui bona fidei possederunt, res in lucru & preciosioru facta aliqua impensa refunduntur siquidem modicis sumptibus magni precij res quis in prædio possesso erexerit & statuerit, vt vineā, oliuetum & id genus, solum quod impensum est restitui. Cum verò quis multa quidem in rem insumpserit, sed non multò eam preciosiorem effecerit, ei solam rei æstimationem præstari, vtpote cum ea, quibus rem ornarit & instruxerit, quàm paucißimi sint. Inscitia etenim sua adscribat qui tantoperè laborarit, vt inconsulto in terram tenuem forsan & sterilem quaque sibi credita tueri non posset, tantam pecuniam ac sumptum conferret.*

Tertiò, mouet tex. in l. Intra vtile. §. Vendētibus. ff. de minoribus, illis verbis: *Nisi si maluerit omnes expensas, quas bona fide emptor fecisse approbauerit, ei præstare &c.* & in c.1. de in integrum restitut. illis verbis: *prouidendum est tamen, ne si fortè coloni possessiones illas expensis ac labore suo reddiderint meliores sumptibus, quos bona fide fecerunt, debeant defraudari.* vbi vides sumptus restituendos esse, non aliud præter sumptus, quod fundo accessit.

Quartò, rationem & caussam perpendo iustitiæ commutatiuæ, illa præcipit æqualitatē seruandam, ius suum vnicuique tribuendum, non plus. At vasallus fecit sumptus in rē feudalem, iustum ergo vt refundantur, ne dominus feudi locupletetur cum iactura vasalli. Verùm si ex sumptibus meliorationis plus precij fundo accessit temporis processu, hæc res non accidit labore, opera, pecunia vasalli, sed temporis varietas hoc tulit, id igitur cedat commodo domini feudi, non vasalli.

Hanc sententiam amplexi sunt Paulus Castrensis cons.270. n.3 lib.2. Tiraquellus de retractu conuentionali § 7. Glos.1. nu.8. Felynus in c. Cùm causam. 28 de re iud. Harmannus Pistoris lib.2. quæst. iuris, parte posteriore, q. 41. n.18. Ludolphus Schraderus parte 2. 9. partis princip. sectione 2. n.100.

Contrarium responderunt Bald. in cap.1. §. Si vasallus. hic finitur lex. Ruinus cons.117. li.3. Bertrandus cons.2. n.15. lib.1. parte 2. Rolandus a Valle cons.28. & cons.30. lib.1.

Quorum fundamentum est in l. Domos. de legatis primo. existimarunt enim Papiniani responso illo probari, æstimationem præsentis temporis esse spectandam, vt latè disputat Menochius de recup. possess. remedio 15. n.557. Rectè, nam iusta precia ex præsenti æstimatione constituuntur, non ex præterita. l.3. §. Diui. ff. de iure fisci. l.2. C. de patrib. qui filios distraxerunt. Sed non rectè illam consequentiam intulerunt, si precium sumptuum factorum minus sit quam meliorationis æstimatio, ipsam meliorationis ęstimationem pręstandam esse. Nam de hac re nullum verbum Papiniani responsum habet. Reddam illud vt in Florentino Codice legitur, teste Antonio Augustino lib.3. emendationum Iuris, cap.1. *Domos hæreditarias exustas, & hæredis nummis extructas, ex causa fideicommissi post mortem hæredis restituendas viri boni arbitratu sumptuum rationibus deductis & ædificiorum ætatibus examinatis respondi. ætatibus*, id est, magnitudine & amplitudine ædificiorū, vt explicat Cuiacius lib.6. obseruat. cap.3. vel *ætatibus*, id est, quātitate, mensura & magnitudine corporis cuiusque, nam & meus Codex habet *quantitatibus*, vt explicat idem Cuiacius ad lib.9. responsorū Papiniani, vel *ætatibus*, id est, vetustate ędium senio confectarum. l. Si quando. 15. C. de operibus publ. Fornerius lib.1. Selectionum. cap.2.

Certè nullum verbum ibi legitur, ex quo illa consequentia probetur. Quare illa distinctio, quam nonnulli attulerunt, inter bonæ fidei possessorem, & dominum rei, qualis est vasallus, non mihi videtur iuri consentanea, tum quia vasallus non est rei dominus, sed ius in rem habere dicitur, quod nostri vtile dominiū appellant. Deinde, quia non aliam ob causam sumptus meliorationis cōsequitur, quam bonæ fidei possessor consequatur. Tertiò, quia nec si dominus sit reuocabiliter, vt vocant, sicut hęres restituere rogatus fideicommissario iuuari potest Papiniani responso, vt precium meliorationis consequatur, si maius sit, quàm sumptus in rem facti. Neq; enim Papinianus hoc dicit. Erit ergo ex Papiniani responso arbitrio boni viri æstimatio ędificiorum constituenda, vt restituatur id, quod impensum est, si minus sit, si verò maius, vt refundatur precium meliorationis, hoc est, ipsius ædificij, secundum l. In fundo. ff. de rei vind.

CAPVT XCIV.

Si vasallus ob crimen aliquod (feloniam appel-

lens) feudo priuandus sit, an fructus ante sententiam latam perceptos restituere teneatur?

GRauis & nō parui momenti controuersia est. Vasallus crimen commisit, propter quod nō ipso iure priuatur feudo, sed per iudicis sententiam priuādus est. Antequam sententia proferatur ex feudo ipso fructus percepit, an lata postea sententia priuationis feudi restituere eos teneatur. Duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ. Vna teneri, nec eos lucrari, ac suos facere posse. Ita Castrensis ad l. 1. C. de his quib. vt indignis, & eodem in loco Angelus, Alexander & Iason, Martinus Laudensis in cap. 1. & ibidem Præpositus, quibus mod. feudum amittatur in 2. Iacopinus in Inuestitura feudali, in verbo. Dictique vasalli. num. 53. Zasius parte 10. n. 74. Antonius Burgensis in c. Ad nostram. n 34. de empt. & vend. Bernardus Diaz. in pract. crim. cap. 123. Couuar. de sponsalib. parte 2. cap. 6. § 8. numer. 7. Ludolphus Schraderus 2. parte 9. partis princip. sectione 3. n. 34.

Altera non teneri, sed suos facere. Ita Corneus ad d. l 1. C. de his quib. vt indig. Cardinal. in Clem. Constitutionem. §. Cæterum, de elect. Felyn. in c. De quarta nu. 33. de præscript. Curtius senior cons. 60. nu. 30. Brunus cons. 41. num. 49. Peregrinus de iure fisci lib. 5. tit. 1. nu. 174.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. 1. C. de his quib. vt indignis. Imp. Seuerus & Antoninus, *Haredes, quos necem testatoris inultam omisisse constiterit: fructus integros coguntur reddere, neque enim bonæ fidei possessores ante controuersiam illatam videntur fuisse, qui debitum officium pietatis scientes omiserunt.*

Posterioris sententiæ multa huc adferre possem argumenta ex Felyno loco annotato, quæ refert & refellit Antonius Burgensis loco proximè citato, sed non puto me operæ precium facturum, cùm admodum sint leuia. Illud est præcipuum argumentum, ex quo & ipse adduci patior, vt credam, hanc sententiam probabiliorem esse: Vasallus antequam per sententiam iudicis feudo priuetur, iustè possidet feudum. Ergo, facit fructus suos. Consequentia patet, quia est in bona fide, & iustum etiam habet titulum, l. Bonæ fidei. ff. de acq. rer. dom. l. Qui scit. ff. de vsuris. Et licet crimen admiserit priuatione feudi dignum, tamen titulum non amisit, quem habuit antequam sententia proferretur, sed iustè feudum retinere potuit.

Respondet Antonius Burgensis, consequentiam argumenti bonam esse, sed non rectè inferri, titulo postea reuocato (scil. per sententiam priuationis) fructus licet illicitè perceptos non reuocari: Nam fructus reuocari titulo reuocato probat l. Cùm autem. §. pen. ff. de ædil. edicto. l. Cùm quis. ff. de condict. ob cau. l. Imperator. ff. de in diem addict.

Sed replicari potest, exempla legum allegatarum longè dissimilia esse. Nam quod attinet ad l. Cùm quis. quæ loquitur de donatione caussa mortis, ideo donatore conualescente fructus sunt restituendi, quia donatio causa mortis non videtur perfecta, antequam mors donatoris insequatur. l. Non videtur. ff. de donation. caussa mortis. Quod verò attinet ad l. Cùm autem. §. penult. loquitur lex illa de venditione facta contra edictum, quæ ita resoluitur, vt nihil amplius emptor consequatur, quàm haberet, si venditio facta non esset, vt ibi dicitur non procul ab initio legis. Et latiùs in l. 1. ff. eod. tit.

Multò minus ad rem facit l. Imperator. quia accipienda est de venditione conditionali, nimirum vt perficiatur venditio, nisi melior cōditio adferatur, nam si pura sit venditio, quæ sub conditione resoluatur, fructus interea percepti ad emptorem pertineant, vt distinguitur in l 2. & seqq. eiusdem tituli.

Non igitur rectè leges illæ ad hanc quæstionem allegantur, nec rectè generalis doctrina ex illis tradita est, titulo reuocato, etiam fructus reuocari: Authores enim illarum legum rectè in exemplis ibi propositis, statuerunt regulam, fructus restituendos, verùm generalem, quæ ad omnes casus trahatur, non tradiderunt.

Alij huc adferunt l. Videamus. 2. §. 1. ff. de vsuris, qua probatur, *eo qui petit id quod suum est, vel suum fuit fructus etiam ante sententiam latam, & litem motam perceptos restitui debere*, sunt verba Schraderi. Non rectè id applicatur ad quæstionem nostram, quia nō hic agit dominus feudi ad restitutionem feudi instituta in rem actione, vindicando rem suam, veluti à vasallo non iustè detentam. Iustè enim & ex concessione & voluntate domini vasallus illam habuit, sed ad pœnam agit priuationis feudi. Huc pertinet iudicium, culpa seu felonia vasalli, huc spectat, & à iudice proferenda sententia, ad ipsam respicit priuationem feudi. Non infirmat hæc sententia titulum in præteritum tempus vasalli, sed in futurum vt scil. vasallus post hac feudo sit priuatus, non vt olim priuatus fuisse videatur. Non trahitur retrò sentētia & culpa vasalli, vt vno verbo dicam, sed feudū domino aperit in futurū. Cur ergo fructus ante sententiam iustè perceptos restituere vasallū oportere dixerimus? Quòd sit in mala fide post crimen perpetratum? vt in d. l. 1. C. de his quibus vt indign. Nequaquam

quaquam hoc dicendum est: quia nemo tenetur pœnam subire ac soluere, antequam redemnetur, vt dicebat Glos. communiter receptã in cap. Fraternitas. 12. q. 2. S. Thomas 1. 2 q. 62. art 3. Præclarè Reuerendus pater Gregorius de Valencia orbis & vrbis huius ornamentum, vir incomparabilis prudentiæ ac sapientiæ, immortali laude & vita dignus, in commentariis Theologicis Tomo 2. qu. 5. de legibus, Punct. 6.

Sed quid ad l. 1. respõdeo, latum esse discrimen, *nam hares qui sciens defuncti vindictam omisit, & insuper habuit*(id est neglexit) *fructus omnes restituere cogendum existimaui, deceptum autem ignoratione facti, bis bona fidei defensionẽ habiturum* ita Papinianus in l. Hæres. ff. de his quib. vt ind. g. Sic ergo quia ab initio est in mala fide possessor hæreditatis, cum sciat ex legibus, vel scire debeat, se adire non posse hæreditatem ante vindicatam defuncti necem. l. 3. §. Non tantum. ff. ad Syllan. se nõ posse hæreditatẽ obtinere, si necem defuncti vindicare neglexerit, idcirco fructus restituit. At vasallus initio malam fidem non habet, nã feudum à domino legitimo modo accepit; nec in principio indignum se ob culpam vllam reddidit. nihil enim insuper habuit: & licet postea delictum commiserit, donec tamen in eum sententia priuationis lata sit, non ignorat se iustè feudum possidere, quia ante latã sententiam non tenetur pœnam subire: Quamobrẽ non est in mala fide, & consequenter non tenetur fructus restituere. Est igitur distinguendum, an quis indignus sit absque vlla iudicis sententia, siue executione, & is in mala fide esse dicitur, an verò indignus quidem sit, sed executio iudicis, ac sententia expectanda sit, & is ante sententiam latam non est in mala fide. præclarè Couuar. in reg. Peccatum in 2. parte §. n. 6. de regulis iuris, lib 6.

CAPVT XCV.

Feudo ob vasalli mortem ad dominum deuoluto quid sit de fructibus illius anni statuendum?

DE fructibus illius anni, quo vasallus moritur, & feudum domino aperitur, ita iure feudali constitutum est in §. His consequenter. tit. Hic finitur lex Conradi. deinde cõsuetudines regni incipiunt: *Quod si vasallus decedat, sine herede masculo, & contingat feudum ad dominum reuerti, sic distinguitur. Quod si ante Martium, omnes fructus illius anni ex feudo prouenientes ad dominum pertinebunt. Si vero post Calendas Martij vsque ad Augustum, omnes fructus, qui interim percipientur, ad heredes vasalli pertineant, si verò post Augustum, omnes fructus anni percipit dominus. Quidam tamen* *dicunt, quocunque tempore omni decedat, omnes pendentes fructus ad dominum pertinere.*

Tres circa huius loci interpretationem sunt Doctorum sententiæ. Prima, ita accipiendum, vt verba sonant, ac proinde vasallo decedente post mensem Augustum, omnes fructus ad dominum pertinere. Ita Baldus & Iacobus Beloisius, Petrus de Ferrariis in forma libelli, quo agitur ad restitutionem feudi, in verb. Nec superstitibus, n. 16.

Nec placet hæc interpretatio, quia tunc textus non esset rationi consentaneus, sicut Baldus fatetur, quanquam conatur rationem aliquam adferre.

Secunda est interpretatio ac sententia, nullam esse rationem habendam huius textus, quia illius distinctio iusta non sit, ideo spectandam esse distinctionem, circa fructuum diuisionem quæ seruatur inter hæredes fructuarij, & dominum proprietatis, mortuo ipso fructuario. Ita Albericus ad l. Defuncta. ff. de vsufruct. & alij quos citat & sequi videtur Couuar. li. 1. variar. resol. c. 15. nu. 4. versic. Præterea non est omnino, quibus adde Cuiacium in commen. feud. lib. 4. tit. 30.

Non placet, quia magna est authoritas librorum feudalium, vt dictum est suprà ca. 2. hoc eodem lib. & in proposito fatetur Anchæranus in cons. 193.

Tertia est sententia, quam & ipse amplector, fructus diuidẽdos esse eo modo, quo textus dicit, ita tamẽ, vt quod ait textus, mortuo vasallo post mensem Augusti omnes fructus anni ad dominum pertineant, sic accipiẽdum sit, id est omnes fructus anni sequentis, nõ autem anni, quo defunctus est vasallus. Hãc sententiam secuti sunt Andreas Isern. Aluarotus, Præpositus & Afflictus in commentariis dicti loci. Zasius parte 10. numer. 109. vers. Vltimò videndum de fructibus. Hartmannus Pistoris lib. 1. q. 24. n. 43. Ludolphus Schraderus parte 2. 9. partis princip. sect. 3. numer. 73 74. quod ego sic declaro. Annus exempli caussa inchoari debet initio Septembris, si ante Calendas Martij moriatur, fructus illius anni, qui videlicet post mensem Martium percipientur vsque ad mensem Septembris, ad dominum pertinebunt, si post Calendas Martij decesserit, fructus pertinebunt ad hæredes vasalli, scilicet fructus qui percipientur vsque ad mensem Septembris, siue Augusti inclusiue. Si verò post Augustum moriatur, omnes fructus anni ad dominum pertinebunt, non anni iam præteriti, sed anni noui inchoati, qui tunc incipit in Septembre, & iterum desinet in alium sequentem mẽsem Septembris, quæ supputatio, quam ob causam introducta sit, fateor me nondum assecutum esse, quamob-

rem locus erit.l Non omnium.ff.de legib.licet quid Sôsbechius & alij hac de re dixerint, non ignorem. Igitur sic erit ineunda ratio, vt vasallo mortuo post exactum Augusti mēsem (sic enim interpretor, licet aliqui malè post Calendas interpretati sint) fructus vindemiales in Octobri, & similes, qui tardius percipi solent, ad hæredes vasalli meritò pertinebũt, quia ille toto anno vineam coluerat, & expē sas fecerat, fructus autem anni futuri, hoc est nouiter inchoati ad dominum pertinebunt.

CAPVT XCVI.

Vtrum etiam pensiones fructus nomine contineā tur in specie capitis præcedentis? nimirum d. §. His consequenter. tit. Hic finitur lex Corradi. &c.

SEd rursus controuersia est, an illa distinctio circa fructus, quæ continetur in d. §. His consequenter. tit. Hic finitur lex. &c. Et de qua in præcedenti capite disputatum est, accipienda sit latius, vt etiam pensiones comprehendat. Affirmant Andreas Isernia, Baldus, Aluarotus, & Præpositus in commentariis dicti loci. Hartmannus Pistoris libr. 1. q. 24. nu. 57. Ludolphus Schraderus 2. parte 4. partis princip. sectione 5. n. 53.

Negant Petrus Ancharanus in cōs. 193. & Alex. ad l. Diuortio. nu. 3. ff. sol. matr. quibus me lubens socium adscribo. Nam præclarè Brisonius lib. 6. de verb. sig. fructus nomen cùm ad corpus refertur, eos propriè, qui ex re ipsa naturaliter enascuntur fructus complectitur, ac proinde & ab vsuris, & à pensionibus, mercedibus, vecturis iumentorum cęterísque obuētionibus separatur. l. Ancillarum. 30. ff. de petitione hæred. l. Vsuræ 34 ff. de Vsuris. l. Cum seruus. 39. §. Fructus, de legatis primo. l. Cùm de donatione 12. ff. de donatio. Cùm non natura perueniant, nec ex ipso corpore sint, sed iure percipiuntur, & ex obligatione. l. Si nauis. 62. ff. de rei vind. l. Vsura. 121. ff. de verb. sig. Cùm igitur textus in d. §. His consequenter. de fructibus loquatur, ex feudo prouenientibus, non videtur pensiones comprehendere, quæ non ex corpore proueniunt, sed iure percipiuntur ex obligatione. Et licet pensiones sæpe vicem fructuum obtineant, id tamen ex iusta quadam interpretatione fit, non ex verbi significatione & natura: Nec vlla ratio est fructus nomen latè interpretandi, & ad pensiones producendi in hac qua de agitur disputatione: quandoquidem distinctio iuris feudalis, iuri communi satis consentanea non est, consequenter non extēdenda. l. Quod verò contrà. ff. de legibus, & cùm eius ratio non possit intelligi, consequenter intelligi nō potest, an & in pensionibus locum debeat sibi vindicare.

Primum argumentum contrariæ sententię est, quando alicui simpliciter conceduntur omnes fructus ad tempus certum vel incertum, ex aliqua re percipiendi vsusfructus cōcessus intelligitur. l. Si quis ita. 20. ff. de vsufr. l. Per seruum 14. §. 1. ff. de vsu. & habit. l. Cùm ita. 41. ff. de vsuf. leg. sed text. in d. §. His consequenter. loquitur de omnibus fructibus, vt patet ex illis verbis. *Omnes fructus illius anni ex feudo prouenientes, &c.* Ergo his verbis vsusfructus continetur. Vsusfructus autem procul dubio pensiones continet, sicut & omnem aliam commoditatem. l. Vsufructu legato l. Item si fundi. ff. de vsufr.

Respondeo, maiorem propositionem tunc veram esse, cùm fructus in annos singulos legantur. Sic loquuntur leges allegatę. Est enim perinde cùm in annos singulos fructus legantur, ac si vsusfructus legetur, quod & Accursius notauit in l. Per seruum. 14. §. 1. ff. de vsu & habita. Nam cùm tex. ibi dicat: *Vsusfructus an fructus legetur nihil interest.* Accursius ait id verum esse, *cùm duo annuos fructus an in singulos annos, vt in l. Si quis ita 20. eodem tit.* At in dicto §. His consequenter. non fit mentio fructus annui, siue in singulos annos relicti, sed fructus illius anni tantum, quo vasallus decedit, ex feudo prouenientis. Ergo nihil argumentum obstat.

Secundum est, quia fructus appellatione omnis vtilitas atque commoditas intelligitur. l. Loci corpus. §. In confessoriam. ff. si seruitus vind. l. Fructus. de reg. iuris. imò & pensiones loco fructuum naturalium subrogantur. l. Mercedes 29. ff. de pet. hæred. l. Prædiorum. 36. ff. de vsuris.

Respondeo, negari non posse quin appellatione fructuum etiam pensiones, mercedes, & id genus alia contineantur. Verùm id ex iusta interpretatione accidit, cùm scilicet iuris ratio & æquitatis ita postulat. nec fit mentio fructuum, qui ex ipso corpore proueniunt, vt in d. §. His consequenter. Nulla autem iuris ratio aut æquitatis postulat, vt quod contra iuris rationem receptum est in fructib. ex feudo, hoc est, ex corpore rei prouenientibus, producatur ad pensiones in casu nostro, quæ non propriè fructus dicuntur.

CAPVT XCVII.

Rursus de fructibus controuersia proponitur, vasallo mortuo, & feudo agnatis aperto, sitne eadem adhibenda distinctio?

EXistimo fructuum diuisionem, quę continetur in §. His consequenter. tit. Hic finitur lex, &c. seruandam esse non solum eo casu,

casu, quo vasallo vita functo feudum ad dominum reuertitur, qui casus ibi expressus est, verum etiam cùm ad agnatos deuolutum est. Et moueor, quia eadem est ratio in vtroq; casu, & idem seruandum esse indicat text. in c. 1. An agnatus vel filius. & c. sic enim ait: *Si contigerit vasallum sine omni prole decedere, agnatus ad quem vniuersa hæreditas pertinet repudiata hæreditate feudum, si paternum fuerit, retinere poterit, nec debito hæreditario aliquid feudi nomine soluere cogitur, sed in fructibus, si quos reliquit, vt de eis debitū soluatur, quo tempore decesserit, secundum quod suprà diximus considerabitur.* Tempus quo vasallus decesserit, cōsiderandum est secundum ea quæ habentur in dicto §. His consequenter. quia fructus ad hæredes vasalli spectant, vel ad agnatos, secundum illam distinctionem, alioqui frustra tempus mortis vasalli considerabitur, frustra ad illam distinctionem relatio habetur.

Atque ita docuerunt Baldus, Aluarotus & Afflictus in d. c. 1. an agnatus vel filius. Socinus senior in l. Diuortio. ff. sol. matr. Sonsbechius in tractat. feud. parte 10. Hartmannus Pistoris lib. 1. q. 24. nu. 50. Ruinus in cons. 14. n. 8. 9. 10. 11. lib 1.

Contrariam sententiam habuerunt alij existimantes fructus esse pro rata anni diuidendos inter vasalli hæredes & agnatos, ita Raphael Cuman. in d. l. Diuortio. ff. solut. matr. & ibid. Alexan. n. 3 Marinus Frecia de subfeudis li. 3. differ. 5. circa fin. Alberr. Brunus cons. 106. Borgninus Caualcan. de vsufructu num. 224. VVesembecius cons. 93. nu. 8. 9. & 10. lib. 2. Ludolphus Schraderus de feudis, parte 2. 9. partis princip. sect. 3. n. 82.

Fundamentum est, quia ita iure communi constitutum est, vt fructus pro rata temporis diuidantur eo anno, quo maritus vita functus est inter hæredes eius & vxorem. l. Diuortio. ff. sol. matr. quod & in similibus casibus ex doctorum interpretatione receptum est, tāquam æquitati & iustitiç consentaneum. Ergo idem etiā in fructibus feudi recipiendum est: quandoquidem in illis aliter expresè libris feudorum constitutum non apparet. Nec enim distinctio illa quæ habetur in dict. §. His consequenter. ad hunc casum producenda est, cùm loquatur de feudo ad dominum deuoluto, nō autē ad agnatos. Etenim cùm exorbitet à iure communi, & à ratione iuris, restringenda videtur potius, quàm extendenda. Nec text. in d. c. 1. an agnatus, & c. illam distinctionem fructuum inter agnatos ac hæredes vasalli introducit aut locum habere statuit. Sed hoc tantùm vult ex fructibus feudi debita hæreditaria soluenda esse. Aliud est autem de fructibus feudi quem teneri, vel non teneri ad soluenda debita, aliud verò fructus ex feudo prouenientes percipere, vel non percipere.

Sed hæc argumenta parum mouent, quia fateor constitutionem illam §. Hinc consequenter. strictè accipiendam esse, nec producendam ad consequentias: sed illud vrgeo, eandem esse rationem, siue feudum aperiatur domino, siue agnatis. Deinde vrgeo text. in d. c. 1. An agnatus vel filius, in quo quidem text. nō id principaliter agitur, vt declaretur illam diuisionem fructuum locum habere inter agnatos, & vasalli defuncti hæredes, sed quo modo ex fructibus feudi debita hæreditaria sint soluenda, & ait textus: soluēda esse in fructibus, si quos vasallus reliquit. Vt autem hæc solutio ex fructibus fiat, ait textus considerandum esse tempus, quo vasallus decesserit. Nam fructus vasallo mortuo aliquando ad hæredes eius spectabunt, aliquando ad agnatos: quatenus ad agnatos spectabunt, illi tenebuntur ex fructibus debita soluere. Sin autem ad hęredes pertinebunt, illi satisfacient creditoribus, non agnatis. Quibus omnibus consideratis perspicuum euadit, authores iuris feudalis etiā hoc in casu locum habere voluisse fructuum diuisionem, quæ continetur in d. §. His cōsequenter. quia illa diuisio temporis mortis vasalli potissimùm considerat.

CAPVT XCVIII.

Sitne laudemium domino soluendum pro consensu præstito alienationi feudi?

NOn sunt pauci, neque obscuri nominis authores, qui existimauerint, laudemiū domino feudi soluendum ob consensum alienationi feudi pręstitum ad exemplum rei emphyteuticæ, pro qua quinquagesimam soluendam esse domino satis cautum est in l. vlt. C. de iure emphyt. Videtur enim eadem ratio & aliàs sæpè argumentari ab emphyteusi ad feudum solemus. Glos. in ca. Imperialem §. Illud. in verb. nisi requisitus, de prohib. feudi alien. per Fridericum. Andreas Isernia in cap. 1. §. Similiter. de capitulis Corradi. Et Afflictus ibid. n 14 Hippolytus Rimin. alios citans in cons. 38. n. 37. lib.

Sed contrarium responderunt alij multi, quos refert & sequi videtur Amadeus a Ponte, in quæst Laudemialibus, cap. 3. & Hartmannus Pistoris lib. 1. quęstionum iuris, quæst 50. n. 61. & alij à Schradero citati parte 10. sect. 2. num. 49.

Et istis ego assentior. Fundamentū est solidum, quia in libris feudorum hac de re cautū non est: nec videtur id consentaneum menti eorum qui eosdem libros scripserunt. Nam satis accuratè prohibitam esse feudorum alienationem, absque consensu domini statui sunt,

quod autem pro consensu & approbatione aliquid dom noſ ſoluendum ſit, nullum verbum fecerunt. Cur igitur nos interpretatione noſtra, qui æqui & boni notitiã profitemur noua onera vaſallis imponimus, ſine legis, & ne Principis iuſſu, authoritate, & voluntate.

Quod verò ad emphyteuſim attinet, obſeruandum eſt, olim ſolitos fuiſſe dominos exigere hæc quæ laudemia nunc vocamus, ſed *ne auaritia tanti domini magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitent, quod vſque ad præſens tempus perpetrari cognouimus, non amplius eis liceat pro ſubſcriptione ſua, &c. niſi quinquageſimam partem pretij, vel æſtimationis loci, qui ad aliam perſonam transfertur, accipere*, ſunt Iuſtin. aoi verba in d. l. 3. C. de iure emphyt. ex quibus intelligi poteſt, conſuetudinem olim fuiſſe exigendi laudemia, ſed ne auaritia dominorum plus emphyteutæ quam par eſſet, ſoluere cogerentur, certam quantitatem deſinitam fuiſſe. At in alienatione feudorum non conſtat eam conſuetudinem fuiſſe aliquid exigendi, ac proinde nulla moderatione opus fuit. Cauendum igitur ne nos illam inducamus, nouæque legi anſam præbeamus, quæ & in feudis hæc grauamina moderetur, præſertim verò cum feudum non prætextu pecuniæ, ſed amore domini acquirendum eſſe dicat text. in cap. 1. de feudo dato in vicem legis commiſſoriæ.

CAPVT XCIX.

Alienans feudi partem abſque conſenſu domini, an cadat à toto?

Communis eſt & vera doctorum ſententia vaſallum qui abſq; domini conſenſu feudi partem alienauit, a toto feudo non cadere, ſed à parte duntaxat alienata, vt reſpondit Aſer. in conſ. 14. nu. 5. & alios citans Curt. iun. de feudis, parte 4. n. 153. alios citat Roland. à Valle in conſ. 17. n. 67. lib. 2.

Fundamentum eſt firmiſſimum in c. 1. de vaſallo, qui contra Conſtitutionem Lotharij Regis beneficium alienauit, vbi ſic dicitur: *Si vaſallus contra conſtitutionem Lotharij Regis beneficium alienauerit, ſi totum, perdat totum, ſi partem, perdat partem, & ad dominum reuertatur.* Quibus verbis nihil clarius eſſe poteſt.

Contrarium tamen ex iuris rigore verius eſſe dicebat Bald. in c. 1. §. Si verò vel in totum. qualiter olim feud. alien. pot. adductus in hanc ſententiam ex cap. Imperialem. de proh. feud. alien. per Fridericum, vbi dicitur ſic: *Hac edictali & Deo propitio perpetuo valitura lege ſancimus, vt nulli liceat feudum totum, vel partem aliquam vendere, vel pignorare, vel quocunque modo diſtrahere ſeu alienare, vel pro anima iudicare, ſine permiſſione illius domini, ad quẽ feudum ſpectare dignoſcitur.* Et inferius hæc pœna ſubiicitur: *Pœna authoritate noſtra imminente, vt venditor & emptor, qui tam illicitus alienatione reperti fuerint contraxiſſe feudum amittant, & ad dominum libere reuertatur.* Quibus verbis textus indicare videtur, ſiue totum feudum fuerit alienatum, ſiue pars, feudum amitti ſcilicet totum.

Non rectè, quia Fridericus Imperator in ea conſtitutione non corrigit alias conſtitutiones, ac præſertim Lotharij, ſed eam potius interpretatur, vt non ſolum ad futuras, ſed etiam ad præteritas alienationes pertineat. Id patet ex illis verbis: *Vnde Imperator Lotharius tantũ in futurum præcauens, ne fieret, legem promulgauit. Nos autem ad pleniorem regni vtilitatem prouidentes, non ſolùm in poſterum ſed etiam huiuſmodi alienationes illicitas hactenus perpetratas, hac præſenti ſanctione caſſamus, & in irritum deducimus.* Cum itaque is qui contra Lotharij conſtitutionem feudi partem alienauit, partem duntaxat amittat, vt in d. c. 1 de vaſallo, qui contra cõſtitutionem Lotharij, &c. nec diuerſum a Friderico conſtitutum ſit, ita debemus Friderici conſtitutionem interpretari, vt in hac parte non repugnet interpretationi, quæ adhibetur conſtitutioni Lotharij, & ideo ſic illa verba exaudire, vt pœna amiſſionis feudi locum habeat, ſcilicet totius, ſi totum feudum vaſallus alienauerit, vel partis feudi, ſi partem tantùm alienauerit.

Alij aliter hanc rem explicant, diſtinctione adhibita, an vaſallus partem feudi alienauerit, abſque conſenſu domini, tanquam feudalem: & hoc in caſu non amittat totum feudum, ſed partem tantùm alienatam, an verò non tanquam feudalem alienauerit, & hoc poſteriore caſu totum feudum amittat, quia in domini contemptum videtur alienare, ita poſt Baldũ, Io. Andr. Pariſium & alios, reſpondit Roland. à Valle, in d. conſ. 17. n. 27. lib. 2.

Sed quid opus eſt diſtinctione in re tam apertè deciſa iure feudali? tam etiam conſona rationi & æquitati, ne pœna ſit maior delicto? Si contemptus domini ratio habenda ſit ad hunc effectum, decidendum erat, vaſallum totum feudum amittere debere, quia ſine domini conſenſu alienãdo, ſiue totum, ſiue partem, dominum contemnit, cap. 1. §. vlt. in fine, quæ fuerit olim prima cauſſa benef. amitten. Sed non ſic durè agendum fuit, quia ſatis eſt in eo, in quo quis peccauit pœnam ſubire.

CAPVT C.

Poſſeſſorij quæſtio inter vaſallos de feudo, ſitne coram

coram ordinario iudice, vel coram feudi domino tractanda?

COmmunis est & vera sententia, inter vasallos ortam litem, tam circa proprietatem, quam circa possessionem feudi, siue vt clarius loquar, siue possessorij causa sit, siue petitorij, illam coram domino tractandam, ac ab eo definiendam esse, canonistæ sic docent in c. Cæterum. de iud. Clarus in §. Feudum. q. 90. Zalius part. II n. 22. Curtius iunior par. 7. n. 21. Ludolphus Schraderus alios citans, part. 10. sect. I. nu. 77. quibus addi potest Duarenus de feudis, c. 20. n. 7.

Fundamentum est illud satis firmum, quod sumitur ex variis locis, in quibus aperte deciditur causam esse cognoscendam apud feudi dominum, si de feudo oriatur lis inter vasallos c. Imperialem §. Præterea si inter. de prohib. feudi alien. per Fridericum, vbi text. *Praeterea si inter duos vasallos de feudo sit controuersia, domini sit cognitio.* Cæterum. de iud. c. Verum. de foro competen. c. Ex transmissa. eod. tit. Et si dicatur hæc iuris loca esse accipienda, cùm vertitur caussa petitorij, respondetur, eundem esse iudicem caussæ possessionis & proprietatis, c. I. de caussa poss. & propriet. l. Nulli. C. de iudiciis.

Contrarium docuit Glos. in c. Cæterum. de iudiciis, Baldus in c. Imperialem. §. Præterea si inter. nu. 6. de proh. feudi alien. per Frideric. Martinus Laudensis in c. I. n. 7. apud quem vel quos. Osascus decis. Pedem. 97. n. 9.

Fundamentum est in c. Ex parte. de foro compet. ibi: *Non obstantibus exceptionibus aliis quæ in petitorio potius quàm in possessorio, quod Regina contra eundem nobilem intentabat, locum habere videntur.* Erat autem vna inter alias exceptiones, *quod dicta Regina ius suum coram domino feudi prosequi debuisset*, vt in eodem capitulo habetur.

Respondeo, vt rectè monet Duarenus argumentum sumi de specie ad genus, cõtra iuris, veràmque argumentandi rationem. Nam etsi in illa facti specie (quia vidua spoliata *spoliatorem seu detentorem rei coram Ecclesiastico iudice poterat conuenire, cuius interest viduas defensare*, vt ibi dicitur) ordinarius iudex Ecclesiasticus cognoscere potuerit, nõ tamen generalis regula constituenda est in possessoriis caussis ordinarium iudicem cognoscere oportere. Non ignoro vrgeri posse verba illa inferius posita, exceptiones nimirum illas locum habere in petitorio potius quàm in possessorio, sed retinenda semper est facti species, & circumstantia personarum, ad quam respõdit summus Pontifex. Et inde argumentum sumi debet illas exceptiones locum habere in petitorio potius, quàm in possessorio, secundũ illam facti speciem, & personę circumstantiam.

CAPVT CI.

Si quæstio sit inter duos de feudo, & quilibet dicat ad se pertinere, negans alterum ius habere in feudo, an cognitio ad dominum spectet, vel ad ordinarium iudicem?

SI *inter duos qui dixerint se esse vasallos, de feudo fuerit dubitatio, alter alterum ad dominum trahere non potest inuitum, vel eius curiæ iudicium.* Sic legitur in tit. de inuestigura in maritum facta. §. Illud. & idem ferè habetur in c. I. de lege Corradi.

Quibus argumentis communis sententia inuecta est, quam & ipse verissimam esse censeo, dominum feudi iudicem non esse hoc in casu, cùm lis de feudo agitur inter duos, quorum alter negetur vasallus esse, qui alia feuda non obtinet, sed illud, de quo est cõtrouersia, ad se pertinere contendit, altero similiter nullum aliud feudum possidente, vt necesse sit alterum ex iis duntaxat feudum obtinere per iudicis sententiam, ac proinde solum esse vasallum altero excluso, sic communiter doctores censuisse, Curtius iunior scribit parte 7. n. 5. Zasius part. I. n. 8. Iacopinus in vers. Et dict. vasalli. nu. I. Decius in c. Cæterum. de iudiciis. nu. II Duarenus de feudis, c. 20. n. 2. 5 Iacobus Cuiacius de feudis, lib. 2. tit. 13.

Sed contrarium alij docuerunt, nimirum iudicem esse dominum, etiam hoc in casu, Andr. Isernia ad ca Imperialem. §. Præterea si inter. n. 73. de proh. feudi alien. per Fridericum. Afflictus. ibid. n. I. Panormitanus in c. Cæterum. n. 13. de iudiciis. Ludolphus Schraderus quosdam alios citans parte 10. sect. 2. nu 8.

Fundamentum est in c. Imperialem. §. Præterea si inter. de proh. feud. alien. per Frideric. vbi dicitur: *Si inter duos vasallos de feudo sit cõtrouersia, domini sit cognitio.* Et in c. Ex transmissa. de foro compet. ibi: *Per dominum feudi causam iubeat terminari.*

Quibus textibus tanquã posterioribus existimatum est, derogatum esse anterioribus legibus, quia posteriores constitutiones derogant prioribus. l. vlt. ff. de constit. Principum.

Non rectè mea sententia, quia text. in d. §. Præterea. non attingit hanc nostram facti speciem, sed aliam diuersam. cùm inter duos vasallos de feudo controuersia est, sic enim verba expressè sonant. At hic inter duos vasallos non est controuersia, quia vnus duntaxat vasallus erit. Vterque enim contendit se vasallum solum esse, & alterum excludit, quamobrẽ is qui vincet, solus erit vasallus, is qui vincetur non erit. Verba igitur non conueniunt propositę huic quęstioni. Huc possem adferre

vulgata doctorum pronunciata. Non esse correctionem legum inducendam, nisi expressè dicatur. Promptum esse & expediens leges legibus concordare. Illam præferendam interpretationem, quæ tollit repugnantiam, sed res clara satis, his non eget adminiculis.

CAPVT CII.

Qui sint pares curiæ, Controuersia vna.

SI Controuersia fit de feudo inter dominũ & vasallos pares curiæ iudices fore, palam est ex c. Imperialem. §. Preterea si inter. de prohib. feudi alien. per Frider. & in c. 1. de controuersia feudi apud pares terminanda. Rursus pares curiæ eos esse constat, *qui ab eodem domino feudum tenent*, vt in cap. 1. §. Testes. si de feudo inter dom. & vasall. lis oriatur. Quamobrem nulla prorsus oriri cõtrouersia debuerat. Sed ita hominũ ingenia comparata sunt, vt nihil tam clarum sit, quod ex iis dubium nõ reddatur, quæ postea emergunt. Controuersia igitur orta est, an sit necesse, vt simile feudum ab eodem domino habeant ij, qui pares dicũtur, eiusdémque dignitatis & qualitatis existant, an verò sufficiat eos feudum ab eodem domino habere, licet cum eo feudo, de quo agitur, dignitate & æstimatione conferri nequeat. Veteres multi eandem qualitatem exigũt, vt pares dicantur, quasi hoc verbi naturæ insit. Innocentius, Panormitanus, Ioannes Andreæ, Baldus, Barbatia, Imola in c. Cæterum. de iudiciis. Iacopinus in verbo, dictíq; vasalli. n. 10. Alexander in cons. 79. n. 1. lib 1.

Cõtra, alij hanc qualitatem necessariam esse non putauerunt, Felyn. in c. Cæterùm. nu. 11. de indi. Decius ib. nu. 13. Curtius iun. de feudis part. 7. n 34. Menochius de retinen. poss. rem. 3. n. 438. Francisc. Sonsbechius par. 14. n. 3. quibus assentitur Ludolphus Schraderus par. 10. sect. 7. nu. 40. quibus & ego quoque assentior. Neque enim legem video requirentem istam dignitatis æqualitatem, sed cõtra ait lex, simpliciter eos pares esse, qui ab eodem domino feuda tenent. Cur igitur solliciti ea de re sumus, de qua esse non debemus, si verba clara legis seruanda custodiendáque sunt. Non malè huc adfertur, plus & minus non constituere diuersam speciem. l. vlt. ff. de fundo instr.

CAPVT CIII.

Sententia super feudo lata contra vasallum feudi possessorem, an noceat agnatis, qui possessore mortuo ad feudum vocantur?

VIdeo & in hoc articulo in cõtrarias itum esse sententias, verum lata sententia cõtra possessorẽ feudi noceat agnatis, qui post mortem illius ad feudum sunt vocati. Multi. n. (& hæc crebrior sententia est) non nocere existimauerũt, nisi fuerint citati, vel litis habuerint scientiam. Alioqui verò etiam non citatis, neque scientibus sententiam obesse voluerunt. Vide Iserniam in c. 1. §. Si vasallus. tit. si de feudo fuerit controuer. inter dom. & agna. vasalli. & Afflictum ibidem n. 10. Curtiũ iuniorem part. 7. quæst. 9. Zasium ad l. Sæpe. n. 32. ff. de re iud. Felyn. in c. vlt. n. 5. de maio. & obed. Deciũ cons. 447. n. 27. Alex. cons. 86. & 156. lib. 2. Ruinũ ad l. Filiusfam. §. Diui. nu. 84. de leg. 1. & Alex. ibid. & ad l. Sæpe. n. 99. ff. de re iud. & n. 110. nec non Ripam n. 60. Socin. iun. cons. 131. n. 93. lib. 2. Crauet. cons. 197. n. 7. Pinellum alios citãtẽ ad l 1 in 3. parte, n 48. C. de bonis mater. Didacum Couuar. pract. quæst. c. 13. n 6. Menochiũ in cons. 501. lib. 6 & cons. 632. n. 23. lib. 7.

Ad hanc contiouersiam explicandam duas mihi patere vias intelligo. Altera est ex Doctorum placitis & traditionibus, nulla lege munitis. Altera ex iuris authorum fontibus deducitur. Priori autem relicta, non mala illa quidem, sed non satis tuta: posteriorem ingrẽdior, nullis ferè expositam periculis, atque sic statuo: nocere successoribus agnatis sententiam in vasallum possessorem feudi latam. Scæuola: *Ex contractu paterno actum est cum pupilla authore tutore, & condemnata est, postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis, & sic bona defuncti ad substitutum, vel cohæredes peruenerunt. Quæritur, an ij ex caussa iudicati teneantur. Respondi, dandam inter eos actionem iudicati, nisi culpa tutorum pupilla condemnata sit.* l. 44. ff. de re iudic. Hac lege probatur, sententiam latam contra hæredem nocere substitutis. Non fit mentio citationis, nec scientiæ litis, quam substituti habuerint. Vnum casum excepit Scæuola, cùm tutoris culpa pupilla condemnata est: quem casum & nos excipere possumus, nisi culpa possessoris feudi lata sit sententia. Par est ratio: substituti ius habent à testatore non ab hærede, similiter & agnati ex primo inuestitore, non ex vasallo, qui possidet.

Sic & sententia lata contra testamentum, nisi hæredis culpa interuenerit, nocet legatariis. l. Qui repudiantis. §. vlt. ff. de inoff. testam. quibus propterea permissum est testamentum defendere, si suspecta sit collusio inter scriptũ hæredem, & eum, qui de inofficioso agit, & à sententia quoque appellare. l. si suscepta. ff. eodem tit.

Quid enim in proposita facti specie agnatorum scientia, vel citatione opus est? Vlpianus: *Denunciari autem oportet ys, quos proxima spes successionis contingit, vt puta primo gradu hæredi instituto, non etiam substituto.* l. 1. §.

Denun-

Denunciari. ff. de inspiciendo ventre.

Sed audiamus Iseruiam in d. §. Si vasallus 2. n. 11. quem cæteri Doctores secuti sunt: *Nota tamen quod cum sententia datur in feudatarium possidentem naturaliter, vel contra dominum possidentem ciuiliter, non obest alteri sententia, contra alterum lata, nisi sciuisse: ff. de re iudicata. l. Sæpe.*

Nihil ad rem facit l. Sæpe. Marcellus ita respondit: *Sæpe constitutum est res inter alios iudicatas aliis non præiudicare, quod tamen quandam distinctionem habet. Nam sententia inter alios dicta, aliis quibusdam etiam scientibus obest, quibusdam vero etiamsi contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet.* Et paulò pòst: *Sed scientibus sententia, quæ inter alios dicta est, obest, cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiatur. Veluti si debitor experiri passus sit creditorem de proprietate pignoris; aut maritus socerum, aut uxorem de proprietate rei in dotem acceptæ, &c.*

Nullum verbum, exemplum nullum hoc responso continetur, quod pertineat, aut aliquo pacto ad rem nostram accommodari possit.

Alij vrgent hoc argumentum, Res quæ non potest alienari, nõ potest in iudicium deduci. l. Ait prætor. ff. de iure delib. ibi. *Est enim absurdum, &c.* sed feudum alienare vasallus non potest sine consensu agnatorum. cap. 1. de alie. feudi pater. Ergo nec in iudicium deducere.

Respondeo, maiorem propositionem argumenti generaliter sumptam non esse veram. Nam pater qui legitimam administrationem habet bonorum maternorum filij, non potest ea alienare, & tamen actiones suscipere & exercere potest. l. 1. C. de bonis maternis.

Quod verò attinet ad l. Ait Prætor. ff. de iure delib. rectè monuit Pinellus in cõmentariis d. l. 1. C. de bonis matern. in 3 parte. num. 47. illa verba: *Est enim absurdum ei, cui alienatio interdicitur, permitti actiones exercere,* restringenda esse ad illam facti speciem. Dicit lex, si pupilli pupillæve nomine postulabitur tempus ad deliberandum, an expediat eam hæreditatem retinere, & hoc datum sit, bona interim diminui vetabo. Sed quare Prætor impedit diminutionem, meritò inquit textus, quamdiu nomine pupilli petitur tempus ad deliberandum. Dein subdit: *His verbis non tantum Prætor alienationem impedit, verum etiam actiones exerceri non patitur. Est enim absurdum,* scilicet in ea facti specie, *cui alienatio interdicitur, permitti actiones exercere,* non generaliter in cæteris causis.

CAPVT CIV.

Cùm vasallus ipso iure feudo priuetur ob feloniam, vtrum si moriatur dominus possit eius hæredi feudum adimere?

COntrouersia est, si vasallus committat feloniam, ob quã ipso iure feudo priuatus sit, & antequam dominus conqueratur, ab hac vita decedat, an liceat domino aduersus hæredem eius conqueri, feudúmque ei adimere, tanquam ad se deuolutum vindicando. Nam aliqui dixerunt non posse, vt videre licet ex Curtio iuniore, parte 4. nu. 156. sub finem, vbi citat Baldum ad l. vlt. C. de donation. Alij communiter dixerunt, posse dominum, etiam vasallo defuncto, feudũ vindicare. Vide Clarum §. Feudum. quæst. 65. Alij denique, quasi opiniones conciliando priorem sententiam locũ habere voluerunt cùm sententia declaratoria requiritur. Posteriorem autem cùm nulla contra vasallum declaratoria requiritur sententia. Constat. n. ferè inter omnes licet pro crimine pœna ipso iure constituta sit, necessariam tamen iudicis sententiam esse, nec quam de pacto ipso constet, vt latè deducit Iacob. Menochius in consil. 99. num. 168. lib. 1. paucis casibus exceptis, de quibus Andreas Geyil. lib. 2. obseruat. 51. & de pace publica lib. 2. cap. 3.

Mihi ad fundamenta respicienti, illud primum monẽdum videtur, sentẽtiam communiorem verissimã esse, & iuri consentaneam. Nam cùm vasallus ipso iure dominium feudi vtile scil. amittat, illúdque domino applicetur, feudi commissi *persecutio sicut aduersus quemlibet possessorem, & sic aduersus hæredem* competit, verba sunt Vlpiani in l. Cõmissa. ff. de publicanis. Huc accedit Paulus in l. Caius. 21. ff. ad Syllan. illis verbis: *Quæro, an morte Titia extinctum sit crimen? Paulus respondit causam, de qua quæritur, cùm sit pecuniaria, morte ingratæ hæredis extinctam non videri.* Hæc enim verba in hanc rem nostram optimè quadrãt, quia hic de vasalli crimine agitur, cuius caussa pecuniaria est, nimirum amissionis feudi, sicut & apud Paulum caussa amissionis hæreditatis pecuniaria dicitur. Ingratus est hæres, qui mortem defuncti non vindicat, Ingratus etiam vasallus, qui feloniam committit. Huc quoque adferri solet l. 3 §. Quod autem ait Prætor. ff. quod quisque iuris, vbi pœna ad hæredem transmittitur, sed non mihi placet id argumentum: nam ideo pœna trãsit ad hæredem, in ea facti specie, quia defunctus pro hærede quoque ius iniquum impetrauerat, vt notauit ibidem Accursius, & omnino aliena est à proposito nostro materia illius edicti, suásque rationes habet non conuenientes quæstioni nostræ.

Secundò illud moneo, non videri eam concordiam siue distinctionem iuri consentaneã, vbi sententia requiritur declaratoria, pœnam in hæredes non transire. Nam fundamentum est in l. Eius qui delatorem. 29. ff. de iure fisci.

Vlpianus: *Eius qui delatorem corrupit ea conditio est, vt pro victo habeatur, nam in fiscalibus caussis id constitutum est. Sed enim hæc pœna magis est, vt aduersus ipsum locum habeat, qui delatorem redimit, cæterum aduersus hæredem eius transire non debet. Nec enim exinde perit caussa ex quo redempta est, vel actio perimitur, vel condemnatio facta videtur, verùm oportet constare prius, & de crimine pronunciare.* Sententia legis hæc est, quia pœna delatorem corrumpentis non ipso iure incurritur, sed condemnatione opus est, & præcedere facti probatio debet, idcirco pœnam ad hæredem non transire.

At nostra disputatio est de crimine, ex quo ipso iure vasallus priuatus feudo intelligitur, vel vt verbis vtar Vlpiani, de tali crimine, quo commisso exinde perit caussa vasalli, & ius ipsius perimitur, & condemnatio facta videtur. Nihil enim aliud significat pœnam ipso iure impositam esse, quam ipso iure cõdemnationem factam videri, scilicet ab ipsa lege.

Et licet constare debeat de facto, atq. adeò sententia illa declaratoria sit opus, quæ viuète vasallo secuta non est, id tamen solum non impedit, quò minus pœna transeat in hæredem, sed cum aliis iunctum impedire potest, quæ Vlpianus ibi considerat, cùm videlicet non solùm de facto constare debet, sed etiam condemnatione opus est, quia pœna ipso iure imposita non est.

Hæc enim declaratoria sententia requiritur, vt sc. executio fiat, vt possessionem capiat fiscus bonorũ delinquẽtis. & in proposito nostro, vt dominus possessionem feudi acquirere possit. Sed ius ipsũ vasalli amissum est, & quæsitum domino, qui proinde declaratoria sententia pòst vasalli mortem præcedente vindicare feudum potest, tam ab hærede vasalli quam a quolibet alio possessore. Dominium enim, siue ius vasalli, ex die commissi criminis ad dominum pertinuit, vt argumentatur Vlpian. in d. l. Commissa. de Publicanis.

CAPVT CV.

De feudi diuisione controuersia vna.

NOnnulli existimarunt, diuisionem feudi fieri non posse, nisi consortes omnes cõsentiant, nec sufficere vnius prouocationem, Panormitanus in consil. 82. lib. 1. Felynus in c. Quoad cõsultationem. n. 91. de constit. Matth. singulari 9. Fundamentum statuerunt in c. 1. §. Præterea ducatus. de proh. feudi alien. per Frider. vbi textus ita dicit: *Præterea ducatus & comitatus de cætero non diuidatur, aliud autem feudum, si consortes voluerint, diuidatur.* Illa verba: *Si consortes voluerint*, isti sic accipiunt ac si diceretur, si consortes omnes voluerint, atque consenserint, vt diuisio fiat.

Sed contrarium rectè docuerunt Alexander in consil. 7. lib. 5. & alij, quos refert & sequitur Andr. Geyll. lib. 2. obseruat. 13. n. 9 quia nemo inuitus cogitur manere in cõmunione. l. vlt. C. comm. diui. nec contrarium feudistico iure receptum est. Ergo ius commune seruandum. c. 1. de feudi cogn.

Non obstant illa verba: *Si consortes voluerint*, quia ciuiliter exaudienda sunt, hoc est, si omnes consortes voluerint, vel alter alterum ad diuisionem prouocauerit, neque enim inuitus detinendus in communione est.

FINIS LIBRI SEPTIMI.



PARS



PARS TERTIA

CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER OCTAVVS.

CAPVT PRIMVM.

Defensio l. Inter claras. C. de summa Trinitate, & fide Catholica. aduersus Franciscum Hotomannum.

RVRSVS cum Francisco Hotomanno mihi controuersia est: non necessaria illa quidem apud eos, qui Catholicam fidem & religionem, vt par est, sequuntur, verum fortasse non inutilis futura studiosis, ac Iurisconsultis, qui hæreticorum sectas (proh dolor) & prauas sententias amplectuntur. Nam ex vno hoc exemplo facilè intelligent, Doctores hæreticos non veritatis amantes esse sed odio in Romanum Pontificem exacerbatos atque incensos, nihil pensi habere, dummodo summum Pontificem scriptis suis inuadant, quod dum faciunt, suam produnt insaniam, nihil pottis inferi aduersus Ecclesiã Christi eiúsque Vicarium præualentibus, sed ad rem venio.

Hotomanus libr. 1. Amicab. respons. cap. 1. *Multa esse video,* inquit, *quæ fraudis & imposturæ suspicionem aduersus istas mutuas Iustiniani & Papæ R. Epistolas mouere possint: atque illud in primis, quod complures eruditi, & fide digni viri iampridem testificati sunt, illas in antiquis manuscriptis Iustiniani Codicib. non inueniri: quod nec Alciatus quidem certissimus Papalis Celsitudinis suffragator negare est ausus. lib. Parergon. 5. cap. 23.*

Nunciare mendacia, ait Hotomanus, complures, eruditos, & fide dignos viros iampridem testificatos esse, illas in antiquis manuscriptis Iustiniani Codicibus non inueniri. Deinde profert Haloandrum, sic dicentem: *Quod ad Epistolam Inter claras attinet, in recentioribus aliquot manuscriptis codicibus hæc verba in marginem adscripta notaui. Hæc Epistola in aliquibus non habetur, & propterea non Glossatur. 470.* Deinde profert Antonium Contium, qui sic scribit: *Haloander ait, hanc Epistolam in quibusdam libris non haberi, &c.* vbi sunt, quæso complures illi eruditi & fide digni viri, qui testificati sunt in antiquis manuscriptis Iustiniani Codicib. non inueniri? Vnum profers testem Haloandrum, nec suspicione carentem. (Nam Antonius Contius Haloandrũ citat, & authorem habet) qui non ita testificatur, vt tu asseris: tu in antiquis Codicibus non inueniri scribis, ille in recentioribus, illa verba notauit. Tu indefinitè loqueris, *in antiquis exẽplaribus,* ille *in recentioribus aliquot.* Et rursus: *Hæc Epistola in aliquibus non habetur.*

Sed Alciatum audiamus quantũ sententiæ tuæ suffragetur. Eius hæc sunt verba loco à te citato. *Sunt qui suspectam habeant Ioannis Pontificis Epistolam, quæ sub titulo de summa Trinitate Iustiniani Codice sita est, dicúntque in antiquis Codicibus non inueniri, quod, vt arbitror, eo faciunt, vt eos adiuuent, qui Pontificis Romani authoritatem deprimunt: quo nomine, alios quoque authores deprauatos ab eis reprehendi, vt Othonis Frisingensis Chronica, & Ligurini Poetæ carmina quædam. Ego in antiquis plurimis eam extare scio, nec vlla suspicione conuelli posse, quod si vnus aut alter Codex non habeat, id scriptorum incuriæ tribuendum, qui eam quandoque omiserunt, quod non multum ad legalis materiæ scientiam pertineret. Non tamen ideo hæsitandum est, quin genuinus germanúsque Ioannis XI. sit factus.*

Quot sunt verba, tot sunt tela contra Hotomani sententiam, qui suspectam habent Ioannis Pontificis Epistolam, ij Alciato suspecti sunt hæreseos, & meritò. Talis est Hoto-

manus, qui vtitur Alciati testimonio, vt ipsius errores magis innotescant, & hæreses, vt inter deprauatores authorum ad deprimendam summi Pontificis authoritatem, vel Alciati testimonio recenseri debeat.

Alciatus fidem facit in antiquis plurimis exemplarib. extare, quod sufficere debuit ad eam suspicionem eluendam inde natã, quod in vno vel altero Codice non extet: præsertim cum Alciatus caussam adferat valdè probabilem.

Alciato Iacobus Cuiacius adstipulatur (nescio an eruditus & fide dignus Hotomanno fuerit Cuiacius: esse certè debuit.) Nam lib. 12. obseruat. cap. 26. *Meritò* inquit, *doctissimus Alciatus non tulit eos, qui à titulo de summa Trinitate & fide Catholica conabantur abstrahere Epistolam Ioannis Papæ siue Archiepiscopi Romani ad Imperatorem Iustinianum, cui inserta est etiam ab ipso Iustiniano ad eundem scripta fidei professio, &c.* vbi pluribus eandem sententiam tuetur.

Secundum argumentum Hotomanni: *Alterum est*, inquit, *quod cum Papa R. eiusmodi fraudum & fallaciarum quæ ad suam potentiã amplificandam valere poterant, iampridem conuictus fuerit, quod vel ex falso & conficto Constantini donationis instrumento, iam in vulgus notum est, atque etiam in vetustissima Carthaginensi synodo ducentis & triginta Episcopis iudicibus falsitatis & imposturæ damnatus: videtur locus esse regulæ iuris ab ipso traditæ, vt semel malus semper sui similis existimetur semel malus semper præsumatur malus in eodem genere mali: præsertim cùm hæc impostura magnoperè ad augendam & confirmandam ipsius potentiam valere potuerit: cuius rei studiosissimos seculis omnibus Papas R. fuisse, nemo vel mediocriter in illo historiarum genere versatus ignorat.*

Vt hæc impostura & fraus Hotomani deprehendatur, referam primò verba Epistolæ Iustiniani in illa parte, qui præcipuum honorem summi Pontificis continet: Hæc. n. st quæ Hotomanno & sui similibus dolorem incussit, & lacrymas excussit. Deinde argumentum confutabo, quod sumitur ex donatione Constantini, & Concilio Carthaginensi, quibus peractis, lectoris prudentiæ reliqua committam.

Verba epistolæ Iustiniani hæc sunt: *Nos reddentes honorem Apostolicæ sedi, & vestræ Sanctitati, quod semper nobis in voto fuit, & est, vt decet patrem honorantes vestram Beatitudinem omnia quæ ad Ecclesiarum statum pertinent, festinauimus ad notitiam deferre vestræ Sanctitatis, quoniam semper nobis fuit magnum studium vnitatem vestræ Apostolicæ sedis & statum sanctarum Dei Ecclesiarum custodire: quæ hactenus obtinet & incommotè permanet, nulla intercedente contrarietate. Ideóque omnes sacerdotes vniuersi orientalis tractus & subijcere & vnire sedi vestræ Sanctitatis properauimus. In præsenti ergo quæ commota sunt, quamuis manifesta & indubitata sint, & secundum Apostolicæ vestræ sedis doctrinam, ab omnibus semper sacerdotibus firmè custodita & prædicata, necessarium duximus, vt ad notitiam vestræ Sanctitatis perueniant. Nec enim patimur quicquam quod ad Ecclesiarum statum pertinet, quamuis manifestum & indubitatum sit, quod mouetur, vt non etiam vestræ innotescat Sanctitati, quæ caput est omnium sanctarum Ecclesiarum. Per omnia enim, vt dictum est, properamus honorem & authoritatem crescere vestræ sedis, &c.* Hæc sunt verba Iustiniani.

Quod secundo loco sum pollicitus, sic exequor. Audi Hotomane, audiant omnes hæretici testimonia, quæ summus Pontifex habet verbis Iustiniani consentanea, & inde iudicẽt an impostura, dolus, fraus necessaria fuerit ad asserendam hanc authoritatem, ex testimonio Iustiniani, de quo agitur, Matth. 16. *Tu es Petrus, & super hanc petram ædificabo Ecclesiam meam, & tibi dabo claues regni cælorum, & quodcunque ligaueris super terram, erit ligatum & in cælis, & quodcunque solueris super terram, erit solutum & in cælis.* Rursus Ioannis 21. *Simon Ioannis, pasce oues meas.* Pontifex autem Romanus successor est Petri, in hoc vniuersali Ecclesiæ regimine, in potestate clauium, in officio pascendi oues, hoc est, totam Ecclesiam gubernandi. Non credis? Audi testes omni exceptione maiores. S. Athanasius in epistola ad Felicem Papam: *Ob id vos prædecessorésque vestros Apostolicos videlicet Præsules in summitatis arce constituit, omniúmque Ecclesiarum curam habere præcepit, vt nobis succurratis, &c.* S. Hieronymus in epist. ad Damasum Pontificem Romanum: *Quanquam enim me terreat magnitudo, inuitat tamen humanitas à pastore præsidium ouis peto, cum successore piscatoris & discipulo crucis loquor; Ego nullum primum nisi Christum sequens Beatitudini tuæ id est, cathedræ Petri communione consocior. Super illam petram ædificatam Ecclesiam scio, quicunque extra hanc domum agnum comederit, profanus est. Si quis in arca Noe non fuerit* (Non sunt hæretici) *peribit regnante diluuio, &c.*

Sed iam argumentis respondendũ est, quod tertio loco proposueram. Viget Hotomanus donationem Constantini, quasi a Romano Pontifice confictam. Deinde Concilium Carthaginense. Quod ad Constantini donationem attinet, duo hæc probãda sunt ab hæreticis. Primum, confictam esse donationem illã. Alterum, à summo Pontifice confictam esse.

Non

Non esse ab aliquo confictam, sed veram esse complures doctissimi viri aduersus Laurentium Vallam disputarunt, præsertim verò Augustinus Eugubinus. Confictam autem à Romanis Pontificib. fuisse, nullo testimonio demonstrari potest, nisi hæreticorum, id est, inimicorum Romanæ Ecclesiæ. Porrò, de Constantini donatione iudicium hîc adscribere placuit nobilissimi annalium Ecclesiasticorũ scriptoris, licet recentioris, quem nunc Ecclesia sancta Catholica meritò Cardinalem habet cooptatum Ill. ac R. D. Cæsaris Baronij, is in 3. tomo sub anno Christi CCC.XXIV. de hac re verba faciens, sic scribit: *Neminem veri amantem, & antiquarum literarum studiosum negaturum, primum omnium Christianorum Imperatorem, eundemq; maximè pium (Constantinum) ac pariter munificentissimum ore quoque Gentilium prædicatum. Christianam religionem, quam in auita superstitione relicta, primus ferè omnium Augustorum, quod pro rei nouitate visum est, esse portentum, præter sententiã senatus & populi amplexatus est, cunctis quibus valuit officiis coluisse, atque muneribus frequentasse: Ad quæ præstanda cum pietas eum impelleret, & æmulatio ex antiqua gloria aduersariæ religionis vrgeret, atque stimulus ea de causa, vt ait Zosimus, hoc tempore infensi sibi atque palam iam obtrectantis senatus excogitaret, vt non tantum parta (quod dictum est superius) gentilium sacerdotum concesserit Christianæ religionis Antistitibus priuilegia, & maioribus auxerit eos atque Christi templa donarijs: sed ipsam potissimum Romanam Ecclesiam, in qua sciebat totius Christianæ religionis vigere principatum, atque cardinem verti, eamq; in medio æmulantium, lacessentium, atque oblatrantium hostium collocatam in ipsorum odium, & inuidiam amplissimis donasse muneribus, summaque potentia communisse, atque iuribus stabilisse: Quorum aliquibus licet modestia Romanorum Pontificum non sit vsa: non tamen ea ratione negari possunt esse collata. sicut nec quis iure inficiari poterit tributas esse olim ab Augusto senatui (quod Dio testatur) Africam, Numidiam, Asiam, Epirum, Græciam, Dalmatiam, Macedoniam, Bythiniam, Pontum, Cyrenem, Siciliam, Sardiniam & Hispaniam Bæticam, licet eisdem posteriores Imperatores pro arbitrio vsi sint. Magnum planè est de collatis illi Romanæ Ecclesiæ à Constantino muneribus argumentum, quod Francorum Christianissimi Principes suis ipsorum diplomatibus ea a Longobardis ablata se Romanæ Eccl. se restituere professi sunt. Si enim Romanæ Ecclesiæ ante collata a Francorum Regibus priuilegia (quod suo loco pluribus demonstrabitur) iam potiebatur rerum dominio: vnde illud sibi nisi iure debitum potuit vindicasse? Cùm certum sit, nulla id factum armorum vi, atque violenta grassatione: silentibus præsertim, nec minimum quidem reclamantibus, qui illis temporibus regnabant in Oriente Imperatoribus, alioqui in Romanam Ecclesiam parum æquis, quam & ausi fuerunt (quod queritur S. Gregorius) redigere sub tributo.*

Cæterùm iusta possessio quã si careret humano, diuino saltem iure, quo subordinata sunt ei rerum dominia, Romana Ecclesia legitimè sibi vindicat, ac posteriores Reges & Imperatores amplissimis priuilegiis ratam habuêre, eamque illibatam stabilemq; seruatam voluerunt, à Ioanne Dracone ex deprauato illo à Græcis mutuato donationis edicto, ambigua redditur potius, quàm probetur: quod cuique rem perspicacius intuenti redditur manifestum. sic enim Græci donant, vt surripiant potiora: de quibus poeticum illud modo sit nobis meritò vsurpandum.

Quicquid id est timeo Danaos & dona ferentes.

Non enim eo erga Romanam Ecclesiam studio tenebantur, vt quæ eius gloriæ esse viderent & honoris, solicitè curarent: cuius excellentiam superbè admodum æmulati notam eidem inurere semper potius studuerunt, quàm gloriam comparare: est enim huius rei, vt de reliquis taceam, locuples testis Theodorus Balsamon, atque reliqua Schismaticorum colluuies. Quis non credat ab ipsis ex eodem edicto maiestatem Romanæ Ecclesiæ prædicari, cùm ex eo hæc, quæ sequuntur, proferant, à Constantino verbis illis fuisse statuta? Decernentes statuimus, vt Romana Ecclesia habeat principalem potestatem, & sit caput quatuor sedium, sedis Alexandrinæ, Antiochenæ, Hierosolymitanæ & Constantinopolitanæ, & vt semel dicam omnium totius orbis Ecclesiarum. Absit à Romana Ecclesia amplitudine & dignitate, vt ab homine huiusmodi sibi vindicet potestatem, & non potius à Christo per Petrum. An non sæpius demonstratum est secundo Annalium tomo, Romanos Pontifices super omnes vbique Ecclesias earumque præsules fuisse authoritatem, etiam cum ipsa Regina prouinciarum esset sub tributo, cum sæuis tyrannorum persecutionibus Ecclesia vexaretur? Turpe planè est atque admodum indignum acceptum ferre mortali, quod ab ipso Deo & Domino nostro Iesu Christo constat eidem in Petro esse collatum. Hactenus vir æterna memoria dignissimus.

Quod attinet ad Concilium Carthaginense, hoc argumentum ab hæreticis allatum, tam discrete refellit Robert. Bellarminus, in Controuersia de Romano Pontifice, lib. 2. cap. 25. vt alia confutatione nostra non sit opus. Adscribam tamen hic verba eiusdem Cardinalis Baronij, tomo 3. in fine, anni Christi CCC. XLVII. quia videntur planè scripta esse pro

confutatione huius calumniæ Hotomannicę.

Id quod nos in maiorem admirationem ac planè ſtuporem adducit, illud eſt, quo modo acciderit, vt Zoſimus & Bonifacius Romani Pontifices per Legatos à ſe in Aphricam miſſos in cauſa Apiani presbyteri canones œcumenici Concilij Sardicenſis citauerint nomine Nicenæ Synodi. Hinc ſtruunt mendaciorum congeriem hæretici, vt conſtat ex literis Concilij Africani, ad eundem Bonifacium redditis. Nulla equidem inprimis in ijs de dolo malo (Nota Hotomane!) *& impoſtura poteſt eſſe ſuſpicio, cùm æqui ponderis eſſent Canones Concilij Sardicenſis atque Nicani: Nam vtrumque Concilium, vt diximus, œcumenicum fuit, & æquè ex hoc atque illo conuincendi neceſſario fuiſſent Africani Epiſcopi, qui tunc ſanè reſilierunt, cum ex Nicæno Concilio citatos canones inter eos qui extarent, minimè repererant. Cùm igitur omnis prorſus ratio ceſſet ſuſpicionis de impoſtura: alterum de duobus contigiſſe oportuit, vel ſicut plures alios Nicani Concilij canones repetitos eſſe in Sardicenſi conuentu (quod ſuperius eſt demonſtratum) & ab ipſo Nicano Concilio ſicut alios multos excidiſſe, in Romano autem Codice integros conſeruatos fuiſſe: Vel quod in vulgato eodem Codice, qui Romanæ Eccleſiæ vſui eſſet, ab aliquo Canonum collectore, quod ſciret nomen Concilij Sardicenſis ab Arrianis eſſe magnopere infamatum, abſque titulo Synodi Sardicenſis, eoſdem Canones Concilij æque œcumenici collocatos fuiſſe dixerimus ſub canonibus Nicenæ Synodi: Sicque accidiſſe, eoſdem citari ſub nomine Nicani Concilij, quod veriſimilius contigiſſe videtur.* Sic ille.

Tertium argumentum, Hotomanus inquit, *eſt, quod cùm mendacem, vt in prouerbio eſt, memorem eſſe oporteat, tamen harum epiſtolarum architectus in duabus vicinis legibus, ſeptima ſcilicet atque octaua pugnantia ſcripſiſſe arguitur, vehementerque inter ſe diſſidentia. Nam cum l. 7. Græcè ſcripta, & anno Chriſti D. XXXIII. data, nempe Iuſtiniano ſolo III. Coſſ. VII. Kal. April. faciat eum reſcripſiſſe literas, & nunc loquimur patentes omnibus cognoſcendas ad Patriarcham ſuum Conſtantinopolitanum, quibus literis prædicat, ſe hanc ſuam fidei confeſſionem iam ante R. Papæ ſpectandam cognoſcendamq́; miſiſſe: tamen hæc noſtra l. 8. quæ confeſſionem illam continet, facit eaſdem illas iteras ad P. Romanum datas, legatoſq́; miſſos anno demum inſequente: nempe D. XXXIV. Iuſtiniano IV. Paulino Coſſ. VII. Kal. Aprilis. Superiore inquam anno ſcribit ſe eum miſiſſe legatos ad Papam R. At anno vertente duodecimo denique poſt menſe, ſcribit, ſe tum primum ac tum demum legationem & confeſſionem illam mittere, &c.*

Reſpondeo, negando vera eſſe quæ iſte aſſeuerat. In nullis exemplaribus, & quidem emendatis, illa inueniuntur, quæ iſte commemorat, vt meritò ipſe mendacij redarguatur, dum alios mendaces eſſe criminatur: cur non citauit verba legis? quia non extabant. Magis ergo auſcultandum eſt Iacobo Cuiacio d. lib. 5 Paterg. cap. 23. ex Baſilicis referenti, quo modo res ſe habuerit his verbis: *Et omnino res ita procedit. Poſuit primum in eo titulo Iuſtinianus fidei ſuæ profeſſionem, quam ediderat ſtatim ipſo initio ſui imperij, quæ eſt lex 5. Deinde edictum de fide ſua, & hæreticorum condemnatione propoſitum omnibus populis fidelibus, vt Ioannes ait in ſua epiſtola, Conſtantinopolitanis ſcilicet & Epheſinis & Cæſarienſibus, Cyzicenis & Amidenis, & aliis plerijque, quæ eſt l. 6. Tum ad Epiphanium Archiepiſcopum Conſtantinopoleos, ſpecialiter Epiſtolam eadem de re quæ eſt l. 7. Et octauo atque vltimo loco ſimilem aliam, præterquam quod Latinè in rei ſumma, verborum ſerie & conſequentia paulo aliam, ad Ioannem Archiepiſcopum Vrbis Romæ, quam maluit vim confirmationis & approbationis Ioannis iniectam nobis, quam ſolam exhibere, & probatur hic ordo euidenter libris Baſilicon, &c.*

Hæc cùm Hotomanus intelligeret, non diu manſit in prima reſponſione, ſed ita perrexit: *Quam ſunt iſta quæſo conſentanea, aut inter ſe congruentia? Priore anno edictum promulgare de ſua fide & religione, quam & ab illo Patriarcha ſuo Epiſcopiſque Orientis omnibus, & item ab Epheſiis, Cæſarienſibus, Cyzicenis, Amidenis aliiſque populis vniuerſis obſeruare iubeat, vt ex illius legis inſcriptione apparet: anno verò inſequente, & duodecim menſibus interiectis, legatos ad Papam Rom. cum illa eadem confeſſione mittere, per quos ipſius de illa ſua religione ſententiã ac iudicium exquirat? vt ſi ei probetur, tum illã edi atque obſeruari iubeat: ſin minus, eam extinguat, quam tamen, vt dixi, duodecim iam ante menſib. per omnes Orientis Ciuitates, & Eccleſias promulgari ac recipi imperaraté Quid igitur ſi Romanus Epiſcopus eam improbaſſet? nunquid ſe ipſe Iuſtinianus ſumma amentiæ condemnaſſet, qui eam duodecim ante menſibus per vniuerſi Orientis Eccleſias, non modo promulgandam curaſſet, verùm etiam probari ac recipi imperaſſet? &c.*

Reſpondeo, rem ita proceſſiſſe vti Cuiacius commemorat, & nullam inde repugnantiam oriri, vel abſurditatem; quia Iuſtinianus Imperator optimè nouerat ſuam fidei profeſſionem conuenire fidei, & profeſſioni ipſius Põtificis Max. & in eum finem ad eum ſcripſit, petiitque approbationem, vt aliis omnib. innoteſceret, ipſius Imperatoris fidei profeſſionem eandẽ eſſe cum profeſſione Rom. Pontificis, ac proinde ab omnibus eò facilius reciperetur,

peretur, præsertim quia à quibusdam prauis Monachis in ue & Iudaicè, secundum Nestorij doctrinam fuerant aliqua negata. Nō crędas mihi, sed crede verbis ipsius Epistolæ Iustiniani, quæ sic habent; *Omnes ergo Sacerdotes sequentes doctrinam Apostolicæ sedis vestra, ita credunt, & confitentur, & prædicant. Vnde properauimus hæc ad notitiam deferre vestræ Sanctitatis per Hypatium & Demetrium beatissimos Episcopos: vt nec vestram Sanctitatem lateant, quæ à quibusdam paucis monachis malè & Iudaicè, secundum Nestorij perfidiam, denegata sunt. Petimus ergo vestrum paternum affectum, vt vestris ad nos destinatis literis, & ad sanctissimum Episcopum huius almæ vrbis, & Patriarcham vestrum fratrem quoniam & ipse per eosdem scripsit ad vestram Sanctitatem, festinans in omnibus sedem sequi Apostolicam Beatitudinis vestræ, manifestum nobis faciatis, quod omnes qui prædicta rectè confitentur, suscipit vestra Sanctitas & eorum qui Iudaicè ausi sunt rectam denegare fidem condemnat perfidiam. Plus enim ita & circa vos omnium amor, & vestræ sedis crescet authoritas: & quæ ad vos est vnitas sanctarum Ecclesiarum inturbata seruabitur, quādo per vos didicerint omnes beatissimi Episcopi, eorum quæ ad vos relata sunt, synceram vestræ Sanctitatis doctrinam.*

Vides, vt puto, lector, quam ob causam Imperator scripserit ad Romanum Pontificem, cur petierit approbari suam fidem, & quia erat per omnia conformis Romani Pontificis fidei & doctrinæ, quam semper Apostolicam appellat (ad confusionem sectariorum) vti seuera est, & semper erit, nullum erat periculum, eādem vt reprobaret ac rejiceret ipse summus Pontifex: sed eam approbari ac recipi vtilissimum erat, omnibus aliis Episcopis, & Ecclesiis, vt manerent in vnitate fidei Catholicæ, & contraria dogmata repudiarent.

Quartum argumentum Horomani. *Nam cùm, inquit, & Iustinianus & superiores Impp. Patriarchæ suo Constantinopolitano, vel maiorem quam aliis omnibus, vel certè parem potentiam atque authoritatem tribuerint, tamen Iustinianus in hac octaua lege, & latina Epistola fingitur, illum papæ Rom. potestati, & in constituenda religione cognitioni ac iudicio subjicere. Nam vt alia sexcenta testimonia omittamus, neque longius quam ex eodem primo Codicis libro testimonium petamus, extat eiusdem Imperatoris constitutio in l. 24. C. de sacrosanct. Eccl. vbi scriptum ita est. Constantinopolitana Ecclesia omnium aliarum est caput. Extat item altera superioris Imperatoris nomine Zenonis constitutio in l. Decernimus 16. eod tit. cuius hæc verba sunt: Sacrosanctam huius Constantinopolitanæ religiosissimæ Ciuitatis Ecclesiam, & matrem nostræ pietatis & Christianorum orthodoxæ religionis omnium, & eiusdem Regiæ Vrbis sanctissimam sedem priuilegia & honores omnes super Episcoporum creationibus, & iure ante alios residendi, & cætera omnia quæ ante nostrum Imperium, vel nobis imperantibus habuisse dignoscitur, habere in perpetuum firmiter regiæ vrbis intuitu indicamus & sancimus. Hæc ille, quibus potest intelligi, quantoperè ab illorum temporum institutis abhorreat, quod hoc loco Iustinianus scripsisse fingitur, velle se Constantinopolitanum Patriarcham Romani Papæ iudicio atque potestati subjicere, præsertim cùm in Nouella 131 dilucide profiteatur, priuilegium illud quod Papa R. sibi per ea tempora vindicabat, vt in synodis Ecclesiasticis primo loco & ante omnes sederet, suo & superiorum Impp. beneficio illi tributum, & concessum fuisse. Sancimus, inquit, Episcopum Romanum priorem omnibus Episcopis & Patriarchis sedere, & post illum Constantinopolitanæ Ciuitatis Archiepiscopum.* Sic ille.

Respōdeo, quod attinet ad l. 24. C. de sacrosanct. Eccles. illam non extare in communibus, & etiam correctis optimisque exemplaribus: Et dato quod extaret, semper excipienda est Ecclesia Romana, quæ verè caput est omnium Ecclesiarum, vel ipsomet Iustiniano teste in Nouella 9. Vt Eccles. Rom. cent. anno. gaud. præscrip. vbi sic ait: *Vt legum originem anterior Roma sortita est, ita & summi Pontificatus apicem apud eam esse nemo est qui dubitet.*

Quod verò ad l. Decernimus 16. eiusdem tit. attinet, illa extat quidem, sed non statuit quicquam in præiudicium Ecclesiæ Romanæ, vt ibi etiam Accursius notat. Nam cùm Basiliscus, absente Zenone, ac deinde in Isauriam etiam profugiente Acacio Patriarchę atque Archiepiscopo Constantinopolitano complures ademisset prouincias, in quibus antistites cōstituendi ius antea ei competierat: Zeno expulso Basilisco imperium recepit, & continuò illam legem promulgauit, qua infirmantur ea quæ Basiliscus constituerat, & Acacio cæterisque Episcopis suæ sedes restituūtur, sicuti explicat optimè Iacobus Cuiacius li. 3. obseru. ca. 19. Itaque nihil Zeno ibi statuit de Patriarcha Constantinopolitano, in comparatione Episcopi Romani, qui est summus Pontifex & primum locum obtinet, sed prima sedes restituitur Patriarchæ Constantinopolitano, quoad alios Episcopos. Et vt omnis cesset dubitatio circa Romanum Episcopū & Patriarcham Constantinopolitanum, notum est à Pontifice Romano octo Patriarchas Cōstantinopolitanos depositos fuisse, quos enumerat Nicolaus I. in Epistola ad Michaelem Imper. inter quos vnus fuit Anthimus, quem

Agapetus Papa deposuit, & Menam ordinauit vt Liberatus scripsit in Breuiario cap. 21. Zonaras in vita Iustiniani, imò huius rei testis est Iustinianus ipse in Nouella 42. Cum hæc ita sint, liquidò apparet, Constantinopolitanum Patriarcham parem non fuisse Romano Pontifici, quia par in parem non habet imperium.

Quod porrò subiungit Hotomanus ex Nouella 131. priuilegium, quod Romanus Pontifex obtinet ante omnes sedendi, suo & superiorum Impp. beneficio obtinuisse, mendaciū est. Nam fideliter non citauit verba dictæ Nouellæ, quæ sic se habent: *Sacrorum Conciliorum dogmata sicut sanctas scripturas accipimus, & regulas sicut leges obseruamus, ideoq; sancimus secundum earum definitiones sanctissimum seniori Romæ Papam, primum esse omnium sacerdotum.* Omisit Hotomanus illa verba: *Secundum earum definitiones*, quibus apparet ita in Conciliis definitum fuisse, non autem a Iustiniano tributum. Sed nec à Conciliis priuilegia hæc donata sunt, verùm ab ipso Deo, vt meritò Nicolaus I. in Epistola ad Michaëlem Imperatorem dicat: *Ista priuilegia huic sanctæ Ecclesiæ à Christo sunt data, à Synodis non donata, sed celebrata & honorata, &c.*

Quintum argumentum est: *Quod cùm idem Imperator, inquit, fingatur tum in hac Epistola, tum etiā in alia superiori septima Græce scripta, Papæ Rom. scripsisse nullum se pati velle geri negotium ad religionem pertinens, quantumuis notum sit ac diuulgatum, de quo non statim ad illum exquirenda sententia sua causa deferatur, vtpote caput existens omnium Dei Ecclesiarum, tamen extant Nouellæ constit. eiusdem Imp. quā plurima in quibus liberè, ac pro suo iure de rebus innumeris ad religionem pertinentibus, sine vlla Papæ R. mentione decernit, &c.* Hæc Hotomanus, qui post hæc Nouellas cōstitutiones multas adducit, & alia quæ de rebus Ecclesiasticis Imperator statuit, quæ recensere non est necesse, cum omnia sint nota.

Respondeo, nullam ex his legibus, quas Hotomanus profert, & quæ extant tum in Codice Iustiniano, tum in Nouellis, pertinere ad fidei & religionis professionem, de qua ipse Imperator ad summum Pontificem in hac de qua loquimur Epistola scripsit. Quare argumentum nullius est momenti: Quod enim in hac Epistola profitetur, quæ ad statum Ecclesiasticum pertinent, se ad Romanum Pontificem delaturum, accipiendum est de iis, quæ ad fidem pertinent, & fundamentum Ecclesiæ vnitatis & religionis. Nec tamen ideo dico, potius se Imperatorē de rebus Ecclesiasticis, puta Clericis & Monachis, Episcopis & aliis de quibus multa statuit, suo iure decernere, & leges ferre, quia hanc Ecclesiasticam potestatem ad summum Pontificem spectare certum est, sicut habetur in c. 2. de maio. & obed. & in c. Per venerabilem, qui filij sint legit. & alibi, sed quis poterat Imperatorem impedire, quò minus illa statueret, cum tam potens esset, & summi Pontifices, totaque Ecclesia continuis ferè persecutionibus exagitaretur, & ope indigeret Imperatoris, nec leges iniustas esse cōstitutas videret?

Postremum argumentum est ex dicendi genere, quo Epistolæ ambæ cōscriptæ sunt, quia alienum est ab eo stylo, quo Iustinianus in Latinis suis constitutionibus vti consueuit. *Primum omnium*, inquit, *hæc Epistola plena est indecora assentationis, & tanto Imperatore indigna, &c. Nos*, inquit, *reddentes honorem Apostolicæ sedi Romanæ.*

O caput mirabile, atra inuidiæ, odij nube coopertum, quia tu Ecclesiæ Romanæ cum aliis secta tuis hostis es, putas alios quoque esse debere. Nec ferre potest honorem sanctę sedi Apostolicæ deferri, quam omnis antiquitas venerata est, Imperatores tot auxerunt priuilegiis, tot ac tantis bonorum possessionibus, quot notum omnibus est, amplificarūt atque donarunt. Id ne alienum à Iustiniano erat, qui alibi eam vocat *patriam legum, fontem sacerdotij, venerandam sedem summi Apostoli Petri?* Vt in Nouella 9. Vt Eccles. Romana centū anno. præscrip. gaud. & in Nouella 131. de Eccles. tit. *Sanctam Apostolicam sedem appellat.*

Ex eodem genere inquit, *illud est, semper nobis in voto fuit, & est, vt decet, honorare vt patrem vestram Beatitudinem.* Sed hoc nullius planè momenti est, vnà cum aliis, quæ ille adducit ex verbis Epistolarum, quibus Imperator est vsus. Vnde enim didicit hanc argumentandi rationem. Illa verba non sunt in aliis Iustiniani legibus & constitutionibus, aut eis similia; Ergo Epistola conficta est, nec Iustinianus author illius est. Nam, quot sunt verba in aliqua lege, vel constitutione, quæ in aliis non habētur? Si complures Epistolas Iustiniani in eius Codice haberemus ad Romanum Pontificem scriptas, in quibus nunquam illud orationis genus vsurparetur, sed longè diuersum, nonnihil haberet coloris Hotomani calumnia, sed nullæ sunt aliæ similes Epistolæ: quare nec possumus illam, quam is allegat, styli diuersitatem intelligere. Comparatio enim fit in rebus similibus eiusdem generis: nec vnum & idem dicendi genus in omnibus rebus exigendum est.

Sed quoniam Alciatum sæpe Hotomannus in hac disputatione laudauit, propter Cōstantini donationem, præstat intelligere, quid Alciatus de Romano Pontifice senserit, deq; eius authoritate & potestate, quid ex aliis vetustissimis, grauissimis authoribus, testimoniis, monumen-

monumentis scriptum reliquerit, vt studiosi sciãt & alij quorum interest, quæ inter Alciatũ, quem fatetur Hotomanus virum doctissimum fuisse, & ipsum Hotomanum distãtia sit, imò inter Catholicum scriptorem & hominem hæreticum. Prolixa quidem Alciati annotatio est, sed iucunda, vera, præclara.

Alciatus ad l. inter claras. C. de summa Trinit. & fi. de Cathol. *Fuit olim magna controuersia an Pontifex Romanus principatum Ecclesiarum de iure diuino haberet. Quod si haberet, an ad eum potius qui Romæ, quàm qui Constantinopoli esset, quæ noua Roma est, pertineret. Et Iustinianus hic ad Romanum rem trahi, quod & aliquo pòst tempore Phocas quoque Imperator constituit. Constantinopolitanóque prætulit. Nunquid verò in humanis sanctionib. potiùs quàm iure diuino probetur, nodus esset haud sanè facilis, nisi veteres & sancti illi primitiuæ Ecclesiæ antistites nobis præiuissent, & iuris diuini id esse demonstrassent. Cùm enim dixisset Christus Dominus noster Petro:* Tu es Petrus, & super hanc petram ædificabo Ecclesiam meam: *apparet per hæc verba ei vniuersalis Ecclesiæ administrationem promissam. Quod autem ab eo promissum est, fatuum esset opinari non & fuisse seruatum: consensúque prudentium proditur, tum verè traditam cùm post resurrectionem dixit:* Pasce oues meas.

Vt enim caput fidei ipse Christus est, qui gratiam quotidie in Ecclesiam suam inuisibiliter infundit, ita & loco sui Petrum eiúsque successores in terris reliquit, qui ea, quibus Ecclesia indiget, visibiliter ipsi conficerent: sic ab his Sacramenta exhibentur, populi in fide instituuntur, Episcopi constituuntur. Concio fidelium legib. exemplis, monitionibus regitur, mali abominationibus & pœnis corriguntur: quæ si Christus ipse sibi reseruasset, iam fidei merita perderentur, certique eius rei essemus, quàm nostræ salutis interest, vt potius ex fide credamus. Sic in Euangelio rogasse se asserit Christus, ne deficiat fides Petri: sic constituit, ne portæ inferni aduersus petram, in qua fundatur Ecclesia, præualeant: Sic ei mandatur, vt confirmet fratres suos: Sic ipse, tanquam os & caput Apostolorum, Domino nostro respondet: sic semper in fide ardentiorem se præstat: sic à generalitate aliorum honoris gratia eximitur: cùm, dicite, inquit, discipulis & Petro: Sic pro eo census soluitur, quæ omnia S. Antistites, cùm optimè animaduertissent, pro exploratissimo habuerunt, primatum Ecclesiæ Petro, eiusque successorib. datum. Sed quid profuit tot Conciliis, id sanctissimos Patres statuisse, tot legibus Imperatores cauisse, Ecclesiæ Doctores tam Græcos quàm Latinos docuisse, si adhuc reperiuntur, qui etiam editis voluminibus id denegare ausint, nósque acephalos faciant, vt libeat exclamare, quod vulgò dicitur. Nil intra est oleum, nil extra est in nuce duri. Quid n. vnquam tam apertum fuit, tam dilucidum, vt dicendo inuerti non possit? si singulis horum rationibus respondere opera pretium ducerem, & studiosos multa lectione inuoluerem, & nihil proficerem: qui enim hæc attentant, cancro illo & hidra Platonica pertinaciores sunt, Ponticúmque monitis minimè resipiscentes, nouas quotidie & scandalo plenas conclusiones cogitant, & in publicum proferunt, vna in re solùm intenti, vt contradictiones cunctis orthodoxis adducant, vt vbique concordiam extingant, nũ quam pietatem adiuuent: (Pingit suis colorib. hæreticos) *quorum sententia, si vera essent veteres omnes, sanctósque Theologos abrogare oporteret, quorumcunque Principum regna subuertere, qui à Pontifice Rom. primùm instituti sunt, & inprimis Cæsar ipse exauthorandus, cùm ex decreto Gregorij V. constituti Electores eum designandi ius nullum adepti fuerint: deturbandus Rex Francorum, cùm à Chilperico in Pipinum transferre dominationem sanctione sua Zacharias nequiuerit: deijciendi Siciliæ Leges, qui à sede Apostolica sub fidelitatis iuramento regnum possident: Antistites omnes qui hactenus fuerũt, & pij & religiosi ceu inuasores, & pseudoepiscopi explodendi, cùm à Rom. Pontif. instituti fuerint. Sed bene habet, noluit Christus fidem Petri deficere: tot columnis, tot tibicinib. ea fulta est, vt labefactari aliquorum syllogismis nequeat. Extant antiquorum interpretum commentarij, quibus omnes hæreticorum sententiæ confutantur: & vt Anacleti, Pelagij, Innocentij, Nicolai, Leonis decretales Epistolas omittamus, principatum Ecclesiæ celeberrimus quisque veterum Petro ipsi datum consentit, & ex Græcis Ioan. Chrysostom. homil. 55. in Matthæum, nunc Petrum totius Ecclesiæ pastorem constitutum, nunc eius pastorem & caput, nunc vniuerso orbi præpositum asserit. & homil. vlt. in Ioannem. Iacobum quidem Hierosolymorum sedem accepisse, Petro verò totius orbis curam demandatam affirmat Theophil. Principem Apostolorum ex eo factum Luc. 22. scripsit, cùm illi mandat, vt fratres confirmet. Rursus Ioan. c. vlt. idcirco ei à Christo dictum, sequere me. quoniam cunctorum fidelium prælaturam ei concesserat. Cyrillus Alexandrinus libro Thesaurorum nos hortatur, vt maneamus in Ecclesia Petri, & in capite nostro, nempe Apostolico Throno Roman. Pontificum. Maximus Epistola quadam Orientalib. populis suadet, vt veram fidem approbantes, in Ecclesiam Romanorum, tanquam in solem respiciant, & ex ipsa lumen Catholicæ & Apostolicæ fidei recipiant.*

Ignatius Constantinopolitanus potestatem Apostolorum principi Petro datam, non in eius persona circumscriptam, sed successoribus quoque senioris Romæ Pontificib. transmissam author est. Ex Latinis Cyprianus super vno Petro fundatam Ecclesiam tradit, idque à Christo institutum, ..

vt vnitas eius oſtenderetur. Idem lib. 4. Epiſtolarum ad Pupianum, ſuper Petro ædificatam fuiſſe Eccleſiam apertiſſimè fatetur. Ambroſius nunc eum Eccleſiæ petram appellat, nunc fidei firmamentum: idcircoque petram eſſe, quoniam primus in nationibus fidei fundamentum poſuerit. Idem ſermone 11. Hanc, inquit, ſolam Eccleſiæ nauem aſcendit Dominus, in qua Petrus Magiſter eſt conſtitutus. Hieronymus in Matthæum. Petri nomem illi rectè à Chriſto datum, quoniam per metaphoram ſuper eum ædificaturus erat Eccleſiam ſuam. Idem ad Damaſum: Ego, inquit, Beatitudini tuæ, id eſt, Cathedræ Petri communione conſocior, & ſuper illam petram ædificatam Eccleſiam ſcio.

Auguſtinus ad Paulinum Epiſt. 106. Innocentij literas commendat, quibus ad ſedis ſuæ notitiam pertinere teſtabatur, quicquid vbique à Concilijs fide ſtatuatur, cuius iudicio, vel ſtent, vel cadant, quæ tractata fuerint. Rurſus in libro aduerſus Epiſtolam Donati, in Petro aſſerit tanquam in petra fundatam Eccleſiam. Gregorius cùm variis in locis, tum maximè Epiſtola ad Mauritium Imperatorem, eandem ſententiam adductis Euangeliorum canonibus clariſſimè defendit: & poſt eum Bernardus eo ſermone, quem in ipſius Apoſtoli vigilia habuit, diffuſiùſque ad Eugenium Papam lib. 11. de Conſideratione: Age inquit, indagamus quis ſis, quam geras pro tempore perſonam in Eccleſia Dei. Quis es? Sacerdos magnus, ſummus Pontifex, tu Princeps Epiſcoporum, tu hæres Apoſtolorum, tu primatu Abel, gubernatu Noë, Patriarchatu Abraham, ordine Melchiſedech, dignitate Aarōn, authoritate Moyſes, iudicatu Samuel, poteſtate Petrus, vnitione Chriſtus: tu es cui claues traditæ, & oues creditæ ſunt: Habent alij ſibi aſſignatos greges, ſinguli ſingulos, tibi vniuerſi crediti. Socrates Epiſcopus in hiſtoria Caſſiodori, cùm in variis locis principatum Romanæ ſedi tribuit, tum & libr. 4. cap. 9. vbi Eccleſiaſticis regulis mandari aſſerit, ne præter Romani Pontificis ſententiam Concilium celebretur. Rurſus libr. 9. cap. 13. regulam prolatam author eſt, vt Conſtantinopolitanus Epiſcopus haberet honoris priuilegia poſt Pontificem Romanum, iiſque conſenſum ſuum præſtitiſſe Imperatorem Theodoſium: quod & Conſtantinopolitano Concilio cautum reperitur, in quo hæc ad verbum legere eſt: Conſtantinopolitanus Epiſcopus habeat honoris primatum poſt Romanum, propterea quod vrbs ipſa ſit iunior Roma. Sed & Ammianus Marcellinus hiſtoria lib. 15. author eſt. Conſtantium Cæſarem ſententiam, qua Athanaſium damnabat, petijſſe à Liberio Romano Pontifice pro authoritate, qua potiores ſunt æternæ vrbi Epiſcopi, confirmari: quod minimè obtinere potuit. Sed quid ego hæc in re verba vlterius faciam? Et contra vetus prouerbium rem actum rurſus agam? Pluribus enim Conciliis, & nouiſſimè Conſtantienſi res hæc omnis deciſa eſt, quod & Iuſtinianus Imperator hac conſtitutione approbauit, vt ridicula ſit ea hæreticorum concluſio, quæ id introductum ex frigidiſſimis decretis ſolùm à CCC. annis citra aſſeuerant. Sed certè nobis videntur iſti, non tam credere, quæ afferunt, quàm id agere, vt inuidiam aduerſus Pontificem, & Præſules colligant, & contra Chriſtianorum dogmatum ſynceritatem Principibus populi ſui maledicant, cùm tamen Chriſtus quoque ipſe Pontificibus & Sacerdotibus libentiſſimè detulerit, quod annotauit Cyprianus Paulus quoque in Actis Apoſtolorum cap. 24. Neſciebam, inquit, fratres, quia Princeps eſt, Hactenus Alciatus. plurima alia poſſem adferre teſtimonia, pro Romano Pontifice, verùm ſuperſedeo, quia nō hæc diſſerui, vt ſummi Pontificis ſummam authoritatem aſſererē, quod alij doctiſſimi Theologi ſatis luculenter fecerunt, ſed vt l. Inter claras. à morſibus Hotomani vindicarem, quod nemo hactenus fecit, quem ſciam.

CAPVT II.

Defenſio Extrauag. Regimini. de empt. & vend. aduerſus diſputationem Franciſci Hotomani lib. 2. obſeruat. cap. 15.

ANnuuos cenſus iuſtè & legitimè emi ac vendi poſſe: ſeruata tamen iuris forma nemo eſt qui neſciat. Ita enim communi ſententia Doctorum vtriuſque iuris receptum eſt, & res nimis iā inculcata eſt, tranſiuitque in rem iudicatam, vt verbis vtar Tiraquelli de retractu conſanguineorum. §. 1. Gloſſ. 6. n. 15. Ita multis ac variis ſummorum Pontificum conſtitutionibus ſancitum eſt, & Imperij etiam Romani ordinationibus, vt tradit Andreas Geyll. lib. 2. obſeru. 7. Nemo igitur hoc in dubium iam reuocat, excepto Frāciſco Hotomano, non vt Iuriſconſultos & Theologos damnaret, aut Cæſarum Conſtitutiones, ſed vt Romanum Pontificem, quem hæreticus homo odio proſequitur, reprehenderet, cuius reprehenſionis facilis eſt reprehenſio. Is lib 2 obſeru. cap. 15. nonnulla profert argumenta aduerſus Extrauag. Regimini, de emption. & vendit. quæ breuiter putaui referenda, atque refellenda, vt impoſturæ ipſius detegantur.

Primùm, inquit, emptio ex eorum numero eſt, quæ ſolo conſenſu contrahuntur. Hanc autem conuentionem re contrahi, & antequam numerata pecunia ſit, nullam obligationem concipi, nemo, vt opinor, vel mediocriter in libris noſtris

stru versatus addubitabit. Deinde in emptione & venditione vltrò citróque obligatio nascitur: ac propterea bona fidei iudicium ex eo contractu constituitur: At in hoc negotio, & is solus cui fundus traditur, & restrictè ex iis tantùm, quæ lingua nuncupata sunt, adstringitur. Præterea in emptione contrahenda res quanti est, in solidum æstimatur, hic autem non fundus, sed eius tantùm annuus prouentus æstimatur. Restat igitur vt consideremus, an hæc conuentio mutui nomine contineatur, quod dici omnino non potest. Nam in mutuo certa obligatio nascitur de reddenda quandoque pecunia. Hic autem acceptor pecuniæ non obligatur. Cùm igitur hanc conuentionem inter contractuum genera non reperiamus, & constet, eam naturam habere aliarum omnium conuentionum dissimilimam: videamus ne quid in ea monstri subsit. Et profectò ita est, vt três occultissimas fraudes, quasi viperas, aut vulpeculas sub huius ce conuentionis specie latere animaduertam: quarum prima hæc est, quod in ea solus fundi prouentus æstimatur, atque emitur: fundus autem gratis, ac sine vllo precio callidè ac subdolè aufertur. Cùm enim de illa Decima, Duodecima & Decimaquinta disseritur nequaquam fundi precium exquiritur: sed eius tantummodò prouentus cum decima, aut duodecima sortis parte comparatur: vt quia, verbi gratia, duodecima sortis pars rectè & legitimè pro vsura constituitur, quippe quæ bessi legitimo propemodum respondeat: propterea recta vsuræ ratio iudicetur, si pro pecunia numerata, tantundem in fructibus soluatur: hoc est, fructus qui duodecimæ respondeant. Quod quàm iniquum & indignum sit, nemo non videt. Non enim ex prouentu tantum & frugibus: sed etiam multis aliis ex causis fundi æstimantur, veluti salubritate, amœnitate, opportunitate, aut circumluuione fluminis, vicinitate oppidi. l. Competit 16. ff. quod vi aut clam. l. si cui fundus de leg. 2. Et ea de re, pulcherrima Epistola extat C. Plinij libr. Epistolar. III. cuius initium est Adsumo te. ex quo intelligi volumus, quàm longè hoc genus contractus à venditione cum pacto redimendi facta dissideat, in qua verum, æquum, & solitum rerum precium æstimatur.

His verbis tria continentur mendacia, Primum in illis verbis: *Quod in ea solus fundi prouentus æstimatur, atque emitur, fundus autem gratis ac sine vllo precio callidè & subdolè aufertur.* Falsum est, fundum auferri domino, hoc est, venditori census. Nam sic se res habet in hoc censu, qui à Scholasticis vocatur constitutiuus. Venditor certo precio conuento iusto scilicet, annuus reditus certi fundi, eius dominium venditor retinet, & se obligat, & fundum quoque ad annuum censum persoluendum, itaque fundus non aufertur: sicut in censu reseruatiuo, cum scil. fundi dominium in alium transfertur à domino, reseruato sibi annuo censu iuxta notata in c. Constitutus. de relig. domibus: sed iste non intellexit vim & naturam horum contractuum, vel atra nubes odij in Romanum Pontificem oculorum aciem obtenebrauit eius, vt & aliorum hæreticorum.

Alterum mendacium inest verbis illis: *Cùm enim de illa decima, &c.* Nam *decima, duodecima, &c.* non comparatur, vt ipse putat, cum decima & duodecima sortis parte, quasi vsura constituatur palliata, vt nostri loquuntur, sed habetur ratio rei, super qua annui census obligatio constituitur. & ipse census annuus emitur ac venditur, ita vt precium iustum sit. Verbi gratia, centum aureis census annuus venditur super fundo, venditor ex eo contractu promittit annua quinque, quia ex illo fundo annuatim percipit idem venditor tantundem vtilitatis, quanta est pensio soluenda statis temporibus. *Nam si res non est talis: dominus rei non habet reuera ius recipiendi tantam vtilitatem: Ergo verè non habet id totum, quod vendit. Et consequenter is qui fingeret se emere talem censum, in rei veritate nihil emeret, sed palliaret sic vsuram, quæ censuario mutuaret summam soluendam cum vsurario incremento, postea paulatim variis temporibus.* Verba sunt R. P. Gregorij de Valentia, viri summi, ac Theologorum huius ætatis præcipui in 3. Tomo Comment. Theol. disp. 5. qu. 22. punct. 2. vbi alios citat, & puncto 5. de iustitia precij censuum, latius disputat. sed hæc non intellexit Hotom.

Tertium mendacium est, cùm ait, in venditione cum pacto redimendi facta, *verum, æquum, & solitum rerum precium æstimari.* Falsum est, quia æstimatur res habita ratione oneris reuendendi, vt ratio ipsa dictat. Nullus dissentit. Itaq. res minoris æstimatur, quàm si purè & simpliciter vendatur absq. pacto reuendendi. Est. n. hoc pactum onus Hotomane, quod si perpendisses, non dixisses solito pretiô æstimari.

Pergit Hotom. *Sed nunc alteram fraudem*, inquit, *quæ sub hac fucata emptione agitur, detegamus. Neque enim solum fundi corpus non emitur, sed ne ipsius quidem prouentus: quod paululum attendenti non difficilè erit intelligere. Nam emptio & venditio vt ex parte venditoris rem certam, sic ex parte emptoris certum definitúmque precium, quod ab emptore verè (& vt loquimur) naturaliter abeat, & in venditorem transferatur, exquirit, l. 1. ff. de contrah. empt. l. pen. C. de rer. permut. At in hac conuentione nulla precij quantitas pro fundi fructibus constituitur: quæ emptori detrahatur. Imo tantùm abest, vt illi aliquid decedat, vt contra potius accedat: vtpotè cum ipsius pecunia ex fundi fructibus sine vllo impendio suo amplificetur.*

Hominis delirantis verba esse videntur: *Nulla precij quantitas pro fundi fructibus con-*

ſtituitur, imò conſtituitur, quia emptor venditori pecuniæ certam quantitatem numerat verò, naturaliter & realiter, illáque ab emptore abeſt, & transfertur in venditorem. Nemo id ignorat, imò paulò ſuperiùs idem dixit Hotomanus, dum dixit, antequam numerata pecunia ſit, nullam contrahi obligationem. Ex fructibus autem pecunia ab emptore ſoluta non amplificatur. Sed emptor annuum cenſum accipit, donec redimatur cenſus. Sicut is qui cum pacto reuendendi emit, fructus percipit rei emptæ, donec redimatur. l. 2. C. de pactis inter emptor. & vendit. ſed res eſt clara nimis, pudet diutiùs immorari.

Tertia fraus ex eo deprehenditur, inquit, *quod hoc genus conuentionis nullius alterius rei, quàm exercendæ fœnerandæque pecuniæ cauſſa inſtitutum eſt: quemadmodum vel ex illa decima & duodecima ratione intelligi poteſt, de qua Pontifices in illo extrauagante decreto ſcribunt, &c.*

O ſanctum pectus time labem vſuræ. Bonarum mentium eſt timere peccatum, vbi non eſt. Horret Hotomanus nomen decimæ, duodecimę, quaſi ſonet id fœnus illicitum, rem non inſpicit, non perpendit contractus ſubſtantiam, pacta, periculum ſortis amittendæ, nullam actionem competere emptori ad repetendum pecuniam, ſicut creditori qui mutuauit, & alias differentias, quæ ab omnibus hactenus conſideratæ ſunt inter mutuum fœneratitium & emptionem, & venditionem cenſuum. Prohibent ſummi Pontifices, nec non Imperatores ac Principes vſuras turpes, eaſdem omnes boni deteſtantur. Approbant tamen cenſus. Hotomano ſunt vſurarij & fœneratitij, ſcilicet, *Huic modo cor ſoli eſt, reliqui velut vmbra feruntur.* O impudentiam, ſed quid mirum? hæretici non obediunt Eccleſiæ, contemnunt Orthodoxos Patres, ſuas opiniones præferunt omnibus Conciliis, ac receptis ab Eccleſia interpretationibus. Sed bene res habet, quia portæ inferi non præualebunt aduerſus eam, vt aliàs dixi ex verbis Domini noſtri Iesv Christi.

CAPVT III.

An fiſcus, Principes, Ciuitates & Eccleſia Romana centum annorum præſcriptione gaudeant?

NOta eſt l. vlt. Cod. de ſacroſanct. Eccleſ. in qua Imperator Iuſtinianus centum annorum præſcriptionem concedit Eccleſiis, Ciuitatibus, redemptioni captiuorum & cæteris piis locis in rebus venditis, vel donatis, vel legatis vel per fideicommiſſum relictis, nec non etiam in hæreditate relictis. Sed controuerſia eſt, an idem præſcriptionis ius fiſco etiam competat. Item Principibus, an etiam Ciuitatibus, inſpecto iure nouiſſimo ex nouellis Iuſtiniani conſtitutionibus. & denique, an etiam Romanæ Eccleſiæ competat conſideratis omnibus Iuſtiniani conſtitutionibus. Nam iure Canonico certum eſt competere, & indubitatum. Quatuor hæ ſunt controuerſiæ dignæ, quæ accuratè à nobis tractentur atque diſcutiantur, tum quia non exiguam iuris cognitionem ſecum adferunt, tum quia magnus in praxi forenſi earum vſus eſt.

Fiſcum priuilegio gaudere centenariæ præſcriptionis, authores ſunt Accurſius in d. l. vlt. C. de ſacroſanct. Eccleſ. in verbo, centum annorum in 4. ſolutione argumenti allati ex l. In omnibus. ff. de diuerſis & tempo. præſcript. Bartolus ibidem, Baldus, Salycetus, Iaſon, Marcus Antonius Peregrinus de iure fiſci, lib. 6. tit. 8. n. 2. Fundamentum eſt, quia d. l. vlt. dicit: *Vt inter publicum ius & priuata commoda competens ſit diſcrimen, &c.* ſed ius fiſci publicum eſt, non autem priuatum. Ergo illa lex ad fiſcum quoque pertinet.

Huc accedat Nouella 160. vbi Imperator dicit, oportere *ſe ex æquo Ciuitatum & rerum fiſci curæ ſtudere.* Ergo priuilegium in ea lege tributum Ciuitatibus interpretatione extendi debet ad fiſcum.

Præſertim quia fiſcus maiora habet, quàm Ciuitates priuilegia. Nam ædilitiæ actiones, quæ in venditionibus fiſcalibus ceſſant, ſi quæ Reſpubl. quid vendiderit locum habent. l. 1. §. Illud. ff. de ædilit. edi Rem Ciuitatis ſub haſta venditam, licitantíque addictam, non licet adiectione precij poſtea emptori auferre, niſi particulari priuilegio id Reipubl. concedatur. At fiſcus vendens habet adiectionis tempora, intra quæ quilibet poteſt aucto precio rem emptori euincere. l. Lucius 21. in fine. ff. ad Municip. l. 1. C. de vend. reb. Ciuit. l. pen. C. de omni agro deſerto. l. 4. C. de iure haſtæ fiſcal.

Rurſus fiſcus ius habet in rebus debitorum. l. Aufertur. 46. §. Fiſcus. ff. de iure fiſci, & tacitam hypothecam. l. 1. & 2. C. in quib. cauſ. pign. vel hypotheca tacitè contrah. Ciuitates autem non habent, niſi quæ ſingulariter id à Principe impetrauerint, vel pacto quæſierint. l. Simile. 10. ff. ad Municip. l. 2. C. de iure reip.

Verùm iſtis nil morantibus contrariam ſententiam amplector, doctrinam Pauli Caſtrenſis ſecutus in d. l. vlt. num. 7. atque ita contendo, priuilegium centenariæ præſcriptionis ea lege tributum, ad fiſcum nequaquam pertinere.

Mouet me inprimis, quod in d. l. vlt. Iuſtinianus tribuit illud ius ac priuilegium Eccleſiis, locis piis, Ciuitatibus & captiuis, fiſco autem non tribuit.

Deinde.

Deinde, quia iam cautum eſt ſpecialiter de præſcriptionibus aduerſus fiſcum conſtitutis in l. In omnibus. 20. ff. de diuer. & tempo. præſcript. in l. 1. §. Diuus. & §. Præſcript. ff. de iure fiſci. in l. 1. C. de quadriēnij præſcript. in l. Iam pridem. C. comm. de vſucap. in l. Comperit. C. de præſcrip. 30. vel 40. anno. in §. Res fiſci. inſtit. de vſucap.

Tertiò, quia textus in l. Omnes. C. de præſcrip. 30. vel 40. annor. apertè ſtatuit, 40. annis omnes actiones remoueri, nullúmque ius publicum vel priuatum poſt lapſum annorum 40. moueri poſſe.

Reſpondent Doct. excipiendos eſſe caſus, quibus centenaria opus eſt præſcriptione, qui continentur in d. l. vlt. Reſpondeo, in illa lege nihil tale contineri.

Nec obſtant verba illa d. l. vlt. *Vt inter ius publicum & priuata commoda, &c.* quia illis verbis ratio legis continetur, generalis illa quidem, ſed poſtea lex ſequitur ſpecialis de Eccleſiis, Ciuitatibus, piis locis, & redēptione captiuorum, nullum verbum de fiſco. Quamobrem illa ratio generalis reſtringi debet, & aptari ad ea, quæ in lege conſtituuntur, non ad alia diuerſa ac ſeparata, quæ aliis legibus iam rectè ſunt conſtituta: *Quoniam dum nihil omnino ſuper iſtis innouatum ſit, antiquam ſeruamus figuram*, vt alibi Imperator dixit, Nouella de adminiſtran. offic. in ſacris appella.

Nec obſtat d. Nouell. 160. Non. n. bona conſequentia eſt, quia Imperator ibi circa vſuras eandem curam habet fiſci & Ciuitatum, idcirco quicquid in Ciuitatibus cōſtitutum eſt ad fiſcum quoque pertinere. Quia ex vno ſingulari caſu regula conſtitui non debet.

Quæ reſponſio valet ad vltimum etiam argumentum. Nam non ſi in aliquibus potior cauſſa fiſci eſt quàm Ciuitatum, idcirco in omnibus potiorem eſſe oportet, quædam enim ſunt cauſæ, quæ mouere poſſunt ad aliquid de ciuitatibus ſtatuendum, quæ non habēt locum in fiſco. Proinde non plus à nobis fauendum fiſco eſt, quàm Cæſares authores legum fauere voluerint.

Quod attinet ad Principes, communior ſententia eſt, eis competere idem ius præſcriptionis centenariæ in caſibus de quibus fit mentio in d. l. vlt. C. de ſacroſanct. Eccl. Vide Alex. in conſ. 24. lib. 5. Socinum iun. in conſ. 65. nu. 4. li. 1. Crauettam de antiq. tempor. in 4. part. §. Abſolutus nu. 36. 37. Felynum in c. Ad audientiā. n. 22. de Præſcript. Couuar. in reg. Malæ fidei poſſeſſor. in 2. part. §. 2. num. 9. de reg. iur. lib. 6. Marcum Antonium Peregrinum de iure fiſci lib. 6. tit. 8.

Fundamentum eſt primò, quia illud priuilegium competit fiſco, ſed hoc iure non probatur, vt proximè dixi. Deinde, quia Principes non ſunt minoribus fauoribus proſequendi, quàm Ciuitates: Sed hoc argumentum parui ponderis videtur, quia non eſt bona collectio. Viſum eſt. n. Iuſtiniano Ciuitatib. id tribuere, & aliis in ea lege expreſſis, non autem ſibi ipſi, quare nobis non licet id ad alios porrigere.

Tertiò in authoritate Gloſſ. in §. Vt autem lex. in verſ Nec multum. in Auth. de non alie. reb. Eccl. quæ Gloſſ. hoc dicit, authoritate illius textus, in illis verb. *Cùm nec multum differāt ab alterutro Sacerdotium, & Imperium, & res ſacræ à communib. & publicis, quādo omnis ſanctiſſimis Eccleſiis abundantia, & ſtatus ex Imperialibus munificentiis perpetuo præbentur.* Si ergo Eccleſiæ id ius conceſſum eſt, videtur etiam Principi concedendum.

Sed reſponderi poteſt, comparationem illam Eccleſiæ & Imperij in eum finem allatā eſſe, vt appareat Principi permutare licere res ſuas cum rebus Eccleſiæ, vtilitate publica id exigēte, & pragmatica forma præcedente. Non eſt igitur abſoluta, & generalis comparatio Eccleſiæ ac Imperij, alioqui dicendum foret, quicquid de Eccleſiis conſtitutum eſt, id etiam ad Imperatores & Principes pertinere: cùm tamen multæ ſint differentiæ, vt notū eſt. Nō licet verba legis ita captare, & ex eorum vi quiduis inferre atque inſtituere, quod legibus conſtitutum non eſt, faciléque conſtitui, ſi legum author voluiſſet, potuiſſet.

Alij dixerunt, etiam extra caſus expreſſos in d. l. vlt. C. de ſacroſ. Eccleſ. exceptionem iſtam centenariæ præſcriptionis Principibus cōpetere, ſed nullo fundamēto: quamobrem eos refellunt Peregrinus & Couuar. locis proximè citatis.

Alij dixerunt Principis res præſcribi poſſe ſpacio 40. annorum, in caſib. d. l. vlt. C. de ſacroſanct. Eccl quia centum annorum præſcriptio, quæ ibi conſtituta fuit, ſublata eſt Nouel la Iuſtiniani 111. Hæc conſtit. innouat conſtitutionem, &c. & reducta ad 40. annos. Vide Boerium. dec. 264. n. 21.

D. Tiberius Decianus in conſ. 124. n. 44. lib. 3. poſt alios ab eo citatos, dixit, Principib. obſtare præſcriptionem 40. annorum, quoties poſſeſſor titulum habuit ab ipſis.

Ego verò ſic ſtatuo: Si de rebus feudalibus ſit quæſtio, nullam principib. ad directum feudi dominium auferendum, temporis præſcriptionem obſtare, ex conſtitutione Frider. in c. Imperialē. de proh. feud. alie. per Frider. quod præclarè Zaſius defendit in conſ. 15. lib. 2. & nos ſuperiùs diſputauimus in lib. præcedente.

Si agatur de tributorum præſtatione præſcribenda, nullius quoque temporis lōngiſſimi præſcriptionem ſufficere. l. Comperit. C. de Præſcript. 30. vel 40. annor.

Si de mero vel mixto Imperio, Iurisdictione, vel regalibus agatur, quid iuris, dicam infrà hoc eodem lib.

Si de aliis rebus agatur, existimo præscriptionem longi temporis locum non habere, quia sic est constitutū in l. 2. & 3. C. Ne dominicæ rei vel templor. vind. &c. longissimi autē temporis locum habere, iuxta l. Sicut. & l. Omnes. C. de Præscript. longiss. temp. 30. vel 40. annor. si bona fides adsit iuxta canonicas sanctiones, c. vlt. de Præscript.

Hæc mihi videbātur in hac quæstione controuersa, ex iuris fontibus adferri liquidò potuisse.

Sequitur vt de Ciuitatum iure videamus. Quæritur an Ciuitatibus nouissimis constitutionib. consideratis, obiici præscriptio 30. vel 40. annorū possit, an verò centum annorum dūtaxat, vt in d. l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. Duæ sunt contrariæ doctorum sententię: Vna centū annorum præscriptionem requiri secundum tenorem d. l. vlt. Ita olim docuerunt Pileus & Ioannes, antiqui Glossatores, Castr. n. 8. Bart. n. 8. Iason n. 21. in Auth. Quas actiones. C. eod. tit. Couar. alios citans ad Reg. Possessor malæ fidei. de reg. iur. lib. 6. part. 2. §. 2. n. 9. Iacob. Cuiac. lib. 5. obseru. c. 5.

Fundamentum est, quia in Nouella cōstitutione 111. Hæc cōstitutio innouat cōstit. &c. in qua Imperator illam centū annorum præscriptionē correxit, & ad annos quadraginta reduxit, nulla Ciuitatū mentio habetur, sed Ecclesiarū duntaxat & aliorum piorum locorum. Quod ergo non corrigitur, cur stare prohibetur? l. Præcipimus in fine. C. de Appellat.

Altera est sententia, sublatam esse dictam præscriptionem centum annorum, & ideo 30. annorum præscriptionem Ciuitatibus obstare, iuxta l. Omnes. & l. Sicut. C. de Præscriptio. 30. vel 40. annor. sic existimarūt olim Placentinus & Vltramontani doctores, teste Bartolo, Petrus Cynus, Salycetus, & Fulgosius in dict. Auth. Quas actiones. & in eandem sententiam propendere videtur etiam Baldus, Boerius dec. 264. n. 21.

Fundamentū est, quia est eadem imò maior ratio in Ciuitatib. quā in Ecclesiis, cum igitur Ecclesiis, quibus præscriptio centum annorum concessa fuit principaliter, adempta fuerit ex Nouellā 111. absurdum videtur existimare Ciuitatibus adhuc saluam esse: Eandem esse rationem in Ciuitatibus, patet ex eo quod in d. Nouella, ideo sublata dicitur centum annorum præscriptio. *Quoniam per tantum seculi magis, quàm temporis spatium, nec documentis integritas, nec actis fides, nec testis valet testibus suffragari.* Hæc ratio æquè militat in Ciuitatibus vt in Ecclesiis.

Hanc posteriorem sententiā ego longè probabiliorem esse iudico, atque sic censeo plus dictum & minus scriptum in d. Nouella 111. eamque omnino fuisse Iustiniani mentem, vt illud quod de præscriptione centum annorum cōstituerat in d. l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. immutaret atque corrigeret, substituendo loco centenariæ quadragenariam præscriptionem, nullam fecisse Ciuitatum mentionem, quia non putauerit esse necessariam, cùm Ecclesiis, quibus præcipuè consultum voluit priuilegium ademisset. Addo ex verbis d. Nouellę, cōgrua adhibita interpretatione pālam fieri et Ciuitatibus, sublatum hoc priuilegium videri: Sic n. ait Imperator. *Et iubemus in negociis, quæ antehac triginta annorum remouebat exceptio, nunc venerabilibus Ecclesiis, Monasteriis, Xenodochiis, &c. 40. annorum protelatio conferatur, salua scilicet circa alias personas & causas virtute quam semper tricennalis sibi præscriptio vindicabat, quoniam hanc 10. annor. adiectionem solis, vt dictum est, religiosis locis, eorúmque iuri & contractibus indulgemus.* Et paulo pòst: *In illis namque, vt dictum est, negociis religiosis contractus memorato 40. annor. priuilegio volumus perfrui, in quibus eis centum annorum prærogatiuam constitutio nostra contulerat.* Si solis Ecclesiis & religiosis locis vult Iustinianus competere priuilegium 40. annorum pręscriptionis. Ergo id Ciuitatibus competere non potest. Ergo multo minus Ciuitatibus competet priuilegium centum annorum pręscriptionis. Absurdum est autem, existimare minus esse consultum Ecclesiis, cui plus consultum voluit Imperator. Absurdum est protestari decem annorum adiectionem factā præscriptioni 30. annorum, ob fauorem Ecclesiarum & locorum religiosorū tantummodo, si Ciuitatibus frui adhuc liceat pręscriptione centum annorum.

Quibus tollitur contrarię sententiæ fundamentum, satis enim perspicuum euadit omnib. rectè consideratis ea Nouella in ciuitatibus quoque ademptam fuisse centum annorum pręscriptionem: licet illud mouerit dubitationem, controuersiámque pepetit, quod non ita expressim de Ciuitatibus, vti de Ecclesiis, ea constitutione cautum à Iustiniano fuerit. Hęc de ciuitatibus.

Restat de Rom. Ecclesiæ priuilegio, vt breuiter disseramus. Et quidem inter omnes constat, à Iustiniano Ecclesię Romanę datum esse priuilegium centenarię pręscriptionis. Nouella constitutione 9. tit. Vt Ecclesia Romana centum annorum gaudeat præscriptione, sed controuersiā est, an hoc priuilegium alia posteriori Nouella fuerit sublatum. Nam sublatum videri responderunt Hugolinus & Accursius in Auth. Quas actiones: Salycetus ibid. num. 1. Pinellus in Authent.

Nisi

Niſi tricennal. C. de bonis maternis, n. 57. Iacobus Cuiacius libro quinto obſeruationum, cap. 5.

Sed ſublatum non videri reſponderunt alij ferè omnes in d. Authen. quas actiones. Bartolus, Baldus, Caſtren. Iaſon & alij, nec non Accurſ. in rubr. Nouellæ 111. Hæc conſtitutio innouat conſtitutionem, &c.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt primò, quia Nouella 111. generaliter loquitur de Eccleſiis, eiſque, nulla diſtinctione adhibita, priuilegium aufert centenariæ præſcriptionis, Ergo Romana etiam Eccleſia eadem conſtitutione continetur.

Non obſtat, ſi dicatur ſpecialiter tributum fuiſſe Romanæ Eccleſiæ priuilegium d. Nouel. 9. ac proinde alia conſtitutione ſpeciali tolli debuiſſe. Nam dicta Nouella 9. conceditur priuilegium non Romanæ Eccleſiæ ſolum, verùm aliis quoque Eccleſiis. vt patet ex illis verbis: *Vt ex hac in vniuerſas Eccleſias catholicas, quæ ad Oceanum vſque poſitæ ſunt, ſaluberrimæ legis vigor extendatur.*

Secundò, quia ratio quæ mouit Iuſtinianum ad reuocandum priuilegium centenariæ præſcriptionis, & quæ in dicta Nouella 111. prolixè exprimitur, locum habet etiam in Romana Eccleſia.

Tertiò, in Nouella 131. §. Pro temporalibus. vbi dicit Imperator: *Pro temporalibus autem præſcriptionibus decem, viginti & triginta annorum ſacroſanctis Eccleſiis & aliis vniuerſis venerabilibus locis ſolùm præſcriptionum 40. annorum opponi præcipimus, &c.*

Non obſtat, ſi dicatur Imperatorem ibi non loqui de Romana Eccleſia. Nam principio Nouellæ fit mentio Romani Pontificis.

Fundamentum autem poſterioris ſententiæ in eo eſt poſitum, quòd ſpeciale priuilegium Romanæ Eccleſiæ conceſſum dicta Nouella 9. abrogatum non fuerit dicta Nouella 111.

Et hæc ſententia mihi veriſſima videtur, non ſolùm quia iure canonico recepta eſt. cap. Ad audientiam. de Præſcript. & alibi, cui par eſt viros graues ac prudentes ſummam fidem adhibere & acquieſcere: Verùm etiam quia longè firmiori nititur ratione, quàm contraria ſententia.

Etenim ſic ſtatuo, nec Iuſtiniani Nouellam 111. trahi poſſe ad Romanam Eccleſiam: & Nouellam 9. ſpeciale priuilegium Romanæ Eccleſiæ continere; non autem generale omnium Eccleſiarum: quæ duo ſic veriſſima eſſe oſtendo.

Imperator in dicta Nouella 111. reuocat priuilegium centenariæ præſcriptionis, quod Eccleſiis & aliis venerabilibus ac religioſis locis conceſſerat: ſic enim expreſsè verba ſonant dictæ Nouellæ. At Eccleſiis & venerabilibus locis centenariæ præſcriptionis priuilegium non dedit in d. Nouella 9. Nulla ibi fit mentio Eccleſiarum, *venerabilium locorum, xenodochiorum*, & ſimilium, Ergo d. Nouella 111. trahi non poteſt ad Nouellam 9. ſed ad l. vlt. C. de ſacroſanct. Eccl. vbi Iuſtinianus conceſſit priuilegium centenariæ præſcriptionis generatim *Eccleſiis, & venerabilibus, ac religioſis locis, Xenodochiis, &c.* Sicuti ex verbis dict. l. vlt. perſpicuum eſt. Et hoc eſt, quod Iuſtinianus in d. Nouella 111. ait, in illis negociis perfrui debere 40. annorum præſcriptione religioſos contractus, *in quibus eis centum annorum prærogatiuam conſtitutio ſua contulerat.* De contractibus autem nulla fit mentio in dict. Nouella 9. ſed in dicta leg. vltim. nimirum de venditione, &c.

Quod autem Nouella 9. ſingulare contineat priuilegium Rom. Eccleſiæ, probatur primùm ex verbis Rubricę, quę ſecundum tam veterem quàm nouam tranſlationem ſic habent: *Vt Eccleſia Romana centum annorum præſcriptione gaudeat.* Deinde ex illis verbis Nouellæ, quæ initio ponuntur: *Vt legum originem anterior Roma ſortita eſt, &c. neceſſarium duximus patriam legum fontem ſacerdotij ſpeciali numinis noſtri lege illuſtrari.*

Non obſtant illa verba ſequentia: *Vt ex hac in vniuerſas Eccleſias catholicas, quæ vſque ad Oceanum poſitæ ſunt, ſaluberrimæ legis vigor extendatur.* Nam quæ poſtea ſequuntur, hæc declarant in hunc modum: *Quod igitur noſtra æternitas ad omnipotentis Dei honorem venerandæ ſedi ſummi Apoſtoli Petri dedicauit, hoc habeant omnes terræ, omnes Inſulæ totius Occidentis, quæ vſque ad ipſos Oceani receſſus extenduntur, noſtri Imperij prouidentiam per hoc in æternum reminiſcentes. Huiuſmodi autem legis prærogatiuam, ſicut ſupra dictum eſt, non ſolùm in Occidentalibus partibus Romanæ Eccleſiæ condonamus, ſed etiam in Orientalibus partibus, in quibus Eccleſiaſticæ vrbis Romæ poſſeſſiones ſunt, vel poſtea fuerint.*

Quibus verbis ſuperiora declarantur vt ſenſus ſit, priuilegium iſtud pertinere ad Romanam Eccleſiam, quoad omnes res, poſſeſſiones, Eccleſiáſque eidem ſubiectas, vt rectè exponit Glo. in rub. dictæ Nouellæ 111. Ergo priuilegium extenditur ad omnes alias Eccleſias tam Orientis quàm Occidentis Romanæ Eccleſiæ ſubiectas.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, Nouella 111 priuilegium ſpeciale Romanæ Eccleſiæ non auferri, quod eſt in d. Nouella 9. ſed illud generale quod omnib. Eccleſiis, & venerabilib. locis, & cauſis in quibuſdam negociis fuerat collatum à Iuſtiniano in d. l. vlt. C. de ſacroſanct. Eccl.

Ad ſecundum reſpondeo, dato quod ſit ea-

dem ratio, non licere tamen nobis priores corrigere, & hoc eſt, quod ex hoc loco adferri ſolet, Correctionem legis non eſſe inducendam ex rationis identitate, ſic enim loquuntur Doctores.

Ad tertium argumentum ex Nouella 131. §. Pro temporalibus. reſpondeo, Iuſtinianum loqui de cæteris Eccleſiis, & piis ac venerabilib. & religioſis locis, ſicut loquitur in d Nouella 111. non autem de Romana Eccleſia, cui ſpeciale priuilegium dederat Nouella 9. Nec ad propoſitum faciunt verba dictæ Nouellæ 131. in principio, in quibus Romani Pontificis fit mentio. nam illis verbis hoc duntaxat declaratur, Papam Romanum primum eſſe omnium ſacerdotum, ſecundum definitionem quatuor Conciliorum Niceni, &c. quod nihil ad rem iſtam pertinet. Rectè igitur Irnerius in d. Auth. Quas actiones, dixit: *Solam Romanam Eccleſiam centum annorum præſcriptione gaudere.*

CAPVT IV.

Vtrum dos filiæ vnius ex ſociis omnium bonorum ſoluenda ſit ex bonis communibus: an verò diuiſionis tempore imputanda in partem patris?

DOtem datam filiæ alterius ex ſociis omnium bonorum imputandam eſſe tempore diuiſionis in portionem patris ſui multi exiſtimarunt apud Antonium Gabrielium libr. 3. commu. concl. tit. de iure dotium concl. 2. & apud Paulum Graucium libr. 1. Theoremat. 1. multi item negarunt, ſed ex communibus bonis ſolutam videri cenſuerunt Natta conſ. 91. lib. 1. Rolandus à Valle conſ. 91. lib. 1. Thobias Nonius conſ. 64. Menoch. de arbitr. iud. caſu 127. n 3. & iſtis magis eſt vt conſentiam authoritate l. Si ſocietatem vniuerſarum. ff. pro ſocio. in illis verbis: *Si ſocietatem vniuerſarum fortunarum ita coierint, vt quicquid erogaretur, vel acquireretur communis lucri atque impendij eſſet, ea quoque, quæ in honorem alterius liberorum erogata ſunt vtriſque imputanda.* Idem igitur & in dote ſtatuendum eſt, quæ procul dubio in honorem filiæ erogatur. Idem probatur in l. Ex parte. § Filius. ff. fam. herciſc.

Contrariæ ſententiæ fundamentum eſt in l. Si ſocius pro filia. ff pro ſocio. ibi: *Quæſitum eſt an ſi pro ſocio ageret, dotis quantitatem percipere deberet, ſi fortè conuenisset inter ſocios, vt de communi dos conſtitueretur.*

Reſpondeo, nec ibi de ſociis omnium bonorum quæſtionem eſſe, nec rectè colligi, quia dos ex communi propter pactum deducitur, ideo pacto ceſſante non eſſe deducendam, obſtaret enim natura ſocietatis omnium bonorum, in qua expenſæ omnes ſocietati imputantur, niſi ob delictum fiant. l. Si fratres. & l. Socium vniuerſa. & l. Quod autem. cum l. ſeq. ff. eod. tit.

CAPVT V.

Poſſeſſio quotuplex ſit, & an ſit facti vel iuris?

SCholaſtica quæſtio eſt inter Doctores ad l. 1. ff. de acq. poſſ. an poſſeſſio ſit vna vel multiplex, & an iuris ſit vel facti? de qua quid ſentiam breuiter ediſſeram.

Prima fuit opinio Placentini & Azonis, quos aliqui ex recentiorib. ſecuti ſunt, vnam tantum eſſe poſſeſſionem, & plures quę adferuntur poſſeſſionum ſpecies, non eius ſubſtantiā, ſed qualitatem reſpicere? Veluti ſi quis dixerit, hominū alios eſſe doctos, alios indoctos, alios nobiles, ignobiles alios, hæc diuiſio non ad ſubſtantiam pertinet, ſed ad accidentia, ac proinde non conſtituit diuerſas ſpecies. Fundamentum eſt in l. 3. §. Genera. ff. de acq. poſſ. vbi dicitur: *Vnum eſſe genus poſſeſſionis & ſpecies infinitas, veluti pro donato, pro herede, &c.*

Secunda fuit opinio Ioan. quę & ſuos habuit ſequaces, duplicem eſſe poſſeſſionem, vnam naturalem, alteram ciuilem. Probatur hęc ſententia ex l. 2. §. Quod vulgo. ff. pro herede. ibi: *Vt poſſeſſio non ſolùm ciuilis, ſed etiam naturalis intelligatur.* Et in l. 1. § Deijcitur ff. de vi & vi armat. ibi: *Siue naturaliter, ſiue ciuiliter poſſideat.* Ex l. Nemo. C. de acq. poſſeſſ. ibi: *Poſſeſſionis eſſe duplicem rationem, aliam quæ iure conſiſtit, aliam quæ corpore.*

Tertia eſt ſententia Bart. in l. 1. n. 8. ff. de acq. poſſ. triplicem eſſe poſſeſſionem, naturalē, ciuilem, & corporalē. De naturali loquitur l. Naturaliter. ff. de acq. poſſeſſ. De ciuili & ſimul etiā de naturali tex. in l. 2. §. Quod vulgo. ff. pro herede: De corporali text. in l. Si id quod. 25. §. vlt. ff. de acq. poſſ.

Alij dixerunt poſſeſſionem aliam eſſe naturalem, aliam ciuilem, aliam naturalem ſimul & ciuilem, aliam corporalem, aliam ciuiliſſimam, vt videre licet ex Iaſone, & aliis recentioribus in d l. 1. de acq. poſſeſſ.

Sed mihi magis placet ea ſententia, quę duas ſpecies poſſeſſionis ſtatuit, naturalem & ciuilem. Probatur enim ſatis clarè ex legibus allegatis, & ex aliis multis quæ paſſim occurrunt: quamobrem quod ad priorem ſententiam attinet, obſeruandum eſt, quod Iuriſconſultus dicit in l. 3. §. Genera. ff. de acq. poſſeſſ. vnum eſſe genus poſſeſſionis, non eò pertinere, vt hæc diuiſio poſſeſſionis in ciuilem & naturalem negetur, quæ legibus apertè demonſtratur, ſed hunc ſenſum habet, vnum eſſe genus poſſeſſionis, & ſpecies infinitas reſpectu cauſarum, ex quibus poſſeſſio acquiritur, de quibus

quibus textus loquitur cùm ait: *Tot eſſe genera poſſeſſionum, quot ſunt cauſæ acquirendæ eius, veluti pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro hærede, &c.*

Porrò corporalis poſſeſſio, cuius mentionem faciunt Bartolus, & ante eum Iuriſconſulti, ſæpe non diſtinguitur à naturali, vt fatetur ipſe Bartolus in d.l.num.10. ff. de acq.poſſeſſ. Denique, quæ dicuntur de poſſeſſione ciuiliſſima, iure noſtro recepta non ſunt; ſed verbum à noſtris confictum eſt ad deſignandam eam poſſeſſionem, quæ in hæredem vigore ſtatuti continuatur.

Sed & controuerſia eſt quid ſit naturalis & ciuilis poſſeſſio. Nam Bartol. in d.l.1.n.8. ff. de acq.poſſeſſ. dicit poſſeſſionem ciuilem ius eſſe inſiſtendi rei non prohibitæ poſſideri, aptum producere ciuiles effectus reſpectu veri dominij, puta vſucapionis & præſcriptionis. Naturalem autem poſſeſſionem eſſe ius inſiſtẽdi rei non prohibitæ poſſideri, aptum producere ciuiles effectus reſpectu alicuius iuris à domino ſeparati, & reſpectu naturalium acceſſionum. Exemplum inquit Bartolus: *Vſufructuarius poſſidet naturaliter.l.Naturaliter ff. de acq. poſſeſſ. habetne effectum ciuilem? Certè ſic, quia præſcribit ius vſusfructus, l.vlt. C. de Præſcript. longi tempor. in fine. Item reſpectu naturalium acceſſionum, quia fructuarius facit fructus ſuos.* Hactenus ille.

Sed vt mihi videtur, potius Bartolus explicat effectus vtriuſque poſſeſſionis, quàm naturam earum; quamobrem eius doctrina non ſatis ſufficiens videtur.

Franciſcus Conanus lib.3.commentariorum iuris, cap.10.n.5. exiſtimat, naturalem & ciuilẽ poſſeſſionem in hoc differre, quod ciuilis iuſta ſit, naturalis autem contra iuris regulas, adfert l.1.§.Deiicitur. ff. de vi & vi arm. vbi fit mentio naturalis poſſeſſionis, quam vxor habet rei à marito donatæ. Donatio enim inter virum & vxorem non valet.l.1.ff. de donat. inter virum & vxorem.

Sed huic ſententiæ aduerſari videtur l. Nemo. C. de acq. poſſeſſ. vbi dicitur, vtramque poſſeſſionem legitimam eſſe, verumtamen non aduerſatur, vt inferius dicam.

Franciſcus Duarenus in Commentariis de acquir. poſſeſſ. ita hanc rem explicat. Naturaliter dicitur poſſidere, is qui corpore incumbit rei, eo animo, vt vel ſuo, vel alieno nomine poſſideat. Ciuiliter verò qui cùm rei non inſiſtat, iuris ciuilis tamen interpretatione eam tenere ac poſſidere intelligitur.

Iacobus Cuiacius lib.9. obſeruat. cap.33. hãc rem tractans, ſic ait; Species poſſeſſionis duæ proponuntur, alia quæ iure conſiſtit, id eſt, iure ciuili, alia quæ corpore. illa ciuilis dicitur, & ita definitur detentio, quæ cõſtat iure & animo domini, puta detentatore credente ſe eſſe dominum, & detinente rem ex cauſa, qua dominium quæri ſolet, quæ autem poſſeſſio corpore conſiſtit, naturalis dicitur, & eſt detẽtio rei citra ius affectionemque domini, non tamen citra aliquod ius, affectionemque, nam vtraque legitima dicitur.

Obſeruaui ego triplicem ob cauſam naturalem & ciuilem poſſeſſionem appellari. Primò, reſpectu perſonæ. Secundò, reſpectu cauſæ. Tertiò, reſpectu modi poſſidendi. Reſpectu perſonæ, puta ſerui.l. Stipulatio iſta, §. Hæc quoque. ff. de verb. oblig.l. Quod ſeruus. ff. de acqu. poſſeſſ. ſi liber homo eſſet, ciuiliter poſſideret in illis caſibus.

Reſpectu cauſæ, nã ſi cauſa iure approbata ſit ciuilis dicitur poſſeſſio, ſi nõ ſit approbata, naturalis.l.1.§.Deiicitur. ff. de vi & vi arm. l. Si eum qui 22. ff. de aliena. inter vir. & vxorem.

Non obſtat l. Nemo. C. de acq. poſſeſſ. vbi vtraque poſſeſſio appellatur legitima. Nam ideo dicitur legitima, quia legibus ac interdictis poſſeſſoriis vtraque poſſeſſio defenditur, d.l.1.§. Deiicitur.

Reſpectu modi poſſidendi, nam qui corpore inſiſtit poſſeſſioni, dicitur naturaliter poſſidere, qui animo poſſeſſionem retinet, ciuiliter. l. Et habet.15.§. Cùm quis, ff. de precario.

Sed rurſus controuertitur, an poſſeſſio ſit iuris vel facti. Prima eſt opinio, poſſeſſionem poſtquam acquiſita eſt, iuris eſſe, dum autem acquiritur, & quantum ad modum, quo acquiritur, facti eſſe, ita Bartolus ad l.1.n.6. ff. de acq. poſſeſſ. Iaſon alios citat ibidem, nu.32. Couuar. ad reg. Poſſeſſor malæ fidei. de reg. iuris, lib. 6. in 2. partis initio, n.5.

Fundamentum eſt primò in l. Nemo. C. de acq. poſſeſſ. ibi: *Ius poſſeſſionis, &c.* Secundò, in l Non ideo minus. C. de liberali cauſa ibi: *Poſſeſſionis ius, &c.* Tertiò, in l. Peregrè. ff. de acq. poſſeſſ. ibi: *Ius poſſeſſionis, &c.* 4. ex l. Poſſ. 49. ff. eod. vbi text. dicit poſſeſſionem *plurimum ex iure mutuari.* Et quoniam aliæ ſunt ll. quibus dicitur poſſeſſionem facti eſſe, puta l 1. §. Adipiſcimur. ff. eod. tit. & in §. Si vir vxori. accipiendæ ſunt de poſſeſſione nondum acquiſita, vel de modo quo illa acquiritur.

Secunda eſt opinio Ludouici Romani in d. l.1. ff. de acq. poſſeſſ. Poſſeſſionem facti eſſe. Fundamentum eſt in d.l.1.§. Adipiſcimur. & §. Si vir vxori. & in l. Poſſeſſionem. 29. ff. eod. tit. in l. Denique. ff. Ex quib. cau. maio. in l. In bello. 5. §. Factæ. ff. de Cap. in l.1.§. Scæuola. ff. Si is qui teſtam. lib. eſſe iuſſus fuerit.

Tertia eſt ſententia Franc. Aretini in d.l.1. Poſſeſſionẽ eſſe partim iuris, partim facti. Fundamentum eſt in d.l. Poſſ. 49. in d.l. Denique. ſed adſtipulatus magis l. Nemo. C. de acq. poſ.

Poſtrema eſt ſententia Alciati in libello de quinque pedum præſcriptione n. 113. & Iacobi Cuiacii in paratitlis ad tit. de acq. poſſeſſ. Poſſeſſionem naturalem facti eſſe, & plurimum ex facto participare. Ciuilem autem iuris eſſe, & plurimum ex iure mutuari: atque ita cōciliandas eſſe leges, quæ modo iuris, modò facti poſſeſſionem dicunt.

Ego quod attinet ad primam ſententiam, exiſtimo, eam non ſatis legibus eſſe conſentaneam. Cùm enim dicitur poſſeſſionem iuris vel facti eſſe, non intelligitur poſſeſſio nondum acquiſita, vel modus eam acquirendi, ſed poſſeſſio ipſa iam conſtituta & acquiſita.

Secundę autem ſententiæ haud grauatè aſſentirer, ſi non obſtarent aliæ leges, quibus probatur poſſeſſionem iuris eſſe.

Tertiam verò ſententiam idcirco non amplector, quoniam non declarat, quam ob cauſam poſſeſſio plurimum ex iure, & cur plurimum facti mutuetur, atque adeò mixtam naturam nanciſcatur.

Poſtrema denique ſententia probabilior videtur, ſed eam ſic explico. In poſſeſſione duo ſunt conſideranda. Primum detentio ipſa, ſiue inſiſtentia corporalis, quod videlicet rem quis de facto teneat, ac poſſideat; Et hoc nomine dico illam facti eſſe. Alterum, iuſta cauſa poſſidendi, perſona ad poſſidendum idonea, & ius ipſum poſſidendi, quod legibus defenditur atque probatur; & eatenus iuris eſſe poſſeſſionem puto, ſed de his hactenus.

CAPVT VI.

Poſſitne cumulari petitorium & poſſeſſorium in eodem iudicio? & de vera interpretatione l. Naturalis. §. Nihil commune. ff. de acquir. poſſeſſ.

CElebris & ſæpe agitata quæſtio eſt poſſitne petitorium & poſſeſſorium cumulari (vtar enim ſolitis vocabulis) in eodem iudicio, in qua tres ſunt Doctorum ſententiæ. Prima fuit olim Ioannis & Azonis, non poſſe cumulari, ſed prius de poſſeſſione, deinde de proprietate cognoſcendum. l. Ordinarij. C. de rei vind. l. 3. C. de interd. l. vlt. C. quorum bonor.

Secunda fuit ſētētia Martini antiqui Gloſſatoris, concurrere ſimul poſſe petitorium & poſſeſſorium, excepto tamen poſſeſſorio retinendæ. Fundamentum eſt in l. Cùm fundum. §. vlt. ff. de vi & vi arm. & in cap. Paſtoralis. de cauſa poſſ. & propriet. Ideo autem excipitur poſſeſſorium retinēdæ, quia contineret repugnantiam. Nam is qui rem vindicat, fatetur aduerſarium poſſidere. l. Officium. ff. de rei vind. Interdicto autem retinendæ ſe poſſidere aſſerit. l. 1. ff. vti poſſid. Hæc autem ſunt inuicem repugnantia: Conſequenter iure non permiſſa. l. 1. C. de furtis.

Tertia fuit ſententia Petri, omne poſſeſſoriū concurrere poſſe cum petitorio, & nihil cōcurſum hunc impedire, excepto ordine iudicij, quia nihil cōmune habet poſſeſſio cum proprietate. l. Naturaliter. §. Nihil commune. ff. de acq. poſſeſ. vbi propterea concurſus permittitur. Et hoc eſt, quod dicitur cauſam poſſeſſionis & proprietatis apud vnū & eundem iudicem cognoſcendam. l. Nulli. C. de iudiciis.

Hanc ſententiam Petri Bartolus reprehendit in d. §. Nihil commune. n. 18. Primò, quia actiones inuicem contrariæ non poſſunt ſimul cumulari. l. 1. C. de furt. ſed actiones iſtæ ſunt contrariæ, rei vindicatio & interdictum *vti poſſidetis*, nam illa præſupponit aduerſarium poſſidere, hoc autem actorem poſſeſſorem requirit.

Secundò, quia non poſſunt actiones concurrere, quoties vna electa, altera tollitur. l. vlt. C. de Codicil. ſed electa actione in rem, tollitur interdictum retinendæ, quia iam actor faſſus eſt aduerſarium poſſidere.

Tertiò, nam concurſus actionum prohibetur, quoties abſolutoria lata in vna actione parit exceptionem rei iudicatæ in altera. l. Fundum. § Fundi. ff. de excep. ſed actiones iſtæ ſunt huiuſmodi: nam aliquando accidit, vt abſolutoria lata in petitorio pariat exceptionem rei iudicatæ in poſſeſſorio, vt notatur in l. 2. §. interdum. ff. de interdict.

Quartò, nam quoties per ſecundam actionem apparet actorem rem habere, quod petit in prima, concurſus actionū non admittitur. §. vlt. in Inſtit. de perpetuis & temp. act. ſed in quæſtione noſtra hoc apparet. Nam in ſecūda actione, puta in interdicto retinendæ actor dicit ſe poſſidere, ſed iſtud eſt, quod petebat in prima actione. Petebat enim ſe dominū declarari, & per officiū iudicis ſibi rem reſtitui.

Quintò, quia concurſus actionum non admittitur, quando actiones diuerſæ tendunt ad eundem finem. l. Nemo ex his §. Quoties. de reg. iuris. ſed in propoſito id accidit. Nam actor vtraque actione hoc contendit, vt rem obtineat.

Sextò, nam quoties ordo iudicij hoc poſtulat, vt vna actio poſt aliam intentetur, & de vna prius cognoſcatur, cumulatio non admittitur. l. 3. C. de interd. l. Ordinarij. C. de rei vind. ſed ordo iudicij poſtulat, vt prius de poſſeſſione quàm de proprietate cognoſcatur, vt patet ex dictis legibus, igitur cumulatio poſſeſſorii & petitorij non admittitur.

Ad l. Naturaliter. §. Nihil commune. ff. de acq. poſſ. reſpondet Bartolus, & alij poſt eum illum textum accipiendum eſſe, vt procedat cùm actor renunciauerit petitorio.

Vel

Vel intelligendum, quando actor iam succubuit in petitorio.

Vel quando actor post petitorium cœptum possessionem rei acquisiuit.

Vel quãdo actor ciuiliter possidebat, aduersarius autem naturaliter, hoc est, corpore rem detinebat.

Iacobus Cuiacius lib. 7. obser. c. 38. illud responsum interpretatur, vt locũ habeat, quando non constat actorem possidere: *Existimo, inquit, & de retinenda possessione per interdictum vti possidetis, simul agi posse & vindicatione, si modo non constet actorem possidere. Ei enim quem possidere constat, vindicatio non datur. Sub incerto igitur, id est, si non conuenit, ex duobus vter possideat, simul agi potest vti possidetis, & in rem speciali actione. Ergo etsi egero vindicatione, ac si non possiderem, cur nõ meo iure melius cognito, licebit mihi tantisper dilato illo iudicio mutare formulam vti possidetis experiri? quæ est sententia l. Naturaliter. §. Nihil comm. ff. de acq. possess.* Hactenus Cuiacius.

Antonius Goueanus lib. 1. variarum c. 3. tractans eundem locum, sic ait: *Qui in possessione turbatur ignarus iuris ac fori rei vindicatione agere cœpit, quæ possessori minimè conueniens erat. Resipuit tandem & interdictum vti possidetis à Prætore postulauit, quæsitum est, audiendúsne à Prætore esset. Mouebat, quod possessioni videbatur rem vindicando renunciasse, cùm rei vindicatione non agat is, qui possidet. Officium namque iudicis in hac actione est inspicere, an reus possideat, quemadmodum idem Vlpianus scribit in l. Officium ff. de rei vind. Qui ergo cum interdicto vti possidetis retinendæ possessionis caussa comparato vti posset, maluit rei agere vindicatione, quæ ad proprietatem pertinet, possessionem repudiasse, atque amisisse videbatur. Liquidi namque iuris est animo solo amitti possessionem, quemadmodum idem scribit Vlpianus hoc eodem titulo in l. Si quis. §. Differentia. & Paulus in l. Possideri. §. In amittenda. Non ergo in retinenda possessione adiuuandum à Prætore, quis existimasset eum, qui possessionem amisisse videbatur, sed Vlpianus adiuuandum respondet. Nam neque eiusdem rei duas eum actiones postulare, cùm rei vindicatio ad proprietatẽ, interdictum vti possidetis ad possessionem conseruandam pertineat: neque videri renunciasse possessioni, qui cœpit agere rei vindicatione: retinere enim possessionem miserum voluisse, sed non satis vidisse, qua id facere ratione posset. Æquum autem non esse ei, qui in actione edenda aberrauerit, aliam à Prætore denegari.*

Hæc sunt quæ alij docuere. Ego sic statuo Petri sententiam cæteris esse probabiliorem. Nam de possessorio retinendæ, de quo maior disputatio est, quod concurrere possit cum petitorio, docet Vlpianus in d. l. Naturaliter, §. Nihil commune. *Nihil commune habet proprietas cum possessione, & ideo non denegatur ei interdictum vti possidetis, qui cœpit rem vindicare. Non enim videtur possessioni renunciasse, qui rem vindicaret.* De possessorio recuperandæ testimonium est in l. Cùm fundum. §. vlt. ff. de vi & vi arm. De interdicto adipiscendæ textũ non habeo, sed videtur idem respondendum eadem ratione, quia scilicet nihil commune habet proprietas cum possessione.

Non obstat l. 3. C. de interd. l. Ordinarij C. de rei vind. & similes, quibus dicitur, prius esse cognoscendam caussam possessionis quam proprietatis. Nam si accipiendæ sunt, cùm vterque ex litigatoribus contendit se possidere. Vlpianus in l. 1. ff. vti possidetis: *Quoties ergo inter litigatores est proprietas controuersa, aut conuenit; vter possessor sit, vter petitor; aut non conuenit, si conuenit, absolutum est, & ille possessoris commodo, quem conuenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, vter possideat, ad hoc interdictum remittendum erit, &c.*

Ad argumenta Bartoli sic respondeo: Ad primum, nullam esse repugnantiam, quia is qui agit rei vindicatione, nõ præsupponit necessariò aduersarium possidere. Sufficit enim vt rem detineat quoquo modo. l. Officium. in fin. ff. de rei vind. quamobrem nihil prohibet, actorem ipsum rem possidere, scilicet ciuiliter, & aduersarium detinere corpore, sicut dicitur in l. Clam possidere. §. Qui ad nundinas. ff. de acq. possess. eum retinere possessionem, qui ad nundinas abiit, quæ tamen ab alio fuerit occupata. Ergo nulla est repugnantia, & sic accipiendum est Vlpiani responsum in d. §. Nihil commune. non quia incertum esset, an actor possideret, vt dicebat Cuiacius, nõ quia aberrauerit in actione edenda, vt dicebat Goueanus, sed quia aduersarius rem tenebat, occupabat corpore, de facto, egisse rei vindicatione, & nihilominus interdicto vti possidetis experiri potuisse, quia scilicet actor rem ciuiliter possideret, iustè, legitimè, licet ab aduersario possessio de facto occuparetur, atque adeò ipse actor in sua possessione turbaretur. Etenim duo possunt in solido possidere, vnus ciuiliter, alius naturaliter, eandem rẽ, ex Cassij, Sabini, Papiniani & Vlpiani sententia. l. 3. §. Ex contrario. ff. de acq. possess. l. 3. ff. vti possideris. l. Et habet. 15. §. 1. ff. de precario, quam solam huius soluendæ quæstionis rationem esse ait Hotomanus, quem post hæc scripta legi: quæstionum illustrium c. 29. non procul à fin.

Ad secundum argumentum respondeo, negando huiusmodi esse actiones istas, vt vna electa, altera tollatur: nã contrarium docet text.

in d.§. Nihil commune. Ad rationem iam responsum est.

Ad tertiũ, nego absolutoriam latam in vna istarum actionum parere exceptionem rei iudicatæ in altera. Nam cùm possessio & proprietas differant, non potest esse locus exceptioni rei iudicatæ. l. Cùm quæritur. cum ll. seqq. ff. de except. rei iud.

Ad quartum similiter nego, actorem ex vna actione consequi posse, quod ex altera petit: quia vna ad proprietatem pertinet, altera ad possessionem, & hæc nihil commune habent.

Ad quintum, nego idem vtraq. actione peti: quia aliud est res, aliud possessio. l. pen. ff. vti possid. & d. §. Nihil commune.

Ad vltimum argumentum ex ordine iudicij, quia scilicet prius cognoscenda sit caussa possessionis, &c. iam responsum est superius.

Ne dixeris tamen post conclusionem in caussa factam in petitorio, posse possessorium intentari, quia repugnat text. in c. Pastoralis. de caus. poss. & propriet.

CAPVT VII.

Possitne Princeps rescripto suo caussam possessionis & proprietatis simul cognoscendam mandare?

SEd rursus controuertitur: Possitne Princeps mandare rescribendo, vt de possessorio simul, ac de petitorio cognoscatur. Negat Thomas Grammaticus cons. 84. Cui adstipulatur l. vlt. C. Si contra ius vel vtil. pub. &c. & l. rescripta. C. de precib. & aliæ leges. quib. rescripta contra ius non valere constitutum est. Videntur autem eiusmodi rescripta contra ius, quia iure constitutum est, vt prius de possessione, quàm de proprietate cognoscatur. l. 3. C. de interd. l. Ordinarij. C. de rei vind.

Contrarium respondent Alex. in cons. 54. li. 5. Crauetta in cons. pro Genero. n. 239. & multi alij, quos refert Antoninus Tessaurus decis. Pedemont. 25. Rationem adferunt istam, quia Principis rescriptum iure subsistit, quoties nõ auferitur alicui ius suum, sed temporalis quædam exceptio, l. Quoties. C. de precib. Imp. offer. Hoc rescripto autem ius non aufertur, sed illa temporalis exceptio, vt videlicet prius de possessione, quàm de proprietate cognoscatur.

Hanc posteriorem sententiam duobus concurrentibus amplector. Primum, si is qui petit simul caussam possessionis & proprietatis cognosci probationes habeat in promptu. Secundum, si pauper sit vel mediocris fortunæ, alter verò aduersarius sit potens, rixosus & diues. Nam si prius caussa possessionis cognoscatur, periculum est ne vnquam proprietatis caussa expediatur, ne possit ei possessio auferri, ne cœpta lis nũquam finem, vt dici solet, habeat. Atq. huc pertinere videtur, quod ex Symmacho Cuiacius adfert li. 2. obser. 35. Istis cessantibus non arbitror à iuris regula recedendum. Non obstat l. Quoties. C. de precib. Imper. offe. Licet enim dilatoria exceptio remitti possit, puta debitori exceptio cõpetit, ne intra quinquennium petatur, sicut eam legem vere explicauit Cuiacius lib. 2. obser. c. 10. & ante eum Accursius ibidem in secunda expositione. Id tamen à Principe fieri nõ oportet, nisi iusta subsit caussa: Iusta caussa erit, si concurrant facti circumstantiæ, de quibus supra dixi, aut similis aliqua sit ratio, quæ id suadeat.

CAPVT VIII.

Si de vi illata sit quæstio, & obiiciatur eum qui sibi vim factam dicit, non possedisse, an prius de vi, vel de possessione cognoscendum?

TRactat hanc quæstionem D. Menochius de recuperand. posses. Remedio 1. nu. 354. & multa disputat contra Nicolaum Boërium decis. 283. Ego ex iuris fontibus hanc rem sic expedio. Tria sunt iuris loca, quæ inuicem pugnare videntur. Nam de vi prius, quàm de possessione cognoscendũ esse Martianus respondisse videtur in l. 5. ff. ad l. Iul. de vi publ. Calistratus contra prius de possessione, quàm de violentia. l. Si de vi. ff. de iudiciis. Imperator Seuerus: *Prius de possessione pronunciare*, inquit, *& ita crimen violentiæ excutere Præses Prouinciæ debuit, quod cùm non fecerit, iuste ab eo prouocatum est.* l. 1. C. de Appellat.

Iacobus Cuiacius lib. 5. obser. c. 15. *Existimo*, inquit, *ita quondam decreuisse Imperatorem Antoninum*, vt scilicet prius de violẽtia quam de possessione cognosceretur, *idque tantummodò à Martiano & Calistrato in legibus allatis referri, nihil verò ab ipsis Iurisconsultis ea de re disputari vel concludi. Posteriores autem constitutiones sequendas, quibus mandatur prius de possessione quàm de violentia cognoscendum.* l. 1. C. de appell.

Ego sic sentio: Prius de possessione cognoscendum, l. 1. C. de appell. quia intelligi non potest, verum violentia facta sit possessori, nisi cognoscatur, an sit possessor nec ne. Huc spectat l. Si quis ad se fundum. C. ad legem Iul. de vi pub. dum ait: *Ante omnia violentiæ caussam examinari præcipimus, & in ea requiri quid ad quem peruenerit possidentem, vt ei quem constiterit expulsum, amissæ possessionis iura reparentur.*

Ad contrarias leges placet Accursij respõsio in l. 1. C. de appell. *Possessionis* verbo apud Martianum proprietatem significari, & ideo hoc Martianum velle. Prius cognoscendum de vi, quam de proprietate rei, quod & verba

ciusdem

eiuſdem Martiani indicant: *Si de vi, inquit, & poſſeſſione vel dominio quæratur, ante cognoſcendum de vi, quàm de proprietate rei, D. Pius reſcripſit.* Eodem modo locutus eſt Calliſtratus in d. l. Si de vi. porrò verbo *Poſſeſſionis* interdum proprietatem ſignificari, teſtis eſt Iuriſconſultus in l. Interdum. 78. ff. de verb. ſig.

CAPVT IX.

Agens interdicto recuperandæ poſſeſſionis, quid probare debeat?

DVæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ, Vna, eáque magis communis, ſufficere, vt duo actor probet, quæ vocari ſolent extrema, videlicet, ſuam antiquiorem poſſeſſionem, & iuniorem rei conuenti. Ita docent Abbas Panormitan. & cæteri Canoniſtæ communiter in c. Olim. in 3. de reſt. ſpo'ia. Couuar. ad reg. Poſſeſſor malæ fidei. de reg. iuris. libr. 6. in 2. parte. §. 1. n. 4. Menochius adductis latiſſimè authoritatib. Doctorum de recup poſſ. Remedio 15. qu. 31. & poſt eum Maſchardus de Probationibus. vol. 3. concl. 1321.

Fundamentum eſt primò in d. c. Olim. 3. de reſtit. ſpoliat. in illis verbis: *Nec fuerit aliquo modo probatum, quod eo tempore quo ſententiam ipſe protulerit poſſeſſionem in ipſis iuris parochialis haberet, vel prius etiam habuiſſet.* His enim verbis S. Pontifex, qui de hoc iudicio recuperandæ poſſeſſionis ibi loquitur, indicare videtur, actorem obtinere non potuiſſe, quia non probauerat antiquiorem poſſeſſionem, & conſequenter obtinere potuiſſe reſtitutionem ſi eam probaſſet.

Secundò, in c. Suborta. de ſent. & re iud. in illis verbis: *Conſtitit eundem Epiſcopum quaſi poſſeſſionem obedientiæ in eodem monaſterio habuiſſe, ipſum reſtituendum decreuimus, &c.*

Tertiò, in c. licet cauſam. de Probat. in illis verbis: *Ex præmiſſis igitur euidenter apparet, quod Eccleſia per teſtes, &c. oſtendit, quod à 60. annis & citra, loca ſupradicta poſſedit, per quod patet, quod ſi Commune Fauentinorum à 50. annis, citra aliqua ſeruitia perceperit, illa procul dubio ſine iuſto titulo percepit, cùm duo ſimul eandem rem & eodem modo poſſidere non poſſint.* Ex hoc loco argumentum ſumitur probata antiquiore poſſeſſione, iuniorem præſumendam eſſe vitioſam & iniuſtam, quia S. Pontifex ita videtur argumentari.

Quartò, nam is qui ſemel poſſedit, præſumitur poſſeſſionem ſuam continuaſſe, quia poſſeſſio ſolo animo retinetur. l. Clam poſſidere. §. Qui ad nundinas. ff. de acq. poſſ. Animi autem & voluntatis mutatio non præſumitur. l. Eum qui. ff. de probat. Ergo alterius poſſeſſio recentior ac iunior, præſumitur eſſe vitioſa & iniuſta, & conſequenter poſſeſſor antiquior ſpoliatus fuiſſe præſumitur.

Altera eſt ſententia, actorem probare oportere ſe deiectum fuiſſe, ſiue ſpoliatum ſua poſſeſſione, quod proinde valet ac ſi diceretur, probandam eſſe poſſeſſionem & deiectionem. Ita docet Gloſ. in c. Cùm ad ſedem. de reſtit. ſpol. Curtius ſenior in conſil. 71. & multi alij quos commemorant Menochius & Maſchardus locis annotatis.

Fundamentum eſt primò in l. 1. §. Interdictum. ff. de vi & vi arm. vbi text. ita dicit: *Interdictum autem hoc nulli competit, niſi ei, qui tunc cùm eijceretur, poſſidebat.*

Secundò in c. Conſultationibus. de off. dele. vbi S. Pontifex cauſam commiſit poſſeſſorij redintegrandæ, & quoniam Eccleſia, quæ dicebat ſe fuiſſe ſpoliatam ſua poſſeſſione, parata erat ad probandam ſuam poſſeſſionem & deiectionem, quæſitum fuit, an iudex delegatus deberet eam reſtituere, & reſpondit S. Pontifex, non debere reſtituere, quia pars aduerſa erat abſens non per contumaciam, ſed ſtudiorum, vel peregrinationis cauſa, ex quo reſponſo argumentum ſumitur, in hoc iudicio recuperandæ poſſeſſionis, probanda eſſe hæc duo, nimirum poſſeſſionem & deiectionem. Verba textus ad rem pertinentia hæc ſunt: *Quamuis, inquit, paratus ſit coram iudice delegato teſtibus idoneis poſſeſſionem & deiectionem ſuam probare.*

Tertiò, nam delictum non præſumitur. l. Meritò. ff. pro ſocio. Graue autem eſt delictum, aliquem de ſua poſſeſſione deijcere. Ergo non eſt præſumendum. Ergo actor probationes adferre debet, nimirum ſuæ poſſeſſionis & deiectionis.

Hanc poſteriorem ſententiam & ipſe ſequor, & addo hoc argumentum. In pari cauſa potior eſt conditio poſſidentis. l. In pari. de reg. iu. ſed par eſt cauſa actoris & poſſeſſoris, niſi probetur deiectio & poſſeſſio. Nam etſi actor probet antiquiorem poſſeſſionem, nihil tamen plus probat, quàm reus qui tunc poſſidet. Non obſtat, ſi dicatur, poſſeſſionem rei iuniorem præſumi clandeſtinam, iniuſtam & vitioſam, reſpectu poſſeſſionis actoris quæ antiquior eſt. Nam id negatur, & ratio eſt, quia delictum non præſumitur, conſequenter præſumendum eſt potius, poſſeſſionem ad reum perueniſſe, ex cauſa iuſta, quàm iniuſta: Nec reus ſuæ poſſeſſionis titulum cogitur exhibere. l. Cogi. Co. de petit. here.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, S. Pontificem in d. ca. olim. non hoc velle, quod in argumento aſſeritur, actori ſufficere, vt probet antiquiorem poſſeſſionem, ſed hoc dicit, actorem in ea ſpecie obtinere non poſſe, quia non probauit, ſe vnquam poſſediſſe. Ex quo res erat clara valdè & manifeſta

verum autem sufficisset actori, antiquiorem possessionem demonstrare, hoc S. Pontifex ibi non decidit.

Ad secundum ex c. Suborta. de sent. & re iud. respondeo ibi latam fuisse sententiam secundum actorem, quia probauerat se possedisse eo tempore, quo deiectus fuerat, & consequenter probauerat deiectionem & probationem, sic n. illa verba obscura ex aliis locis clarioribus accipienda sunt.

Ad tertium ex c. Licet causam. de Probat. respondeo, nullo modo ex illo textu probari, quod asseritur, nimirum probata antiquiori possessione iuniorem præsumi clandestinam & vitiosam. Hoc non dicit ibi S. Pontifex. sed sententia eius hæc est. Cum esset controuersia inter Ecclesiam Rauennæ & Communitatem Fauentiæ, circa possessionem cuiusdam Iurisdictionis, & Ecclesia possessionem 60. annorum probaret iustam ex causis iustis acquisitam. Communitas autem & ipsa possessionem probaret eodem tempore, sed absque titulo iusto, Quia duo insolidum vnam & eandem rem possidere non possunt, & possessio Ecclesiæ iusta erat, pronunciauit S. Pontifex contra Communitatem, eamque condemnauit, ne Ecclesiam in possessione dictæ Iurisdictionis amplius molestaret. Erat. n. ibi lis ex interdicto, vti possidetis. Ex quo euidenter patet illud S. Pontificis responsum, nec ad rem nostram pertinere, & nullo modo probare propositionem illam. quia antiquior possessio, de qua ibi fit mentio, iusta erat, & iustis ex causis acquisita. Possessio autem alterius nullam iustam causam habebat.

Ad vltimum argumentum respondeo, qui semel possedit, præsumitur continuasse suam possessionem in dubio. Sed in proposita facti specie apparet alium possidere, qui etiam non est præsumendus alterum spoliasse ac deiecisse sua possessione, quia id iniustum est, & ideo nec præsumendum, sed probandum.

CAPVT X.

Vtrum agenti interdicto recuperandæ possessionis obstet dominij exceptio?

DVo sunt hac de re apud omnes certa explorataque, & totidem dubia & controuersa. In primis certum est, dominij exceptionem obijci spoliato non posse ab eo, qui possessionem violenter inuasit, ante iudicialem sententiam. Nam dominium inuasor amittit. l. Si quis in tantam. C. Vnde vi. Secundò constat inter omnes dominij exceptionem obstare agenti, si conueniat, vt super ea cognoscatur, c. 1. de restit. spoliato.

Dubium autem & controuersum est primò, vtrum spoliator, quem doctores fictum appellant: (is est qui absentis possessionem inuasit) exceptionem dominij obijcere possit? Secundò, quid si notorium sit (vtor. n. libenter doctorum verbis) spoliatum prædonem esse, spoliatorem dominum esse, an exceptio hæc agenti obstet, quò minus restituendus sit?

Quod attinet ad primum, duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ, vna, opponi posse actori exceptionem dominij, si opponens paratus sit eam in continenti probare; ita Bart. in l. Si de vi. ff. de iud. & alij, vt per Menochium de recup. possess. remedio primo, qu. 21. vers. Limitatur primò.

Fundamentum est, quatenus mihi diligenter inquirenti intelligere licuit in Glo. ad l. vlt. C. vnde vi. in verbo, ignorantia, quæ Glo. hoc ipsum docet, sumpto argumento ex l. Si is à quo. ff. vt in possess. eatur, vbi textus dicit, si is qui se legatarium vel fideicommissarium prætendit, ab hærede petat de legato præstando satisdationem, hæredem ei obijcere posse, legatum non deberi; ac de hoc ipso si in continenti id probari possit, cognoscendum esse prius, quàm de satisdatione.

Sed neminem fore puto, qui non animaduertat, quàm isthæc dissimilia sint, quàm aliena ab hac disputatione, de interdicto recuperandæ possessionis. Quare facilè adducor ad opinandum hanc sententiam, tam infirmo nixam fundamento, non admodum probabilem videri.

Altera est sententia, dominij exceptionem isto in casu non rectè opponi. Ita Augustinus Berous in c. 1. nu. 31. de rest. spoliat. & alij multi apud Menochium. loco proximè citato, qui idem planè sentiunt, quod ego.

Probatur hæc sententia. Nam in l. vlt. C. vnde vi. constitutum est eiusmodi inuasores possessionum absentium, *vt prædones intelligi, & generali Iurisdictione ad ea teneri, quæ de restituenda possessione contra eiusmodi personas veteribus declarata sunt legibus.*

Sed veteribus legibus declaratum est, *bonæ fidei possessori* (qui scil. spoliatus est) *primùm celeri reformatione*, hoc est, restitutione possessionis, *succurri oportere, & tunc originis & proprietatis causam agitari.* l. Si coloni. C. de Agricolis & censitis, lib. 11.

Quod ad alteram controuersiam attinet, si notorium sit & manifestum, spoliatum nullam habuisse iustam possidendi causam, atq. adeò prædonem esse, & spoliator hæc illi objiciat, & se dominum esse contendat, ac paratum id in continenti probare, non debere actorem restitui, atq. adeò obstare ei hanc exceptionem docuerunt Antonius Butrius in c. Cum Ecclesia. de causa possess. & propriet. Couarruuias ad Rub. de Sponsalib. in 2. parte, cap 7. §. 5. n. 10. & multi alij, quos refert & sequitur Menochius de recup.

de recup. poſſeſſ. Remedio primo, quæſtion. 11. n. 113.

Fundamentum eſt primò in c. Literas. de reſtit. ſpolia. vbi vxor à viro ſuo diſceſſerat, quia dicebat matrimonium ob conſanguinitatem contrahi non potuiſſe: Vir autem petebat vxorem ſibi prius reſtitui, & poſtea cognoſcendum de cauſa conſanguinitatis. Vxor offerebat ſe in continenti probaturam conſanguinitatem. Reſpondit S. Pontifex vxorem reſtituendam non eſſe.

Secundò, in cap. Significaſti. de diuortiis, vbi quidam vxorem ſuam dimiſerat propter adulterium, quæ cum peteret ſe ad matrimonium reſtitui, reſpondit S. Pontifex reſtituendam non eſſe, ſi adulterium notorium fuiſſet.

Tertiò, in l. 1. §. Qui à me. ff. de vi & vi arm. *Qui à me*, inquit textus, *vi poſſidebat, ſi ab alio vi deijciatur, habet interdictum*, quibus verbis à contrario ſenſu indicari videtur, eum qui à me vi poſſidet, ſi à me vi deijciatur, interdictum non habere, quo ſcilicet reſtituatur, quia ego exceptione dominij oppoſita eum repello.

Quartò, in l. Bona fides. ff. depoſiti. in illis verbis: *Quia non eſt ex bona fide rem ſuam dominum prædoni reſtituere compelli.*

Quintò, in c. Cùm dilectus. de cauſſa poſſeſ. & propriet. vbi dicitur, cauſſam proprietatis præualere & præferendam eſſe.

Sextò, in quadam vulgari aſſertione, licere vnicuique ſibi ius dicere aduerſus notorium prædonem, vt tradit Decius ad l. Qui iuriſdictioni. nu. 11. ff. de iuriſd. om. iud. arg. c. Præpoſuit. de appella quod argumentum Menochius adfert loco annotato.

Contrariam ſententiam amplexi fuere Panormitanus. & Auguſtinus Berous, n. 70. in c. In literis. de reſtit. ſpoliat. qui affirmant eiuſmodi prædonem reſtituendum eſſe. Primùm ex l. Si quis in tantam. C. Vnde vi.

Secundò, ex l. 4. §. Si dominus. ff. de Vſucap. ait text. *Si dominus fundi poſſeſſorem vi deiecerit*, Caſſius ait, *non videri in poteſtatem eius rediiſſe, quoniam interdicto vnde vi reſtituturus ſit poſſeſſionem.* Quibus verbis indicatur etiam dominum ſpoliatorem interdicto conueniri poſſe.

Tertiò, ex l. Cùm fundum. ff. de vi & vi arm. illis verbis: *Quæſitum eſt an emptori ſuccurri debeat, ſi voluntate venditoris colonum poſtea vi expuliſſet, dixi, non eſſe iuuandum, quia mandatum illicitum ſuſcepit.*

Quartò ex cap. In literis. de reſtit. ſpolia. ibi: *Quia prædo etiam ſecundum iuris rigorem eſt reſtituendus.*

Poſtremò, ex c. Porrò. de diuor. vbi S. Pontifex reſpondit, vxorem à viro dimiſſam abſque Eccleſiæ iudicio, propter affinitatem notoriam reſtituendam eſſe.

Tertia eſt opinio diſtinguens inter cauſſas beneficiales & prophanas. Si agatur de beneficio Eccleſiaſtico, prædonem ſpoliatum reſtituendum non eſſe, ex cap. Ad decimas. de reſtit. ſpoliat. libr. 6. & c. Quoniam. & c. Conſtitutus. de filiis presbyterorum. Si verò de re prophana agatur, ſecus, quia prædo ſecundum iuris rigorem reſtituendus eſt. d. c. In literis. de reſt. ſpoliat. Ita Io. Imolenſis in d. c. In literis. Oldradus in conſ. 1. & multi alij quos commemorat Menochius d. remedio primo, de recup. poſſ. n. 131.

Hæc ſunt quæ alij de hac celeberrima iuris quæſtione in medium attulerunt: Nunc quid ipſe ſentiam paucis declarabo.

Mihi videtur iuri magis conſona eorum ſententia, qui affirmant, ſpoliatum eſſe reſtituendum; non obſtantibus illis exceptionibus, nulla diſtinctione adhibita inter res Eccleſiaſticas & prophanas.

Mouet me text. in d. c. In literis. de reſt. ſpol. vbi disertè S. Pontifex reſpondit, etiam prædonem reſtituendum eſſe, & loquitur de beneficio Eccleſiaſtico.

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, S. Pontificem non loqui de prædone notorio. Item non approbare illum iuris rigorem, ſecundum quem prædo dicitur eſſe reſtituendus, ſed mentionem illius rigoris facere, vt appareat, tanto magis eum qui prædo non eſt, reſtituendum eſſe.

Sed neutra reſponſio mihi ſatisfacit. Non prior, quia S. Pontifex præſupponit aliquem eſſe prædonem, & conſequenter conſtare eum eſſe prædonem, & dicit eſſe reſtituendum: Et in eo fundamentum ponit ſuæ deciſionis, conſequenter probare videtur, & ſequi dictum rigorem tanquam iuſtum. hæc ſunt verba text. *Super illa quæſtione, videlicet cùm quis dicit ſe de poſſeſſione violenter eiectum: & aduerſarius dicit, eum non fuiſſe canonicè inſtitutum, reſpondemus prius de violenta eiectione, quàm de canonica inſtitutione agi debere: quia prædo etiam eſt, ſecundum rigorem iuris, reſtituendus.*

Deinde mouet me text. in d. l. Si quis in tantam. in d. l. 4 §. Si dominus. in dict. l. Cùm fundum.

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, dictas leges non loqui de prædone notorio. Sed nihil valet hæc reſponſio, quia ſatis eſt illas leges hoc velle, vt ſpoliatus reſtituatur etiam aduerſus dominum rei, nam hoc præſupponunt, conſtare eum dominum eſſe. Notorium autem id eſſe, vel non eſſe, non pertinet ad ſubſtantiam rei, ſed ad probationem, ideo immutare non debet iuris regulas.

Ad argumenta contrariæ ſententiæ ſic reſpondeo. Ad primum ex c. Literas. de reſtitut. ſpoliat. reſpondeo, contrarium potius probari ex illo textu. Nam licet conſanguinitas notoria

esset, & incontinenti probaretur, respondit tamen summus Pōtifex restituendam esse vxorem. Veruntamen propter periculum peccati iuramentum præstari voluit, de abstinendo à coniunctione carnali, *Sola quoad commixtionem*, inquit S. Pontifex, *est restitutio differenda.*

Ad secundum argumentum ex c. Significasti, de diuortiis, respondet Io. Corasius lib. 2. Miscellaneorum, ca. 2. ideo vxorem in ea facti specie dimissam, restitutam non fuisse, quia vir ipsius potuit iure eam dimittere, propter adulterium. Constat enim ex sacris literis vxorem dimitti posse propter adulterium.

Non rectè, quia vxor ibi non propter adulteriū dimissa fuit, sed ob aliam suspicionem falsam: & propterea maritus fuit excommunicatus, quia scilicet iniustè dimisisset eam. Cæterùm vxor sic iniustè dimissa adulterium cōmiserat, & cùm peteret se restitui, S. Pontifex pronunciauit, non esse restituendam: quod sententiæ nostræ ideo non obstat, quia vxor illa non petebat in primis se restitui, sed fatebatur adulterium se commisisse, illud excusando, quia scilic. vir suus ei occasionem dedisset, ob iniustam dimissionem. Hanc excusationem S. Pōtifex non approbauit, & ideo cùm adulterium esset notoriū, respōdit, nō esse restituēdā: quæ circumstantiæ non sunt in quæstione nostra. Reddam verba S. Pontificis ad clariorem huius rei fidem faciendam. *Significasti quod quidam vxore sua sine iudicio Ecclesiæ dimissa, pro eo quod suggestum sibi fuerat ipsam incestū cum quodam consanguineo suo commisisse, vinculo fuit propter hoc excommunicationis adstrictus: verùm mulier non continuit: sed sobolem de alio viro suscepit: nec minus postulat viro restitui asserens se ab ipso iniustè dimissam; & eundem sibi materiam adulterandi dedisse. Consult. T.T.R. quod si notorium est, mulierem ipsam adulteriū commisisse ad eam recipiendam præfatus vir cogi non debet, nisi constaret ipsum cum alia adulterium commisisse.* Hactenus S. Pontifex.

Ad tertiū argumentum ex l. 1. §. Qui à me. ff. de vi & vi arm. respondeo, nihil obstare. Nā hæc est sententia dictæ legis. Eum qui dominum spoliauit sua possessione, si ab alio fuerit spoliatus restituendū esse. Ex quo nō rectè colligitur si à domino spoliatus fuerit restituendum non esse: nisi dominus in continenti spoliatus, suum spoliatorem spoliaret: licet. n. id in continenti, quasi quis vim vi repellat, séque potius defendere videatur, non autem ex interuallo. l. 3. §. Eum igitur. ff. de vi & vi arm.

Ad quartum ex l. Bona fides ff. depo. respondeo, id quod ibi dicitur, locum sibi vindicare, quando rei dominus absque omni vitio & violentia rem suam consequitur. Prędo enim ibi ignoranter apud dominum rem deposuit: nostra disputatio est, quando dominus violenter possessionem inuasit.

Ad quintū ex c. Cùm dilectus. de caussa poss. & propriet. respondeo, caussam quidem dominij præualere in iudicio proprietatis & possessionis. Sed nil hoc ad rem nostram pertinet, quia loquimur de spoliato restituendo, priusquam de proprietate cognoscatur.

Ad sextū argumentū, nego verum esse quod in argumento adfertur, licere sibi ius dicere cōtra notorium prædonem, nisi in continenti id fiat, vt dictum est l. 3. §. Eum igitur. ff. de vi & vi arm. Nec Decius allegatus id constanter affirmat, aut vllo modo probat. Quid mirum? repugnat iuris regula. Nemini licet sibi ius dicere. cui inhærendum, donec de exceptione doceatur.

Ad c. Ad decimas. de restit. spol. li. 6. respondeo, id speciali quadam ratione ibi constitutum esse, quia possessores spoliati erant canonici, qui decimas occupauerant in aliena parochia. Nam cùm id iure non liceat, c. 1. de pręscript. lib. 6. restitui non debuerunt, ne hęc res in exemplum traheretur, & iura canonica eluderentur, quę possideri tales decimas prohibent in aliena parochia.

Ad c. Constitutus, & c. quoniā. de filiis presbyteror. respondeo, ad rem nostram non pertinere, vt cuilibet intuenti facilè est intelligere; nam text. in d. c. Quoniam, de spoliato nullum verbū facit, sed hoc vult, vt si quis beneficium habeat in ea Ecclesia, in qua pater antea habuerit, expelli debeat, & ab eo remoueri. Textus autem in c. Cōstitutus, de spoliato quidem loquitur, sed hoc tantùm dicit, spoliatum beneficio Ecclesiastico restituendum esse, si constet patrem suum ad tempus aliquod administrasse, non autem in perpetuum ei concessum fuisse. Et licet à contrario sensu rectè colligatur, restituendum non esse, si beneficium in perpetuum patri concessum fuisset, id tamen nihil mouet: quia meritò restituendus non esset: ne fieret contra canones, quibus prohibetur, filium beneficium habere in ea Ecclesia, in qua pater habuit.

CAPVT XI.

Spoliato agenti contra spoliatorem interdicto recuperandæ, an obiici possit exceptio alterius spoliationis ab ipso factæ?

SI spoliato agenti ad recuperandam possessionem exceptio obiiciatur à spoliatore, quod antea ipsū spoliauerit, ita iure ciuili distinguitur, vt siquidem actor qui se spoliatum sua possessione dicit, in continenti à reo conuento spoliatus fuisset, id est, statim atque ipse reus conuentus spoliatus esset ab actore ipsum actorem spoliasset, idonea sit ac sufficiens exceptio

exceptio ad actoris restitutionem impediendam, secus si ex interuallo temporis. Ita enim cōstitutum est, vt ei qui spoliatus est, liceat in continenti spoliare suum spoliatorem, ex interuallo temporis non liceat: Et hoc est quod vulgo dicitur, vltimum spolium purgandum esse. l. 3. §. Eum igitur. l. Qui possessionē. l. cùm fundum. ff. de vi & vi armat. l. Si quis ad se fundum. C. ad l. Iul. de vi pub.

Cæterùm iure canonico inspecto, non tam res clara atque explorata esse videtur. Nam S. Pontifex Gregorius IX. in cap. vlt. de ord. cog. indistinctè respondit: exceptione spoliationis à spoliatore opposita, spoliatum agentem ad restitutionem repelli, vt patet ex illis verbis: *Quanquam ab agendo spoliatione ab eis opposita repellatur.*

Respondēt Panormitanus & alij in d. c. vlt. & Alex. in cons. 94 lib. 5. S. Pontificem loqui de exceptione spoliationis alterius rei. Exempli causa, tu me deiecisti castro, ego te deieci fundo: Agis ad restitutionem fundi, ego te ista exceptione repello, quòd castro me spoliaueris. Antequam mihi castrum restituas, non rectè agis, non iustè petis tibi fundum restitui.

Verùm Iacob. Menochius de recup. possess. remedio primo, q. 34. non procul à fine reprehendit hanc sententiam, dicens textum in d. c. vlt. de ordin. cognit. duas partes continere, in prima S. Pontificem loqui de reconuentione, & hoc velle: spoliatum agentem ad restitutionem possessionis reconueniri non posse, nisi super spoliatione: Et in hac parte interpretationem illam optimè conuenire, vt scilicet textus loquatur de reconuentione super spoliatione alterius rei, & hæc sit Pontificis Maximi sententia. Titius castro spoliatus fuit à Caio, petit sibi castrum restitui, poterit Caius eum reconuenire ob spoliationem alterius rei, qua ipse spoliatus à Titio fuerat.

In secunda verò parte ait, Gregorium de exceptione loqui, atque istud velle: Spoliatum agentem repelli ab agendo posse, exceptione spoliationis opposita: & ideo in hac parte illam interpretationem idoneam non videri, qua dicebatur exceptionem spoliationis accipiēdam esse, sc. alterius rei, quia exceptio debet esse super eodem, non autem super re diuersa. Nam si actio super vna re sit instituta, & exceptio super alia diuersa opponatur, nihil obstabit, quia se inuicem non contingunt.

Ego communem sententiam verissimam esse puto, si rectè intelligatur, reíque nonnihil obscuræ lucem aliquam conabor adferre. Hæc sunt verba Gregorij in d. c. vlt. de ordin. cogn. *Super spoliatione conuentus aduersus restitutionem petentem, non est, nisi super quæstione spoliationis, si eum reconueniat, audiendus. Cùm restitutionis petitio in hoc priuilegiata noscatur, vt ipsam intentans non cogatur ante restitutionem spoliatoribus respondere. Quanquam ab agendo spoliatione ab eis in modum exceptionis opposita repellatur.*

Sciendum igitur est Ecclesiasticis constitutionibus ita olim cautum fuisse, vt si Clericus ab aliquo bonis suis spoliatus esset, non posset in iudicio conueniri, neque ciuili actione, neque criminali accusatione, antequam ad suam possessionem restitutus esset, ne Clerici pauperes & nudi in iudiciis contendere deberent, & malis hominib. occasio præberetur eos exuendi suis bonis, deinde accusandi, vel conueniendi, vt propterea nec se defendere possent, nec res recuperare: *Oportet*, inquit Stephanus Papa, *vt primùm nos tam de inuasis ciuitatibus & monasterijs, quàm de reliquis generalib. reb. redintegrari faciatis, quia nec nudi contendere, nec inermes nos inimicis debemus opponere.* c. Oportet. 3. quæst. 1. & cap. Cùm Ecclesia, eadem caussa & quæst. ibi: *Aliquid non debet à quocunque ante redintegrationem omnium suarum rerum obijci.* Idem in aliis capitulis multis dicitur eadem caussa & quæstion. & in capitulis caussæ 3. quæst. 1.

Quia verò Clerici hac cōstitutione siue priuilegio nonnunquam abutebantur, nam conuenti quacunque actione, dicebant se non teneri actori vel accusatori respondere, nisi prius bona sua eis restituerentur, quibus spoliati erant, cùm id falsum esset: idcirco Innocentius 4. in cap. 1. de restit. spoliat. lib. 6. statuit, primò, vt non liceret Clericis ciuili actione conuentis hac exceptione vti, præterquam aduersus spoliatorem. Secundò, vt tam ciuili actione conuenti, quàm de crimine accusati, si spoliationis exceptionem opponerent, tenerentur eam probare intra spatium quindecim dierum. Tertiò, vt si de crimine essent accusati, ista demùm eis exceptio ista spoliationis prodesset, si esset spoliatio omnium bonorum, vel maioris partis.

De hoc igitur veteri clericorum priuilegio loquitur S. Pontifex Gregorius in d. c. vlt. de ord. cogn. vt patet ex illis verbis: *Cùm restitutionis petitio in hoc priuilegiata noscatur, vt ipsam intentans, non cogatur ante restitutionem spoliatoribus respondere.* Et ideo subdit textus, exceptione opposita à spoliatore conuento, spoliationis factę à spoliato agente, ipsum spoliatum agentem repelli ab agendo. Ergo hæc est Sum. Pontificis sententia. Si, verbi gratia, Titius spoliatus castro agat contra Semproniū spoliatorem, & petat castrum sibi restitui, poterit Sempronius actorem ab agendo repellere, opposita illi hac exceptione, videlicet se prius ab ipso Titio actore spoliatum fuisse suis bonis, & hoc ex antiquo priuilegio ac iure in fauorē Clericorum cōstituto, vt nulla actionē

conueniri possent priusquam restituti essent ad bona, quibus spoliati fuissent, ne nudi ac suis bonis exuti contendere deberent. Nam si nulla actione conueniri poterãt ante restitutionem bonorum eis factam, sequitur eos neque actione illa ex interdicto: Vnde vi, siue recuperandæ possessionis conueniri potuisse.

Ex quibus, nisi fallor, tria sunt perspicua. Primum, Gregorij responsum in d. cap. vlt. de or. cogn. iuri ciuili non aduersari: sed ad rem potius diuersam iure ciuili antea non constitutam pertinere. Secundum, communem interpretationem superius relatam, sic intellectam verissimam esse. Tertium, illud responsum S. Pontificis de Clericorum spoliationibus accipiendum esse.

CAPVT XII.

An contra tertium possessorem, qui bonam fidem ac iustum titulum habet, competat aliquod remedium recuperandæ possessionis?

NOn puto recuperandę possessionis interdicto remedióve aliquo posse conueniri eum possessorem, qui bonam fidem, ac iustum titulum habet, siue spectemus iuris ciuilis, ex quo potissimum fonte manarunt interdicta, siue iuris Canonici, quo illa approbata & declarata sunt, constitutiones ac præcepta. Paulus: *Cùm à te vi deiectus sum, si quis eandem possessionem cœperit, non possum cum alio quàm tecum interdicto experiri*: l. 7. ff. de vi & vi arma. Ergo multò minus interdicto quis experiri poterit cum eo, qui bona fide & iusto titulo rem possidere cœperit.

Huc accedit iuris ratio euidens. Nam interdicta sunt personales actiones: *Licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt*, inquit text. in l. 1. ff. de interd. Actio autem personalis non sequitur fundum, hoc est, possessorem rei. l. 1. §. Si hæres. ff. ad Treb.

Quod si ius canonicum spectemus, occurrit statim Innocentij III. constitutio sic dicens: *Sæpe contingit, quod spoliatus per spoliatorem in alium re translata (dum aduersus possessorem non subuenitur per restitutionis beneficium spoliato) commodo possessionis amisso propter difficultatem probationum iuris proprietatis amittit effectum. Vnde non obstante iuris ciuilis rigore, sancimus, vt si quis de cætero scienter rem talem receperit, cùm spoliatori quasi succedat in vitiũ (eo quòd non multum intersit, quoad periculum animæ, iniustè detinere, ac inuadere alienum) contra possessorem huiusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurratur.* cap. 18. de restit. spoliator.

Spoliato igitur Innocentius succurrit aduersus possessorem, qui spoliatori sciẽter quasi succedit in vitium, qui sciens prudénsq. eam rem à spoliatore recepit, quia iniustè detinet alienum, & non procul ab inuasore & spoliatore ipso distat.

Ergo qui bonam fidem & iustum titulum habet, non tenetur hac Innocentij constitutione, nec vlla alia. Nã si alia extaret, quæ bonæ fidei possessores etiam comprehenderet, non fuisset opus constitutione illa contra malæ fidei successores. Si bonæ fidei possessores restituere tenerentur, multò magis malæ fidei.

Sed ratio peccati & periculum animæ non erat in bonæ fidei successoribus, ideo nec recedendum fuit à iuris ciuilis rigore.

Atque ita mihi videtur rectè sensisse Menochius de recup. possess. remedio 15. q. 13.

Contrarium docuerunt Innocen. Hostiensis Panormitanus, cæteriq Canonistæ in d. ca. Sæpe. de rest. spol. quos Legistę etiam secuti sunt, Iason. Ripa, Socinus & alij plurimi ad l. Rem quæ nobis. de acq. possess.

Fundamentum est primò in c. Episcopi 3. q. 1. in illis verbis: *Ab æmulis & quibuscunque detineantur.*

Secundo, in c. Redintegranda, eadem caussa, & quæst. vbi S. Pontifex nulla distinctione adhibita mandat Episcopos electos & spoliatos restitui.

Tertio, quia spoliatus etiam prædo restituendus est, in c. in literis, de restit. spol. etiam aduersus ipsum dominum rei. l. Si quis in tantam C. vnde vi. l. Si coloni. Co. de Agricolis & Censitis lib. 10. Ergo multò magis aduersus alios.

Quartò, nam probata antiquiori possessione iunior præsumitur vitiosa & iniusta, ca. Licet caussam. de prob. Ergo iunior possessio, quam habet singularis successor reus conuentus præsumitur iniusta.

Sed ad hæc argumenta respondere non est difficile. Ad primum verba illa, *A quibuscũque detineantur*, non esse accipienda de iustis possessoribus, qui nec spoliarunt, nec scienter à spoliatore acceperunt. Sed omnes cuiuscũque gradus, dignitatis, conditionis possessores & detentores significare.

Ad secundum, illud generale responsum S. Pontificis non esse trahendum ad istos, qui bona fide & iusto titulo res acceperunt. Isti enim interdictis compelli non possunt ad restitutionem.

Ad tertium respondeo, interdicto cõueniri posse dominum, qui spoliauit meritissimo iure, quia non sibi ius dicere debuit, sed per iudicem exposcere, at noster hic singularis successor nullum delictum admisit. Non eiecit quenquam, non sibi ius dixit, non est prædo, quia

quia bona fide rem accepit, putans dominum fuiſſe qui tradidit.

Ad quartum, nego illam propoſitionem probata antiquiori poſſeſſione iuniorem præſumi vitioſam. Non eſt vera, vt docui ſuprà hoc eod. lib. c. 6. ſed & nego conſecutionem illam, nam cùm de poſſeſſore bonæ fidei, & iuſtum titulum habente noſtra diſputatio loquatur, non eſt locus coniecturis, quibus vitioſa ac iniuſta poſſeſſio redarguitur.

Alij diſtinguunt, vtrum ſucceſſor ſingularis titulum conſecutus fuerit ab authore vitioſo, & hunc putant conueniri poſſe, an verò ab authore non vitioſo, & hunc negant conueniri poſſe remediis poſſeſſoriis ad reſtitutionem rei. Ita Bart. ad l. Rem quæ nobis. non procul ab initio. ff. de acq. poſſ. Andreas Geyll. li. 2. obſer. 75. n. 11.

Fundamentum eſt, quia talis poſſeſſor, qui cauſam habet ab authore vitioſo, non poſſet ſe præſcriptione tueri, ſi conueniretur à domino, quia mala fides authoris nocet bonæ fidei ſucceſſori, iuxta auth. Malæ fidei. C. de præſcr. longi tempor. Ergo nec ſe tueri poterit aduerſus eum qui ſpoliatus eſt, & interdicto agit ad reſtitutionem.

Reſpondeo, negando conſequentiam. Nam hunc poſſeſſorem poſſe ſe tueri aliqua exceptione aduerſus eum qui dominus non eſt, illud argumento eſſe poteſt, quòd cùm bonam fidem habeat illi publiciana actio, ſi poſſeſſionem amiſerit, competit. l. Eum qui. §. Prætor ait. ff. de publiciana. Nam cui damus actionem, multò magis exceptionem concedere debemus. l. Cui damus. de reg. iuris.

CAPVT XIII.

Vtrum agenti remedio recuperandæ poſſeſſionis, exceptio præſcriptionis obyci poſſit?

Controuerſia eſt inter Doctores, vtrum exceptio præſcriptionis 30. annorum, obſtet agenti interdicto recuperandę poſſeſſionis, qui ſe ſpoliatum eſſe dicit, cùm poſſeſſor eſt in bona fide, & ſe tuetur eiuſmodi pręſcriptione longiſſimi temporis. Nam Gloſ. in c. Sollicitè. de reſtit. ſpol. in fine exiſtimauit, pręſcriptionem non obſtare agenti ex c. Redintegranda. 3. qu. 1. Eandem ſententiam plurimi alij ſecuti ſunt, quos commemorat Cæſar Contardus in commentariis l. 1. C. Si de moment. poſſeſ. fuerit appel. limit. 2. in verb. ratione mixturæ. § 4.

Fundamentum eſt in d. c. Redintegrãda. in illis verbis: *Quacunque conditione temporis, &c.*

Contrarium reſpondit Paulus Caſtrenſis in conſ. 105. libr. 1. quem ſecuti ſunt multi alij à Contardo relati, loco annotato, & Menochius de recup. poſſeſ. Remedio 15. q. 31. nec non Franciſcus Sarmientus de reditibus Eccleſiaſticis, parte 1. c. 4. quos & ipſe ſequor.

Et quoniam omnis difficultas in d. c. Redintegranda. conſiſtit, Alioquì enim eorum eſt, longiſſimi temporis ſpatio omnes actiones extingui, l. Sicut. l. Omnes. C. de præſcrip. longiſſ. temp. 30. vel 40. anno. idcirco breuiter oſtendam non probari priorem ſententiam eo reſponſo. Eius verba hęc ſunt: *Redintegranda ſunt omnia ſpoliatis & eiectis Epiſcopis, &c. quacunque conditione temporis, aut captiuitate, aut dolo, aut violentia maiorum, & per quaſcunque iniuſtas cauſſas res Eccleſiæ, vel proprias, id eſt, ſuas ſubſtantias perdidiſſe noſcuntur.*

His verbis nihil dicitur de longiſſimi temporis præſcriptione. Non tollitur ea præſcriptio legibus antiquis, & iure quoque canonico recepta, nec expreſsè neque tacitè. Et nullus ignorat, ad tollendas leges non coniecturas ſufficere, ſed oratione diſerta, & clara opus eſſe. Non ſine præfatione & alto apparatu, vt videre licet ex c. vl. de pręſcript. ex c. Sæpe. de reſtit. ſpol. & ex aliis locis quampluribus, quibus canones iuris ciuilis rigorem emendant propter animæ periculum, cuius meritò præcipua habenda ratio eſt.

Nil morantur verba illa, *quacunque conditione temporis,* non obſtante. Nam de præſcriptione non ſunt accipienda. Aliud eſt conditio temporis, aliud præſcriptio.

Paulus Caſtrenſis exponit, *quacunque conditione temporis,* hoc eſt, ſiue propter negligentiam, ſiue ob aliam cauſſam Epiſcopi fuerint ſpoliati & eiecti. Non rectè, quia aliud eſt conditio temporis, aliud negligentia.

Franciſcus Sarmientus loco annotato ſic exponit illa verba, *nulla conditione temporis* obſtante, ſcil. pręſcriptione decem annorum inter pręſentes, & viginti inter abſentes, vel etiam 30. vel 40. annorum, ſi agatur contra ipſos ſpoliatores, qui ſunt in mala fide.

Sed magis eſt, vt putem, illa verba ex ſequentib. declarari, Epiſcopos reſtituendos nulla *temporis conditione obſtante,* hoc eſt, ſiue ſit tempus belli, ſiue pacis, captiuitatis aut violentiæ, aut quodcunq. aliud, ſicut verba ſequentia declarant. Hoc enim modo, niſi fallor, conditionem temporum accipimus pro qualitate. Sic conditiones agrorum appellamus, id eſt, qualitates. l. 1. §. Denique. ff de aqua plu. arcen. Conditionem perſonarum, i. qualitatem. l. pen. ff. quibus ad libertatem proclamare non licet.

CAPVT XIV.

Ad l. vn. C. Vti poſſidetis. qui illorum verborum ſenſus ſit: Satiſdationis vel transferendæ poſſeſsionis, &c.

Diocleti. & Maxim. ita scribunt in l. vn. Co. Vti possidetis: *Vti possidetis fundum, de quo agitur, Cum ab altero, nec vi, nec clam, nec precario possidetis, Rector Prouinciæ vim fieri prohibebit, ac satisdationis, vel transferendæ possessionis edicti perpetui forma seruata, de proprietate cognoscet.*

Quæritur quis sit sensus illorum verborum, *satisdationis vel transferendæ possessionis.* Reiectis duabus expositionibus Accursij, quarum altera de vsufructuario, altera de satisdatione iudicatum solui, verba illa accipienda esse docet. Neque enim ad fructuarium ea lex pertinet, nec ad satisdationem iudicatum solui.

Bartolus existimauit eum sensum habere, vt qui victus est interdicto illo, Vti possidetis, cauere debeat se non amplius molestiam exhibiturum possessori, nec eum impediturum, quò minus illa re liberè vtatur, donec de iure suo docuerit. Eandem sententiam secuti sunt Duarenus lib. 1. Anniuersariarum disputationum, cap. 21. & alij quos refert Menoch. de retinenda posses. remedio 3. q. 95.

Fundamentum est in l. pen. ff. de aqua quot. & æstiua, vbi textus ita dicit: *Si de via, itinere, actu, aquaductu agatur, eiusmodi cautio præstanda est, quamdiu quis de iure suo doceat se non impediturum agentem, & aquam ducentem, & iter facientem.*

Sed inprimis nihil dicitur ibi de transferenda possessione, deinde adhuc duo obstare videntur huic expositioni. Alterum, quod illa lex penult. loquitur de seruitutibus, Diocletianus autem loquitur de fundo. Cùm agitur de seruitutibus, cautio magnoperè spectatur, & multum valet, l. Harum. l. Egi. ff. si serui. vind. l. pen. ff. de seruitut. ibi: *Cauendum putat Labeo, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset, &c.*

Alterum, quoniam illa verba, *satisdationis vel transferendæ possessionis*, accommodari non possunt ad eum qui est victus in interdicto, Vti possideris. Quomodo enim is qui eo interdicto superatus est, ac proinde non possidet, hanc pœnam sustinebit, vt si nolit satisdare, transferatur ab eo in victorem possessio? Victor enim possidet: Victus non possidet. Ergo possessio ab illo transferri in alterum nequit.

At occurrit Duarenus his verbis: *Quod ita accipiendum est, si aduersarium duntaxat inquietauerit, non etiam, si spoliauerit eum sua possessione. Nam si deiecerit (quo casu potest aliquando interdictum competere aduersario, scilicet animo retinente ciuilem possessionem) curabit iudex in eum qui deiectus est possessionem transferri. Quod cùm perfectum fuerit, de proprietate cognoscetur.*

Hoc puto Duarenum velle, illud verbum *satisdationis* hoc significare, satisdationem esse præstandam, vt suprà dictum est, illa autem verba, *vel transferendæ possessionis*, indicare, si fortè is qui satisdedit, non seruet promissa, imò molestiam exhibeat possessori, cúmque possessione deijciat, tunc per iudicem possessionem ab eo transferri in eum qui deiectus est.

Sed certè parum probabilis hæc expositio est. Primò, quia si hoc vellet Imperator, non ita diceret, sed aliis verbis vteretur, quibus demonstraret effectum eiusmodi cautionis hunc esse, vt si possessor deijciatur ei possessio restituatur. Deinde, quia Imperator dicit, satisdationem esse præstandam, vel possessionem transferendam ex forma edicti perpetui. Ergo si non satisdatio præstetur, transferetur possessio: illa dictio, *Vel*, hoc indicare videtur, vt alterutrum fieri oporteat. Tertiò, quia eodem tempore eodémque contextu hæc fieri debent, nimirum satisdatio præstanda est, vel possessio transferenda. Non autem diuerso tempore, nimirum sic vt præstanda sit satisdatio, deinde, si contingat possessionem auferri, ea transferenda sit, & auferenda deijcienti, ac restituenda deiecto.

Ego sic sentio, eam expositionem veram esse, quæ docet, illa verba accipienda esse de satisdatione, quam possessor præstare debet de re conseruanda illæsa, donec caussa proprietatis cognita fuerit: *Vel possessionis transferendæ*, quia si possessor satisdare nolit, transfertur ab eo, in aduersarium possessio. De hac satisdatione fit mentio in l. 5 ff. de petit. hæred. in l. De bonis. §. vlt. ff. de Carbon. edi. in l. Ex libero. §. Eum qui. ff. de quæstio. & apud Paulum libr. 1. sententiarum, tit. 11.

Nihil habet incommodi hæc expositio, verbis legis & rationi consentanea est, nihil denique ei obstare video, retinenda igitur est. Authores habet Eguinarium Baronem libr. 6. Manual. tit. 17. Cuiac. in libr. 1. sententiarum Pauli tit. 11. Robertum Aurelianum lib. 3. sentent. iuris, cap. 21. Baldum in comment. d. l. vn. Co. vti possidetis. Menochium loco superiùs annotato.

Porrò non assentior Roberto Aureliano dicenti, satisdetur possessionem in sequestrum transferendam esse argum. l. si fideiussor. §. vlt. ff. qui satisd. cog. & aliarum legum, quæ de hac re non loquuntur. Magis assentior Paulo lib. 1. sentent. tit. 11. sic dicenti: *Si satisdatio non detur, hæreditas in petitorem transfertur*, & Iurisconsulto in d. l. De bonis. §. vlt. ff. de Carbon. edicto. *Possessio. transfertur aduersario satis offerente, &c.*

CAPVT XV.

De duplici possessorio retinendæ summario & summa-

summariissimo: & quis sit index competens in caussa possessorij rei Ecclesiasticæ.

COmmunis Doctorum schola statuit duplex interdictum retinendæ possessionis. Alterum ordinarium, quod & plenarium dicitur. Alterum summarium, vel potius summariissimum. Plenarium siue ordinarium vocant quando plena caussæ cognitio adhibetur, iudiciorum solennia obseruantur, plenéque discutitur ac examinatur, vtrum actor possideat rem, de qua agitur, non vi, non clàm, non precario ab aduersario suo, vt colligitur ex l. 1. ff. vti possidetis. Summarium vel summariissimum illud dicitur, in quo summatim iudex cognoscit, vter ex litigatoribus possideat tempore litis motæ ad eum finem, vt ille tanquam possessor constituatur, & alter sit petitor, ita vt alteri ius suum saluũ sit tam circa petitorium, quàm circa plenarium possessorium: Et huic summariissimo tunc locus esse solet, cùm vterque ex litigatoribus ita contendit se possidere, vt nec libellum offerre velit, & periculum sit ne veniatur ad arma. Iudex enim re summatim cognita, sine præiudicio partium, declarat interim alterum ex litigatoribus possessorem esse, donec plenè de possessione cognoscatur. Hispani vocant iudicis decretum, siue interlocutionem istam, *Interim*. Galli nouam prouisionem. Germani prouisionale decretum. Vide Couuar. pract. quæst. cap. 17. Menochium de retinenda possess. remedio vltimo, non procul ab initio. Andream Geyll. lib. 1. obseruation. 7.

Verùm Franciscus Sarmientus lib. 2. selectarum, cap. 13. hanc distinctionem à Doctoribus confictam esse conqueritur, nulla iuris authoritate.

Et verum scribit Sarmientus, si verba tantũ spectes. Sunt enim à Doctoribus inuenta: sed si rem intueamur, hæc distinctio iuris rationi magnoperè conuenire videtur. Nam Vlpianus in d. l. 1. ff. vti possideris, sic scribit; *Sed si inter ipsos contendatur, vter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc si res soli sit de cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.* Rectè, sed quid si periculum sit donec cognoscitur vter possideat, ne rixæ, tumultus, cædes oriantur, nónne iudex prudenter fecerit re summatim cognita confestim alterum ex litigatoribus possessorem declarare interim donec plenius res cognoscatur? *Cur enim*, inquit Iulianus, *ad arma & rixam procedere patiatur Prætor, quos potest iurisdictione sua componere.* l. Si vsusfructus. §. Sed si inter duos. alias incipit l. Æquissimum. ff. de Vsufruct.

Moneo studiosos pro eo quo in eorum vtilitatem feror desiderio, vt de vocabulis à doctoribus cõfictis, si modò res intelligatur, nec à iuris rationibus aliena sit, non sint adeò solliciti, vt hoc nomine veteres doctores abiiciãt. Præclarè enim eruditissimus Murettus ad Epistolam Senecæ 58. *Idem accidit*, inquit, *iis qui possibile & impossibile dicere saltem in disputationibus philosophicis reformidant: Cùm Plato, Aristoteles, Epicurus, Zeno, in lingua infinitis partibus copiosiore innumerabilia tamen vocabula fingere necesse habuerint. Equidem vt de meo sensu liberè atque ingenuè fatear, multa puto ab istis delicatis in S. Thoma, in Ioan. Scoto, aliisque eiusmodi eruditissimis hominibus irrideri, quæ & necessaria sunt, & talia, vt si quis ea vetustis illis temporibus protulisset, magnam ei gratiam omnes philosophiæ studiosi habituri fuisse videantur. Nos dum teneris auribus videri volumus, tenera nobis ac puerilia esse ingenia, neque veræ ac solidæ eruditionis capacia ostendimus.* Sic ille.

Venio ad alteram controuersiam, de possessorio rei Ecclesiasticæ, quis sit iudex competens. Tres sunt doctorum sententiæ. Prima iudicem laicum esse competentem, qui scilicet ordinarius est loci iudex, vt nunc loquimur, in quo res est posita, de qua agitur. Ita Guido Papæ decis. 1. decis. 71. & decis. 85. Alciatus responso 24. n. 1. Andreas Geyll. lib. 1. obseru. 37. n. 5. & multi alij quos refert Menoch. de retinenda possess. remedio 3. q. 52. & de recuperan. possess. remedio 15. q. 18.

Altera iudicem Ecclesiasticum scilicet ordinarium loci competentem esse. Ita Anton. Butrius in c. vlt. de iud. Augustinus Berous ad rub. de iudiciis n 55. Couuar. pract. q. c. 35. nu. 1. vers. Secunda conclusio.

Tertia est sententia, si lis vertatur inter clericos, Ecclesiasticum esse iudicem competentem, si verò inter clericum qui actor sit, & laicum, tunc iudicem laicum esse competentem. Ita Menochius docet locis proximè citatis.

Prioris sententiæ argumenta hæc sunt. Primùm, quia possessio quæ in iudicium deducitur, non videtur esse res spiritualis, sed potius profana ac temporalis, & potius in facto, quàm in iure consistere. Ergo nihil prohibet, quò minus iudex laicus de ea cognoscere possit.

Secundum est ex c. 7. Qui filij sint legitimi. in illis verbis: *Non attendentes quod ad Regem pertinet, non ad Ecclesiam de talibus possessionibus iudicare, &c.*

Tertium ex c. petimus. 11. quæst. 1. *Petimus*, inquit tex. *vt dignemini dare fiduciam, qua necessitate ipsa cogente liberum nobis sit rectorem Prouinciæ secundum statuta gloriosissimorum Principum aduersus illum adire, qui plebẽ quam inuaserat, vsque hodie communiter secundum quod statutum fuerat, relinquere contemnit.* Quibus verbis S. Põtifex indicare videtur pro

uinciæ rectorem adeundum eſſe in cauſa poſſeſſionis rei Eccleſiaſticæ: quam aliquis inuaſerit.

Quartũ eſt ex c. vlt. de iud. vbi magiſtratus Florentinus cauſam poſſeſſionis cognouit tanquam iudex quæ vertebatur inter Abbatẽ & Monachos S. Mariæ & communitatem cuiuſdam caſtri. & tamen S. Pontifex ibi non improbat illud iudicium, imò potius confirmat, quod non eſt veriſimile facturum fuiſſe, ſi iudex non fuiſſet competens.

Alterius autẽ ſentẽtiæ, quæ Eccleſiaſticũ iudicem conſtituit huius controuerſiæ poſſeſſoriæ, fundamentum eſt in clem. 1. de cauſſa poſſeſs. & proprie. & in clem. 1. de ſequeſtr. poſſeſſ. & fructuum: quibus in locis habetur, tam poſſeſſorium, quàm petitorium cauſæ Eccleſiaſticæ tractandũ eſſe apud ſedem Apoſtolicã, & in c. 2. de iud. vbi dicitur, negotia Eccleſiaſtica tractanda eſſe apud Eccleſiaſticos iudices.

Tertia deniq. ſententia eo nititur argumento, quòd cũ laicus conuenitur interdicto poſſeſſorio: tũc clericus eſt actor, ergo ſequi debet forum rei. c. ſi clericus. c. cùm ſit generale. de foro compet. Cùm verò inter clericos iudicium agitur, ideo non poteſt ſecularis iudex cognoſcere, quia nullam in clericos iuriſdictionem habet, c. 1. & 2. de foro competen. Etſi enim de rebus agatur, non de perſonis, neceſſe tamen eſt, vt iudex poſſit litigatores compellere ad comparendum in iudicio, clerici autem compelli nequeunt à laicis iudicibus.

Hæc ſunt quæ alij attulerant. Ego ſic ſtatuo, ſi inter clericos res agatur, vel clericus à laico conueniatur, adeundũ eſſe iudicẽ Eccleſiaſticũ, is enim ſolus in clericos habet iuriſdictionẽ, & eos citare, coercere, ac iudicare poteſt, vt rectè admonuit Menochius. Si verò laicus conueniatur à clerico, puto & iudicem Eccleſiaſticum competentem ac idoneum eſſe, & etiam iudicem laicum, ſi clericus eum apud iudicem laicum conuenire voluerit: ſi tamen certum ſit, & laicus non neget rem, de qua lis eſt, ad Eccleſiam pertinere: ſi verò id neget, & ſuã eſſe contendat, idoneum eſſe laicum dũtaxat iudicem exiſtimo. Quod primò dixi probo ex c. Cùm ſit generale de foro competenti. vbi textus ita dicit: *Verùm quia ſeculares iudices in exhibenda iuſtitia perſonis Eccleſiaſticis, ſæpe in iudicio ſunt remiſſi, in fauorem Eccleſiæ eſt introductum, vt malefactores ſuos qui ſacrilegi ſunt, cenſendi, venerabilium locorum rectores poſſint ſub quo maluerint iudice conuenire.*

Igitur ſi laicus rem Eccleſiaſticam occupari, iniuſtè detinuerit, vim fecerit, ſpoliauerit Eccleſiã, poterit conueniri interdictis poſſeſſoriis, tam apud Eccleſiaſticos, quàm ſeculares iudices, ex illo generali priuilegio, quod Eccleſiis conceſſum eſt. Nihil enim prohibet, quin & hoc in caſu, quo de poſſeſſorio interdicto agitur, locum ſibi vindicare poſſit.

Alterum, quod dixi, probo ex c. Si clericus. de foro competen. vbi S. Pontifex ita ſcribit: *Si clericus laicum de rebus ſuis, vel Eccleſiæ impedierit: & laicus & res ipſas nõ Eccleſiæ eſſe, aut clerici, ſed proprias aſſeueret: debet laicus de rigore iuris ad forenſem iudicem trahi, cùm actor forum rei ſequi debeat.* Eadem ratio eſt cùm laicus aſſeuerat poſſeſſionem ad ſe pertinere.

Ad primum argumentum prioris ſententiæ reſpondeo, poſſeſſionis cauſam temporalem quidem eſſe, ſed quia cum perſona Eccleſiaſtica agendum eſt, illa nõ debet trahi ad iudicem forenſem, ſed ad Eccleſiaſticum, qui in clericos imperium habeat. Iuriſdictio enim neceſſaria eſt, hoc eſt, poteſtas iuris dicendi. Illa verò ſine modica coercitione nulla eſt, l. 2. ff. de iuriſ. om. iud. Talem coercitionem in clericos non habent laici, ſed Eccleſiaſtici iudices.

Ad ſecundum reſpondeo, c. 7. qui filij ſint legit. loqui de rebus temporalibus & poſſeſſionibus laicorum, non autem clericorum.

Ad tertium reſpondeo in allegato capitulo hoc tantum contineri, perſonas Eccleſiaſticas ſubſidium ac opem implorare poſſe magiſtratus ſecularis, pro defenſione ac recuperatione rerum ſuarum (brachium ſeculare vulgò dicitur) quod nihil facit ad propoſitum noſtrum.

Ad vltimũ reſpondeo, in d. c. vlt. iudicium agitatum fuiſſe inter Eccleſiaſticos & ſeculares, & idcirco iudicem ſecularem cognoſcere potuiſſe, hoc enim & nos quoque dicimus, ſcilicet quando Eccleſiaſticæ perſonæ ſæculares ad iudicium trahunt, quia actor forum rei ſequitur. Licet in fauorem Eccleſiæ conſtitutum ſit, vt & Eccleſiaſtici iudices cognoſcant, vt dictum eſt ſuprà ex d. c. Cùm ſit. de foro competenti. Et tantum de hac quæſtione.

CAPVT XVI.

Quod ſit probanda in interdicto vti poſſideris, poſſeſſio non per vnum duntaxat teſtem. Et quid iuris, ſi vterque ex litigatoribus probauerit ſe poſſidere.

IRrepſit vulgaris quædam opinio, poſſeſſionem probari poſſe vnico teſte, quia modici præiudicij eſt, ex traditis per Bartolum ad l. 1. C. quorũ bonor. de qua confutanda non tã laborandum videtur, quam metuendum, ne illam ſequamur ob multitudinem authorum. Non eſt modici præiudicij poſſeſſio, imò magnum commodum affert. §. commodum. Inſt. de interdict. Nec teſtimonio vnius credendum eſt, *etiamſi præclarè curia honore præfulgeat.* l. 8. C. de Teſtibus Prȩclarè S. Pontifex in c. Licet. de teſtib. *Licet quædam ſint cauſæ; quæ plures quàm duos exigant teſtes, nulla tamen eſt* cauſa.

cauſa, qua vnius teſtimonio, quamuis legitimo, terminetur.

Authorum multitudini alios authores obiicio, qui negant vnius teſtimonium ſufficere ad probandam poſseſſionem. Afflict. deciſ. 364. nu. 5. Pontanus de ſpolio lib. 2. n. 100. Andr. Geyll. lib 1. obſeru. 7. Maſchardus alios citans de Probationib. vol. 3. concl. 1198. Non ingredior illam diſputationem, quam latè proſequitur ibi Maſchardus, an plena requiratur probatio, vel ſemiplena in iudiciis poſſeſſoriis. Fruſtrà enim hac de re diſputari contendo, cùm nihil iure definitum conſtitutúmque ſit, & iudicis arbitrio id committatur. Calliſtratus. *Quæ argumenta ad quem modum probanda cuique rei ſufficiant, nullo certo modo definiri poteſt. Sicut non ſemper ita ſæpe ſine publicis monumentis, cuiuſque rei veritas deprehenditur. Aliàs numerus teſtium, aliàs dignitas & authoritas, aliàs veluti conſentiens fama confirmat rei, de qua quæritur, fidem. Hoc ergo ſolùm tibi reſcribere poſſum ſummatim: non vtique ad vnam probationis ſpeciem cognitionem ſtatim alligari debere, ſed ex ſententia animi tui, te exiſtimare oportere quid aut credas, aut parum probatum tibi opineris.* l. 3. §.... ff. de Teſt.

Maior difficultas eſt, quid ſtatuendum cùm vterque ex litigatoribus poſſeſſionem probat. Reſpondent doctores multi, eum eſſe potiorem, qui ex iuſta cauſa ſe poſſidere demonſtrauerit, Menoch. de retinen. poſſeſſ. remed. 2. qu. 87. verſ. Tertius eſt caſus.

Sed obſtat l. 3. ff. vti poſſidetis. Vlpianus: *Si duo poſſideant in ſolidum, videamus quid ſit dicendum, quod qualiter procedat tractemus: Si quis proponeret poſſeſſionem iuſtam & iniuſtam, ego poſſideo ex iuſta cauſa, tu vi aut clam, ſi à me poſſides ſuperior ſum interdicto, ſi verò non à me, neuter noſtrum vincet.* Sententia Vlpiani hæc eſt, ſi duo poſſideant, alter ex iuſta cauſa, alter ex iniuſta, neutrum fore ſuperiorem ac victorem, niſi alter ab altero vi aut clam poſſideat.

Verùm Vlpiano obſtare videtur, quod ait, duos in ſolidum poſſidere, & id non poteſt fieri. l. Si vt certo. §. Si duobus. ff. commod. l. 3. §. Ex contrario. ff. de acqu. poſſeſſio. l. Duo in ſolidum. 19. ff. de Precario.

Iacobus Cuiacius lib. 9. obſeru. cap. 32. exiſtimat, Vlpianum id dixiſſe non ex ſua ſed Sabini & Trebatij ſententia, qui exiſtimabant duos in ſolidum poſſidere poſſe, quoſque refert ac refellit Paulus in dict. l. 3. §. Ex contrario. ff. de acqu. poſſeſſ. & ad hoc confirmandum perpendit illa Vlpiani verba in d. l. 3. ff. vti poſſidetis: *ſi quis proponeret poſſeſſionem iuſtam & iniuſtam, &c. In ea lege,* inquit Cuiacius, *hæc verba magnoperè expendi velim, ſi quis proponeret, & Sabini & Trebatij ſententia ſcilicet, quibus neque Proculiani, neque nos credimus.*

Sed nil reſpondet Cuiacius ad priorem difficultatem, & certè nullam video reſponſionẽ, nam ſi proponatur fieri poſſe, vt duo in ſolidum poſſideant, vel poſſeſſionem probent, rectè dicit Vlpianus, neutrum vincere poſſe, licet alter iuſtam, alter verò iniuſtam poſſeſſionem probaret, niſi ab altero vi aut clam poſſideret: *Quoniam in ſumma poſſeſſionis non multum interſit iuſtè quis, an iniuſtè poſſideat*, vt inquit Paulus in l. 3. §. Ex contrario. ff. de acquir. poſſeſſion.

Quod Vlpiani reſponſum, ſi rectè fuiſſet conſideratum, & ſimul quod alij Iuriſconſulti reſponderunt, duos in ſolidum poſſidere non poſſe, vt in l. 3. Ex contrario. ff. de acquir. poſſeſſ. & in aliis legibus ſuperiùs annotatis, non ita ſolliciti fuiſſent de illa facti ſpecie, quæ proponeretur, in iudicio iſto poſſeſſorio vtriuſque ex litigatoribus probationes circa poſſeſſionem æquales eſſe per omnia, quid à iudice pronunciandum eſſet. Alij enim dixerunt pronunciandum. Vti poſſidetis ita poſſideatis. Alij diuiſione facta in æquales partes controuerſiam dirimendam, ad exemplum l. Et hoc Tyberius Cæſar. ff. de hæred. inſti. Alij poſſeſſionem apud ſequeſtrum collocandam, ne partes veniant ad arma. Alij ſorte rem dirimendam. argum. l. vlt. C. comm. de leg. Alij pronũciandum à iudice de cauſa non liquere. arg. l. Idem Pomponius 14. §. vlt. ff. de recep. arb. Alij reum abſoluendum. l. Fauorabiliores de regul. iur. Alij iudicem cui maluerit gratificare poſſe. Alij denique conſulendum eſſe Principem, vt diligenter hæc omnia explicat Menochius de retinen. poſſeſſ. remed. 3. quæſt. 87.

Fruſtrà, inquam, tam acriter concertatum eſt. Primò, quia accidere non poteſt, vt duo in ſolidum poſſideant vnam & eandem rem, vt dixi, & conſequenter, vt probationes vtriuſque ſint per omnia æquales: Si enim res eſſe non poteſt, nec certe probari poteſt. Non entis nullæ ſunt qualitates.

Secundò, quia poſito caſu, claram habemus Vlpiani deciſionem, neutrum videlicet vincere poſſe, vt in d. l. 3. ff vti poſſidetis.

Porrò, vt vnus ciuiliter poſſideat, alter naturaliter, fieri poteſt, veluti ſi quis precario rogauit, vt poſſideret: *Placet enim penes vtrumq; eſſe eum hominem, qui precario datus eſſet: penes eum qui rogaſſet: quia poſſideret corpore: penes dominum, quia non diſceſſerit animo à poſſeſſione.* l. Et habet. 15. §. 1. ff. de precario. Obiicitur l. 6. ff. eod. tit. Sed præclaram ſolutionem indicauit mihi Simon Endellius, auditor meus, nobilis Auſtriacus, eruditus adoleſcens & doctus, non obſtare, quia textus dicit, non poſſidere eum qui rogauit, *vt precario in fundo moretur.* Aliud eſt enim rogare, vt precario

quis poſſideat, ſicut loquitur l. 15. Aliud, *vt in fundo moretur.* ſicut aliud rogare, vt in poſſeſſione quis maneat. l. 10. ff. de acq. poſſ. ibi. *Precario autem rogauit, non vt poſſideret, ſed vt in poſſeſſione eſſet, &c.*

CAPVT XVII.

Agenti ex interdicto retinendæ, an obſtet exceptio dominij?

IN interdicto retinendæ poſſeſſionis obſtare dominij exceptionem, cuius probatio ſtatim offertur, credidit Accurſius in l. Si de vi. in fine. ff. de iudiciis. Bartolus ad l. Si coloni. C. de agricolis & cenſitis. & multi alij quos refert, ſed non probat Menochius de retinenda poſſeſſ. remed. 3. qu. 79.

Fundamentum eſt in regula, Dolo facit, qui petit quod reſtituere oportet eundem. l. Dolo. ff. de doli mali & met. excep. Et in l. 3 §. Cauſæ. de Carboniano edicto. cuius hęc ſunt verba: *Cauſa cognitio in eo vertitur, vt ſi manifeſta calumnia appareat eorum, qui infantibus bonorum poſſeſſionem peterent, non daretur bonorum poſſeſſio.*

Poſtremò, quia cùm probationes in continenti offeruntur, multa concedi ſolent, quæ aliâs non concederentur. l. Si is à quo. ff. vt in poſſeſſ. leg. l. Ille à quo. §. Si teſtamento. ff. ad Trebell.

Contrarium docuerunt idem Bartolus in d. l. Si de vi. ff. de iudiciis, & multi alij quos refert & ſequitur Menochius loco proximè citato, quibus me lubens ſocium adiungo. Principio enim certum eſt, cauſam poſſeſſionis & proprietatis ſeparatam eſſe, vt ait Vlpian. in l. 1. ff. Vti poſſidetis. Deinde, nulla alia exceptio idonea eſt, quàm ſi vi aut clam, aut precario alter ab altero poſſideat. l. 1. C. eodem tit. l. 1. in fi. ff. eod. Tertio, nihil intereſt in ſumma poſſeſſionis, an ſit iuſta vel iniuſta, l. 5. §. Ex contrario. ff. de acq. poſſ. l. 3. ff. Vti poſſideris. Denique, ſi exceptio dominij eſſet impedimento, daretur occaſio rerum dominis vim faciendi, turbandi, inquietandi poſſeſſores rerum ſuarum, etenim illis ad interdictum confugientibus, ſtatim dominij exceptionem obijcerent, eóſque repellerent. Hoc autem iure prohibitum eſt. l. Si quis in tantam. C. vnde vi. l. Non eſt ſingulis, de reg. iuris.

Ad primum argumentum reſpondeo, regulam illam, *dolo facit, &c.* non habere locum in poſſeſſoriis, alioquin liceret dominis authoritate propria poſſeſſionem auferre, & poſtea allegare, dolo poſſeſſorem facere, qui petat quod reſtituere debet. Hoc autem abſurdum eſt.

Ad alterum argumentum reſpondeo, illud in illis caſibus ſibi locum vindicare, quibus res agitur coram iudice, & nihil violentiæ committitur, non de facto quis turbatur in ſua poſſeſſione. His enim caſibus non licet allegare dominium, aut poſſeſſoris calumniam, quamuis probationes in continenti adferantur circa dominium rei, quia vt maximè quis dominus exiſtat, non poteſt tamen ſibi ius dicere, aut vim vllam inferre, nec dominij cauſam deducere, quia illa cum poſſeſſionis cauſa nihil habet commune.

Maneat igitur hæc ſententia, non obſtare dominij exceptionem in hoc iudicio, quam Menochius loco proximè citato, qu. 80. intelligit cum exceptione, niſi de dominio conſtaret ex ſententia lata in petitorio iudicio. Nullo ſanè ſatis firmo fundamento. Nam quod ſcribit de notorio, hoc eſt, ex ſententia notorium eſſe dominium, nihil mouet, nec enim quicquam facit hic quòd dominium ſit notorium vel non ſit, cùm proprietatis cauſa diſtincta ſit à poſſeſſionis cauſa, ſicut & ſuprà diſputaui hoc eod. lib. cap. 10.

Illa magis placet exceptio, niſi poſſeſſor, qui interdicto reperitur, conſentiat, vt de proprietate cognoſcatur, arg. c. 1. de reſt. ſpol.

CAPVT XVIII.

Vſufructuarius vtrum naturaliter poſſideat?

IVris noſtri authores variè reſpondiſſe videntur hac de re. Nam Vlpianus in l. Naturaliter 12. ff. de acq. poſſ. *Naturaliter*, inquit, *mihi videtur vſufructuarius poſſidere.* Idem reſpondit Papinianus in l. Poſſeſſio. 49. ff. eod. Quamobrem interdictum de vi, vſufructuario competere, idem Vlpianus reſpondit in l. 3. §. vlt. ff. de vi & vi arm.

Sed contrarium reſpondit Caius in l. Acquiritur. 10. in fin. ff. de acq. rer. dom. *Vſufructuarius autem*, inquit, *vſucapere ſeruum non poteſt, primò, quia non poſſidet, ſed habet ius vtendi & fruendi, &c.* Idem reſpondit Macer in l. Sciendum. §. Poſſeſſor. ff. qui ſatiſd. cogan. ſic dicens, *eum qui tantum vſumfructum habet, poſſeſſorem non eſſe Vlpianus ſcripſit*, imò verò idem Vlpianus, tribus in locis negat vſufructuarium poſſidere in l. Certæ. §. Is qui rogauit. ff. de Precario. *Nam & fructuarius*, inquit, *& colonus, & inquilinus ſunt in prædio, & tamen non poſſident.* In l. 1. §. Quod ait Prætor. ff. quor. legator. *Monet*, inquit, *quod neque vſusfructus, neq. vſus poſſidetur, ſed magis tenetur.* In l. Celſus. §. Iulianus. ad exhib. *Sed & eum*, inquit, *qui vſusfructus nomine rem teneat, quamuis nec hic vtique poſſideat.*

Accurſius in d. l. Naturaliter. & in d. l. Acquiritur. quatuor adfert ſolutiones. Prima eſt, fructuarium non poſſidere propriè, & ideo Vlpianus vſus eſt illo verbo, *videtur*. Secunda, non poſſidere, ſed detinere. Tertia, poſſidere

fructuarium naturaliter, sed non ciuiliter, quæ solutio communiter recepta est teste Iasone in d. l. Naturaliter. n. 5.

Baldus autem Cumanus, Romanus & Aretinus, tertiam solutionem secuti fuêre, fructuarium scilicet non sibi sed domino possidere. Eandem sententiam amplexus est Iacobus Cuiacius lib. 9. obseru. cap. 33. *Fructuarius*, inquit, *est tantummodo in naturali possessione, non etiã verè naturaliter possidet. Solus enim dominus possessor est, & possidet per fructuarium nec alia ratione dicitur retentionem vsusfructus esse speciem traditionis, quàm quod qui retinet vsumfructum, desinat sibi & incipiat alij possidere. Et in l. Naturaliter. Vlpianus ait: Naturaliter videtur possidere & possidet.* Et paulò pòst, *verum*, inquit, *licet fructuarius non possideat, tamen quia rei emolumentum ad eum pertinet, interdicta possessoria ei accommodantur, qua cæteris qui sunt in possessione non accommodantur.*

Hæc sententia videtur sanè probabilior, atque vno verbo possumus hanc rem ita explicare. Fructuarium possessionem illam habere quæ corpore, non autem quæ iure consistit. Et ideo non potest vsucapere, quia non possidet ciuiliter, animo domini, & ita loquitur dict. l. Acquiritur.

Quod verò attinet ad l. Sciendum. §. possess. ff. qui satisd. cogant. illa loquitur quantum ad satisdationem de iudicio sisti. Qui immobilia possidet non tenetur satisdare. Talis non est fructuarius, quia non est dominus rei nec aliud habet ius quam vtendi & fruendi, quamobrẽ alia cautione opus est.

Cæteræ quoque leges, quibus negatur fructuarium possidere, ita sunt accipiendæ, vt possessionem hanc naturalem corporaléḿq. non excludant. Sic enim promptum erit leges legibus concordare.

CAPVT XIX.

Quomodo acquiratur possessio rerũ corporalium, & an infanti etiam acquiratur?

ACcursius in l. 1. ff. de acquir. possess. distinguit inter res animatas & inanimatas. & ait possessionem rerum animatarum acquiri illis modis, qui habentur in l. Naturalem & in l. In laqueum ff. de acquir. rer. dom. rerum autem inanimatarum hoc modo: Aut possessio vacãs est, aut ab aliquo occupata. Posteriore casu possessio acquiritur absque traditione & corporali apprehẽsione, vt patet ex l. Quod meo. §. Si venditorem. ff. de acquir. possess. Priori autem casu acquiritur possessio duntaxat per apprehensionem l. 3. § Neratius: ad finem. ff. eod. tit.

Bartolus autem distinctione omissa rerum animatarum, & inanimatarum sic docet; possessionem acquiri per apprehensionem, si sit vacans. si verò sit ab aliquo occupata, sine apprehensione acquiri, si concurrat animus tradentis. l. Quod meo. §. vlt. ff. de acquir. possess. Si verò animus tradentis non concurrat apprehensionem requiri.

Ego verò sic statuo possessionẽ animo & corpore acquiri, si traditio vera vel ficta interueniat, Paulus in l. 3. ff. eod. *Adipiscimur*, inquit, *possessionem corpore & animo. neque per se animo, aut per se corpore, &c.* De corporali apprehensione loquitur l. 1. ff. eod. De traditione vera texe. in l. 3. C. eodem. De ficta, l. 1. §. Si iusserim. l. Quarundam ff. eodem.

Sed oritur difficultas, vtrum infans possit acquirere possessionem. Nam Paul. in l. Quamuis §. Infans. ff. eodem. *nullus sensus est*, inquit, infantis acquirendi possessionem. At Imp. Dec. in l. 3. C. eodem. *Donatarum rerum*, inquit, *à quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quæritur.*

Accursius multas adfert solutiones. Prima est; Iurisconsulti responsum ab Imperatore correctum esse, quæ solutio meritò cæteris displicuit.

Altera solutio est, Imperatorem loqui de infante, qui aliquod iudicium habet. Non rectè. quia nec Imperator hoc dicit, nec dicere potest, quia infantes omni carent iudicio.

Tertia solutio est, Imperatorem loqui de rebus donatis, & ideo singulari iure sic de eis constitutum fuisse, de aliis secus. & in his Pauli responsum locum habere posse.

Idem docuit Conanus lib. 3. comment. iuris, c. 8. n. 5.

Mihi non placet, quia repugnat ratio Pauli dicentis, nullum sensum infantis esse acquirendi possessionem: licet enim animus donantis concurrat in transferenda possessione, ex persona tamen infantis obstat, quòd non habet animum, sensúmque acquirendi possessionem.

Quartam solutionem afferebat Azo, quæ ab omnibus explosa est, Imperatorem accipiendum cùm res donata serui infantis tradita est, Nulla enim huius rei mentio est in d. l. 1.

Quintæ solutionis Bartolus author est. Imperatoris rescriptum accipiendum esse de re mobili donata infanti, cuius acquirendæ aliquem animum & affectũ infans habeat, veluti sunt, inquit Bartolus, iocalia, Latinè crepundia dicuntur, munera sc. puerorum.

Verùm, si hæc Imperatoris mens, æquum fuisset id exprimere, non de rebus donatis generaliter, nulla sc. adhibita distinctione, ita rescribere.

Sexta solutio Ioannis antiqui Glossarij est,

Imperatoris legem accipiendam esse, cùm tutoris authoritas interuenit: & hanc sententiam multi alij ex antiquis secuti fuêre, quos refert & sequitur Alciatus ad l. 1. §. Adipiscimur. ff. de acquir. possess. Et mihi verissima videtur: Licet. n. alij nullam adferant coniecturam, ego tamen hanc adfero: Etenim idem Imperator postquam dixit rerum donatarum possessionẽ infanti acquiri, subiicit hæc verba: *Alioqui ex sententia consultissimi viri Papiniani, nec quidem per tutorem possessio acquiri posset infanti.* Hæc Imperatoris ratio locum habere potest, si superior sententia accipiatur de rebus donatis infanti, tutoris authoritate interueniente, si verò aliter accipiatur, inepta ratio erit. Id verum esse, ita demonstro. Sic argumentatur Imperator: si non acquiratur infanti possessio rerum donatarum & traditarum, nec possessio eidem infanti acquiri poterit per tutorem. Hoc argumentum valet, si prior sententia sic accipiatur, vt dixi. Nam hæc est bona collectio. Si non acquiritur possessio infanti cùm tutore authore res donatæ sunt ac traditę, consequens est, nec per tutorẽ acquiri posse infanti possessionem. Sed consequens est falsum, quia Papiniani sentẽtiæ repugnat. ergo & antecedens. Verùm si non ita prior sententia accipiatur, nulla est hæc collectio: non acquiritur infanti possessio rei donatæ ac traditæ. Ergo nec per tutorem possessio acquiri potest. Negatur consequentia. Licet. n. infanti non acquiratur, quia nullum habent sensum, nullum animum possidendi, nihil tamen proponitur, cur non possit vtilitatis caussa per tutorem possessio infanti acquiri.

CAPVT XX.

Quomodo rerum incorporalium quasi possessio acquiratur.

RES incorporales possideri non dicuntur, sed incorporales, l. 3. ff. de acquir. possess. l. Seruus. §. Res incorporales. ff. de acquir. rer. dom. l. Sequitur. §. Si viam. de vsucap. Veruntamen quasi possideri dicuntur, & vulgo dicimus, quasi possessionem rerum incorporalium. Sed quęstio est admodum celebris, quomodo acquiratur quasi possessio rerum incorporalium. Communis sententia est vsu acquiri, quem iure proprio quis non iure familiaritatis exercet, cum scientia & patientia aduersarij. Vide Couuar. in c. Possessor malæ fidei. in 2. parte in initio. n. 8. de reg. iur. lib. 6. Menoch. de Arbitrariis iud. casu. 160. & seq.

Fundamentum est in l. 2. C. de seruit. & aqua. in l. Quoties. ff. de seruit. in l. Si à te emero. ff. seruitus vindi. l. Si ego. §. 1. ff. de publiciana. iuncta l. 1. ff. de ser. rust. præd.

Contrariam sententiam amplexus est Ioan. Longouallius ad l. Imperium. in 4. parte in 2. articul. ff. de iurisdict. om. iud. Existimat. n. scientiam & patientiam non requiri. Mouetur ex l. Quoties 20. ff. de seruitut. l. 1. §. 1. ff. de itinere actúque priuato. ex l. vlt. C. de præscript. longi tempor.

Ego hanc rem duabus propositis conclusionibus commodius explicari posse iudicaui. Prima conclusio: Ad acquirendam quasi possessionem rerum incorporalium non requiritur scientia & patientia aduersarij, si de possessione absolutè agatur, ita vt tam iusta, quàm iniusta possessio intelligatur, sed quia de iusta tantùm possessione loquimur & ciuili, scientia ac patientia aduersarij non requiritur, si adsit titulus & bona fides. Probatur hęc conclusio ex l. vlt. C. de præscript. longi tempo. ibi: *Nulla scientia vel ignorantia expectanda, &c.* Et paulò post; *Eodem obseruando & si res non soli sint, sed incorporales, &c.* Nam si præscriptio longi temporis locum habet in rebus incorporalibus, absque scientia aduersarij, consequens est, possessionem quoque acquiri absque scientia posse, quia sine possessione non procedit vsucapio, siue præscriptio.

Secunda conclusio. Cùm titulus iustus deest ad acquirendam quasi possessionem rerum incorporalium, necessaria est scientia & patientia aduersarij. Illa. n. subit vicem tituli. l. 2. C. de serui. & aqua. l. 1. ff. de serui. rustico. prędio. l. Si ego. §. 1. ff. de publiciana. Hac igitur distinctione adhibita, contrariæ ac dissidentes sententiæ facilè conciliantur.

CAPVT XXI.

Quomodo amittatur possessio.

ORitur controuersia hac de re, quoniam Paulus scribit: Quemadmodum nulla possessio acquiritur, nisi animo & corpore, ita etiam nullam amitti, nisi in qua vtrunque in contrarium actum est, l. Quemadmodum, ff. de acquir. posses. l. Ferè quibuscunque de reg. iur. Idẽ verò Paulus cõtrarium respondit in l. 3. §. In amittenda. ff. eod. titul. *In amittenda, inquit, possessione affectio eius qui possidet, intuenda est, itaque si in fundo sis, & nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. Igitur amitti animo solo potest, quamuis acquiri non potest.* Sic ille.

Dicebat Ioannes antiquus interpres, cuius sententia communiter recepta est; aut amissio possessionis à corpore incipit, aut ab animo, si à corpore incipiat, tunc etiam animus acquiritur. Exemplum: Is qui fundũ possidet, egreditur ex fundo, dicitur amittere possessionem, & amissio

& amiſſio incipit à corpore, quia ſcilicet ex fundo egreditur. Hoc in caſu animus etiam requiritur: quamobrem neceſſe eſt, vt eo animo egrediatur, quia illum poſſidere nolit, ita accipiendæ ſunt leges, quib. dicitur, poſſeſſionem non amitti, niſi vtrumque in contrarium actum ſit. Si verò amiſſio incipiat ab animo, tunc ſolo animo poſſeſſio amittitur. Exẽplum eſt. Si quis in fundo exiſtens eũ nolit poſſidere; protinus. n. poſſeſſionem amittit. & ita accipiendus eſt text. in d. §. In amittenda.

Sed huic ſolutioni duo videntur obſtare. vnum eſt, quia leges, quæ vtrumque requirunt nullam adhibent diſtinctionem. Alterum eſt, quòd intelligi non poteſt, quomodo quis in fundo exiſtens poſſeſſionem eius amittat, ob eam cauſam, quod cum poſſidere nolit, niſi etiam corpore diſcedat ex fundo.

Franciſcus Conanus lib. 3. commentariorum iuris cap. 9. n. 4. ita hanc rem explicat: Leges quibus dicitur poſſeſſionem non amitti, niſi vtrumque in contrarium actum ſit, accipiẽdas eſſe eo in caſu, quo quis inuitus poſſeſſionem amittit: Exempli cauſſa. Poſſeſſor vi deiicitur, poſſeſſione non amittit, niſi & animum poſſidendi abiecerit. l. Clam poſſidere. § Qui ad nundinas. ff. de acq poſſeſſ. Si quis autem non inuitus poſſeſſionem amittat, Conanus putat ſolum animum ſufficere.

Sed & huic ſententiæ obſtare videtur quòd generale eſt Pauli reſponſum, quo requiritur in amittenda poſſeſſione vtrumque in cõtrarium actũ eſſe. Quamobrem non videtur commodè reſtringi poſſe ad eum caſum dumtaxat, quo quis inuitus in poſſeſſione deiicitur.

Petrus Faber ad l. Nihil tam naturale, n. 12. de reg. iuris, ſenſit hanc difficultatem, ſed non prorſus explicauit. Hoc autem vult Pauli reſponſum, in quo dicitur, ad amittendam poſſeſſionem vtrumque requiri, non eſſe perpetuò ac indiſtinctè verum: & poſſeſſionem, quæ ſolo animo retinetur, ſolo quoque animo amitti, quæ ſolutio eſt eadem, quam primo loco poſuit, & refutauit Accurſius in dicto §. In amittenda.

Ego igitur ſic ſtatuo, quod Paulus reſpondit in d. §. In amittenda. poſſeſſionem ſolo animo amitti, non ita accipiendum eſſe, quaſi neceſſe non ſit corpore etiam aliquid in contrarium fieri. Etenim neceſſe eſt, vt qui animum poſſidendi non habet ex fundo etiam egrediatur, ſicuti præclarè docuit Papinianus in l. Peregrè. § vlt. ff. de acquir. poſſeſſ. illis verbis: *Nam eius quod corpore noſtro teneremus poſſeſſionem amitti, vel animo, vel etiam corpore, ſi modo eo animo inde digreſſi fuiſſemus ne poſſideremus.* Sed hæc eſt Pauli ſententia in d. §. In amittenda. affectionem ſolam in poſſeſſione amittendâ ſpectandam eſſe: & eum qui in fundo exiſtens poſſidendi animum non habet, protinus poſſeſſionem amittere: *protinus*, id eſt, ſtatim, ex ea hora, qua quis poſſidere noluerit, & poſſidendi animum abiecerit, non autem ex eo tempore, quo egreſſus fuerit ex fundo, eo tamen præſuppoſito, quod ex fundo poſtea egrediatur. Videbatur. n. dicendum, protinus poſſeſſionem non amitti tunc, ſed primùm, cũ poſſeſſor egreſſus eſſet ex fundo, quia ſicut poſſeſſio non acquiritur, niſi animo & corpore, videbatur etiam non amitti, niſi cùm animũ quis poſſidendi abiiceret, & ſimul corpore à poſſeſſione diſcederet. Hoc enim eſt, quod Paulus alibi dixit: *Niſi in contrarium vtrunq. actum ſit.* Sed aliter reſpondit idem Paulus in d. §. in amittenda. nimirum protinus poſſeſſionem amitti, cum quis poſſidere nolit, ſcilicet, ſi poſtea ex fundo diſceſſerit, ſed amiſiſſe poſſeſſionem dicitur, non ex eo die & tempore, quo ex fundo diſceſſerit, ſed ex eo tẽporis articulo, quo poſſidere noluerit: quoniam animus & affectio ſpectanda ſit præcipuè. Atque ita mihi videtur.

CAPVT XXII.

De præſcriptione ſeruitutum realium.

CVm de præſcribendis ſeruitutibus agitur, in promptu eſt communis veterum Doctorum diſtinctio. Aut ſeruitus habet cauſſam perpetuam, vel quaſi, quia ſcil. ad eam non requiritur ſemper factum hominis continuum veluti ſeruitus aquæductus, item ſeruitus altius tollendi, ſtillicidium, vel ductus aquæ ex cœlo cadentis, & præſcribitur decem annis inter præſentes, & viginti inter abſentes. Aut non habet cauſſam perpetuam, vel quaſi, quia ſcilicet requiritur ſemper factum hominis continuum & ſucceſſiuum, veluti ſeruitus itineris, viæ, actus, & ſimiles, & præſcribitur per tempus, cuius initij memoria non extat. Veruntamen ſi quis longo tempore, ſcientéque & patiente aduerſario, vſus fuerit ſeruitute, licet quæ cauſſam habeat nõ continuã, præſumitur ex titulo qui allegatur ſeruitus rectè conſtituta. Vide Accurſ. & alios in l. Seruitus 14. ff. de ſeruitutib. Franciſcũ Balbũ de præſc. 2 parte 3. partis princip. quæſtion. 1. Couarr. qui de ſeruitute iuris paſcendi loquitur, lib. 1. variar. reſol. cap. 17. n. 11. 12. Mynſingerũ cent. 4. obſer. 53: cæteros ſciens prætereo.

Fundamentum huius diſtinctionis eſt, quia variè ab authorib. noſtris hac de re reſponſum eſt: nec videntur tã varia diuerſáque reſponſa meliori faciliorique ratione conciliari poſſe, quàm ſi prædicta diſtinctio adhibeatur.

Inprimis Paulus in d. l. 14. ff. de ſeruitu. ita reſpondit ad Sabinum: *Seruitutes prædio-*

rum ruſticorum, etſi corporibus accedunt, incorporales tamen ſunt, & ideirco vſu non capiuntur, vel ideo quia tales ſunt ſeruitutes, vt nõ habeant certam, continuamque poſſeſſionem. Nemo enim tam perpetuò, támque continenter ire poteſt, vt nullo momento poſſeſſio eius interpellari videatur.

Ex hoc colligunt ſeruitutem itineris, quia cauſſam perpetuam non habet, vſucapi non poſſe longo tẽpore. Veruntamen tempore memoriam hominum excedente vſucapi poterit ex l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua quotid. & æſtiua. ait enim Pomponius ibi: *Ductus aquæ, cuius origo memoriam exceſſerit, iure conſtituti loco habetur.* Sicut enim in aquæductu tantum tempus iure conſtituti loco habetur, ita etiam haberi oportet in aliis ſeruitutibus, licet perpetuam cauſſam non habeant.

Deinde Vlpianus in l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcenda. ſic ait: *Sanè enim & in ſeruitutibus hoc idem ſequimur, vt ibi ſeruitus non inuenitur impoſita, qui diu vſus eſt ſeruitute, neque vi, neque clam, neque precario habuiſſe longa conſuetudine, velut iure impoſitam ſeruitutem videatur.*

Ex hoc reſponſo colligunt id quod ſuprà dixi: Si quis longo tempore vſus fuerit ſeruitute aduerſario ſciente & patiente, & dicat ſe ex titulo præcedente vſum fuiſſe, præſumi titulum allegatum. Addunt pro confirmatione l. Cùm de in rem verſo. ff. de vſuris.

Tertiò, Vlpianus in l. 10. ff. ſi ſeruitus vindicetur. ſic reſpondit: *Si quis diuturno vſu, & longa quaſi poſſeſſione ius aquæ ducendæ nactus ſit: non ei neceſſe eſt, docere de iure, quo aqua conſtituta eſt, &c. ſed vtilem habet actionem, vt oſtendat per annos fortè tot vſum ſe non vi, non clam, non precario poſſediſſe.*

Ex hac lege ſumunt argumentum, ſeruitutem aquæductus acquiri longo tempore, quia perpetuam cauſſam habet. & idem probatur in l. 1. & 2. C. de ſerui. & aqua, & de ſtillicidio. in l. Foramen. ff. de ſerui. vrbano. prędio. maximéque illa verba perpendunt: *Neque enim perpetuam cauſſam habet, quod manu fit, at quod ex cœlo cadit, etſi non aſſiduè fit, ex naturali tamen cauſſa fit, & ideò perpetuò fieri exiſtimatur. Omnes autem ſeruitutes prædiorũ perpetuas cauſſas habere debent,* &c. quaſi hæc ſit ratio, cur talis ſeruitus præſcriptione temporis acquiri poſſit, quia ſcil. perpetuam cauſſam habet. Si igitur non habeat perpetuam cauſſam, conſequens eſt, ex eorum ſententia præſcriptionem ceſſare.

Ego veterum interpretum ſcripta ac ſententias ſemper magnifeci, nec ab eis vnquam diſcedo, niſi veritas, cuius ſtudium mihi eſt omnib. antiquius, alio me impellat: vt in hac, de qua agitur, quæſtione: tot. n. errores, ſalua reuerentia, eſſe video antiquorum interpretum, quot penè ſunt reſponſa Iuriſconſultorum, quibus in hac quęſtione decidenda, ſuáque diſtinctione ſtabilienda, vtuntur.

Inprimis circa Pauli reſponſum, quod eſt in l. 14. ff. de ſeruit. peccari video, primùm, quod generale cùm ſit de omnibus ſeruitutib. reſponſum, non poſſe videlicet vſucapi, ipſi tamen reſtringunt ad ſeruitutes, quæ ab eis dicuntur nõ habere cauſſam perpetuam.

Deinde, quoniam rationem adferre generalem, cur ſeruitutes vſucapi non poſſunt, quia ſcilicet incorporales ſunt, vel quia tales ſunt ſeruitutes, vt non habeant certam continuámque poſſeſſionem, & tamen ipſi aliquas conſtituunt ſeruitutes, quas dicũt habere cõtinuam, ſiue perpetuam cauſſam: Etſi. n. exemplum adferat ibi Paulus ſeruitutis itineris, non tamen erat inde colligendum, ſeruitutes aliquas reperiri, quæ poſſeſſionem continuam habeant, & proinde ſeruitutem itineris ſeparandam ab aliis ſeruitutibus ruſticorum prædiorum. Quid. n. eſſet abſurdius, quam rationem adferre generalem, ſeruitutes ideo non vſucapi, quia non habeant perpetuam continuámque poſſeſſionem, ſi excepta ſeruitute itineris, & viæ, aliæ ferè omnes haberent? imò, ſi vlla erat ſeruitus ruſticorum prædiorum, quæ perpetuam poſſeſſionem haberet illa erat à generali regula & ratione eximenda.

Secundò adducunt l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua quotidiana & æſtiua. quæ nec de præſcriptione vllum verbum facit, & loquitur de aqua, quæ ex flumine publico ducitur. Ex flumine. n. publico, vt liceat nobis aquam ducere, non poſſumus diuturno vſu obtinere, ſicut cæteras ſeruitutes obtinemus, ideo requiritur tantum tempus, vt memoriam hominum excedat. Cauſſam diuerſitatis eleganter adfert Conanus lib. 4. commentarior. iuris, cap. 12. nu. 12.

Tertiò, ex l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. inferunt ex diuturno vſu ſeruitutis titulum allegatum præſumi, cùm textus dicat: *Qui diu vſus eſt ſeruitute, neque vi, neque clam, neque precario habuiſſe longa conſuetudine velut iure impoſitam ſeruitutem videatur,* quibus verbis hoc vult Iuriſconſultus diuturnum ſeruitutis vſum perinde valere, ac ſi legitimè impoſita ſeruitus fuerit, vt craſſius dicam, vim habere tituli legitimi, quo ſeruitutes conſtituuntur rectè & legitimè.

Quartò, l. Si quis diuturno. ff. ſi ſeruit. vind. afferunt ad probandum ſeruitutes, quæ habent cauſſam continuam vſucapi poſſe longo tempore, veluti aquæductus & ſimiles, quod repugnat prorſus l. 14. ff. de ſeruit. Deinde cùm omnibus ſeruitutibus commune eſt, vt patet ex d. l. 1. §. vlt. ff. de aq. plu. arcen. vbi dicit text. *Et ſa-*

Et sanè in seruitutibus hoc sequimur, vt vbi seruitus nō inuenitur imposita, qui diu vsus est, &c. ibi non loquitur de aquæductu tantùm, sed de omnibus seruitutibus, ac proinde non ad aquęductus tantùm seruitutem & cætera id genus pertinet, sed ad omnes.

Quintò, perperam intellexerunt l. Foramen. ff. de seruitutib. vrban. prædior. ex quo errore etiam existimo sumptam esse illam distinctionem inter seruitutes, quæ habent caussam perpetuā, & quæ non habent. Verba legis hæc sunt: *Foramen in pariete conclauis, vel triclinij, quod esset proluendi pauimenti caussa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verū est, si in eum locum, nihil ex cœlo aqua veniat, neque enim perpetuam caussam habet, quod manu fit. At quod ex cœlo cadit, & si non assiduè fit, ex naturali tamen caussa fit, & ideo perpetuò fieri existimatur. Omnes autem seruitutes prædiorum perpetuas caussas habere debent. Et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquæductus potest. Stillicidij quoque immittendi naturalis, & perpetua caussa esse debet.*

Peccatum est igitur primò, quia hæc sunt diuersa inter se, seruitutes habere caussam perpetuam: Item habere certam continuámque possessionem. Nulla seruitus rusticorum prædiorum habet perpetuam siue continuam possessionem, siue factum hominis requiratur, siue non requiratur. Et hæc est sententia l. 14. ff. de seruitutib. Omnes seruitutes habent, siue habere debent caussam perpetuam, & hæc est sentētia dict. l. Foramen. Declaro. Seruitutes prædiorum hanc conditionem ac naturam habere debent, vt possint esse perpetuę, hoc est, vt ei cui illæ debētur, perpetuò eis vti liceat. Et ideo neque ex lacu, neque ex stagno potest seruitus cōsistere: Similiter caussam perpetuam non habet foramen proluendi pauimenti gratia, si manu fiat, & nihil ex cœlo aquæ veniat, ideò seruitus esse nō potest. Quod si de cœlo aqua cadat perpetuam caussam habere videtur, quia naturalis est caussa. Quod enim naturaliter fit, videtur etiam esse perpetuum, tametsi assiduè non fiat, vt tradit Aristoteles lib. 1. Posterior. cap. 7. quia naturæ causa certa & perpetua est, idcirco aqua pluuia perpetua causa est stillicidij, etiamsi non pluat assiduè, quia hoc ex natura pēdet. Ea quæ manu nostra fiunt, non videntur perpetuò fieri, quia eorum lex, neque certa est, neque perpetua. Ideóque vt ex imo pariete conclauis mei mihi liceat proluuiem pauimenti, per foramen in ædes vicini immittere, licet hoc ius personæ quidem concedi possit, prædio tamen hæc seruitus imponi vel acquiri non potest quia eius causa constans & naturalis non est. Sic & aquæductus ex stagno constitui non potest, nec ex lacu, quod stagni aqua statiua & collectitia sit, non naturalis, mortua, non viua. Lacus aqua viua non sit & perpetua. Secus si lacus sit perpetuus. l. Via. ff. de seru. rust. prædior.

Secundò, erratum est in eo, quod existimatū à veteribus est, si seruitutes perpetuam causam habeant, hoc est, non manu, opera, siue facto hominis indigeant, veluti iter, via, & similes, sed ex causa naturali proueniant, veluti aquæductus & similes, eas vsucapi posse, secus si facto hominis indigeant. Et hoc existimarunt, quia textus ibi dicit, tempore non acquiri foramen, quod manu & opera hominis eget, secus autem si aqua de cœlo cadat atque adeò perpetuam causam habeat. Peccatum, inquam, est, ideo, quia non dicit tex. vsucapi posse talem seruitutem, sed tempore acquiri, quæ longè differunt. Omnes enim seruitutes tempore acquiri non possunt, vt postea patebit, licet vsucapi nō possint. Ideo autem seruitus acquiri tempore potest, quando causam habet perpetuam & naturalem, quia ex ea seruitus rectè consistere potest. Omnes enim seruitutes, vt subdit textus, *perpetuas causas habere debent.* Si non habent causas perpetuas, non sunt seruitutes, consequenter non acquiruntur tempore, vt ex tempore seruitus acquiratur, præsupponendum est imponi & cōstitui eam posse, quia tempus hoc operatur, vt rectè imposita seruitus videatur. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. Si non possit imponi seruitus pactionibus, stipulationibus, & aliis legitimis modis, quia scilicet res non est seruituti accommodata, quemadmodum foramen illud, & aquæductus ex lacu & stagno, nec tempore acquiri poterit, hæc est sententia d. l. Foramen.

Cùm igitur hæc ita sint, non rectè antiquiores docuerunt valere iussa eorum distinctione amplecti, iuuat sententiam recentiorum Longoualij ad l. Imperium. ff. de iurisd. omn. iud. Cuiacij ad l. Sequitur. 4. §. Libertatem. ff. de Vsucapio. Corasij ad d. l. Seruitutes. 14. ff. de seruitut. Duareni ad l. Si quis diuturno. ff. si seruitus vindicetur. Conani lib. 4. commentar. iuris, cap. 12. num. 14. cum sequentibus: cuius sententiæ hæc est summa. Rusticorum prædiorum seruitutes vsucapi non possunt, & idem in vrbanis seruari. l. 14. ff. de seruitut. l. 4. §. Libertatem. ibi: *Vsucapionem sustulit lex Scribonia, quæ seruitutem constituit.* l. Si aliena. §. Hoc iure. ff. de vsucap. quibus in locis disertè id expressum est. Vtilitatis tamen caussa receptum est, vt diuturno vsu acquirantur, si nec vi, nec clam, nec precario quis vsus fuerit seruitute. Huius rei hæc sunt testimonia. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. d. l. 5. §. vlt. ff. de itinere actúque priuato. l. Si quis diuturno. ff. si seruit. vind. l. 1. & 2. C. de seruitut. & aqua. Non

requiritur ſcientia aduerſarij in legibus proximè citatis. Ideo autem Imperator in lib. 2. C. de ſeruit. & aqua. refert Martialem ſciente domino aquam duxiſſe, vt intelligeremus clam ab eo minimè aquam deductam eſſe, vt in lib. 5. §. Sed & ſeruitus. ff. quod vi aut clam. ibi : *Quanquam etiam illud ſufficiat celandi animum non habere.* Itaque ſufficiet non habere animum celandi dominum, licet eo ignorante quis aquam duxerit, & ſeruitute vſus fuerit.

Non eſt hæc vſucapio ſiue præſcriptio propriè, nec ex tempore acquiſitio ſeruitutis, ſed hoc operatur diuturni temporis vſus, vt rectè impoſita ſeruitus videatur, vt credatur verè ſeruitus fuiſſe conſtituta. Patientia enim domini certum præbet argumentum impoſitæ aliquando ſeruitutis. Itaque ſeruitus longo vſu competit, non iure præſcriptionis, ſed tanquam conſtituta ſit & impoſita. Ideo Vlpianus in d. l. Si quis diuturno. ait ei qui longo tempore nactus ſit ius aquæ ducendæ, non eſſe neceſſe docere de iure quo conſtituta ſit, & in l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. textus ait : *Habuiſſe longa conſuetudine velut iure impoſitam ſeruitutem videatur.*

Malè Duarenus loco proximè citato, & lib. 1. anniuerſar. diſputat. c. 34. titulũ requirit quia titulus requiritur in vſucapione. iſta non eſt vſucapio, ideo ſufficit vſus longi temporis, nulla ſit mentio tituli in dictis legibus, imò vſus tẽporis longi vim habet tituli, vt ibi dicitur. Et rectè monet Conanus ad hoc propoſitum loco annotato, nu. 16.

Longiſſimo autem tempore 30. vel 40. annorum, & ſeruitutes præſcribuntur. l. Sicut l. Omnes. C. de Præſcrip. longiſſ. tempor. 30. vel 40. annor.

Vnus reſtat ſcrupulus ex l. vltim. C. de Præſcrip. longi tempor. Videtur enim tentari poſſe, ſeruitutes præſcribi poſſe longo tempore, propter illa verba : *Eodem obſeruando & ſi res non ſoli ſint, ſed incorporales, quæ in iure conſiſtunt, veluti vſusfructus, & cætera ſeruitutes.* Sed nihil moueor, quia non id agit ibi Iuſtinianus, vt ſeruitutes præſcribi poſſe decernat contra veterum Iuriſconſultorum authoritatem, quorum reſponſa, non niſi ſeria præfatione corrigere ſolitus eſt, & magno cum apparatu. Sed hoc decernit quæ ſit cauſa inter abſentes, & inter præſentes. Et dum in fine dixit. *eodem obſeruando, & ſi res non ſoli ſint*, alludere voluit ad præſcriptionem rerum incorporalium & ſeruitutum, quæ longo tempore amittuntur non vtendo, ſcilicet decem annis inter præſentes, & viginti inter abſentes. l. Sicut. C. de ſeruitutibus. Quare & in illis locum habebit ea conſtitutio, quæ declarat quando inter præſentes, vel inter abſentes cauſa agi videatur, ſicut & Accurſius rectè explicauit in d. l. vltima.

CAPVT XXIII.

De præſcriptione meri & mixti Imperij.

INueſtiganti mihi veterum ſententias, circa præſcriptionem meri & mixti imperij, quinque præcipuè videntur. Vna præſcribi non poſſe. Altera poſſe. Tertia poſſe quidem, ſed tẽpore hominum memoriam excedente. Quarta, ordinario tempore 10. annorũ inter præſentes, & 20. inter abſentes, cũ aliqua tamen diſtinctione. Poſtrema, quadraginta annorum ſpatio præſcribi poſſe, ſi poſſeſſor titulum habuerit, ſi verò non habuerit, tantum tempus requiri, quod memoriam hominũ excedat. Vide doctores, præſertim Iaſonem ad l. Imperium. n. 20. ff. de iuriſ. om. iud. Balbum de præſcriptionibus. 2. parte. 5. partis princ. q. 3. Couuar. ad c. Poſſeſſor malæ fidei. de reg. iur. lib. 6. 2. parte, §. 3.

Ipſe opinor, conſideratis iuribus, quibus nũc vtimur, præſcribi poſſe ſpatio quadraginta annorum cum bona fide. Moueor ex l. Omnes. C. de præſcrip. long. temp 30. vel 40. ann. vbi Imperator: *Nullum ius publicum, vel priuatum in quacũque cauſa, vel perſona, quod quadraginta annorum extinctum eſt iugi ſilentio*, moueri prohibet. Publicæ res vſucapionem non recipiunt longi temporis. l. Vſucap. 9. ff. de vſucap. Ergo nec iuriſdictio merúmque ac mixtum imperium, quia publici & non priuati iuris ſunt.

Dixi cum bona fide, quia alioqui præſcriptioni derogatum eſt, & meritò, à Pontifice maximo in c. vlt. de præſcrip. & alibi.

Non de rebus feudalibus hic diſputo, ſed de mero & mixto imperio, per ſe conſideratis, id eſt, ſeparatis à feudo. Non hoc volo, vt præſcribi poſſint aduerſus Imperatorem, ea quæ ipſe vetat diſertè in l. Comperit. C. de Præſcrip. longiſſ. tempor. Non hic etiam loquor de reſeruatis Principi puta iure vectigalium imponendorum, nec de his quæ pedagia, guidagia, ſalinaria ſummo Pontifici dicũtur, & meritò prohibita eſſe dicit, *quæ non apparent Imperatorũ, vel regum, vel Lateranenſis Concilij largitione conceſſa, vel ex antiqua conſuetudine à tempore, cuius non extat memoria introducta.* in c. Super quibuſdam. § Præterea. de verb. ſig. Non ſunt hæc miſcenda, confundendáque cum mero & mixto imperio.

Ergo extricatus cum ſim iis obiectionibus, cæteras ſic diluo. Primum, hoc adſertur, priuatos homines, ſi pro poteſtate, vel magiſtratu ſe geſſerint, lege Iulia Maieſtatis teneri. l. 3. in fine. ff. ad legem Iul. Maieſtatis.

Reſpon-

Reſpondeo, me bonam fidem exigere in poſſeſſore, non prauam hominum priuatorum vſurpationem, ac impoſturam, quæ per legem Iuliam meritò coërcetur.

Secundum argumentum, Merum imperium transferri in alium non poteſt. l. 1. ff. de off. eius cui mand. eſt iuriſd. Ergo neque vſucapi. l. 2. C. de vſucap. pro empto.

Nihil moueor, quia merũ imperium transferri poteſt à Principe, non ab eis quibus ſpecialiter mandatum eſt, nec mandata iuriſdictione transfertur. Nihil præterea ad rem facit l. 2. hoc enim vult, quæ teſtator ſeruari mãdauit, vendi non poſſe, & ſi vẽdantur, non vſucapi. Rectè, quia titulus iuſtus requiritur in longi temporis vſucapione. Nullus autem eſt titulus, quia teſtator ſeruari voluit non vendi.

Brocardicum denique eſt hoc, quæ in alium transferri nequeunt, non poſſunt vſucapi. Contrarium alij multi docuerunt apud Gabrieliũ lib. 5. comm. concl. tit. Præſcript. concl. 13. Alij quos ibi refert præſcribi poſſe dixerunt 30. annis, non autem longo tempore 10. annorum.

Maius faceſſere videtur negotium, quod reſpondit S. Pontifex in ca. 1. de Præſcript. lib. 6. vbi *poſſeſſori ius commune contrarium eſt, vel habetur præſumptio contra ipſum, bona fides non ſufficit, ſed eſt neceſſarius titulus, qui poſſeſſori cauſam tribuat præſcribendi: Niſi tanti temporis allegetur præſcriptio, cuius contrarij memoria non exiſtat.*

Sic in propoſito videtur, nam ei qui merum & mixtum Imperium præſcribit, ius commune aduerſatur, quo omnis poteſtas penes principem eſt. l. 1. ff. de conſtit. princip. Præſumptio igitur pugnat contra eum, quaſi videatur iniuſtè poſſidere, iuráque Principis ſibi vſurpare.

Reſpondeo, illud reſponſum Pontificis Maximi ad præſcriptionem decimarum, & rerum Eccleſiaſticarum pertinere, quod nemo negabit: quia de his loquitur, non igitur ad alias res longè diuerſas, ac profanas porrigendum eſt, contra expreſſam iuris ciuilis conſtitutionem, quæ ſpatio quadraginta annorum omnẽ præſcriptionem tam priuatarum, quàm publicarum rerum (inter quas rectè numerabis merum & mixtum imperium) includit in d. l. Omnes. C. de Præſcript. 30. vel 40. annor. Turpe eſt res Eccleſiaſticas quem poſſidere ſine titulo, cùm ius commune repugnat, eíque aduerſatur præſumptio, puta cùm decimas exigit in diœceſi aliena, præbet ſcandalum, murmurationem generat, aut certè prauam quandam opinionem. At in rebus profanis ſi bona fides adſit (nam ſine ea ruit omnis præſcriptio) ceſſant hæc incommoda, & publicè intereſt poſſeſſorem tanti temporis authoritate munitum, omni prorſus lite inquietationéque liberari.

CAPVT XXIV.

De iuris patronatus Eccleſiaſtici præſcriptione, an laicis ſit conceſſa.

Egregia diſputatio eſt, de præſcriptione iuris patronatus Eccleſiaſtici, quæ nec prætermittẽda erat, & digniſſima viſa eſt, quæ ſingulari ſtudio ac diligentia inter alias proponeretur, tractaretúrque.

Exiſtimo laicos præſcriptione temporis acquirere non poſſe ius patronatus, niſi iuſtus adſit titulus, bona fides, & ſpatium annorum quadraginta, vel tantum tempus quod memoriam hominum excedat. arg. c. 1. de Præſcrip. lib. 6.

Licet enim olim fuerit, & nunc etiam ſit controuerſia inter doctores hac de re, & in eam diſtinctionem multi conſenſerint, vt ſi Eccleſia libera ſit & non patronata, præſcriptio locum non habeat, ſi verò patronata ſit, locum habeat, vt diligenter explicat Couuar. ad reg. Poſſeſſor malæ fidei. de regulis iuris, lib. 6. 2. parte Relectionis. §. 10. magis tamen probo Archidiaconi ſententiam in ca. Hortamur. 71. diſtinct. ſimpliciter negantis, laicos præſcriptione temporis ius patronatus acquirere poſſe, quam ſecutus eſt Abbas Panormi. in cap. Querelam. de Elect. & in diſputatione incipiente Augerius. & in conſi. 106. lib. 2. Felynus in c. Cauſam. 7. num. 7. de Præſcrip. Niſi præſcriptio ſit temporis hominum memoriam excedentis, vt dictum eſt, quia illa vim habet tituli, argum. d. c. 1. de Præſcrip. lib. 6. ca. Super quibuſdam. §. Præterea. de verb. ſig. l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aq. quot. & æſtiua. vti docent Couuarru. loco annotato, num. 2. verſ. Poſſet tamen is. Rota Romana in nouiſſimis deciſionibus part. 3. deciſ. 243. Maſchardus de Probationibus vol. 2. concl. 958. num. 3. & Concilium Tridentinum ſeſſ. 25. de Reformatione cap. 9.

Non ignoro plurimos ex recentioribus, non nullos etiam ex veteribus contrarium reſpondiſſe, nimirum ordinaria temporis 40. annorum præſcriptione, vt cætera iura Eccleſiaſtica acquiruntur, ita acquiri etiam ius patronatus Eccleſiaſticum, vt videre licet ex Federico Senenſi, conſil. 234. ex Couuarru. loco annotato. Rolando à Valle conſilio 47. nu. 41. lib. 1. Menochio conſ. 241. numer. 6. lib. 3. Sed hoc ipſe vrgeo, hoc contendo, ſuperiorem ſententiam, quam probaui probabiliorem eſſe, & iuri canonico magis conſentaneam, quod non difficulter me perſuadere poſſe confido, ſi confirmata hac ſententia, quæ negat

prꝗſcriptionem ordinariam locum habere, argumenta contrariæ ſententiæ confutauero.

Laicus iura ſpiritualia poſſidere non poteſt, niſi quatenus iuſtas ob cauſas eidem ſpecialiter iure canonico permiſſum eſt, ca. Sacroſancta, c. Maſſana. de elect. c. 1. c. Laicis. c. Per laicos. 16. q. 7. & ferè per totam.

Sed ius patronatus, quo de agitur, ſpirituale eſt, vel iuri ſpirituali annexum. c. 3. de iud. c. De iure verò. de iure patronatus.

Ergo laicus illud extra caſus iure permiſſos poſſidere non poteſt. Igitur nec prꝗſcriptione temporis acquirere, c. Cauſſam. de prꝗſcript. c. Sine poſſeſſione. de reg. iur. lib. 6.

Cùm itaque duas ob cauſſas laicis conceſſum ſit ius patronatus habere, nimirum fundationis Eccleſiæ, vel donationis, vt ad hæc pia opera exercenda faciliùs inducantur, cap. 3. cap. Conſultationis. de iure patronatus, c. Piꝗ mentis. 16. q. 7. conſequens eſt, ceſſantibus iſtis, laicis interdici eiuſmodi iuris Eccleſiaſtici poſſeſſionem.

Reſpondent aliqui, hoc argumentum non obſtare, quoniam ex hoc apparet, laicos abſolutè incapaces non eſſe iuris patronatus, quod ad præſcribendi poteſtatem ſufficere videtur.

Nego conſequentiam, ſufficit enim vt præſcribere non poſſint, eos non eſſe capaces iuris patronatus, niſi ob certas cauſſas, ob quas diſpenſatum cum illis eſt. Nam ſic dicimus, laicos incapaces eſſe decimarum, & ideo eas prꝗſcriptione temporis acquirere non poſſe, c. Cauſſam quꝗ. de prꝗſcrip. licet ante Concilium Lateranenſe, ex quadam diſpenſatione, certas ob cauſſas, eas poſſiderent, c. 2. §. Sanè. de decimis, lib. 6.

Alij ſic reſpondent: licet habita ratione antiquorum canonum fundatori Eccleſiæ ius patronatus non acquireretur, c. Decretum. c. Nouerint. 10. quæſt. 1. & idcirco ex gratia conceſſum poſtea videatur, tamen habita ratione nouiſſimi iuris, quo laicis fundatoribus ius patronatus acquiritur, non videri ex gratia, ſed iure communi conceſſum, cap. 3. de iure patronatus.

Hæc omnia vera eſſe concedo, ſed non inde efficitur, laicos obtinere ius patronatus poſſe, extra cauſſas illas, fundationis & donationis.

Tertio loco reſpondet Decius in conſ. 134. n. 4. Ius patronatus etiam ad hꝗredes transferri, c. 1. de iure patron. Item cum vniuerſitate tranſire, c. Ex literis. eod. tit. Et exiſtenti in poſſeſſione ius prꝗſentandi competere, c. Conſultationibus. eod. tit. Et conſequenter à laicis obtineri, ac poſſideri poſſe, etiam extra dictas cauſſas fundationis ac dotationis.

Replicatur, hæc omnia venire in conſequentiam eius, quod laicis conceſſum eſt. Nam cùm laicis conceſſum ſit ius patronatus, ex dictis cauſis fundationis, & dotationis Eccleſiæ, conſequens eſt vt illud ius ad ſuos tranſmittant hꝗredes, & vt cum vniuerſitate bonorum tranſmittant in emptorem. Noſtra autem diſputatio non in iis terminis accipienda eſt, ſed an quis per ſe abſque iuſto titulo poſſidere poſſit, & longiſſimo 40. annorum ſpatio illud acquirere.

Fateor ius præſentandi competere exiſtenti in poſſeſſione iuris patronatus, ſed nego, quempiam poſſidere poſſe ius patronatus, niſi Eccleſiæ fundatione, vel dotatione illud acquiſierit, vel fundatoribus aut dotantibus hæres extiterit, vel iuſto titulo illud acquiſierit, puta ſi ius patronatus cum vniuerſitate bonorum fuerit alienatum.

Sed iam contrariæ ſententiæ argumenta diſſoluenda ſunt. Primum eſt ex cap. Querelam. de Electíon. quem textum omnes vrgent, illis verbis: *Cùm nobis conſtiterit quod populus in quaſi poſſeſſione præſentandi clericum exiſtebat, quando ipſum presbyterum ad illam elegit, &c.*

Reſpondeo, S. Pontificem eo in caſu loqui, quo ex conſuetudine loci clerici præſentatio ad populum ſpectabat. Id patet ex verbis præcedentibus, ibi: *Sed ipſe per electionem populi, ad quem de antiqua conſuetudine pertinet electio, &c.* Aliud autem eſt conſuetudo, aliud prꝗſcriptio. illa vim habet legis. c. Conſuetudo. 1. diſt. l. De quib. ff. de legib. Potuit autem ſic accidere, vt populus conſtruxiſſet in eo loco Eccleſiam, vel dotaſſet, aut aliam iuſtam ob cauſſam ius præſentandi obtinuiſſet.

Secundum argumentum eſt ex c. Generali. de Elect. lib. 6. ibi: *Qui autem ab ipſarum Eccleſiarum cæterorúmq. locorum fundatione, vel ex antiqua conſuetudine iura ſibi vindicant, &c.*

Reſpondeo eodem modo quo ad primum argumentum. Neque enim tex. dicit, laicos poſſidere poſſe iura Eccleſiaſtica, ſed de illis laicis loquitur, quibus vel ex antiqua conſuetudine, vel ab ipſa Eccleſiarum fundatione tale ius competit, quæ ideo non obſtant, quia antiqua conſuetudo vim legis habet, vt dixi, & qui ſtatim poſt Eccleſiæ fundationem regalia, titulúmque aduocationis & defenſionis in monaſteriis habuerunt, iuſtas ob cauſſas habuiſſe iudicandi ſunt, ideo monentur ibi à S. Pontifice, ne illis iuribus abutantur.

Tertium argumentum eſt ex c. Cura. de iure patronatus, ibi: *Niſi legitima fuerit præſcriptione munitus, &c.* Reſpondeo, non inde colligi, laicum præſcribere Eccleſiam poſſe, vel ius patronatus, ſed clericos ex laicorum donatione Eccleſias vindicare non poſſe, niſi legitima fuerint præſcriptione muniti. Verba textus

textus hæc sunt: *Mandamus quatenus ex donatione laicorum, nisi authoritas diœcesani Episcopi & consensus adsit, nullus vestrum aliquas sibi Ecclesias vindicare præsumat, vel retinere taliter acquisitas, nisi legitima fuerit præscriptione munitus.*

Dices, si laicus præscribere non potest Ecclesiam, ergo neque clericus, qui ab eo caussam habet, præscribere poterit. Respondeo, ideo clericum præscribere posse, quia possidere potest, & bonam fidem habere potest, credendo laicũ ex aliqua iusta caussa donare potuisse, laicus vero extra dictas iustas caussas, quibus Ecclesiastica iura obtinere permittitur nec possidere, nec præscribere potest.

Quartum argumentum est Federici Senensis, in d. cons. 234. *Ius eligendi quoad clericos in Ecclesia collegiata* (sunt verba ipsius) *& ius præsentandi, quoad patronum sunt paria, vt sicut vnus habet eligere, ita alter præsentare, c. 1. de Elect. 16. q. vl. c. Congregatio. & c. Nobis. de iure patronatus Sed ius eligendi potest præscribi per clericum, qui non est de collegio illius Ecclesiæ, de cuius electione agitur etiam sine titulo. c. Cùm Ecclesia. de caussa possess. & proprie. Ergo eodem modo ius præsentandi poterit præscribi per laicum, etiam sine titulo, dummodo adsit bona fides.*

Respondeo, maiorem propositionem, quæ in argumento adfertur, nec probari iis quæ adferuntur testimoniis, nec iuri consonam videri. Certè in cap. 1. de elect. in d. c. Congregatio. in d. c. Nobis. nulla fit mentio comparationis illius clerici & laici, de qua in argumento.

Non videtur autem iuri consona illa comparatio, quia clericus capax est iurium Ecclesiasticorum & spiritualium, laicus verò nequaquam absolutè capax est, sed in certis quibusdã casib. duntaxat ex gratia ac dispensatione Ecclesiæ, quæ id sustinet iustas ob caussas. Et ideo non si clericus ius eligendi in aliena Ecclesia præscribere potest, idcirco laicus ius præsentandi præscribere poterit.

Quintum argumẽtum eiusdem Federici Senensis est loco annotato. Ius conferendi Ecclesias vel præbendas præscribere quis potest, vt notatur in d. c. Cùm Ecclesia Vulterana. de Elec. & in c. vlt. de suppl. negl. prælator. Ergo & ius præsentandi. Nam plus est conferre, quàm præsentare, vel eligere.

Respondeo, præscribi hæc quidem posse, sed non à laicis. Nec contrarium probant testimonia in argumento allata, quia nullum hac de re verbum continent.

Postremum argumẽtum est, quia 40. annorum præscriptio regulariter sufficit, exceptis iis, quæ Gloss. commemorat in c. Cùm non liceat. de Præscr. Sed ius patronatus exceptum non reperitur. Ergo præscribi potest.

Respondeo satis exceptum videri ius patronatus in quæstione nostra, cùm sit spirituale ius, siue annexum iuri spirituali, ac proinde à Laicis possideri non possit, nisi ex caussis iam dictis. Si. n. possideri non potest, ergo; nec præscribi, vt alibi S. Pontifex argumentatur in c. Caussam. quæst. 7. de præscrip.

CAPUT XXV.

De præscriptione Ciuitatis, hoc est, an Ciuitas præscribere possit rem alienam, quando Ciues ab initio sunt in mala fide, si illis mortuis alij Ciues bonam fidem habeant?

Donec viuũt Ciues, qui malam fidem habent, Ciuitas vsucapere non potest, cæterùm eis defunctis, si alij successores sint in bona fide, vsucapere potest, ita docet Baldus de præscriptionibus in 2. parte, 3. partis princ. q. 17. ex notatis per Innocentium in c. Cura, de iure patronat. per Bartolum in l. Potest. in fine. ff. de vsucap. per Socinum seniorem in consi. 187. col. vlt. vers. Præterea, lib. 2. Alios citat Gabrielius lib. 6. comm. concl. tit. Quod cuiusque vniuersitatis nomine. concl. 1. nu. 14.

Sed istis ego non assentior, quia licet mortui sint priores illi Ciues, qui malam fidem habuerunt. & alij in locum eorum successerint bonæ fidei possessores, eadem tamen Ciuitas esse dicitur. l. Proponebatur. ff. de iudiciis, & consequenter dicitur, semper esse in mala fide, ita rectè responderunt Corneus in cons. 22. n. 12. lib. 1. Hippolytus Riminaldus in cons. 6. n. 102. li. 1. Citatũrque ab omnib. eiusdem sententiæ Baldus ad l. Imperium. ff. de iurisd. om. iud. sed fortasse hoc dixit in antiqua Lectura, sicut eum citauit Socinus senior, quæ non habetur, nam in exemplaribus, quæ extant, non inueni.

Non obstat Bartoli authoritas, quæ in contrarium adfertur in d. l. Potest. Nam Bartolus nititur authoritate Innocentij in d. c. Cura. de iure patronat. vbi Innocentius id non affirmat, imò disputando in contrariam potiùs sententiam inclinat: quod & Corneus animaduertit loco proximè citato.

Hæc admonenda putaui, ne quis re non diligenter considerata, Baldi authoritate deciperetur.

CAPUT XXVI.

An bona fides in præscriptione immemoriali necessaria sit?

Non esse necessariam bonam fidem in præscriptione temporis immemorialis, quia

viui habet tituli, priuilegij iuris constituti, legis, veritatis, existimarunt Salycetus ad l. 2. C. de seruit. & aqua. Baldus consil. 352. num. 3. lib. 1. Decius ad l. Traditionib. nu. 12. C. de pactis. & in consil. 496. num. 5. consil. 638. num. 4. Boerius decis. 39. nu. 7. Iason consil. 209. lib. 2. alios citat Gabrielius tit. de Præsumptionibus, conclus. 1. num. 57.

Sed horum sententia explodenda est, siue ratione, siue iure, siue authoritate certandum sit. Nam ratio est in promptu. Omne quod non est ex fide, peccatum est, vt ait Apostolus: Tantoque sunt grauiora peccata, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam, vt dicebat Gregorius Pontifex in cap. vlt. de consuetud. Ergo qui est in mala fide, rem alienam detinens, peccat, nec poterit absque peccato legis beneficium obtinere, præscriptionem inducentis. Omni enim constitutioni derogandum est, quæ absque peccato seruari non potest, vt inquit S. Pontifex in cap. vlt. de Præscript.

Ius est etiam perspicuum hac in re. Nã nullã præscriptionem absque bona fide valere declarat S. Pontifex in cap. Vigilanti. & in cap. vlt. de præscript. Si nulla præscriptio valet. Igitur nec immemorialis.

Nec desunt authoritates Doctorum, quæ contrariis opponantur authoritatibus. Nam sententiam hanc, qua dicimus, non valere præscriptionem etiam immemorialem absque bona fide, amplectuntur Glos. in c. 1. in vers. Nisi de præscript. libr. 6. & ibid. Philippus Francus, Angelus Aretinus in §. Furtiuæ, Inst. de vsuc. Crauetta in cons. 146. Balbus de Præscript. 2. parte, 3. partis princ. quæst. 6. Afflictus decis. 368. nu. 10. Abbas Panormitanus in d. cap. vlt. de præscript. Couuar. alios citans ad reg. Possessor malæ fidei. de reg. iuris. lib. 6. 2. parte. § 8. n. 4. Guido Papæ cons. 91. n. 5. Zasius cons. 16. n. 51. lib. 2. alios citat Antonius Gabrielius d. cons. 1. de Præscriptionibus, n. 57. vers. Contrarium. & num. 59.

CAPVT XXVII.

An mala fides defuncti noceat hæredi, quò minus, licet in bona fide sit, præscribat? & quid si hæres inuentarium confecerit?

Vitia possessionum à maioribus contracta perdurant, & successorem authoris sui culpa comitatur, inquit textus in l. Vitia. C. de acquir. possess. Hæres personam defuncti refert omnib. in rebus, adeò vt quam fidem defunctus habuit, eandem hæres habere videatu. Nec mirum, cùm vna & eadem persona videantur hæres & defunctus, vt dicit Imperator in Nouella, de iureiurando, à moriente præstito. Quare non discedo ab ea sententia, quam amplexus sum in prima parte controuersiarum, lib. 1. c. 66. Hæredi in bona fide existenti nocere malã fidem defuncti, atque impedimento esse, ne præscribere possit, licet non velit accessione temporis vti ex defuncti persona, sed a se ipso præscriptionem inchoare, mala fides, n. defuncti transit in ipsum. Nulla autem præscriptio valet sine bona fide. cap. vlt. c. Vigilanti. de Præscript. Ergo hæres præscribere non potest, quod defunctus non potuit. l. Cùm hæres. ff. de diuers. & temp. præscript.

Nec me diuellunt ab hac sententia, quæ adfert Vasquius lib. 2. controuersiarum illustrium cap. 73. Summa enim eorum quæ ipse adfert, ad tria capita reuocari potest. Primum est, quod leges dicunt, vitia possessorum transire in successores & hæredes, accipiendum esse, quando successores hæredes vti volunt accessione temporis ex persona defuncti. Secũdum, id valere ad impediendam longi temporis præscriptionem, non autem longissimi temporis 30. vel 40. annorum, quæ tunc non erat introducta nec cognita. Tertium, hanc esse malam fidem, non veram, sed fictam, quæ a defuncto transit in hæredem. Prouenit enim ex eo, quod hæres videtur eadem persona cum defuncto ac defunctum ipsum referre. Ius Canonicum autem toties impedimento præscriptioni 30. annorum est, ob malam fidem, quoties mala fides vera est, certa, indubitata, non etiam cùm ficta est.

Respondeo ad primum, ei qui dicit probationem incumbere. Probationem pero istius expositionis, vel ex lege, vel ex ratione aliqua. Nullam profert legem. Rationem profert admodum infirmam? *Verùm cùm hæres,* inquit, *vult à se inchoare præscriptionem, non sibi impedimento est. Nam inutilis possessio defuncti, non potest hæredi magis nocere, quàm si nulla omnino foret. arg. l. Vnica. in prin. C. de rei vxor. act.* Ratio hæc infirma est, & nullius planè momenti. Nam cui dubium, quin hæres præscribere posset ex se bonam fidem habens si non obstaret ei mala fides defuncti? Nego igitur consequentiam illam. Si nulla esset defuncti possessio, non id hæredi obstaret, quò minus præscriberet. Ergo neque obstare potest vitiosa defuncti possessio. Vbi enim nulla est possessio defuncti, non potest in hæredem vlla culpa, vitiúmve vllum possessionis transire, quia nõ entis, nullæ sunt qualitates: sed vbi aliqua est possessio defuncti, eaque vitiosa, transire potest in hæredem vitium eius. Hæc ratio non est in specie l. Vnica. C. de rei vxo. act. ideo inutilis stipulatio interposita

posita non nocet vxori, nec impedit tacitam à lege inductam stipulationem. Nullum vitium ex inutil. stipulatione expressa transfundi potest in tacitam illam, ideo non est impedimento tacitæ stipulationi.

Ad secundum respondeo, si ius ciuile duntaxat spectemus, quo præscriptio 30. annorum valet, etiam cum mala fide argumentum militare; nam etsi vitia defuncti in hæredē transeant, nihil tamen ea res obstare potest longissimi temporis præscriptioni, cùm & hæres ipse præscribere possit, etiam cum mala fide, quam ex persona propria contraxerit, multò magis ergo si ex persona defuncti sit in mala fide. Verum si ius Canonicum spectemus, quod spectandum esse in hac materia peccati, etiam in foro Cæsaris inter omnes conuenit, quãuis de præscriptione longissimi temporis agatur ex c. vlt. de præscript. alia ratio ineunda erit. Nam cùm bona fides necessaria sit, & nulla procedere possit absque bona fide præscriptio, vt in d.c. vlt. Hæres autem sit in mala fide propter defuncti vitium, quod transit in ipsum, non intelligo, quomodo præscribere possit. Res enim redit ad antiquum statum, scilicet longi temporis præscriptionis, quæ bonam fidem requirebat, siquidem iam illa requiritur in omni præscriptione longissimi temporis. Ergo sicut olim defuncti culpa vitium, præscriptioni hæredis impedimento fuerat in longi temporis præscriptione, ita nunc impedimento esse oportet in longissimi temporis præscriptione.

Ad tertium argumentum respondeo, negando præscriptionem valere cum mala fide ficta secundùm ius Canonicum. Nam ius Canonicum disertè requirit bonam fidem: *Synodali iudicio definimus, vt nulla valeat absque bona fide præscriptio*, inquit Innocentius in d.c. vlt. de præscript. Nemo autem dixerit malam hanc fidem fictam, bonam fidem esse, non magis quàm bonum esse id quod malum est.

Nec obstant Doctores allegati à Vasquio ad hoc probandum, nimirum ex iure Canonico fictam malam fidem, non nocere præscriptioni, sed veram tantùm. Nam doctores non ita loquuntur, sed hoc dicunt, si defunctus fuerit in mala fide ficta, seu præsumpta, non autem vera, id hæredi non nocere, quia cùm ex fictione legis hoc inductum sit, vt mala fides defuncti noceat hæredi, quia videtur esse eadem persona cum defuncto, id accipiendum est de vera mala fide defuncti, non de ficta & præsumpta, ne duæ fictiones in præiudicium hæredis, quoad vnam ac eandem rem contra æquitatem concurrant. Non mihi credatur, sed iis Doctoribus, quos ipse citat, inter quos Couuar. est loco omnium in reg. Possessor malæ fidei in 2. parte. §.6.n.6 de reg. iuris, lib.6.

CAPVT XXVIII.

Error iuris an prosit ad præscriptionem longissimi temporis?

CErtum est, errorem iuris non prodesse ad vsucapionem & præscriptionem longi temporis ex l.4. ff. de iuris & facti ignor. ex l. Nunquam. 31. ff. de vsucap. ex l.1. §. Si a pupillo. ff. pro emptore. Cæterùm, an saltem proficiat ad longissimi temporis præscriptionem controuersia est. Nam tres sunt Doctorum sententiæ. Vna prodesse, ita docet Paulus Castrensis in l. Celsus. non procul ab initio. ff. de vsucap. & alij multi a Couuarruuia citati in reg. Possessor malæ fidei, parte 2. § 7. n.5. vers. Secunda conclusio. de regulis iuris, libro sexto.

Fundamentum est primò in cap. Peruenit. de emptio. & vendit. vbi nihil de errore iuris dicitur. Secundò, quia in præscriptione longissimi temporis titulus non requiritur, sed bona fides sufficit ex iure Canonico necessaria. Error autem iuris bonam fidem non impedit. l. Sed & si lege §. Scire. ff. de peti. hæred. quem textum ideo non rectè allatum existimo, quia non dicit errantem in iure bonam fidem habere, sed prædonem non esse. Ius autem Canonicum requirit bonam fidem positiuè, vt loquuntur nostri c. Si diligenti. c. vlt. de præscriptio. Ergo non sufficit malam fidem abesse.

Secunda est sententia, distinguendum esse inter errorem iuris resistentis, & errorem iuris non assistentis, neque resistentis. Priore casu præscriptioni longissimi temporis non prodesse, posteriori autem prodesse, ita Couuar. qui alios citat loco proximè citato, nu.5. vers. Hæc autem secunda conclusio. Ratio est, nam si ius resistat possessori, dicitur esse in mala fide. quia contra iura mercatur, l. Quemadmodum. C. de agricolis & censitis. Mala fides verò præscriptioni est impedimento, qua de agitur ex iure Canonico, vt dictum est. Si verò non resistat, tunc possessor nō est in mala fide, consequenter præscribere potest.

Sed negari potest consequentia ista, licet enim possessor non sit in mala fide, non tamen dicitur esse in bona fide. Ius autem Canonicum, vt dixi, requirit bonam fidem, ideo non sufficit malam fidem abesse.

Tertia est sententia non prodesse simpliciter errorem iuris ad huiusmodi præscriptionē. ita multi docuerunt, quos refert & sequitur Felynus in c. De quarta n.34. & seq. de præscript.

Fundamentū est primo in l. 7. ff. de iuris &

fact. ign. vbi Papinianus respondit: *Iuris ignorantiam non prodesse acquirere volentibus.* Et rursus in l. 8. *Errorem iuris in compendiis non prodesse.*

Secundo, quia iuris error non prodest in vsucapionibus. l. 4. ff. eod. tit. cum aliis initio huius capitis adductis. Et licet de longi temporis præscriptione dictæ leges loquantur, tamē eadem ratio est in præscriptione longissimi temporis, ne iuris error prosit ad acquirendū, contra iuris regulas, & quia bonam fidem non inducit, licet interdum a mala fide excuset.

Huic sententiæ magis est vt acquiescam, licet enim maior sit numerus eorum, qui faueant sententiæ secundo loco suprà relatæ. Rationibus tamen certandum est, non fautoribus.

CAPVT XXIX.

Error iuris, an prosit ad fructuum acquisitionem?

INseram hoc loco aliam controuersiam de errore iuris, an videlicet prosit ad acquisitionem fructuum, deinde ad præscriptionem reuertar: Tres sunt doctorum sententiæ: Prima, errorem hunc prodesse ad acquisitionem fructuum, ita docent Ancharanus, Cardinalis & Imolensis in cap. Ad nostram. de reb. Eccles. non alienand. Couuar. lib. 1. variar. resolut. c. 3. num. 8.

Fundamentum est in l. Sed & si lege. §. Scire. ff. de petitione hæreditatis. vbi Vlpianus: *Et non puto, inquit, hunc esse prædonem, qui dolo caret, quamuis in iure errauit.*

Altera est sententia, distinguendum esse inter errorem iuris, neque resistentis, neque assistentis, & errorem iuris resistentis. Priore casu locus est acquisitioni fructuum, posteriori nequaquam. Ita Bartolus in dict. l. Sed etsi leg. §. Scire. Felynus in c. De quarta. n. 3. de præscrip. Abbas Panormit. & Iason, Butrius in c. ad nostram. de reb. Eccles. non alienan. Balbus ad l. Celsus ff. de vsucap. 4. not.

Fundamentum est, quod ad primum distinctionis membrum attinet in d. §. Scire. quod autem ad posterius attinet. in l. Quemadmodum. C. de agrico. & censi. in l. 1. C. de fide instrum. & iure hastæ fiscalis, lib. 10. in c. Si quis presbyterorum. de reb. Eccl. non alie. quibus probatur, eum qui contra iura mercatur esse in mala fide, ac proinde condemnandum ad restituēdos fructus, nec distinguitur, an iuris error interuenerit nec ne.

Tertia est sententia Pinelli ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 2. c. 4. n. 34. 35 36. errorem iuris indistinctè non prodesse ad acquisitionem fructuum.

Fundamentum est in l. 7. ff. de iuris & facti ign. vbi Papinianus respōdit: *Iuris ignorātiam non prodesse acquirere volentibus,* & idem Papinianus in l. 8. eod. tit. ait: *Error iuris nec fœminis in compendiis prodest.*

Hæc sententia mihi verissima videtur: nec dubito quin contrariæ sententiæ caussam præbuerit praua interpretatio text. in d. §. Scire. Nam non dicit ibi textus, errorem iuris prodesse ad acquisitionem fructuum, sed à mala fide excusare possessorem, propter quam malam fidem, non sicut prædo tenetur eo iudicio petitionis hæreditatis ad fructus, qui percipi potuerunt. Tenetur tamen ad restituendos fructus perceptos, in quantum factus est locupletior, sicut cæteri bonæ fidei possessores. Singula sic vera esse demonstro. In l. Et non tantum 21. §. Præter hæc. ff. eod. tit. verba Senatusconsulti referuntur, quod ad rem nostram attinet huiusmodi: *Item eos qui bona inuasissent, cùm scirent ad se non pertinere, etiam si ante litem contestatam fecerint, quò minus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent. Eos autem qui iustas caussas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, vsque eò duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent.*

Vlpianus ergo in l. Sed & si lege. quæ est 28. verba Senatusconsulti interpretatur, & in §. Quod autem. sic ait: *Quod autem ait Senatus eos, qui bona inuasissent, loquitur de prædonibus, id est, de iis, qui cùm scirent ad se non pertinere hæreditatem, inuaserunt bona, scilicet cùm nullam haberent caussam possidendi, sed & fructus non quos perceperunt, inquit, sed quos percipere debuerunt, eos præstaturos.*

Postea pergit Vlpianus in d. §. Scire. declarans quis dicatur possessor, scire, bona ad se nō pertinere, ad hunc effectum, scilicet, vt tanquam prædo condemnetur secundùm formam Senatusconsulti, & ita dicit: *Scire ad se non pertinere, vtrum is tantummodò videtur qui factum scit, an & is qui in iure errauit. Putauit enim rectè factum testamentum, cùm inutile erat vel cùm eum alius præcederet agnatus sibi potius deferri. Et non puto hunc esse prædonem qui dolo caret, quamuis in iure errauit.* Hactenus Vlpianus.

Porrò talem in iure errantem possessorem fructus præstaturum, in quantum factus est locupletior, dubitari non potest. Nam & ipsi bonæ fidei possessores hoc iudicio petitionis hæreditatis fructus reddere cogendi sunt, si facti sint locupletiores. l. 1. C. de petitione hæred. conuenienter Senatusconsulto, de quo in dict. l. Et non tantùm. §. Eos autem. ff. eodem titulo.

CAPVT XXX.

An titulus ad præſcriptionem neceſſarius, ex longi temporis poſſeſſione ſit præſumendus?

REdeo ad præſcriptionem. Longi temporis præſcriptio requirit bonam fidem, iuſtum titulum, & continuatam poſſeſſionem, vt habemus ex ipſis iuris elementis Iuſtiniani in Inſt. de vſucap. Titulus non præſumitur, imò probandus eſt. l. Nullo. C. de rei vind. l. Diutina. C. de longi temp. præſcrip. Sed quæſtionem proponit Vaſquius controuerſiarum illuſtriũ. lib. 2 c. 61. cum aliquot ſequentib. an ex diutina poſſeſſione titulus ad præſcriptionem idoneus præſumendus ſit, ſi allegetur: & vltra quinquaginta argumenta affert ad probandum, eiuſmodi titulum præſumendum eſſe. Eiuſdem ſententiæ authores complures laudat, & contrariæ quoque ſententiæ commemorat authores, omnia fideliter mutuatus ex Tiraquello de præſcriptionibus. §. 1. Glo. 4. quod factum non accuſo. Illud improbo, quòd viri doctiſſimi non ſat iuri conſona ſententia eſt; nec argumentis nititur ſatis ad rem hanc idoneis, & Doctorum teſtimoniis multis abutitur. Singula ordine demonſtrabo.

Non eſt iuri conſentanea doctrina, quia ſi ex diutina poſſeſſione titulus præſumeretur, fruſtra Diocletianus diceret: *Nullo iuſto titulo præcedente poſſidentes, iuris ratio quærere dominium prohibet, idcirco cùm etiam vſucapio ceſſet, intentio dominij nunquam abſumitur.* l. Nullo. C. de rei vind. Nam poſſeſſor diceret ſe titulum iuſtum probare ex eo, quod poſſedit longo tempore, quia ex longa temporis poſſeſſione præſumitur titulus, quod eſt abſurdum, & contra legem eiuſdem Diocletiani: *Diutina poſſeſſio tantùm iure ſucceſſionis ſine iuſto titulo obtenta prodeſſe ad præſcriptionem, hac ſolà ratione non poteſt.* l. Diutina. C. de præſcript. longi tempor. Deberet igitur actor oppoſita è longi temporis præſcriptione, probare poſſeſſorem iuſtum titulum non habuiſſe, quo nihil eſt abſurdius. Nam negantis per rerum naturam nulla eſt probatio. l. Adſeueratio. C. de non num. pecunia. Nec ei qui negat incumbit probatio, ſed qui dicit. l. 2. ff. de probation.

Præclarè Celſus ad Sabinum: *Errare eos, ait, qui exiſtimarent, cuius rei quiſque bona fide poſſeſſionem adeptus ſit, pro ſuo vſucapere eum poſſe & nihil referre emerit nec ne, donatum ſit nec ne, ſi modò emptũ, vel donatum ſibi exiſtimauerit, quia neq; pro legato, neq; pro donato; neque pro dote vſucapio valet, ſi nulla donatio, nulla dos, nullum legatum ſit.* l. Celſus. ff. de vſuc. Ab hoc non procul diſtare is videtur, qui aſſerit ſe iuſto titulo poſſediſſe ac poſſidere, ſi nullũ oſtẽdat titulum. Probandus ergo titulus iuſtus eſt, non allegandus ſolùm. Malè itaque Vaſquius eruditiſſimus licet Iuriſconſultus.

Dixi ſecundò, Vaſquij argumenta non pertinere ad hãc quæſtionem, & probo. Nam huc ferè omnia tendunt: titulum pręſumi ex diutina vſurarum præſtatione. l. Cùm de in rem verſo. ff. de Vſuris. ex diuturno vſu ſeruitutis. l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua quotid. & æſtiua. l. 1. §. vlt. de aqua plu. arcen. Item titulum beneficij Eccleſiaſtici ex poſſeſſione diuturna præſumi, emancipationémque filij ſi diu ſe pro emancipato geſſit, l. 1. C. de patria poteſt. Item in aditione hæreditatis. l. Si filius. C. de pet. hęred. l. Qui aliena. ff. de acq. hęred. Item legitimum matrimonium. c. illud. de præſumpt. Titulum quoque libertinitatis. l. Circa. ff. de probation. Itẽ conſenſum in alienatione requiſitum à lege vel ſtatuto. Ratificationem quoque neceſſariam. Donationẽ quoque ex l. Procula. ff. de probation. Temporiſque diuturnitatem alias multum operari. l. Qui in prouinciali. §. 11. ff. de ritu nupt. cap. Licet, de coniugio ſeruor. Domicilij conſtitutionem præſumi ex longa habitatione. Tranſactionem quoque ſuſtineri, cap. Contigit, de Tranſact. Votum continentię præſumi, cap. Neque viduas, 27. quęſtion. 1. Initiatum quem ſacris eſſe, vnionem etiam præſumi. Conſenſúmque Epiſcopi in tali vnione. Conſenſum vt alter ex coniugibus ingrediatur monaſterium ac religionem. Diuiſionem quoque pręſumi. Emphytheuſim ac feudum. Mutationem voluntatis. Conſecrationem Eccleſię. Iuramentum. Trebellionatum. Priuilegium. Mandatum. Acta iudicialia. Executionem ſententię ritè factam. Solennia alienationis rerum Eccleſiaſticarum. Citationem pactis in inſtrumenti exemplo ſumpto ſolennitatem. Pręterea tempus eſſe veritatis patrem, magnam vim habere. Scientiamque & patientiam vim habere conſenſus. l. Si ego. §. 1. ff. de publiciana. l. Alienationis verbum. ff de verb. ſignific. l. Si quis diuturno. ff. ſi ſer. vind.

Denique obliuionem ex longo tempore induci ac pręſumi, ac proinde teſtes haud facilè inueniri poſſe, qui de titulo teſtificari valeant: meritò ſolam tituli allegationem ſufficere.

Retuli ſingulatim hęc argumenta, quoniam ea retuliſſe confutaſſe eſt. Status noſtræ quæſtionis eſt: ſi probauero, me rem tuam longo tempore poſſediſſe, ſiue te ignorante, ſiue ſciente (neque enim lex diſtinguit inter ſcientiam & ignorantiam. l. vlt. C. de longi temporis præſcript.) an titulum quem allegauero

ex diutina poſſeſſione præſumendus ſit, titulus, inquam, iuſtus, quem acquiſiuerim ab alio non domino, quem dominum eſſe credebam bona fide, non dico, quem à te domino rei acquiſiuerim. Nam ſi à te cauſam habuero ad transferendum dominium idoneam, dominus effectus ſum. l. Ex empto. ff. de act. empt. nec indigeo præſcriptione. Titulus ergo iuſtus ab alio acquiſitus non præſumitur: quia argumenta relata probant, in caſib. illis expreſſis titulum præſumi habitum & acquiſitum, ex longo tempore non ab alio quodam tertio, vt ita dicam, ſed ab eo qui ſoluit, qui paſſus eſt, qui aliquid fecit. Ex quo ſequitur, ſi argumenta valerent, id ex eis probari poſſe; ſi te ſciente & patiente longo tempore rem tuam poſſedero, videri te conſenſum accommodaſſe, iuſtámque mihi poſſidendi cauſam tribuiſſe, quod non pertinet ad præſcriptionem, vt dixi. Nam præſcriptio non requirit titulum, & cauſam ab eo qui rei dominus eſt; ſed ab alio non domino, quem dominum eſſe credebat is qui præſcribit.

Et quidem in ſeruitutibus, quia vſus poſſeſſionis pro traditione accipitur. l. Quoties. ff. de ſeruitut. & patientia vicem obtinet traditionis. l. Si ego. §. 1. ff. de publiciana. obtinuit, vt qui longo tempore vſus fuerit ſeruitute, *non vi, non clam, non precario*, habuiſſe velut iure impoſitam ſeruitutem videatur. l. 1. § vl. ff. de aqua plu. arcen. l. Si quis diuturno. ff. ſi ſeruitus vind. In aliis rebus corporalibus quia vera traditio locum habere poteſt, non idem obtinuit. Nec mouet l. Alienationis. de verb. ſign. quia non hoc probat, eum qui patitur rem ſuam vſucapi, videri titulum tribuere vſucapienti, quia iam illum habet iuſtum, alioqui vſucapere non poſſet. ſed hoc vult, videri alienare, qui patitur rem ſuam vſucapi: ratio eſt, quia cùm eam vindicare poſſit, & id negligat, videtur conſentire, vt in alium transferatur. Idem iuris eſt in annuis vſuris, ac præſtationibus, de quibus loquitur l. Cùm de in rem verſo. ff. de Vſuris.

Verùm etſi ſcientia & patientia vnà cùm diuturna poſſeſſione idem in rebus corporalibus efficeret, quod efficit in ſupradictis, non tamen inde efficeretur, titulum ab alio quàm à ſciente & patiente præſumendum eſſe. Id Paulus Caſtrenſis rectè annotauit in l. Seruitutes. ff. de ſeruitutib. his verbis, non procul à fine: *Sed quid ſi non allego titulum ab aduerſario, ſed à quodam tertio, & ad eius probationem induco tempus longum, dico hoc non ſufficere, quia ſcientia & patientia domini, non facit reſultare præſumptionem in facto alieno, ſed in proprio.*

Porrò fateri oportet, ſolennia ex curſu temporis præſumi interceſſiſſe: & temporis diuturnitatem multum operari. Sed inde ſequi quod poſtea ad rem noſtram infertur negari meritò poteſt, quia longè ab iis differre conſtat, quod in hanc quæſtionem venit.

Illud leuiſſimum mihi videtur, obliuionem ex longo tempore teſtium eſſe præſumendam: Id iure non probatur, experientia repugnat. Quis enim obliuiſcitur eorum quæ ante decennium vidit? Et nihil ad rem facit; quia titulus probari poteſt inſtrumentis & publicis ſcripturis, non teſtibus duntaxat.

Poſtremò, dixi doctiſſimum virum abuti teſtimoniis doctorũ. Id probo. Nam maior pars doctorum, quos citat, non id quærit, an ex l. Cùm de in rem verſo. ff. de vſuris. præſumatur hoc modo titulus præſcriptionis, à quodam tertio habitus, vt verbis vtar Pauli Caſtrenſis loco proximè citato, ſed an ſicut in annuis præſtationibus titulus præſumitur ex longo tempore: ita etiam in aliis rebus præſumendus ſit, titulus, inquam, ab aduerſario habitus, qui ſcit & patitur, non à tertio aliquo. Ergo, vt maximè communis ſententia, quæ præſumi titulum hunc affirmat, Vaſquio adſtipuletur, non rectè tamen ad quæſtionem iſtam accommodatur, in qua agitur de titulo præſumendo ab alio, quam ab aduerſario: vt ſæpe dixi: Scio tamen nonnullos, quos Balbus commemorat, de præſcription. in 1. parte, 3. partis princip. q. 10. apertè docuiſſe, titulum ad præſcriptionem neceſſarium ex longo tempore præſumi. Sed Bartol. contrarium docuit in d. l. Cùm de in rem verſo. & multi alij quos citat Balbus loco annotato, & quibus magis eſt vt calculum meum adiiciam.

CAPVT XXXI.

Vtrum is qui ignorat ſe titulum habere neceſſarium ad præſcribendum, valeat præſcribere?

NOn poſſe eum vſucapere longo tempore, qui titulum habet idoneum ad vſucapionem, ſi ignoret, ſe eum habere, authores ſunt Baldus & Salicet. in l. 1. Cod. per quas perſonas nobis acquiritur, quos Felyn. refert in ca. Illud. non procul ab initio. verſ. Dicit etiam Bald. de præſcr. Alios quoſdam citat Vaſquius controuerſ. illuſtrium, lib. 2. c. 69. qui hoc non dicunt.

Fundamentum ponunt in l. Poſſeſſio. §. 1. ff. de acq. poſſeſſ. Papinia. *Etſi poſſeſſio per procuratorem ignoranti quæritur, vſucapio verò ſcienti competit, &c.* Et in l. 1. C. de acq. poſſeſſ. Impp. Seuer. & Anto. *Per liberam perſonam ignoranti quoque adquiri poſſeſſionem, & poſtquam ſcientia interuenerit vſucapionis conditionem inchoari poſſe, tam ratione vtilitatis, quàm iuris prudentia receptum eſt.*

Falluntur

Falluntur isti. Nam his legibus nõ negatur, eum vsucapere, qui titulum possessionis ignorat, sed eum qui possessionem sibi quæsitam ignorat, licet enim ignoranti possessio acquiratur, vsucapio ignoranti tamen non conceditur. Rationem puto hãc esse, quia is qui se possidere ignorat, non habet bonam fidem, hoc est, non credit eum dominum qui tradidit. Nescit enim sibi quæsitam possessionem. At si non ignoret sibi acquisitam esse possessionem, licet suæ possessionis titulum ignoret, vsucapere nihilominus potest. Paulus: *Si sub conditione emptio facta sit, pendente conditione emptor non vsucapit. Idémque est, & si putet conditionem extitisse, quæ nõdum extitit. Similis est enim ei qui putat se emisse. Contra si extitit, & ignoret, potest dici secundum Sabinum (qui potius substantiam intuetur quàm opinionem) vsucapere eum. Est tamen nonnulla diuersitas, quòd ibi cùm rem putat alienam, quæ sit venditoris, affectionem emptoris habeat: at cùm nondum putat conditionem extitisse: quasi nondum putat sibi emisse. Quod apertius quæri potest, si cum defunctus emisset hæredi eius tradatur, qui nesciat defunctum emisse: sed ex alia causa sibi tradi, an vsucapio cesset? sed mihi eum vsucapere posse videtur.* l. 2. §. Si sub conditione. ff. de vsucap. pro emptore.

His postremis verbis clarè & disertè Paulus respondit, eum vsucapere posse, qui titulum suæ possessionis ignorat. Nam hæres ignorabat defunctum emisse. Is quoque qui sub conditione emerat, ignorabat conditionem extitisse: & ideo similis erat illi, qui non putabat se emisse, & tamen isti omnes vsucapere possunt ex Pauli sententia, quia substantia rei potius spectanda est, quàm opinio possessoris.

Atque ita rectè docuerunt Bartolus, Angelus & Ioannes Imolensis in d. l. 2. §. Si sub conditione. Vasquius Controuersiarum illustrium lib. 2. cap. 69.

Baldi distinctione in tract. de præscrip. part. 1. tertiæ partis princip. q. 9. opus non est, is dicebat non requiri, vt præscribens initio suæ possessionis sciat eius titulum & caussam, & ita accipiendam posteriorem hanc sententiam, sed sufficere, vt scientia tituli superueniat post cõpletam præscriptionem: & ita priorem sententiam accipiendam esse.

Non est, inquam, necessaria hæc distinctio, addo etiam nec iuri consonam esse, quia siue initio possessor titulum ignorauerit, siue postea, ignorantia tituli præscriptioni non est impedimento, ex Pauli responso in d. §. Si sub conditione. & ex ratione Sabini, qui potius substantiam intuetur quàm opinionem, vt ibi dicitur. Si necessaria non est tituli scientia initio possessionis, quod tempus maximè spectandum esse constat, vt bona fides initio præscriptionis adsit. l. Sequitur. §. De illo. ibi: *Initium vsucapionis intueri debemus.* ff. de vsucap. l. vn. C. de vsucap. transforman. ibi: *Vt in his omnibus casibus ab initio eam bona fide capiat, secundum quod exigit longi temporis præscriptio*, multò minus necessaria erit post inchoatam præscriptionem. Et ideo Bartolus annotauit ex d. §. Si sub conditione, possessori non nocere tituli ignorationem initio suæ possessionis, quia non ignorabat initium solum spectandum esse.

CAPVT XXXII.

Bona fides ad præscriptionem necessaria, an præsumatur cùm possessor titulum non habet?

Communior doctorum sententia affirmat bonam fidem in possessore præsumendam esse, licet titulum non habeat, si ius commune non contradicit, nec alius possessor antiquior appareat, vt videre licet ex Balbo ad l. Celsus. ff. de Vsucap. in 3. parte, n. 9. Vasquio controuer. Illustrium lib. 2. c. 79. n. 15. & cap. 81. nu. 8. Et ex Maschardo de Probationibus volum. 1. concl. 224. n. 3. Menoch. de Præsumpt. li. 3. Præsump. 130. n. 7.

Argumenta sunt ista. Primum, quia nemo præsumitur delinquere, sed probus esse quilibet præsumitur. l. Meritò. ff. pro socio.

Sed responderi potest, quæstionem esse de possessore rei alienæ, non propriæ, qui cùm nullam possidendi iustam causam habeat, existimare debet, id quod suum non est ad alium pertinere. *Omnes enim scire debent quod suum non est, id ad alios modis omnibus pertinere*, inquit Iustinianus in l. vlt. C. Vnde vi. Nec solet, cùm de præiudicio alteriùs agitur, locum habere præsumptio illa quæ allegatur. Quemlibet præsumi bonum, vt notat Glos. in c. Statutum. §. Cùm verò. de rescrip. in 6. latè Menochius de Præsump. lib. 5. Præsump. 1. numer. 19.

Secundum argumentum est ex l. pen. C. de Euict. Sed nihil probat, quia de emptore loquitur. Emptio enim titulum iustum, ex quo bona fides præsumenda sit, tribuit: quæstio autem nostra est, de possessore qui nullum habet titulum & iustam causam possidendi.

Tertium est (adfertur à Maschardo) ex l. Si quis emptionis. C. de Præscrip. 30. vel 40. anno. Sed non loquitur de possessore sine titulo, nec vllum verbum continet quod faciat ad rem nostram.

Quartum argumentum eiusdem Maschardi est ex c. 1. de Præscript. lib. 6. vbi S. Pontifex distinctè loquitur de bona fide & iusto titulo, & ait titulum requiri, & tempus annorum 40.

in eo poſſeſſore, cui repugnat ius commune: alioqui ſi ius commune non repugnet, fatetur bonam fidem ſufficere cum longiſſimi temporis poſſeſſione.

Nihil prorſus mouet. quia fateor hæc duo diuerſa eſſe. Titulum iuſtum, & bonam fidem. Item bonam fidem abſque titulo generari, & induci poſſe: Poteſt enim quis credere iuſtas ob cauſſas ſe poſſidere, & animo domini: atque adeò in bona fide eſſe, licet titulum non habeat. Sed quæſtio noſtra eſt, an talis bona fides præſumenda ſit, & nego præſumendam eſſe. Sed probanda erit à poſſeſſore.

Quintum argumentum eſt ex l. 2. §. Si ſub conditione. ff. de Vſucap. pro emptore. Vbi præſcriptio locum habet, licet quis titulum ſuæ poſſeſſionis ignoret: eſt enim perinde ac ſi titulum non haberet, quantum ad bonam fidem attinet. Et inde ſequitur bonam fidem abſque titulo induci poſſe, quia alioqui non procederet vſucapio.

Reſpondeo, nil aliud probari hoc argumento, niſi bonam fidem eſſe quandoque abſque titulo, quod veriſſimum eſt: ſed non inde efficitur, præſumendam eſſe bonam fidem, quia hæc duo ſimul conſiſtunt, vt poſſit poſſeſſor abſque titulo bonam fidem habere, non tamen præſumatur habere.

Sextum argumentum ſumi poteſt ex l. Igitur. ff. de lib. cau. ex quo dici ſolet bonam fidem induci ex iuſtis & iniuſtis cauſis: & quamlibet cauſam etiam iniuſtam à dolo excuſare: quo nihil eſt ineptius: hoc enim vult ibi Iuriſconſultus: *Seruum poſſe ſine dolo malo in libertate morari, vt puta teſtamento accepit libertatem, quod nullius momenti eſſe ignorat, &c. Et generaliter quoties quis iuſtis rationibus ductus vel non iuſtis ſine calliditate tamen putauit ſe liberum, &c.* ex quo non poteſt tam generalis propoſitio ſumi, nam l. C. iniuſtas cauſſas appellat eas, quæ non valent; quod tamen ſeruus ignorat. Iuris ignorantia excuſat eum à dolo & mala fide, cui congruit quod dicit textus in l. Sed & ſi lege. §. Scire. ff. de Petition. hæred. *Eum prædonem non eſſe qui ius ignorauerit.*

Hoc igitur argumentum non poteſt ad quæſtionem noſtram accommodari, quia iuris error non prodeſt vſucapere volentibus. l. 4. ff. de iuris & facti ignor. l. Nunquam. ff. de Vſucap. Deinde, non dicit Iuriſconſultus eſſe præſumendam cauſſam illam, quæ à dolo excuſat, ſed ſupponit eam adeſſe, concludens ſi adſit, ſiue iuſta ſit, ſiue iniuſta, quæ ſcilicet ex errore iuris procedit, à dolo excuſari.

Poſtremum argumentum ſic fingi poteſt. Dolus non præſumitur, ſed probari debet, l. Quoties. §. Qui dolo. ff. de Probatio. Ergo nec mala fides quæ à dolo non procul diſtat, præſumenda eſt. Igitur bona fides præſumi debet.

Reſpondeo; concedo non præſumi malam fidem, ſed dico, neque bonam fidem præſumi. Quare ſicut is qui dicit alterum in mala fide eſſe, id probare debet, ita & qui ſe dicit in bona fide eſſe, id probare debet iuxta regulam l. 2. ff. de Probatio. fieri enim poteſt, vt quis non ſit in mala fide, ſed tamen nec bonam fidem habeat.

Non obſtat, ſi dicatur hæc conſiſtere in animo & conſcientia poſſeſſoris, an ſit in bona fide, & ideo eius atteſtationi credendum eſſe præſertim iuratæ. Reſpondeo, nullum in re propria idoneum teſtem eſſe. l. Omnibus. Cod. de teſtibus.

Contrariam igitur ſententiam amplector, cuius authores habeo Innocentium & Baldum in c. Per tuas. de Teſtib. Imolenſem in cap. vlt. num. 20. de præſcript. & Felynum in c. Si diligenti. poſt n. 4. eod. tit. Ruinum conſ. 41. n. 29. lib. 1.

Fundamentum eſt firmiſſimum in l. vlt. Co. vnde vi. *Omnes ſcire debent quod ſuum non eſt, ad alios modis omnibus pertinere.* Si ergo quis rem alienam teneat, nec probet vllam cauſſam, ob quam credat eam ad ſe pertinere, non eſt in bona fide. Si bona fides præſumenda eſſet, excuſaret ſe poſſeſſor, dicens ſe credere ſuam eſſe. Hanc excuſationem reijcit Imperator tanquam ridiculam.

Nec valet reſponſio Vaſquij, Imperatorem ibi loqui de eo, qui ſciebat rem alienam eſſe: nam id verum eſt, ſed rationem legis vrgeo, quæ ſi vera eſt, bonæ fidei præſumptio ceſſat.

Sed omiſſo hoc aliorum fundamento ſic argumentor: ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. l. 2. ff. de Probatio. Sed is qui præſcriptionem allegat, dicit ſe bonam fidem habuiſſe, eſt enim hoc antecedens, neceſſarium, quia ſine bona fide præſcriptio nulla eſt, cap. vlt. de Præſcript. Aduerſarius autem id negat. Ergo id probare debet: non is qui negat eum bonam fidem habuiſſe. Negantis non eſt probatio, ſed aſſeuerantis. l. Adſeueratio. C. de non nu. pecunia. l. 2. ff. de Probation.

At, inquies, allegans præſcriptionem videtur probare bonam fidem ex iuris præſumptione, quia potius bona fides præſumenda eſt, quàm mala.

Eſt petitio principij. Id enim in quæſtionem reuocatur, an bona fides præſumatur. Nego præſumi, ſi nulla probetur iuſta poſſidendi cauſſa. Ex cauſſa enim iuſta oritur bona fides: ſi quis à non domino, quem dominum eſſe credebat, rem emerit, &c. vt in Inſtit. de Vſucap. in princip. Si nulla probetur iuſta cauſſa poſſidendi, nullum inuenio in toto iure locum, vbi dicatur bonam fidem præſumi: imò contrariũ indicat

indicat. l. Celſus. ff. de vſucap. *Errare eos ait qui existimarent cuius rei quiſque bona fide poſſeſſionem adeptus ſit, pro ſuo vſucapere eum poſſe, & nil referre emerit nec ne, donatum ſit nec ne, &c. Si modò emptum vel donatum ſibi existimauerit.* Hæc eſt bona fides, credere ſibi donatum aut venditum eſſe, & tamen non ſufficit, ſubdit enim textus non valere vſucapionem, ſi nulla dos, nulla donatio, nullum legatum interuenerit.

Ergo titulus neceſſarius eſt, ex quo bona fides oriatur, & hæc eſt bona fides, quæ requiritur ad præſcriptionem.

Sed dices hæc in longi temporis præſcriptione locum habere, in qua titulus eſt neceſſarius, ſecus in præſcriptione longiſſimi temporis in qua titulus non requiritur. Reſpódeo, iure ciuili nec bonam fidem requiri in præſcriptione longiſſimi temporis. Sed loquimur nunc ſecundum ius canonicum, quo bona fides requiritur in omni præſcriptione, & ideo hoc reſpectu longiſſimi temporis præſcriptio non differt à præſcriptione longi temporis. Sicut igitur bona fides in longi temporis præſcriptione oritur ex iuſtis cauſſis & titulis, ita & in longiſſimi temporis præſcriptione. Nec enim eſt alia bona fides vnius quàm alterius præſcriptionis. Eſt eadem qualitas non diuerſa vt patet.

Quod ſi prætermiſſis legum teſtimoniis rationem iuris conſulamus, profectò non intelligo, quo ex fonte manare poſſit hæc bonæ fidei præſumptio in poſſeſſore, ſi non probetur iuſta poſſidendi cauſa. Poſſumus quidem imaginari id fieri & accidere poſſe, vt qui nullum titulum ſuæ poſſeſſionis oſtendere poſſit, ſit nihilo minus in bona. Sed quo pacto id præſumere nos debeamus, qui iudices ſedemus, nec niſi ex coniecturis & argumentis iudicare poſſimus, non ſatis intelligo. nam alienæ rei poſſeſſorem intuemur, cauſas ſuæ poſſeſſionis ex quibus bona fides deſcendit, diuinare non poſſumus.

CAPVT XXXIII.

Præſcriptio temporis memoriam hominum excedentis, vtrum corruat, & vires amittat, ſi conſtet de titulo vitioſo & nullo.

Bis hoc anno reſpondi nomine huius inlyti collegij iuridici de hac facti ſpecie. Proponebatur quædam ciuitas poſſediſſe rem alienam tempore longiſſimo, memoriamque hominum excedente, quæ titulum habuerat, nec idoneum ad dominij tranſlationem, nec ad vſucapiendi conditionem, puta locationis. l. Malè agitur. C. de Præſcriptionibus longiſſ. tempor. 30. vel. 40. annor. vel Emphyteuſis. l. Cùm notiſſimi. §. vlt. C. eod. tit. & quærebatur an cùm in mala fide eſſet, eò quod ex dictis cauſſis intelligere poterat rem alienam eſſe, præſcriptione tamen ſe defendere poſſet: Et fuit concluſum non poſſe, quia mala fides ita obſtat præſcriptioni, vt nulla prorſus valeat, vt in cap. vlt. de præſcriptionibus, & conſequenter nec præſcriptio, quam vocamus temporis immemorialis, vt probaui ſuprà hoc eodem libro cap. 26.

Licet enim maxima ſit præſumptio pro eo, qui tanto tempore poſſedit, veritati tamen eam cedere oportet.

Præclarè S. Auguſtinus: *Veritate manifeſta cedat conſuetudo veritati.* cap. Veritate. diſt. 8. & alibi: *Si conſuetudinè fortaſſis opponas, aduertendum eſt, quod Dominus dicit: Ego ſum via, veritas & vita, non dixit, Ego ſum conſuetudo, ſed veritas. Et certè, vt B. Cypriani vtamur ſententia, qualibet conſuetudo, quantumuis vetuſta, quantumuis vulgata, veritati omnino eſt postponenda, & vſus qui veritati eſt contrarius, eſt abolendus.* cap. Si conſuetudinem. eadem diſtinct. Idem habetur in ca. ſequenti, & tota fere illa diſtinctione.

Idem igitur & nobis de præſcriptione dicere licet. Maxima eſt vis temporis longiſſimi, verumtamen ſi veritas ipſa detegatur, cedere debet veritati.

Authores pro confirmatione huius ſententiæ copioſè recenſet Maſchardus de Probationibus. vol. 3. concluſ. 1371. n. 38. n. 43. & n. 63.

Hanc ſententiam inter controuerſias referendam putaui, quia contrarium latè diſputat Vaſquius controuerſ. illuſtrium, lib. 2. cap. 81. nu. 11. cuius argumentis reſpondendum eſt.

Primum eſt ex l. Sicut. l. Omnes. l. Cùm notiſſimi. C. de præſcriptio. longiſſ. temp. Reſpondeo, nullius eſſe momenti, quia ius Canonicum ſpectandum eſt, quo cautum eſt, nullam præſcriptionem longiſſimi temporis abſque bona fide valere. cap. vltim. C. de præſcript. & alibi.

Secundum eſt quia bona fides ſufficit etiam orta ex ſtulta cauſa, ex communi Doctorum ſententia. Reſpondeo, ſi ex errore facti procedat, id eſſe iuri conſentaneum. Si ex errore iuris nequaquam, vt ſuprà latè diſputaui, quia iuris error non prodeſt acquirere volentibus l. 4. ff. de iuris & facti ignor. nec vſucapioni. l. Nunquam. ff. de vſucap. Nec illud teſtimoniũ legitimum eſt, quod ſumi ſolet ex l. Igitur. §. Poteſt. ff. de liberali cauſſa. vt diſputaui cap. præced. quia non dicit, bonam fidem oriri ex iniuſtis cauſis, ſed à dolo quem excuſari: nec ad materiam & quæſtionem præſcriptionis accommodari poteſt.

Tertiũ eſt, quia ex longiſſimo tempore purgatur mala fides. l. vlt. C. vnde vi. & ideo licet

titulus iniuſtus nocere poſſit in longi temporis præſcriptione, quia mala fides ex eo oritur, non tamen nocet in pręſcriptione longiſſimi temporis, quia malę fidei allegatio & pręſumptio ceſſat.

Reſpondeo, vitium atque iniuſtitiam tituli efficere, vt poſſeſſoris mala fides appareat, quæ iure canonico inſpecto impedit præſcriptionem. Nec contrarium probat l. vlt. C. Vnde vi. nec vllum aliud teſtimoniũ. Licet enim omnes dicunt, & probabiliter ceſſare omnem malæ fidei præſumptionem in poſſeſſore temporis longiſſimi, non tamen id obſtat, quia non præſumptionibus hic agitur, ſed veris probationibus malæ fidei, quæ ex titulo iniuſto perſpicuæ ſunt & certæ.

Quartum argumentum eſt, quia licet titulus iniuſtus appareat, poteſt tamen alium titulum poſſeſſor habuiſſe, titulum & idoneum, & bonam fidem, & hoc præſumendum videtur ex poſſeſſione tanti temporis.

Reſpondeo, fieri quidem id potuiſſe, ſed nego præſumendum eſſe. Nam nulla lex hoc dicit, nulla ratio id ſuadet. In claris enim nõ eſt opus coniecturis. Certè vulgaris eſt regula inter Doctores. Pręſumitur quis poſſidere ex titulo præãbulo. l. 2. C. de acquir. poſſeſſ. l. Quædam mulier. ff. de rei vind. Præſumi autem quem poſſidere ex alio titulo, quem non oſtendit, cùm oſtendatur, contra illum, titulus ex quo poſſidere cœpit, nec veteres dixerunt Iuriſconſulti, nec ſatis rationi conſentaneum videtur.

Quintum argumentum eſt; quoniam tanti temporis pręſcriptio nullum titulum requirit. Ergo licet titulus adſit, & non idoneus, nil obſtare poterit. argum. l. Vn. C. de rei vx. act.

Reſpondeo, negando conſequentiam. Titulus enim vitioſus & iniuſtus, malam fidem inducit. Mala fides præſcriptionem impedit. Aliud eſt in ſtipulatione dotis inutiliter adiecta, quia illa vitiatur, & non vitiat, hoc eſt, nõ impedit tacitam illã à lege fictam, atq. inductam ſtipulationem. Sic dicimus nõnunquam expreſſa nocere, quamuis omiſſa tacitè intelligi potuiſſent, nec eſſent abfutura. l. Nonnunquam. ff. de condit. & demonſtr. Titulus ergo iniuſtus nocet, quia malæ fidei eſt argumentum. Si nullus titulus ſit, procedit temporis longiſſimi præſcriptio, quia mala fides non apparet.

Sextum argumentum eſt ex iure, quod tribuit ipſa per ſe temporis memoriam hominum excedentis præſcriptio. l. Hoc iure §. Ductus aquæ. ff. de aqua quot. & æſtiua. cap. 1. de præſcript. lib. 6. cap. Super quibuſdam. §. Præterea. de verb. ſign. l. 2. ff. de aqua plu. arcen. vbi *vetuſtas pro lege habetur, minuendarum litium gratia.*

Reſpondeo, maximã procul dubio eſſe tanti temporis authoritatem. ſed vt ſup. diximus, illa cedit veritati, nec enim rationem vincit, aut legem, nec præfertur veritati. Quare ſi ex iniuſto titulo appareat iniuſta rei alienæ occupatio. & mala fides, non eſt habenda ratio temporis & vetuſtatis.

Septimum argumentum eſt ex authoritate eorum, qui dixerunt, tanti temporis præſcriptionem inducere præſumptionem iuris, & de iure, quæ non recipit probationem in contrarium. Reſpondeo, alios multos contrarium docuiſſe, quos commemorat Maſchardus loco ſuperiùs allegato, hoc eſt, vol. 3. de probationibus, concluſ. 137. n. 38.

Poſtremum argumentum eſt ex authoritate eorum qui in terminis quæſtionis huius docuerunt, titulum iniuſtum non nocere perſcriptioni temporis, memoriam hominum excedentis.

Reſpondeo, paucos ex citatis à Vaſquio id docuiſſe, ſicut vidi ego, & alij videre potuerunt. Plurimos verò contrarium voluiſſe, qui à Maſchardo citati ſunt loco ſuperiùs allegato. Quare ſi authores authoribus conferantur, æquum iudicem ſecundùm nos litem daturum confido.

CAPVT XXXIV.

An mala fides reſpectu vnius impediat præſcriptionem reſpectu alterius?

CONcludam hanc materiam præſcriptionis inſigni hac controuerſia, an mala fides ſuperueniens reſpectu vnius, præſcriptionem impediat reſpectu alterius. Exemplum ſit: per litis conteſtationem poſſeſſores efficiuntur malæ fidei. l. Sed etſi lege. §. Si ante. ff. de petitio. hæred. l. Nemo. C. de acquir. poſſ. vbi præclarè Conſtantinus: *Interpellatione verò & controuerſia progreſſa, non poſſe eum intelligi poſſeſſorem, qui licet poſſeſſionem corpore teneat, tamen ex interpoſita conteſtatione & cauſſa in iudicium deducta, ſuper iure poſſeſſionis vacillet ac dubitet.* Ergo ſi Titius litem poſſeſſori intendat, & ſuccumbat, quia verus dominus non eſt: Quæritur, quia præſcriptio interrupta eſt reſpectu Titij, an poſſeſſor aduerſus Caium, qui verus dominus eſt, præſcribere valeat. ſi reſpectu ipſius Caij poſſeſſor ſit in bona fide.

Et præſcribere poſſe cenſuerunt Bartolus ad l. Naturaliter. ff. de vſucap. nu. 12. Antonius Butrius in cap. Illud. de præſcript. alios citat, communem dicens Socinus ſenior in conſ. 47. n. 17. lib. 3.

Contrarium reſponderunt Aretinus in conſ. 17. ante num. 12. & in l. 1. §. Item acquirimus. de acquir.

de acquir. poſſeſ. n. 56. & in l. 3 §. Neratius. col. vlt. eo. tit. & alibi. Abbas Panormitanus in ca. Illud. de præſcript. & alij, quos refert & ſequitur Couu. in 2. parte relect. §. 8. n. 5. ad reg. Poſſeſſor malæ fidei. de reg. iuris lib. 6.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, primò in l. Si quis fundum. ff. de acqui. poſſ. vbi mala fides, reſpectu vnius iuris, nimirum vſusfructus, vel hypothecæ, non nocet præſcriptioni alterius iuris. Secũdo, in l. Qui balneum. §. Titia. ff. Qui potiores in pig. habeantur. vbi mala fides reſpectu vnius conditoris, cui res erat oppignorata, nõ nocet reſpectu alterius. Tertio, in l. Fulcinius. §. Quid ſi aduerſus. ff. Ex quib. cauſ. in poſſ. eatur. vbi Pomponius ſpectauit, an aliquis latitaret aduerſus omnes, an vero aduerſus aliquos tantùm.

Poſterioris ſententiæ fundamentum eſt primò, quia iſte poſſeſſor eſt in mala fide, cùm ſciat rem alienam eſſe, licet non ſit eius, cuius ipſe putat: Ergo præſcribere non poteſt. c. vlt. de Præſcript. Secundò, in l. Aut qui aliter. §. Si quis dum putat. ff. Quod vi aut clam: *Si quis dum putat locum ſuum eſſe, qui meus eſt, calandi tui non mei cauſſa fecerit, mihi interdictum competere.* Sic Vlpianus ibi. Tertiò, in l. 1. §. Sed & per eum. ff. de acq. poſſeſſ. vbi reſpondetur, hominis verè liberi poſſeſſorem non acquirere per miniſterium illius, quem exiſtimabat bona fide ſeruum eſſe; ſed tamen mala fide credebat, eum alterius ſeruum eſſe. Hic enim poſſeſſor bonam fidem habet, quia exiſtimat hunc ſeruum eſſe, habet tamen malam fidem reſpectu alterius, quem cenſet dominum eſſe illius hominis; quæ mala fides totam poſſeſſionem vitioſam reddit.

Mihi de hac re cogitanti hæc monenda viſa ſunt. Primùm, argumenta prioris ſententiæ nullius eſſe momenti: quia non probant aliud, quàm malam fidem, reſpectu vnius iuris, non impedire præſcriptionem reſpectu alterius iuris diuerſi. Puta mala fides reſpectu vſusfructus præſcriptionem non impedit, quoad proprietatem. Item mala fides reſpectu vnius hypothecæ, non impedit præſcriptionem alterius hypothecæ, quæ res differt à quæſtione propoſita.

Secundò, in exemplo ſuperiùs allegato, nimirum cùm mala fides inducitur per litis conteſtationem cum vno factam, non impediri præſcriptionẽ reſpectu alterius, rẽ videri mihi perſpicuam; quia ſcilicet præſcriptio non impeditur. Primò quia acta inter alios aliis neque nocent, neque proſunt. toto tit. C. Res inter alios acta. Deinde, quia non fuit inducta vera mala fides, per litis conteſtationem, ſed dubitatio quædam, & vacillatio, ſic enim loquitur Conſtantinus in d. l. Nemo. C. de acq. poſſeſſ. Dubitatio autem orta poſt inchoatam præſcriptionem illam non impedit, ſi dubium ſpeculatiuum ſit, non autem practicum, vt diſſerui & probaui in prima parte controuerſiarum lib. 1. ca. 65. Tertiò, quia in vſucapionibus veritas ſpectatur, non opinionis error, vt patet ex l. 1. §. Si ſub conditione ff. de vſucap. pro empto.

Tertio, Extra dictum exemplum litis conteſtationis, ſi quæſtio proponatur, aduertendum puto, hanc quæſtionem propoſitam, an mala fides reſpectu vnius, impediat præſcriptionem reſpectu alterius, duobus modis intelligi poſſe. Primò, de mala fide, hoc eſt, de ſcientia rei alienæ. Cum videlicet poſſeſſor poſt inchoatam præſcriptionem, cõſcientiam habet rei alienæ: licet neſciat verè cuius ſit, imo putet vnius eſſe. cùm ſit alterius. Error iſte non videtur poſſeſſori ſuffragari poſſe; quia ſatis eſt eum ſcire, rẽ alienam eſſe. Hoc eſt enim quod S. Pontifex ait in d. cap. vlt. de præſcript. oportere vt nullo tempore poſſeſſor rei conſcientiam habeat alienæ. Hic verò conſcientiam hanc habet. Igitur præſcriptio nulla eſt. Secundò, quæſtio intelligi poteſt malam fidem reſpectu vnius, non veram poſſeſſori ſuperuenire, ſed opinionem quandam falſam, quia ſcilicet exiſtimabat (falsò tamen) rem eſſe Titij, qua dubitatione ſublata, ac ceſſante, alioqui ſuam eſſe non dubitaſſet. Suſpicabatur verò Titij eſſe, errore quodam & falſa opinione inductus. Iſte nõ eſt in mala fide: nec enim rei alienæ conſcientiam habet, ſed ſuſpicionem ac dubitationem habet. Ideo ſiquidem initio præſcriptionis id acciderit, quia bona fides requiritur, non vſucapiet. Si poſtea; vſucapiet, quia dubium eſt ſpeculatiuum. Dubitat enim, an res ſua ſit; exiſtimat Titij eſſe: ſed non putat ſe peccare eam rem poſſidendo, donec de iure Titij conſtiterit, vt declaraui dicto lib. 1. c. 65.

CAPVT XXXV.

Ad l. 3. & l. 5. C. finium regundorũ. vbi de quinque pedum præſcriptione agitur, & ad l. vlt. eod. tit.

IMperator Conſtantinus: *Si quis ſuper ſui iuris locis prior de finibus detulerit querimoniã, quæ proprietatis controuerſia cohæreat, prius poſſeſſionis quæſtio finiatur, & tunc agri menſor ire præcipiatur ad loca, vt patefacta veritate huiuſmodi litigium terminetur, &c.* l. 3. C. finium regund.

Quæſtio de finibus proprietatis controuerſiæ cohærere dicitur, ſi quæſtio ſit vltra quinque pedes, quod fortè vicinus aliquam agri

partem occupaſſe dicatur, vt declarat Alciatus in Commentariis de quinque pedum præſcriptione, numer. 11. & probatur ex l. 3. C. Theodoſiano fin. regundor. De poſſeſſione controuerſia nihil pertinet ad menſoris diſciplinam: ſed quæſtionem poſſeſſionis, ſequitur quæſtio finium, in qua potiſſimum ars menſoris valet: & hoc eſt quod ait lex: *Prius poſſeſſionis quæſtio finiatur, & tunc agri menſor ire præcipiatur ad loca*, vt bene annotauit Cuiacius libr. 2. obſeruat. cap. 2. Ergo in hunc modum accipienda erit veterum expoſitio in commentariis d. l. 3. & in §. Quædam. in Inſtitut. de actionibus. Cùm dixerunt prius cognoſcendum eſſe de poſſeſſione, deinde de proprietate, vt ſenſus ſit, prius de poſſeſſione cognoſcendum eſſe, deinde agrimenſorem ad loca mittendum, vt proprietatis cauſa dirimatur, ſcilicet à Præſide prouinciæ: *Cùm de maiori ſpatio cauſſa quadam non finalis, ſed proprietatis apud ipſum Præſidem debeat terminari*, vt ait text. in d. l. 3. C. Theodoſ. Controuerſia enim de quinque pedibus per agrimenſorem terminabatur ex l. Mamilia.

Atq. hic eſt verus ſenſus d. l. 3. Nūc de quinque pedum præſcriptione, de qua agitur in l. 15. eod. tit. aliquid inſeram, ait lex: *Quinque pedum præſcriptione ſubmota, finalis iurgij, vel locorum libera peragatur intentio.*

Exploſa Accurſij, Caſtrenſis, & aliorum veterum expoſitione, aſſentior Alciato in commentariis huius loci, Nicolao Vallæ de rebus dubiis, Tractatu 8. circa finem, Cuiacio ad l. 4. circa finem ff. de vſucap. Gregorio Toloſano parte 3. Syntagmatis, lib. 39. cap. 13. nu. 15. hanc legem ita enarrantibus. Inter agrorum vicinorum prædia ruſtica conſtitutis finibus quinque pedum ſpatium relinquendum eſſe, quo ire vterq. dominus & vicinus poſſet: Et vt eo loco circumuerti aratrum poſſet, & eiuſmodi ſpatium vſucapi non poſſe. Sicut nec lege 12. tabularum, teſte Cicerone lib. 1. de legibus, dum ait: *Controuerſia de finibus nata eſt, in qua quoniam vſucapionem 12. tabulæ inter quinque pedes eſſe noluerunt, &c.* Et hanc eſſe legis huius ſententiam, quod luculenter probatur ex l. vlt. C. Theodoſ. eodem tit. in illis verbis: *Ac de eo tantùm ſpatio, hoc eſt, pedum quinque, qui veteri iure præſcripti ſunt, ſine obſeruatione tẽporis arbitros iuſſimus iudicare, &c.*

Sed quid eſt, quod ait l. vlt. eodem tit. *In finali quæſtione non longi temporis, ſed triginta tãtummodò annorum præſcriptionem locum habere?* Nunquid his verbis etiam quinque pedum ſpatium includitur, vt videlicet triginta annis præſcribi poſſit? Præclarè Alciatus: *Quamuis per recentiorum Cæſarum leges generaliter fuiſſet conſtitutum, vt omnis actio, omnis res ſpatio X. vel XX. vel XXX. vel XL. annorum acquireretur, huiuſmodi tamen generales conſtitutiones ad eum caſum trahendæ non ſunt, in quo ſpecialiter lege veteri prouiſum erat. l. Sciendum ff. Qui ſatiſd. cog. Vnde ſequitur, vt cùm ſpecialiter 12. tabulæ vſucapionem inter quinque pedes eſſe noluerint, nec hodie quidem, quamuis prorogato tempore, vſucapioni ſit locus & noua lex à vetere declaretur.*

Sed vereor, vt hæc ſententia rectè defendi poſſit: Cùm finalis quæſtio propriè dicatur, quoties de quinq. pedum ſpatio agitur, vt patet ex d. l. 3. C. Theodoſiano. fin. regund. licet dicatur etiam cùm de maiori ſpatio agitur. Verbis igitur tam apertis, tam generalibus magis eſt, vt inhærendum putem, quam eruditis rationibus Alciati.

CAPVT XXXVI.

Ad l. Maioribus. 3. C. commu. vtriuſque iudicij. & de diuiſione facta per ſortes, an reſcindi poſſit? & an læſio vltra dimidiam requiratur, vt diuiſio reſcindatur?

DIocletianus: *Maioribus etiam per fraudem & dolum, vel perperam ſine iudicio factis diuiſionibus ſolet ſubueniri: quia in bonæ fidei iudiciis, quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit, in melius reformabitur.* l. 3. C. comm. vtriuſque iudicij.

Non dubito quin vera ſit communis expoſitio, quæ hanc legem accipiendam vult de diuiſione dolo vel fraude inita, vel perperam, id eſt, malè, non rectè, iniuſtè, quia ſcilicet ex ea grauiter quis læſus fuerit. Nihil enim intereſt, dolus intercedat, vel ipſa res in ſe dolū habeat. l. Si quis cùm aliter. ff. de verb. oblig. Idque indicant illa verba: *Quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit*. Licet legem iſtam de diuiſione, dolo, & fraude, duntaxat inita accipiendam eſſe, non improbabiliter quis dixerit ex verbis eiuſdem legis, quæ ex Gregoriano Codice apud Cuiaciū relata ſunt in Conſultatione veteris cuiuſdam Iuriſconſulti. Sic enim habent: *An diuiſio, quam iam factam eſſe proponis, conuelli debeat, Rector prouinciæ præſente parte aduerſa diligenter examinabit: Et ſi fraudibus eam non caruiſſe perſpexerit, quando etiam maioribus perperam factis diuiſionibus ſoleat ſubueniri, quod improbum atque inæquabiliter factum eſſe conſtiterit, in melius reformabit.* Veruntamen non tanti ſunt facienda hæc, vt à verbis claris Codicis Iuſtiniani recedamus, qui nunc ſolus authoritatem habet.

Illud controuerſum eſt, an diuiſio facta per ſortes, quæ alteri ex diuidentibus grauem intulit læſionem, reſcindi poſſit. Etenim affirmant

mant Baldus & Caſtrenſis in explicatione d.l. 3. Plotus in comment. de in litem iurando §. 15. n. 4. & alij multi, quos commemorat Tiraquellus de iure primogeniorum, q. 17. in prima opinione, n. 97.

Sed contrarium videri poteſt idem Baldus ſenſiſſe ad l. Ait Prætor. §. vlt. ff. de minoribus. dum ibi negat minoribus 25. annis in integrum reſtitutionem concedendam, ſi diuiſione facta per ſortes, lædantur, quia ſcilicet deteriorem partem habuerint, refert & ſequitur Natta in conſ. 631. nu. 23. lib. 3. ſed Sfortia Oddus poſt Tiraquellum hanc Baldi ſententiam reſtringit, vt non procedat, cùm enormis læſio ex diuiſione oritur in tract. de in integrum reſtit. part. 2. quæſtio. 66. art. 4. circa finem, licet verba Baldi hanc non ferant interpretationem, vt obſeruauit Pinellus ad l. 2. C. de reſcindenda venditione parte 2. capitulo 1. numero 7.

Quamobrem Pinellus ipſe in quæſtione propoſita, hanc diſtinctionem adhibuit, vtrum videlicet ſortes per errorem tam inæqualiter factæ ſint, an verò ſcientibus ipſis diuidentib. Priore caſu ſubueniendum putat læſis, etiam maioribus, quia forſitan ſi ſciuiſſent, ius ſuum ſorti non commiſiſſent. Poſteriori non item, quia ſcienti & volenti non fit dolus, nec iniuria.

Quæ diſtinctio licet nō placuerit Emanueli Soarez in ſuis ad Pinellum annotationibus, mihi tamen mirum in modum placet: Sed neceſſe eſt, vt prius expendamus, quàm bono innixa ſit fundamento Baldi, tum aientis, tum negantis ſententia.

Fundamentum Baldi affirmantis diuiſionē per ſortes factam, reſcindi poſſe propter læſionem, poſitum eſt in coniunctione duarum legum. Prima eſt l. 3. C. comm. vtriuſque iud. quæ maioribus ſubueniendum declarat perperam factis diuiſionib. Altera eſt l. 2. C. quando & quibus quarta pars. libro decimo, quæ diuiſionem per ſortes fieri permittit. Nam ſi diuiſio fieri per ſortes poteſt, & rurſus diuiſio perperam facta reſcinditur, conſequens videtur eam quoque diuiſionem reſcindi, quæ per ſortes facta eſt.

Sed hoc fundamentum ideo mihi videtur infirmum, quoniam l. 3. loquitur de diuiſionibus factis per dolum, vel fraudem, vel perperam, id eſt, non rectè, & iniuſtè. In ſortib. autem nullus dolus eſt, nulla fraus, nulláque iniuſtitia eſſe poteſt. quæ cauſſa eſt, vt iudiciū per ſortes non rarò legibus approbetur. l. ſi quæ ſunt cautiones. ff. fam. hercisc. l. vlt. C. Commu. de lega. l. Generaliter. §. Quid ergo ſi plures. ff. de fideicommiſſar. liber. l. Sed cùm ambo. ff. de iud. l. 2. C. quando & quibus quarta pars lib. 10.

Fundamentum verò Baldi negantis diuiſionem reſcindi poſſe, eſt in l. Verum. §. Sciendum. ff. de Minorib. ibi: *Nec euentus damni reſtitutionem indulget, ſed inconſulta facilitas.* Addit Pinellus l. De fideicommiſſo. C. de Tranſact. Addo ego omnes leges quib. edocemur, læſionem allegari non poſſe, cùm conuentio dubia eſt, & incertus euentus eius, an lucrum, vel damnum allaturus ſit. l. Si ea pactione. C. de vſuris. l. Si ea lege. C. eod. l. 1. C. de pactis. Alia teſtimonia citat Tiraquellus ad l. Si vnquam. in verbo, Donatione. n. 131. C. de reuoc. donation.

Sed hoc argumentum locum habere poteſt, quando vel neceſſitas id poſtulat, vt ſorti res committatur, vel ex mandato, vel vtriuſque partis conſenſus interuenit. Verùm ſi nullo iure præcipiente, nulla vrgente neceſſitate, aut altero ex diuidentibus neſciente ſortis ducendæ conditionem ac modum, id fiat partibus inæqualibus conſtitutis, nil proponi video, cur grauiter læſo ex hac ſortis miſſione ſubueniri non debeat: Neque enim is qui ignorauit, conſentire videtur in dubium illum fortunæ euentum. Atque hæc eſt Pinelli diſtinctio, quam dicebam mihi magnoperè probari.

Excipio minores 25. annis, quibus etiam ſcientib. modum & cōditionem ſortis inæqualis ſuccurrendum puto, per in integrum reſtitutionem. Quis. n. negauerit, imprudentis eſſe atque adeò inconſultæ facilitatis ius ſuum certum dubiæ ſortis aleæ committere? niſi ſortes ducantur, cùm aliter commodè res diuidi non poteſt, tunc enim non videtur circumſcriptus minor, qui iure communi vſus eſt. l. vlt. C. de in integ. reſtit. minorum.

Sed alia controuerſia oritur, an vt inæqualis diuiſio reſcindatur, neceſſaria ſit læſio vltra dimidiam. Communior enim ſententia affirmare videtur. Vide Cagnolum ad l. 2. C. de reſcin. vend. n. 59. & Pinellum in 2. parte, c. 1. Ideo dicebat Baldus actorem debere alternatiuè petere, vt vel diuiſio reſcindatur, vel iuſtum precium ſuppleatur, cui tamen in hoc articulo aduerſantur Petrus, Cynus, & Albericus, Fulgoſius, & Ioa. Faber, à Pinello relati.

Fundamentum relatæ communis ſententiæ eſt, quia diuiſio vicem emptionis obtinet. l. 1. C. commu. vtriuſque iudicij. Emptio autem & venditio reſcinditur propter læſionem vltra dimidiam, d. l. 2. C. de reſcind. vend.

Sed vt rectè animaduertit Pinellus, nec l. 3. requirit læſionem vltra dimidiam, neque reo cōuento electionem tribuit, ſicut l. 2. C. de reſcin. vend. Idem monet Modernus Pariſienſis de Commerciis. q. 14. n. 182.

Quare ego in hanc ſententiam venio, nō requiri læſionem vltra dimidiam; quia textus di-

... quod inaequaliter factum erit, in melius reformabitur.

In emptione, & venditione, & similibus cõtractibus, qui ordinati sunt, & constituti, mutui commercij gratiâ, quia cõtrahentibus permissum est, se inuicem in precio decipere, & circumuenire. l. In caussæ 17. §. Idẽ Pomponius. ff. de mino. l. Item si precio. §. vlt. ff. locati. idcirco ob modicam læsionem non rescinditur contractus. l. Si voluntate. C. de rescind. vend. In aliis aliter respondendum videtur, puta in societate, Deposito, Commodato, Pignore, tutela, & similibus, ac proinde etiam minor læsio, quàm vltra dimidiam sufficere debet, vt rescindantur, nec. n. lex læsionem vltra dimidiam exigit. Id patet ex d. l. C. commun. vtriusque iud. l. In cõtractibus. C. ex quib. caussis maior. l. Si superstite. C. de dolo. l. 1. C. de error. calculi & similibus, quib. nulla fit mentio læsionis vltra dimidiam, sed rescissionis ob grauem læsionem.

CAPVT XXXVII.

An lex vlt. C. de sacrosanctis Ecclesiis vnum vel tria priuilegia contineat?

ADduci non possum vt credam l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. continere tria priuilegia, nimirum præscriptionis centum annorum. Item dominij translationis, absque traditione in rebus venditis, & donatis Ecclesiis, Ciuitatibus, captiuis, & piis locis, & denique tacitæ hypothecæ, sed magis est, vt vnum duntaxat singulare priuilegium centum annorum præscriptionis concessum putem in hac lege, quæ sententia olim fuit Azonis, Petri & Cyni, & fundamentum meum est, in ipsis verbis legis, quæ nullam prorsus mentionem faciunt alterius, quàm huius priuilegij centenariæ præscriptionis. Nemini autem in Iustiniani legibus versato ignotum est, quanto præfationis apparatu vti soleat, cum aliquod singulare priuilegiũ concedit contra iuris regulas. Caussam afferre solet, cur singulare ius statuat, omniáque clarè prosequi, & disertè explicare. Sicut vel in hac lege perspicuè cernitur, cùm ait: *Vt inter diuinum publicúmque ius, &c.* Deinde statuit, quod in ea legitur de centenaria præscriptione, in rebus venditis, donatis, &c. Erat autem etiam expressè decernendum istarum rerum dominium, ipso iure sine possessionis traditione transire in Ecclesias, Ciuitates, pia loca, & captiuos, quia regulæ iuris exigunt traditionem. l. Traditionibus. C. de pactis. l. Si ager. 51. ff. de rei vind. Sed nihil eiusmodi continetur, nil etiam de tacita hypotheca. Ergo non est verisimile, Iustinianum voluisse ea lege tria singularia priuilegia constituere. Sed vnum duntaxat constituere voluisse præscriptionis centenariæ, quod ipse luculenter exprimit, maiorem habet veri similitudinem.

Scio Accursium, Bartolum, Castrensem, Salycetum, & alios magis communiter tria priuilegia iam dicta, huic legi attribuisse, sed vix moueor his argumentis, quibus ipsi nituntur. Primum est in illis verbis: *Siue itaque memoratis religiosissimis locis, vel Ciuitatibus hæreditas, vel legatum, vel fideicommissum fuerit relictum, siue donatio, vel venditio præcesserit, &c. sit eorum penè perpetua vindicatio.* Vindicatio domino competit, ergo dominium translatum est.

Respondeo, vindicationis verbum ibi referendum esse ad res legatas, & per fideicommissum relictas, licet enim referatur etiam ad res donatas, tamen id minus propriè accipiendum est. Nec nouum est, illud verbum sic aliquando accipiendum esse, vt ad multa relatum partim propriè, partim impropriè intelligatur, vt in l. Per diuersas. C. mand. ibi: *Cùm certum sit pro indubitatis obligationibus, eos magis, quibus antea suppetebant iura sua vindicare, quàm ad alios transferre velle.* Vbi Glos. *Largè*, inquit, *pone vindicare, vt etiam contineat actionem personalem.*

Secundum argumentum est ex illis verbis: *In his autem omnibus casibus non solùm personales actiones damus, sed etiam in rem & hypothecariam.*

Respondeo, etiam verba sequentia adiungẽda ac perpendenda esse, sic enim habent: *Secundum nostræ constitutionis tenorem, quæ legatariis & fideicommissariis & hypothecariam donauit.* Concedit ergo Imperator tres actiones, secundum suæ Constitutionis tenorem. Constitutio autem illa tres actiones concedit, pro reb. legatis, & per fideicommissum relictis, non autem pro rebus venditis vel donatis, vt videri potest ex l. 1. C. commu. de legat. vbi illa constitutio continetur.

Respondet Salycetus, hanc interpretationem locum habere non posse, quia textus dicit: *In his autem omnibus casibus*, omnes autem casus superius expressi, non solùm pertinent ad res legatas, & per fideicommissum relictas, sed etiam ad res venditas & donatas. Alioqui si ad res tantùm legatas pertinerent, vnus solus casus esset, non autem omnes.

Replicatur, omnes casus superius expressos contineri hoc modo, vt scilic. tam Ecclesiæ, quã Ciuitates, & pia loca, & captiui tres habeant actiones, pro reb. legatis & per fideicommissum relictis, quia sequentia verba, *secundum nostræ constitutionis tenorem*, ad hæc tantùm legata & fideicommissa referuntur.

Respon-

Reſpondet Iaſon illa verba, *ſecundum noſtræ conſtitutionis tenorem*, non reſtringere præcedentia verba, quantum ad caſus expreſſos, ſed quantum ad modum, vt ſenſus ſit, tam in rebus legatis & fideicommiſſis, quàm donatis, & venditis, tres actiones competere, ſecundum tamen modum & formam conſtitutionis ſuæ.

Replicatur, id non eſſe veriſimile, quia ſic extenderet Imperator conſtitutionem ſuam, quæ de legatis & fideicommiſſis loquitur, etiam ad res donatas & venditas Eccleſiis, Ciuitatibus, & aliis expreſſis in hac lege, quod ſi facere voluiſſet, alia verba adiecisset dicens, quam noſtram conſtitutionem etiam ad res donatas, & venditas ſuprà dictis porrigimus, extendimus, &c. Dum autem refert ſe ſimpliciter ad tenorem ſuæ conſtitutionis, non licet nobis eam extendere. ſed relatum eſſe in referente, interpretari debemus, cum omnibus ſuis qualitatibus, ſecundum iuris regulas notiſſimas.

CAPVT XXXVIII.

Vtrum in Eccleſiam, & pias cauſas, ac Ciuitates, quibus hæreditas per fideicommiſſum reſtituenda eſt, tranſeant iura abſque reali vel verbali reſtitutione?

EX his quæ dicta ſunt in præcedenti capite palam eſſe videtur, haudquaquam conſiſtere poſſe eorum ſententiam, qui ex l. vlt. C. de ſacroſanct. Eccl. colligunt, in Eccleſias, Ciuitates, & pia loca, quibus ex fideicommiſſo hæreditas reſtituenda eſt, iura hæreditaria tranſire, abſque verbali vel reali reſtitutione. licet in cęteris aliter ſit conſtitutum, vt notum eſt ex l. Facta. ex l. Reſtituta. ff. ad Trebell. ex § Reſtituta. Inſt. de fideicom. hæred.

Ita docuerunt Bartolus in d. l. vl. & in q. 13. incipiente, Filium adultum. Paulus Caſtrenſis, Iaſon in d. l. vl. & alij quos memorat Tiraquellus de priuilegiis piæ cauſſæ, Priuilegio 39.

Fundamentum enim eorum non eſt firmum, ſic ipſi ratiocinantur. Dominium tranſit in Eccleſiam, & Ciuitatem, & pias cauſſas, abſque reſtitutione, Ergo nulla opus eſt reſtitutione reali vel verbali. Nam quod textus d. l. vl. ait de hæreditate iſtis relicta, latè accipiunt, ſiue directò relicta ſit, ſiue per fideicommiſſum. Rurſus quod textus dicit de fideicommiſſis, latè accipiendum tam ſingularibus, quibus ſcilicet ſingulæ res relictæ ſunt, quàm vniuerſalibus, quibus hæreditas tota, vel eius pars relinquitur.

Non eſt ita; quia Iuſtinianus Imperator in d. l. vlt. refert ſe ad conſtitutionem, quam pro legatariis, & fideicommiſſariis fecit in l. 1. Co. commu. de legat. ibi verò non loquitur de hæreditate directò vel per fideicommiſſum relicta, ſed de ſingularibus legatis, & fideicommiſſis, pro quibus conſequendis, tres concedit actiones.

Addunt aliqui pro communiore ſententia textum in §. Si quis autem pro redemptione. in Authent. de Eccleſiaſticis titulis. vbi dicitur, *Epiſcopum vindicare poſſe* relicta, pro redemptione captiuorum.

Sed nihil iuuat hanc ſententiam, quia intelligendus eſt de legatis & fideicommiſſis particularibus, vel ſi de vniuerſalibus fideicommiſſis intelligatur, interpretari debet ſecundum leges, quibus conſtitutum eſt, vt fideicommiſſarius res vindicare poſſit, facta ſibi verbali vel reali reſtitutione. l. Facta. l. Reſtituta. ff. ad Trebell.

Contrariam igitur ſententiam, quam Baldus, Fulgoſius, & alij à Tiraquello annotati, loco proximè citato, ſecuti ſunt, amplector, nimirum nihil ea in re ſpecialiter contra iuris regulas conſtitutum eſſe fauore Eccleſiarum, Ciuitatum, & piarum cauſſarum, & locorum, & idcirco reſtitutionem verbalem ſiue realem requiri, vt iura tranſeant ex Trebelliano S. Co. in fideicommiſſarium, de quo agitur.

Pugnat pro hac ſententia iuris regula, quæ requirit reſtitutionem verbalem vel realem vt dictum eſt. Nec enim reperitur contrarium ſingulariter his caſibus conſtitutum. Iuuat eam quoque l. Omnibus. ff. ad Trebell. vbi I. C. ait. *Omnibus Ciuitatibus quæ ſub Imperio Romano ſunt, reſtitui debere, & poſſe hæreditatem fideicommiſſariam, & actiones in eas ex Trebelliano transferri.*

CAPVT XXXIX.

Ad l. 1. C. de ſacroſanctis Eccleſiis.

IMperator Conſtantinus ad populum: *Habeat vnuſquiſque licentiam ſanctiſſimo, catholico, venerabilique concilio, decedens bonorum quod optauerit relinquere, & non ſint caſſa iudicia eius. Nihil enim eſt quod magis hominibus debeatur, quàm vt ſupremæ voluntatis, poſtquam iam aliud velle non poſſunt, liber ſit ſtylus, & licitum quod iterum non redit arbitrium*, l. 1. C. de ſacroſanct. Eccl.

Rectè Alciatus hanc legem enarrans ait: *Quoniam ante Conſtantinum Magnum collegia Chriſtianorum damnata erant, eorum ille profeſſionem primus Cæſarum ſyncera fide amplexatus, conſtituit vt quilibet facultatem haberet, quantum vellet, generali ipſius Eccleſiæ relinquendi.* Illud non rectè quod ſubdit; *Fuitque*

tiuè hæc lex intellecta; vt non ideo Clericis, & Monachis relinqui posset, aut particulari templo: Cuius rei rationem D. Hieronymus quadam ad Nepotianum Epistola his verbis attingit. Pudet dicere: Sacerdotes idolorum mimi, & aurigæ, & scorta hæreditates capiunt, solis Clericis & Monachis hoc lege prohibetur, &c. Vnde apparet, inquit Alciatus, *recentiorum interpretatione factum, vt aliter hæc lex nostro seculo, aliter in primitiua Ecclesia intelligeretur.*

Non rectè, quia S. Hieronymus loquitur de lege Valentiani, Valentis & Gratiani, qui longe post Constantinum Magnum imperarunt. Hi iustas ob caussas prohibuerunt Clericis & Monachis aliquid relinqui in vltima voluntate, à mulieribus, quibus se priuatim prætextu religionis adiungebant, vt constat ex l. 20. Co. Theodosiano de Episcop. & Clericis. & diligenter explicat Illustrissimus ac Reuerendissimus Cardinalis Baronius in 4. tomo annalium Ecclesiasticorum anno 370.

Ab eodem lapsu non procul abest Fornerius lib. 3. selectionum c. 28. dum scribit, ante hanc legem Constantini vetitum fuisse lege suprà dictorum Valentiniani, Valentis & Theodosij, Clericis & Ecclesiis legari. Nam inter omnes constat, non hos Imperatores ante Constantinum Magnum, sed contrà, ipsum ante eos vixisse, & imperio potitum fuisse.

Sed his omissis maioris momenti disputatio oritur, an vera sit Bartoli sententia in explicatione huius legis, quem Baldus ioci gratiâ Saturnium vocat, quoniam scilicet id dixerit, quod nec vsquam relatum est, nec vnquam receptum, vt de Saturnino Vlpianus scribit in l. 1. ff. de senatoribus, Bartolum tamen secutus est Paulus Castrensis, & Alciatus dixit eius sententiam defendi posse. Existimauit Bartolus hanc legem ita accipiendam esse. Primò, vt vnusquisque etiam non idoneus iure ciuili ad testandum puta filiusfam. mutus, surdus, & similes testamento legare possint bona sua Ecclesiæ. Secundò, eiusmodi testamentum valere, licet omnibus iuris solennibus destitutum sit. Tertiò, hanc legem interpretatione restringendam ad eos, qui in articulo mortis constituti testantur.

Priorem expositionem probat ex verbo, *vnusquisque*, quo vsus est Constantinus. Alteram, ex illis verbis, *& non sint cassa iudicia eius.* Tertiam probat ex verbo, *decedens*, & verbis sequentibus, quibus mortis tempus designatur. *postquam aliud velle non possunt, &c.*

His accedunt hæc argumenta: Primum ex verbis tituli, sic enim inscribitur: *De sacrosanctis Ecclesiis, & de rebus & priuilegiis earum.* Priuilegium ergo contra ius commune continetur in hac lege. Consequenter ita debet intelligi, ne sit superfluum, sed vt locum habeat eo casu, quo iure cõmuni, aliter est constitutũ.

Secundum argumentum est. Nam si aliter hæc lex accipiatur, inutilis erit & superuacanea. Postquam enim Constantinus approbauit Christianam fidem, Collegium Christianorum consequenter approbasse videtur, Collegiis autem approbatis testamento legari potest. l. Collegium. C. de hæred. instit. l. Cùm senatus. ff. de reb. dubiis.

Tertium argumentum. Miles liberum habet arbitrium testandi. l. 1. ff. de Testam. mili. Ideóque etiamsi mutus, vel surdus sit, testamentum facere potest. l. Iure militari. ff. eod. tit. Ergo in proposito idem est dicendum, quia liberum arbitrium datum est Ecclesiæ bona legandi, licet vnicuique testari, & relinquere Ecclesiæ quantum voluerit bonorum suorum, licet alioqui iure ciuili testari prohibeatur.

Quartum. Is qui in loco hostili deprehenditur, & moritur, testari potest, quo modo velit, & quo modo potest. l. vlt. ff. de milit. testam. Ergo multò magis testari quocunque modo voluerit, licet ei qui in articulo mortis existens, & de salute animæ sollicitus, bona sua relinquit Ecclesiæ.

Postremum argumentũ. Testamentum imperfectum inter liberos seruandũ & custodiendum est. l. vlt. C. fam. hercisc. l. Hac consultiss. §. Ex imperfecto. C. de Test. Ergo multo magis in fauorem Ecclesiæ conditum, atque adeò pro salute animæ ipsius testantis.

Hæc sunt argumenta præcipua, omitto enim leuiora quædam ex brocardicis regulis desumpta, quę nullius sunt apud eruditos authoritatis.

Hanc sententiam Bartoli, argumentis hisce non obstantibus, reiiciendam existimo, & sequor Accursium, Cynum, Baldum, Salycetum, Iasonem, Cagnolum, Corasium, & cæteros, tũ antiquiores, tum recentiores, qui ita hãc legem interpretati sunt. Vnumquemque scilicet idoneum ad testandum, siue sit constitutus in articulo mortis, vel non sit, bona sua Ecclesiæ legare, & relinquere posse, si testamento solennia fuerint adhibita; licet hoc vltimum iure canonico locum non habeat, vt infrà dicam.

Fundamẽtum est, quia nulla suppetit ratio, cur existimare debeamus, Constantinum verbis hisce generalibus tollere voluisse solennia testamentorum. Rectè enim Iustinianus in l Si quando C de inoff. testam. *Cùm Princeps liberam testamenti factionem concedit, intelligitur concedere legitimam & consuetam Neque enim credendum est Romanum Principem, qui iura tuetur, huiusmodi verbo totam obseruationem testamentorum multis vigiliis excogitatam, atque inuentam velle euerti.*

Constat præterea verba generalia legis de

idoneis

idoneis accipienda eſſe. l. Reſcriptio. l. vt gradatim. §. Et ſi lege. ff de munerib. & honor.

Tertiò, teſtamentum imperfectum nullius eſt momenti, tantùm inter liberos ſeruatur, adeò vt nec Imperator quidem vindicare hæreditatem ex teſtamento imperfecto poſſit. l. Ex imperfecto. C. de Teſtam.

Quartò, hæc ſententia probatur ex l. Generali. 13. C. de ſacroſanct. Eccleſ. vbi Valentinianus & Martianus viduis poteſtatem concedunt, & religioſis fœminis relinquendi bona ſua Eccleſiæ teſtamento, vel codicillo, *quod tamen*, inquit textus, *omni iuris ratione munitum ſit*.

Reſpondet Bartolus, legem illam non loqui de eo, qui in mortis articulo conſtitutus, teſtamento, vel codicillo relinquit bona ſua Eccleſiæ. Non rectè, quia illa lex loquitur generaliter, teſtamento vel codicillo. Conſtat autem teſtamentum & codicillum ordinari poſſe tam ab eo qui ſanus eſt, quàm ab infirmo, & in articulo mortis conſtituto.

Reſpondet ſecundo loco Alciatus, verba illa: *Quod tamen omni iuris ratione munitum ſit*, excludere vitium & impedimentum ex iure naturali proueniens, vt puta, ſi furioſus vel pupillus teſtamentum facere velit, & Eccleſiam inſtituere hæredem.

Non rectè, quia textus dicit, omni iuris ratione munitum ſit. Qui dicit omne, nihil excludit: Igitur ita debet eſſe munitum, vt nullũ vel iuris naturalis, vel ciuilis impedimentum, ac vitium ſubſit.

Poſtremò, hanc legem ita accipiendam eſſe, vt dixi, patet ex ſummi Pontificis epiſtola in c. Relatum. de teſtamentis, cùm ait: *Mandamus quatenus cum aliqua cauſſa talis ad veſtrum fuerit examen deducta, eam non ſecundum leges, ſed ſecundum decretorum ſtatuta tractetis: tribus aut duobus teſtib. requiſitis, quoniam ſcriptũ eſt, in ore duorum vel trium ſtet omne verbum.* Si iure ciuili, hoc eſt, ex hac Conſtantini lege non eſſent neceſſaria ſolennia, vt Bartolus exiſtimauit, S. Pontifex non prohibuiſſet eiuſmodi cauſas tractari ſecundum leges, quia nec leges ſolennia exigerent, magis quàm decretorum ſtatuta.

Ad primum argumentum Bartoli ex verbo, *Vnuſquiſque*, reſponſio patet ex iis quæ dicta ſunt. Debet enim intelligi de idoneis, & habilibus ad teſtandum.

Ad ſecũdum ex verbis tituli, reſpõdeo, ſufficere, vt hæc lex aliquid contineat de Eccleſiis, & de rebus ad eas pertinentibus, nec neceſſe eſſe, vt omnes leges ſingulare aliquod priuilegium contineant contra iuris regulas.

Ad tertium argumentum ex verbo, *decedens*, reſpondeo, non idcirco excludendos eſſe eos, qui vel ſani corpore, vel extra mortis periculũ teſtantur, quia Imperator rationem habuit eius, quod ſæpius contingit. Sæpius enim homines teſtantur cùm ſunt in periculo mortis, & quia teſtamentum ex morte & vltima voluntate vires ſumit.

Ad quartum argumentum dico, non inutilem eſſe hanc Conſtantini legem. Nam propter Imperatorum gentilium perſecutiones, fideles Chriſtiani non audebant bona ſua Eccleſiis legare. *Mirum autem dictu*, inquit *Illuſtriſſimus Baronius tomo 3. anno 321. relaxatâ ſemel libertate fidelium* (per hanc legem Conſtantini) *in relinquendis, vltima voluntate, ſuis bonis Eccleſiis, adeò auctæ ſunt illarum diuitiæ, vt poſteriores Imperatores veriti ob eam cauſſam reipublicæ detrimentum, & paupertatem, conati ſint iterum ab huiuſmodi profuſis largitionibus cohibere fideles.*

Ad cætera argumenta reſpondeo, negando conſequentiam. Ita in militibus conſtitutum eſt. Item in iis qui in hoſtico moriuntur. Item in teſtamento inter liberos. Ergo idem conſtituendum eſt de iis, qui bona ſua relinquunt Eccleſiis. Nam non hoc eſt leges conditas interpretari, ſed nouas condere, quod iuris interpretibus permiſſum non eſt.

CAPVT XL.

Sufficiátne iuratoria cautio cùm vſuſfructuarius ſatisdare non poteſt?

VSuſfructuarius cauere debet ſe vſurum boni viri arbitratu, & cùm vſusfructus ad eum pertinere deſinet, reſtituturum quod inde extabit. l. 1. ff. Vſufructua. quemad. caueat. l. 4. C. de vſufr. Et quia lex ſatiſdationis verbo vtitur, cautio intelligitur cum fideiuſſoribus. l. 1. ff. qui ſatiſdar. cog. l. Sancimus. C. de verb. ſig. Vnde oritur controuerſia, ſi vſufructuarius fideiuſſorem inuenire non poſſit, an ſufficiat iuratoria cautio, aut quod aliud remedium ſit. Et animaduerti quatuor eſſe Doctorum ſententias hac de re. Prima, iuratoriam cautionem non ſufficere, & ideo vſumfructum vindicari non poſſe. Authores ſunt Accurſius in l. 4. C. de vſufr. Bertrandus in conſ. 144. lib. 3. Romanus conſ. 439. num. 10. Iaſon ad l. 1. num. 23. & ibidem Socinus ſenior, n. 22. ff. qui ſatiſd. cogan.

Fundamentum eſt in legibus quibuſdam, in quibus conſtitutum eſt cautionem iuratoriam non admitti, quoties cum fideiuſſoribus cautio requiritur. l. Filiusfam. §. Diui. verſ. iidem Principes. ff. de leg. 1. l. 2. C. de tutore vel curatore qui ſatis non dedit. Sed ad rem magis pertinet l. 7. ff. vſufructuar. quemadm. cau. vbi Vlpianus ſic ait: *Si vſusfructus nomine, tradita re, ſatiſdatum non fuerit, Proculus ait, poſſe*

hæredem rem vindicare, &c. & l. vlt. ff. eo. tit. verbis [illegible] Vlpianus inquit: *Ergo etiam in [illegible] fructuaria [illegible] vindicare a proprietario possunt, cautione non data.*

Altera est sententia, sufficere iuratoriam cautionem hoc in casu, nisi fructuarius suspectus sit, & malæ conditionis & vitæ. Authores sunt Bartolus ad d. l. 4. C. de vsufr. Guido Papæ deci. 189. n. [illegible] Marsilius in Practica [illegible] §. Diligenter. n. 104. Io. Imolensis ad l. Cum non facile. n. 2. ff. Si cui plus quam per legem Falci. Portius lib. 3. comm. conclu. [illegible] Ampliatione. Cacheranus deci. Pedemontana [illegible] Pinellus ad l. 1. C. de bonis matern. in 3. parte, n. 79. Andreas Gayl lib. 2. obser. [illegible]

Fundamentum est in aliquibus legibus, quibus constitutum est, iuratoriam cautionem sufficere in casibus, quibus fideiussor inueniri non potest; l. Cum non facile. ff. Si cui plus quàm per legem Falcid. [illegible] §. Super peculio C. de assessoribus. Auth. Generaliter. C. de Episcopis & Clericis. §. Sed hodie. instit. de Satisdation.

Tertia est sententia, hoc in casu, quia fideiussor non potest inueniri, & dubium est, an sufficiat iuratoria cautio, aliud remedium esse vt sequestrentur bona apud aliquem virum honestũ, diuitem, ac probum, qui præstet fructus eorum vsufructuario. Ita olim docuit Gulielmus de Cuneo, & idem sentit Bartolus eo in casu, quo vsufructuarius suspectus est in d. l. 4. C. de vsufr. refertque Guido Papæ, hanc sententiam secutum fuisse Parlamentum Gratianopolitanum deci. 150.

Quarta est sententia, proprietarium hoc in casu bona retinere posse, & vindicare, sed fructuario annuatim certam vel fructuum, vel pecuniæ quantitatem pendere oportere, ipsique fructuario, de ea præstanda idoneè cauere. Ita Angelus ad l. Hac edictali. §. His illud. n. 6. C. de secundis nup. Salycetus in d. l. 4. C. de vsuf. Borgninus Caualcanus alios citans de vsufructu mulieri relicto n. 150.

Fundamentũ est in d. l. Hac edictali. §. His illud. C. de secundis nup. in illis verbis: *Vel certè, si fideiussiones idoneas præstare distulerit, aut nequiuerit; prædictæ res mobiles nondum matri à liberis traditæ, apud eosdem manebunt, scilicet verò eiusdem matris vel ab eadem detentæ restituentur liberis, si tamen ab his fideiussio id nec matri fuerit oblata, qua caueri debet, quod eidem superstiti pro vsufructu earundem rerum in bilũ, vel precio, quo taxatæ sunt, vsurarum nomine centesimæ partem tertiam annuis quibusque temporibus præstare non differant*, &c.

Scribit Mynsingerus cẽtur. 6. obser. 48. cùm harum quatuor opinionum conflictus in Camera Imperiali incidisset, quamuis eam sententiam de iure veriorem Assessores existimauerint, quæ vsumfructum non deberi, ob non præstitam cautionem docet: æquissimam tamen hanc postremam sententiam iudicasse; quia hac ratione, & proprietario consultum est, & vsufructuario.

Et hanc sententiam ipse quoque amplector, licet, n. ex l. 7. & vlt. ff. vsufructuar. quemadm. cau. nec non ex l. Si vsusfructus 16. ff. de vsufr. rectè defendi possit, si non fuerit satisdatum, vsumfructum non deberi; tamen quia Vlpianus non de hac facti specie loquitur, in qua fructuarius fideiussorem inuenire non potest, non prorsus excludere videtur hoc remedium Imperatoris in d. l. Hac edictali. §. His illud. Nobis igitur in re maximè dubia (siquidem leges quandoque iuratoriam cautionem probant, quandoque reiiciunt) amplecti licet æquiorem ac benigniorem sententiam, nec fructuario aliquid iuris detrahentem, nec proprietario; & Assessorum Imperialis iudicij authoritate munitam, quæ meritò in tam excelso loco posita est, vt nefas sit, temerè ab ea recedere.

CAPVT XLI.

De vsufructu earum rerum quæ vsu conteruntur, qualis ab vsufructuario præstanda sit satisdatio.

Svnt quædam res, quæ vsu consumuntur veluti pecunia, vinum, frumentum, oleum, & id genus alia, sunt & aliæ quæ minuuntur, veluti vestes, dolia, & cætera mobilia. De rebus prioris generis postea dicetur, nunc de his, quæ vsu minuuntur dicam. Vtrum fructuarius satisdationem præstare teneatur se restiturum eiusmodi bona, finito vsufructu in ea bonitate, & æstimatione, cuius erant tempore, quo fuerunt ei traditæ, an verò sicut erunt finito vsufructu.

Et vt statim me expediam, puto eas restituendas, prout inuenientur finito vsufructu, nulla ratione habita æstimationis, quæ erat tempore traditionis.

Mouet me tex. in l. Si vsusfructus. §. Si vestis. ff. vsufructuar. quemadm. caueat. *Si vestis vsusfructus legatus sit, scripsit Pomponius, quanquam heres [illegible] redderet, attamen non obligari [illegible], si eam sine dolo malo attritam reddiderit.*

Secundo mouet l. [illegible] ff. vsufructuar. quemad. caueat vbi Vlpianus ait: *Si cuius rei vsusfructus legatus sit, [illegible] [illegible] de [illegible] cauere, & [illegible] [illegible] pertinere [illegible] quod inde extabit. Hæc [illegible] sine mobilia [illegible], sine soli*

interpone

interponi debet. Et post pauca: *Cauere autem debet boni viri arbitratu perceptum iri vsumfructum, hoc est, non deteriorem se caussam vsusfructus facturum, caeteráque facturum, quae in re sua faceret.*

Ex hac lege primùm perpendo, vsufructuarium eodem modo teneri ad res mobiles restituendas, quo tenetur ad restituendas res soli, hoc est, immobiles.

Secundò, fructuarium teneri restituere, quod inde, hoc est, finito vsufructu extabit.

Denique arbitrio boni viri frui debet, & omnia facere, quae in rebus suis faceret.

Si igitur rebus mobilibus vtatur secundùm arbitrium boni viri, & in iis versetur, vti virũ bonum decet, & prout versatur in suis rebus, nihil proponi video, cur si res vsu ipso conterantur, atque diminuantur, eo nomine teneatur, eámque aestimationem praestare obligatus sit, quae tempore traditionis erat. Alioquin nõ videretur vsumfructum, hoc est, ius vtendi & fruendi habere liberè, sed cum onere admodum graui, nec gratuitò, sed quodammodo cum obligatione mercedis dandae propter vsum. Fac enim rem ex vsu aestimatione diminutam, quia tempore traditionis aestimabatur decem aureis, finito vsufructu aestimatur tribus, tenebitur soluere quod deest aestimationi, quae fuit traditionis tempore, quod absurdum videtur.

Atque ita docuerunt Io. Imolensis, post Florianum quem citat in c. vlt. nu. 24. de pignoribus. Franciscus Marcus decis. 818. in prima parte.

Sed contrarium responderunt Alex. in cons. 58. n. 6. lib. 3. Socinus senior cons. 9. lib. 4. Pinellus ad l. 1 in 2. parte post n. 80. C. de bonis mater. & alij quos commemorat Antonius Tessaurus decis. Pedem. 80.

Fundamentum est in l. Si vini. ff de vsufr. ear. rer. quae vsu consum. vbi Caius: *Si vini, olei, frumenti vsusfructus legatus erit, proprietas ad legatarium debet transferri, & ab eo cautio desideranda est, vt quandoque cùm is mortuus, aut capite minutus sit, eiusdem qualitatis res restituantur, aut aestimatis rebus certa pecunia nomine cauendum, quod & commodius est. Idem scilicet de caeteris quoque rebus, quae vsu consumũtur, intelligemus.* Idem docet Imperator in §. Constituitur. Inst. de vsufr. vbi nominatim fit mentio vestimentorum.

Respondeo, illud responsum Caij pertinere ad earum rerum vsumfructum, quę vsu consumuntur, de quibus iam nostra disputatio non est. Non obstat mentio vestimentorum à Iustiniano facta, quia illud est accipiendum de vestimentis, quae breui tempore vsu consumuntur de quibus nunc non loquimur.

Ratio differentiae est, quia vsusfructus earum rerum, quae vsu consumuntur, consistere non potest, nisi per cautionem quam fructuarius praestat. Cautio autem debet procul dubio esse de restituendis rebus eiusdem qualitatis, quia vsusfructus est ius vtendi & fruendi reb. alienis, salua rerum substantia. Per cautionem autem substantia conseruari videtur, dum eiusdem qualitatis res per eam restituuntur. At in rebus, quae vsu non consumũtur, sed aliquo pacto minuuntur, & conteruntur, adeò vt post longum tempus salua quidem rei substantia sit, verùm fortè non eiusdem aestimationis, ac precij, in his, inquam, rebus, vsusfructus optimè consistit: Et si restituantur finito vsufructu, prout tunc reperiuntur, non deteriores factae dolo, vel culpa fructuarij in eis, bona fide, & secundùm boni viri arbitrium versantis: sed paululum minutę, contritae ve, ac proinde minoris aestimationis effectae, satis suae obligationi fructuarium fecisse crediderim.

CAPVT XLII.

Verum ei cui vsusfructus relictus est earum rerum, quae vsu consumuntur, cautio à testatore remitti possit?

PEtrus & Cynus in l. 1. C. de vsufr. existimarunt, cautionem remitti vsufructuario posse a testatore in iis rebus, quae vsu consumuntur, veluti pecuniae, vini, olei, frumenti, & similium, secuti eandem sententiam sunt, Andreas Siculus in cons. 64. libr. 2. Ancharanus, Panormitanus Collectar. in cap. vlt. de pignor. & Alexander quem nemo citat in cons. 140. nu. 6. 7. lib. 7.

Fundamentum ponunt in eo, quod ratio legis prohibentis hanc cautionem remitti, cesset in iis rebus, quae vsu consumuntur. Fauor scilicet haeredis, & ne fructuario detur occasio delinquendi. Hodie enim hoc iure vtimur, vt testator possit legibus derogare, quae ad haeredis fauorem & commodum spectant. Potest enim haeredi auferre legis Falcidiae beneficium, vt in Nouella de haeredibus & Falcidia. Occasio autem delinquẽdi cessare videtur in iis rebus, quae vsu consumuntur, quoniam earum dominium in fructuarium transfertur, vt in l. Si vini. ff. de vsufruct. ear. rer. quae vsu consum.

Sed contrarium docuerunt Ioan. Imol. in c. vlt. de pignor. circa finem. Bartol. Baldus, Fulgosius & Cast. in d. l. 1. C. de vsufr. necnon Pinellus ad l. 2. C. de bonis mater. in 2. parte, post n. 76.

Et istis ego assentior. Primùm ex generali iuris regula. Nemo potest facere quin leges locum habeant in suo testamento. l. Nemo potest, de legatis primo.

Nec obstat, quod dicitur testatorem prohibere posse, ne lex Falcidia locum habeat, quia id non est producendum ad consequentias. Non enim si in vno vel altero casu id permissum est, ad omnes alios producēdum videtur. l. Ius singulare. l. Quod vero. ff. de legib.

Secundò ex l. 1. C. de vsufr. Seuerus & Antoninus: *Si vsusfructus omnium bonorum, vxoris testamento, marito relictus est, quamuis cautionem à te prohibuerit exigi, tamen non aliter à debitoribus solutam pecuniam accipere poteris, quàm oblata, secundùm formam Senatusconsulti, cautione.*

Hic agitur de vsufructu pecuniæ, vt patet ex illis verbis, *solutam pecuniam*, & ex mentione facta Senatusconsulti. Illud enim habet locum in vsufructu earum rerum, quæ vsu consumũtur. l. 1. ff. de vsufruct. earum rer. quæ vsu consum. in vsufructu aliarum rerum locus est cautioni ex edicto Prætoris.

Postremò ex l. Si pecuniæ. ff. vt in possess. legat. Iulianus: *Si pecuniæ numeratæ vsusfructus legatus esset, & in testamento cautum, ne eo nomine satisdaretur, proprietas legata non est, sed legatario permittendum est satisdare, & vsumfructum pecuniæ habere. Et propterea in hac propositione nullæ Prætoris erunt partes, quia nisi satisdetur, agi cum herede non poterit.*

Hic vides remitti non posse cautionem, quia textus dicit, *nisi satisdetur: agi cum herede* non posse, & loquimur de vsufructu pecuniæ numeratæ.

Ad argumentum contrariæ sententiæ respōdeo, rationem legis esse, quia nemo potest facere, quin leges locum habeant in suo testamento, quæ ratio locum habet etiam in vsufructu earum rerum, quæ vsu consumuntur, vt patet. Et cùm in his terminis leges sint apertæ, frustrà generales quædam rationes opponuntur.

CAPVT XLIII.

Cautio in vsufructu earum rerum, quæ vsu consumuntur, an sit de substantia vsusfructus?

NOn puto esse de substantia, vt verbis vtar vulgaribus, cautionem in vsufructu earũ rerum, quæ vsu consumuntur, quia si de substantia esset, omitti non posset. Omitti verò posse palam est ex l. 3. §. Hoc Senatusconsultum. ff. de vsufru. ear. rer. quæ vsu consum. & ideo assentior Pinello, ita docenti post Accurs. Azonem, Imolensem, Fabrum, & alios quos ipse citat ad l. 1. C. de bonis matern. in 2. parte n. 78.

Contrarium docuerunt Bartolus in l. 1. nu. 14. C. de vsufru. Baldus, Salycetus & Fulgosius ibidem. Iason ad l. 1. nu. [illegible] de leg. 1. & ibidem Alciatus n. 32. Socinus iunior in cons. 72. nu. 3. lib. 2.

Fundamentum statuunt in l. 2. de vsufruct. earum rerum, quæ vsu consum. *Sed de pecunia,* inquit textus, *rectè caueri oportet iis, à quibus eius pecuniæ vsusfructus legatus erit, quo Senatusconsulto non id effectum est, vt pecuniæ vsusfructus proprius esset: Nec enim naturalis ratio authoritate Senatus mutari potuit, sed remedio introducto cœpit, quasi vsusfructus haberi.* Et in §. Constituitur. inst. de vsufruct. *Sed vtilitatis caussa,* inquit, *Senatus censuit posse etiam earum rerum vsumfructum constitui, vt tamen eo nomine heredi vtiliter caueatur.*

Respōdeo, cautionem quidem hoc efficere, vt vsusfructus videatur haberi earum rerum, quæ vsu consumuntur, sed iam quæstio est, an talis cautio ita substantialis sit, vt sine ea vsusfructus obtineri non possit. Et placet, quia quilibet renunciare potest iis quæ in fauorē suum introducta sunt, si non exigatur hæc cautio, nihilominus vsumfructum impropriè dici, ex quo consequitur nō esse de substantia: potest enim hæres fructuarii fidem secutus ei pecunias vtendas, & reliqua, quæ vsu consumũtur, permittere, ac tradere absque cautione, finitóque vsufructu, ipsam quantitatem, vt Sabinus dicebat, condicere.

CAPVT XLIV.

Operis noui nunciatio manifestè iniusta, an impunè contemni possit ad l. 1. ff. de operis noui nunc.

VLpianus in l. 1. ff. de operis noui nunc. *Hoc edicto,* inquit, *permittitur, vt siue iure, siue iniuria opus fierat per denunciationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio, quatenus prohibendi ius, is qui nuntiasset, non haberet.* Et in l. Prætor ait. §. Interdictum. ff. eodem: *Qui igitur facit,* inquit, *& ius faciendi habuit, tamen contra interdictum Prætoris facere videtur, & ideo destruere cogitur.* Et in §. Ait Prætor, eadem lege: *quod factum est,* inquit, *iubet restitui, neque interest iure factum sit an non, siue igitur iure factum est, siue non iure factum est, interdictum locum habebit.*

His Vlpiani responsis consentaneum est quod idem scribit in l. 1. § Parui. ff. Quod vi aut clam. ibi: *Et parui refert, vtrum ius faciendi habuit, an non, siue enim ius habuit, siue non, interdicto tamen tenetur propter hoc, quod clam fecit.*

Nec his absimile est quod Paulus scribit in l. Sed eximendi. §. pen. ff. Ne quis eum qui in ius vocat. est, vi eximat. *Item si quis eum qui per calumniam vocabatur exemerit, constat eum hoc edicto teneri.*

Quibus

Quibus testimoniis adductus sententiam Alberici valde probabilem esse iudicaui, existimantis, operis noui nūciationem haud quaquam sperni posse, licet manifestum sit non iure factam esse. Praesertim verò locum habere hanc sententiam puto, cùm iuramento calumniae nuncianti praestito inhibitio à Praetore facta est, iuxta l. De pupillo. §. Qui opus nouū. ff. de ope. no. nunc. Etsi enim manifestum sit, nunciationem iniustam esse, & eum cui nūciatur iure aedificare, non potest tamen sua authoritate is, cui nunciatū est, nunciationem factam contemnere, sed vel remissionem obtinere debet, vel praestita satisdatione sibi prospicere. l. Praetor ait. §. Deinde aie. ff. de op. no. nun.

Contrarium docuerunt Baldus, Iason, Ruinus, Crotus, Alciatus & alij in explicatione d. l. 1. ff. de op. no. nunc. sed eorum argumenta nihil obstant.

Primum est, Difficilius aliquid tollitur post quam factum est, quàm fieri prohibeatur. l. Pacto fururo. ff. de his, qui sui vel alie. iuris sunt. Sed cùm constat nunciantem opus nouum, ius nunciandi non habere, remittitur prohibitio iam facta: ergo multò magis nunciatio, siue prohibitio ab iniquo contemni potest.

Respondeo argumentum fallaciam continere, vt Iason quoque fatetur, quia sine dubio nunciatio fieri prohibetur, si nullum nuncianti ius competat, sicut & eo in casu, nunciatio facta remittitur: sed hoc à Praetore cognoscendum est, non ab eo cui nunciatur. Licet enim ita sit, non debet Praetoris maiestatem contemnere, sed remissionem impetrare, iura sua deducendo apud ipsum Praetorem.

Secundum argumentum, leges non permittunt aliquid iniustum. l. Meminerint. C. Vnde vi. & praetor id maximè non debet permittere, qui aequitatem ante oculos habere debet. l. quod si Ephesi. ff. de eo, quod certo loco. Sed nisi recipiatur haec interpretatio, leges videntur iniqua permittere, vt nimirum is qui nullum habet ius nunciandi opus nouum, prohibeat aedificantem. Ergo recipienda est interpretatio ista, vt nunciatio sperni possit: si notorium sit ei qui opus nouum nunciauit, non competere ius nunciandi.

Respondeo, iniquum non esse, quia vtrum habeat ius aedificandi, nec ne, is cui nouum opus nunciatur, a Praetore iudicandum & decernendum est, remittendáque erit a Praetore nunciatio catenus, quatenus is qui nunciauit, ius nunciandi non habuerit. Non igitur sibi quisquam ius dicere debet, & magistratum contemnere. l. Non est singulis. de reg. iuris.

Tertium argumentum est a simili. Spoliatus ante omnia restituendus est, l. si quis ad se fundum. C. vnde vi. cap. In literis. de restit. spolia. Veruntamen si notorium sit, nullum ei ius cōpetere, restituendus non est, cap. Ad decimas. de restit. spoliator. lib. 6.

Rursus aduersus tres conformes sententias, nullitatis exceptio opponi non potest, ad impediendam executionem, Clem. vt calumniis. de re iud. Veruntamen si notoria sit nullitas, potest, vt notat Alex. in cons. 77. n. 16. & consil. 106. in fine, lib. 3. Romanus sing. 291.

Rursus, Ex quacunque causa vocatus ad iudicem venire debet. l. 2. ff. Si quis in ius vocat. non ierit. Veruntamen is qui extra territorium vocatus est, non tenetur venire. l. vlt. ff. de iurisdict. om. iud. quia scilicet manifestum est, vocari non potuisse.

Ad haec & similia, quae adferri possunt exēpla, & argumenta respondeo, vt maximè vera sint, quod nunc non disputo, non pertinere ad quaestionem nostrā. Nam non probant, quempiam sibi ius dicere posse, vel Magistratum, aut Edictorum eius authoritatem contemnere posse sub colore iuris sui notorij. Et cùm de Magistratu loquimur, simul praesupponimus eum, cui nouum opus nunciatur, subiectum esse iurisdictioni, & Imperio eius; ac proinde illud exemplum de non subdito, cui aliquid praecipitur à magistratu non suo, longè a proposito nostro alienum est.

Quartum argumentum sumitur ex legibus quibus apertè dicitur, quandoque non valere ipsam noui operis nunciationem: vt in l. 1. §. Quod si quis in mari. in l. De pupillo. §. Si quis riuos. & §. Si plurium. & in l. Qui viam. ff. de op. no. nun. & alibi.

Respondeo, in casibus in quibus iure constitutum est, nunciationem fieri non posse, eam quoque nullius esse momenti, quia fit lege fieri prohibente. l. Non dubium. C. de legibus. Non ergo obligabit eum cui nunciatur, nullum effectum pariet, nullum impedimentum praestabit, c. Non praestat impedimentum. de reg. iuris lib. 6. Sed de his speciebus, quae legibus comprehensae sunt, nostra quaestio & conclusio accipienda non erit.

CAPVT XLV.

Aedificans spreta noui operis nunciatione, an demoliri cogatur, cùm litem super negotio principali contestatus est?

Si is, cui opus nouum nunciatum est, ante remissionem aedificauerit: Deinde coeperit agere ius sibi esse ita aedificatum habere: Praetor actionem ei negare debet, & interdictum in eum, de opere restituendo, reddere. Ita respondit Vlpianus in l. 1. §. Sed si is. ff. de noui oper. nunc.

Caeterū hic controuertitur. Quispiam spre-

ra operis noui nunciatione ædificauit, deinde cum aduerſario litem ſuper negocio principali conteſtatus eſt, ſcilicet an liceret ædificare nec ne, Vtrum ante omnia ædificium demoliri debeat, & in eum competat interdictum de opere demoliendo, priuſquàm de ipſo principali negocio, hoc eſt, iure ædificandi cognoſcatur?

Reſpondet Iaſon ad l. 1. n. 3. in 4. lim. ff. de oper. no. nun. de toto principali negotio prius cognoſcendum eſſe, nec ante omnia ædificium demoliendum; quoniam ea quæ dicuntur attentata reuocari debent ante litem conteſtatam ſuper cauſa principali. Iudex enim qui de meritis cauſæ cœpit cognoſcere, ſuper illis pronunciare debet, non autem ſuper attentatis, ſecundum Baldi ſententiam, in conſil. 245. n. 2. lib. 2. quam ante eum Speculator habuit in tit. de Appellationibus. §. Nouiſſimè. circa finem.

Sed quoniam ſententia hæc Baldi magnoperè controuerſa eſt, prius eam examinare oportet, quàm propoſita quæſtio a nobis decidatur. Præiudicium enim illa continet huius principalis quæſtionis: ſi vera eſt ſententia Baldi, rectè Iaſon monet, ſi falſa eſt. Iaſonis quoque ſententia falſa erit.

Igitur à ſententia Baldi & Speculatoris alij ſunt, quos commemorat Iacobus Menochius de recup. poſſeſſ. remedio 17. n. 37.

Argumenta verò ſunt iſta. Primum ex c. Significante. de appellation. vbi vertebatur quæſtio, an liceret alibi, quàm in ſtallis Decani & Capituli carnes vendere. Et cum lite pendente carnes in aliis ſtallis venditæ eſſent, inſtitit Decanus & Capitulum, vt quod factum fuerat, veluti attentatum reuocaretur, ſed reſponſum fuit, id peti non potuiſſe, quib. iudicib. ex conſenſu partium, certus erat conſtitutus dies ad litigandum, ſuper ipſo negotio principali, quod reſponſum cùm iudices non admitterent, ſed potius reijcerent, fuit ad ſedem Apoſtolicam appellatum, S. Pontifex pro appellante pronunciauit.

Secundum eſt ex l. 1. §. Non ſolùm. ff. vt legator. nom. cauea. in illis verbis: *Planè, ſi quis omiſſa ſtipulatione, litem de legato conteſtatus ſit, probandum eſt ceſſare debere ſtipulationem.*

Tertium argumentum eſt ex c. 1. de reſt. ſpoliat. vbi dicitur, quanquam ante omnem contentionem poſſeſſio violenter ablata ſit reſtituenda, tamen quia ſpoliato conſentiente pars aduerſa conſtituit, ſe legitimè probaturam de ſuo iure, S. Pontifex reſpondit, veritatem eſſe ſuper eo inquirendam.

Quartum eſt ex regula vulgari ſed brocardica. Quamdiu ordinarium ſupereſt auxilium, non eſt ad extraordinarium recurrendum. Eſt autem ordinarium auxilium ipſius cauſę principalis deciſio. Extraordinarium verò, attentatorum reuocatio. Ergo de cauſa principali cognoſcendum videtur omiſſis attentatis.

Contrarium docuerunt Io. And. Geminianus & Ancharanus in c. Non ſolùm. de appella. lib. 6. & alij quos refert & ſequitur Menochius de recup. poſſeſſ. remedio 17. n. 37. Lancellotus de Attentatis in 3. part. capit. 23. n. 9. vbi etiam refert deciſionem Rotæ Romanæ 25. aliâs 185. Licet pars rea. de appellat. in nouiſſ.

Argumenta ſunt iſta. Primum, quia per litis conteſtationem non ſolet deterior fieri conditio eorum, qui litem conteſtati ſunt. l. Non ſolet. l. Nemo enim. de reg. iuris.

Secundum eſt ex cap. Non ſolum. de Appell. lib. 6. quatenus textus dicit, attentata ſemper ante omnia reuocanda eſſe.

Tertium argumentum eſt, quia etiam in interdicto, Vnde vi, ſpoliatus, ante omnia reſtituendus eſt, licet ſuper petitorio lis fuerit conteſtata. Clem. 1. de cauſa poſſeſſ. & propriet. ſecundum communiorem ſententiam teſte Ripa in l. Naturaliter. §. Nihil commune. n. 161. ff. de acq. poſſeſſ.

Ego poſteriorem hanc ſententiam probabiliorem iudico, quia pro ea iuris regulę pugnare videntur. Attentata in primis reuocanda eſſe. Spoliatum ante omnia reſtituendum. Pro contraria verò ſententia nullum ſolidum argumentum adfertur.

Primum enim ex c. Significante. de appellat. nihil obſtat. Ratio enim deciſionis illius eſt, quia cùm de cōſenſu partium coram iudicibus ad litigandum ſuper ipſo negotio certus dies ſtatutus fuiſſet, & quantum ad illum diem ſolutum fuiſſet iudicium, pręuenire diem ipſum, ac audire partem aduer am, in tali imploratione (ſcilicet reuocationis attentatorum) abſque conſenſu partis alterius non debebant: de hac facti ſpecie quæſtio noſtra accipienda non eſt.

Secundum argumentum ex d. l. 1. §. Non ſolùm. ideo non obſtat, quia loquitur, quandò omiſſa ſtipulatio eſt, quæ ad cautionem ſcilicet præſtandam pertinet, non verò loquimur vbi omiſſa non eſt petitio reuocationis attentatorum, imò pars petiit reuocari attentata, deinde lis conteſtata eſt ſuper negotio principali.

Ad tertium ex c. 1. de reſtit. ſpol. reſpondeo, S. Pontificem loqui, cùm pars conſenſit, vt de re ipſa principali cognoſcatur, vt patet ex illis verbis, *quia conſentiente illo, &c.* Talem conſenſum non ſupponimus in quæſt. noſtra.

Ad quartum reſpondeo, vt verum ſit brocardicum illud, quod falſum eſſe aliquando oſtendam, non rectè ad rem noſtram applicari, quia nunquam attentata in primis eſſent reuocanda, nunquam ſpoliatus ante omnia reſtituendus eſſet.

dus eſſet: quia ſemper dici poteſt remedium ordinarium ſupereſſe, vt nimirum de cauſa principali cognoſcatur, quã ſanè allegatione nil ineptius allegari poteſt.

His ita conſtitutis, ita puto planum eſſe quid ad propoſitam quæſtionem reſpondendum ſit. Nam reſpondendum eſt, ædificium eſſe demoliendum antequam cognoſcatur, an ius ædificandi habuerit is, cui nouum opus nunciatum eſt, iuxta l. 1. §. Sed ſi is. ff. de oper. no. nun. quam ſententiam contra Iaſonem egregiè defendit eruditiſſimus Syluius Spanochius lib. 4. quæſtionum ad tit. de oper. nou. nunc. Gratiſſima eſt occaſio mentionem faciendi D. Syluij. Eſt enim frater Excellentiſſ. D. Angeli Summi profeſſoris Bononienſis, & clariſſ. ac præſtantiſſimi D. Horatij quibuſcum mihi non vulgaris neceſſitudo eſt.

CAPVT XLVI.

Ad l. 3. §. 1. & l. De pupillo, §. Si plurium. ff. de ope. noui nunciat.

VLpianus in l. 3. §. 1. *Si in loco communi quid fiat, nunciatio locum habebit aduerſus vicinum. Planè ſi vnus noſtrum in communi loco faciat, non poſſum ego ſocius nouum opus ei nunciare, ſed eum prohibebo communi diuidundo iudicio, vel per Prætorem.*

Aſſentior Vdalrico Zaſio in 1. parte, ſingul. intell. c. 1. ita hunc textum explicanti, quemadmodum olim Petrus Beſazius, ſocium ſocio, in re communi, nunciare non poſſe nouum opus, ſed vel communi diuidundo iudicio cum prohibere poſſe, vel per Prætorem, qui videlicet prohibeat ſocium. Hæc eſt illa Prætoris cognitio, cuius mentio fit in l. 1. §. 1. ff. de rei vind. & alibi ſæpe. Non eſt officium iudicis mercenarium actioni intentatæ deſeruiens, vt veteres dixerunt.

Ideo ſocius opus nouum nunciare non poteſt, quia certum ius non habet in aliquam partem ipſius rei. Ergo res diuidenda eſt, communi diuidundo iudicio, aut per prætorem inhibendum. Hic eſt caſus ſpecialis, in quo non citatio facta per Prætorem, valet, per ſocium facta non valet, licet aliâs & verbo, & per lapillum nunciatio valeat. l. De pupillo §. Meminiſſe. ff. de op. no. nunc.

Cæterum eidem Zaſio, non abſque diſtinctione aſſentior in explicatione l. De pupillo. §. Si plurium. Vlpianus: *Si plurium dominorum res opus noceat, vtrum ſufficiet vnius ex ſociis nunciatio, an verò omnes nunciare debeant? Et eſt verius vnius nunciationem omnibus non ſufficere, ſed & ſingulis nunciare neceſſe, quia & fieri poteſt, vt nunciatorum alter habeat, alter non habeat ius prohibendi.*

Communis expoſitio eſt, vnius nunciationem omnibus non ſufficere, id eſt, ſufficere quidem, & prodeſſe nuncianti, ſed non aliis. Itaque ſi vnus tantum nunciauerit, eius victoria aliis proderit, quia res eſt indiuidua. l. Stipulatio. §. Quæſitum. ff. eod. tit. l. loci corpus. §. Si fundus. ff. ſi ſer. vind. ne aliorum negligentia nuncianti noceat, d. l. De pupillo, §. Si plurium. verſic. *Neque enim.*

At Zaſius contra lib. 1. ſing. intell. c. 3. *omnibus non ſufficere*, id eſt, nemini ſufficere, quia negatiua dictio vniuerſali ſigno poſtpoſita, æquipollet ſuo contrario. l. obligari. ff. de author. tutor.

Reſpondeo, non ſemper æquipollere. Exemplum affert Alciatus lib. 5. Parergon. ca. 17. ex l. Si ſeruus. §. Si plurium. ff. ſi quis cautio. cui Zaſius non ſatisfacit.

Secundum argumentum eſt, quia nec illi qui nunciauit, prodeſſe poteſt nunciatio, quod ſic oſtenditur. Aut is petit opus deſtrui, aut id quod intereſt. Primum petere non poteſt, quia deſtructio operis non recipit diuiſionem, conſequenter pro parte peti non poteſt, vt opus deſtruatur. Non poteſt id quod intereſt petere, quia aut petet id quod ſua intereſt, aut quod aliorum ſociorum intereſt. Commune aliorum ſociorum intereſſe petere non poteſt, quia ſuo tantum nomine, & pro ſuo intereſſe nunciauit. Proprium autem intereſſe petere nequit, quia priuſquam res diuidatur intelligi non poteſt, quæ ſit eius portio in re communi, & non magis ipſius quam aliorum intereſt. Huc accedat quod ait tex. in d. §. Si plurium, factum vnius ex ſociis aliis non nocere. Ergo inquit Zaſius, nec prodeſſe debet.

Reſpondeo, vt aliàs dixi, communem ſententiam accipiendam eſſe cum diſtinctione. Aut enim opus nouum omnibus dominis quandocunque diuidentibus rem communem, nociturum eſt, puta ſi contra debitam ſeruitutem ædificetur. Eſt enim indiuidua, & omnibus competit, ideóque vnus agere poteſt. l. Loci corpus. §. Si fundus. ff. ſi ſeru. vind. & hoc in caſu vnus poteſt opus nouum nunciare, & eius victoria aliis quoq. ſociis proderit. Aut opus nouum omnibus dominis nociturum non eſt, quandocunque diuidentibus, vel incertum eſt an nociturum ſit, & tunc rectè monet Zaſius, & locum habet ratio legis. *Quia & fieri poteſt, vt nunciatorum alter habeat, alter non habeat ius prohibendi.* Nec enim horum verborum ſenſus eſt, quem Accurſius putat, dum exemplum adfert, ſi vnus ſociorum pacto conſenſerit, &c. quia non poteſt vnus ex ſociis paciſci in præiudicium aliorum, ſed ſenſus eſt, quia diuiſione facta inter ſocios rei communis, fieri poteſt, vt alter præiudicium patiatur ex opere nouo, atq. adeo ius prohibendi habeat,

iſte

alter verò nullum præiudicium patiatur, ac proinde nullum prohibendi ius habeat, quia videlicet alterius parti noceat ædificium, alterius verò parti non noceat, diuisione facta.

CAPVT XLVII.

Ad l. Si prius. ff. de operis noui nunc.

DIssentio ab eodem Zasio, impugnante communem sententiam singul. intell. li. 1. c. 4. in explicatione l. Si prius. ff. de op. no. nunc. in illis verbis: *Idémque è contrario, si cùm agere vellet quis sibi ius esse inuito aduersario altius tollere, &c.*

Doctores communiter illa verba accipiunt de negatoria actione, Zasius contra de confessoria. Fundamentum doctorum est, quia is qui contendit sibi licere altius tollere, effectu negat se vllam debere seruitutem, & pro libertate agit, quod actionis negatoriæ officium est.

Fundamentum Zasij est, quia seruitus altius tollendi datur & deberi potest, vt patet ex l. 1. ff. de ser. vrb. præd. ibi: *Altius tollendi aut non extollendi, &c.* Vnde cùm Africanus de seruitute altius non tollendi locutus fuerit, subdit de seruitute altius tollendi, *E contrario, &c.*

Non rectè Zasius, quia non est duplex seruitus, altius tollendi, & non tollendi, sed vna tantùm, quod eleganter Franciscus Conanus explicat lib. 4. commentarior. iuris, c. 7. ad finem, dum ait: *Has seruitutes ex formulis ipsarum actionum appellatas fuisse, modò aientibus, modò negantibus verbis, prout ab eo cui competerent, aut qui eas deberet nominarentur. Itaque seruitus altius tollendi, aut non tollendi eadem est, quia cùm ago tecum, ius tibi non esse altius tollere, idque tu negas, nullámque te mihi debere eo nomine seruitutem asseris, hoc ius altius tollendi, aut non tollendi controuersum est inter nos: ideóque dicitur hæc seruitus altius tollendi, aut non tollendi: vt eiusdem seruitutis gratia datur actio confessoria & negatoria, idem dicendum in reliquis seruitutibus quas enumerat Caius (in l. 1. ff. de seru. vrb. præd.) in quibus perridiculum fuerit putare esse aliquam seruitutem, qua quis compellatur officere meis luminibus.* Hactenus Conanus.

Rectè Cuiacius & conuenienter communi expositioni tractans hunc locum ad Africanum, tract. 9. *Si agam*, inquit, *ius mihi esse altius ædes extollere iure naturali, figura verborum confessoria est actio, vt ipsa negatoria, quia seruitutem nego ædes meas debere altius non tollendi libertatem adseri ædibus meis.*

Verum est seruitutem altius tollendi deberi posse iure imposito, vt declarat ibi Cuiacius paulò superius. Verbi gratia, cum tibi cessissem ius mihi non esse ædes meas altius tollere, postea tu cessisti ius mihi esse. Nam si contendam nunc mihi ius esse, erit actio confessoria, seruitutem enim mihi assero, quia minuisti ius ædium tuarum, auxisti mearum. l. Si domus. ff. de ser. vrb. præd.

Sed an de tali specie Africanus loquatur incertum est. Nec illa verba *E contrario, &c.* magnoperè vrgent, quia contrarietas est in hoc quod supra locutus est de eo, qui egit ius vicino non esse ædes altius tollere, nunc verò è contrario de eo, qui egit ius sibi esse altius ædes tollere. Illa confessoria est actio, hæc autem negatoria. Et sicut in illa contumax actoris partes sustinebit, quia non poterit ædificare, nisi prius egerit ius sibi esse altius ædes tollere, ita è contrario in ista contumax actoris partes sustinebit, quia nouum opus cauebit se non nunciaturum, nisi prius probauerit aduersario ius non esse altius ædificare.

Ast, inquit Zasius, nullam hoc posteriori casu pœnam patietur contumax, & si probare debeat, vicini ædes non esse liberas, & ideo non licere altius vicino eas tollere.

Respondeo, hanc pœnam contumacem subiturum, quod eum cauere oportebit, nec opus nouum se nunciaturum, nec ædificanti vim facturum, vt inquit Africanus. Hæc res pœnam continet satis grauem, quia si nunciare opus nouum posset priusquam ageret, ædificare volentem impediret, donec remissa esset nunciatio.

CAPVT XLVIII.

Ad l. vn. C. de operis noui nunciatione.

GRauis controuersia est, quomodo accipienda sit l. vn. C. de oper. no. nunc. *Sancimus si quis denunciationem emiserit in hac quidem regia vrbe, præfectum vrbi festinare, in prouincia verò rectorem eius intra trium mensium spatium causam dirimere. Sin verò aliquod fuerit quocunque modo ad decisionem ambiguitatis impedimentum licentiam habere eum, qui ædificationem deproperat, opus de quo agitur efficere prius fideiussore ab eo dato officio vrbicariæ præfecturæ, vel prouinciali: vt si non rectè ædificauerit omne opus, quod post denunciationem fecerit, suis sumptibus destruet.*

Facit controuersiam, quòd anterioribus legibus cautum est, nunciationem seu prohibitionem remitti præstita cautione de demoliendo. l. Stipulatio. §. 1. l. de pupillo. §. Si is cui. l. Prætor. §. Interdum. l. Non solùm. §. Si cùm possem: & §. Sciendum. ff. eod. tit. Iustinianus autem hac lege sua statuit tres menses ad expediendam causam, intra quod tempus si causa expediri non possit, tunc primùm cautionem

præstandam decernit, de opere demoliendo, quod factum erit post nunciationem.

Veteres Glossographi varias attulerunt explicationes. Prima, Iustinianum loqui, cùm operis noui nunciatio per Prætorem fit, superiores autem leges, cùm per nos ipsos fit nunciatio.

Non placet, quia huius distinctionis nullum argumentum adferri potest.

Secunda, in arbitrio nunciatoris esse, an velit recipere cautionem, si receperit, nunciationem remitti, si non receperit, sed petierit causam expediri, dicens, se iura sua in promptu habere, tunc expectandum esse terminum trium mensium, & si intra illud tempus causa non fuerit expedita, locum esse cautioni de opere destruendo.

Non satisfacit, quia in iudiciis seruanda est æqualitas, quare non magis hæc res ex nunciantis arbitrio, quàm eius cui nunciatio facta est, pendere debet.

Tertia, in arbitrio esse ædificantis, cui fit nunciatio, an velit statim satisdare, & postea ædificare.

Nullo modo recipienda est, quia repugnat verbis textus, Iustinianus enim præfixit trium mensium spatium, vt causa terminetur, quo elapso, tunc primùm cautionem præstandam voluit.

Quarta est solutio, distinguendum, vtrum ædificans locum possideat, in quo ædificat, & tunc admittendum esse statim cum satisdatione, secundum anteriores leges, si verò non possideat, tunc seruandum esse quod hac lege constitutum est.

Sed non placet hęc sententia, quia huius distinctionis nullum vestigium apparet, siue anteriores leges spectemus, siue postremam hanc legem Imperatoris Iustiniani.

Quinta sententia est, distinguendum inter publica & priuata ædificia, de publicis ędificiis accipiendam esse Iustiniani legem, cæteras autem leges de priuatis.

Non probatur hæc expositio vlla probabili ratione. Verbis legis indistinctè loquentis repugnat, idcirco mihi placere non potest.

Sexta expositio est Socini iunioris, Ruini, & aliorum, quos sequi videtur Senatus Pedemontanus, apud Antonium Tessaurum dec. 204. si mora periculum ædificanti, ac prętudicium allatura sit, tunc statim cautione pręstita de opere demoliendo prohibitionem remitti, secus si periculum allatura non sit; quare in arbitrio iudicis erit, consideratis circumstantiis omnibus, an rem differendam in tempus trium mensium existimet. Priori membro distinctionis suffragari videtur l. De pupillo. §. Si quis riuos. ff. eo. tit.

Sed cùm nulla fiat à Iustiniano Imperatore huius distinctionis mentio, imò verba legis generalia magnopere refragari videantur, vix est, vt huic sententiæ acquiescendum putem. Tribuit enim iudicis arbitrio, quod satis clarè ipsa lege comprehensum est, licet vbi mora periculum allatura sit, à regulis iuris discedendum fore non dubitem, vt in d. §. Si quis riuos.

Postrema igitur sententia est, legibus anterioribus, hac Iustiniani lege, hac in parte, aliquantulum esse derogatum, licet enim cautione præstita remittat Prætor operis noui nunciationem, nec quicquam de lite intra tres menses expedienda legibus anterioribus fuerit constitutum, hac tamen Iustiniani lege id apertè sancitum est, vt videlicet prius iudices studeant intra trium mensium spatium omnem litem dirimere, & interim non ædificetur. Cæterùm, si non possit res eo temporis spatio dirimi, tunc cautione pręstita de destruendo opere, ędificanti licere vlterius pergere, atq. adeò prohibitionem remitti. Ita docent Iason in l. 1. n. 15. ff. eod. tit. Andreas Geyl. libr. 1. obseru. 16. n. 17.

Hæc sententia mihi maximè probatur. Verbis Iustiniani consentanea est, nullum absurdum continet. Nec enim absurdum est, quæ prioribus legibus constituta sunt adiuuare, supplere, moderari, & in nouam formam quodammodo redigere. Et quod maximè semper facere solitus sum, hanc legem ita S. Pontifex accepisse videtur in ca. pen. & vlt. de oper. nou. nunc. cùm ait: *Is cui opus nouum nunciatum est, non obstante cautione, quæ ab ipso offertur de opere destruendo, si non iure ædificatum extiterit, tenetur se per trium mensium spatium expectare, iuris tui præiudicium probare volentem, &c.*

CAPVT XLIX.

Vtrum minor XXV. annis restituendus sit aduersus spretam operis noui nunciationem?

ACcursius in l. 1. §. Nunciatio. ff. de operis noui nunc. negat minorem annis XXV. restituendum esse aduersus spretam operis noui nunciationem, quoniam restitutio esset ei inutilis. Est enim restitutio in pristinum statum repositio. Ergo ædificium demoliendum esset, vt in pristino statu res esset. Ad hunc tamen effectum, vt aduersarij sumptibus ædificium destruatur esse concedendam in integrum restitutionem, responderunt Riminaldus senior in consil. 427. num. 51. & Natta consil. 17. numero 6.

Sed non puto istos audiendos esse, quia cùm quæritur an minor restituendus sit aduersus contemptam nunciationem, non illud quæ-

ritur, an sit ędificium demoliendum, & ad hunc effectum concedenda restitutio. Id enim inutile est minori, & ridiculum, sed hoc quæritur, an minor pręstare possit, nunc cautionem de opere demoliendo, quam tunc cùm ei nunciaretur nouum opus præstandô ædificare potuisset, ad hunc scil. effectum, vt non statim ædificium destruatur, sed data cautione prius de iure minoris cognoscatur, an licuerit ei opus facere; & simul de iure aduersarij.

Bartolus in l. 1. §. Nunciatio. ff. eo. tit. minorem putat restituendum, vbi constat eum iustè ędificasse. Sed non satisfacit mihi, quia id cognosci non potest, sed inprimis demoliendum est opus. l. § Sed si is. ff. eod. tit. nisi restituatur in integrum.

Ruinus in d. §. Nunciatio n. 77. vers. *Vel fortè*. restituendum minorem docet, vt cautionem præstet, & ea præstita audiatur, & res definiatur. argu. l. Minor 25. annis omissam. ff. de minoribus.

Sed Alciatus eundem locum tractans n. 66. hanc sententiam impugnat, ea ratione, quia aduersarius minoris dicere potest caussam expediri potuisse intra spatium trium mensium, & ideo cautionem non fuisse necessariam secundùm l. Vn. C. de op. no. nunc.

Verùm sententia Ruini placuit doctissimo Oddo de restitut. in integr. part. 2. q. 80. artic. 3. & mihi quoque placet, quia minor læsus ob missam allegationem in integrum restituendus est, d. l. Minor 25. annis omissam. Sed hìc minor omisit cautionem, quam præstare potuisset, ergo per in integrum restitutionem ea præstita audiendus est.

Argumentum Alciati in aliis qui sunt maiores 25. annis locum habere potest, non in minoribus, quibus speciale auxilium restitutionis cùm indulgetur, simul & ea concedi debent, sine quibus in integrum restitutio vtilis esse non potest.

CAPVT L.

Ad l. Vn. ff. de remissionibus.

Ait Prætor, quod ius sit illi prohibere ne se inuito fiat in eo nunciatio teneat. Cæterum nunciationem missam facio: sed hoc titulo remissiones proponuntur, & verba Prætoris ostendunt remissionem tibi demùm factam valere, vbi nunciatio non tenet. Nunciationem ibi demùm voluisse Prætorem tenere, vbi ius est nuncianti prohibere ne se inuito fiat. Cæterùm, siue satisdatio interueniat, siue non, remissio facta hoc tantùm remittit, in quo non tenuit nunciatio. Verba sunt Vlpiani in l. 1. de remissionibus. Sic enim affirmant legendum esse ex Pandectis Florentinis, Antonius Augustinus libr. 1. Emendationum, cap. 3. & Iacobus Cuiacius libr. 1. Obseruat. cap. 16.

Cæterùm in eodem capite subiungit Cuiacius, cùm Vlpianus dicat: *Item Iuliano placet fructuario vindicandarum seruitutum ius esse, secundùm quod opus nouum nunciare poterit vicino, & remissio vtilis erit; ipsi autem domino prædij si nunciauerit, remissio inutilis erit*, subiungit, inquam, Cuiacius, Iuliani sententiam referri tantùm ab Vlpiano, sed non probari, quia vsufructuarius nec nunciare nouum opus suo nomine potest. l. 1. §. Vsufructuarius. ff. de oper. nou. nunc. nec seruitutem vindicare, l. 1. ff. Si vsusfructus petatur.

Rursus putat corrigendum textum, cùm ait, si fructuarius opus nouum vicino nunciauerit, remissionem vtilem esse. Et legendum putat inutilem esse, quia tunc est vtilis remissio, cùm nunciatio non tenet: Igitur vbi renunciatio tenet, inutilis est remissio. Rursus dum ait tex. *Ipsi autem domino prædij, si denunciauerit inutilis erit remissio*. legendum putat, *vtilis erit*, quia vbi nunciatio non tenet vtilis est remissio.

Cæterùm hæc non probantur Roberto Aureliano lib. 2. receptar. iuris Ciuilis lectio. c. 12. nec Duareno ad tit. de oper. nou. nunc. Prælect. 6. nec Hotomanno responsorum amicab. lib. 2. c. 16.

Isti docent Iuliani sententiam Vlpiano probari, sed ita accipiendam, vt vsufructuarius non suo nomine, sed nomine domini nunciare possit, iuxta l. 1. §. vl. ff. de op. no. nunc. Et licet fructuarius ius non habeat vindicandarum seruitutum directam, vtilem tamen vindicationem habet. l. Si vsusfructus. ff. de aqu. pluu. arcen.

Quod verò attinet ad illa verba textus, quæ corrigenda putauit Cuiacius, ipsi existimant nihil esse mutandum; quia sensus legis est, si fructuarius opus nouum vicino nunciauerit; vtilem esse remissionem, id est, necessariam. Nam valet tunc nunciatio, consequenter prodest, & vtilis est remissio. Cæterùm, vbi non tenet nunciatio, ibi remissio est inutilis, id est, superuacanea, & nullam adferens vtilitatem, vtpote non necessaria, cùm ipsa nunciatio non valeat.

Mihi hæc posterior interpretatio aduersus Cuiacium maximam videtur habere verisimilitudinem, etenim verbis legis consentanea est, & nullam continet absurditatem.

Ad argumentum Cuiacij respondeo, non dicit textus in superioribus verbis vtilem esse remissionem, vbi nunciatio non tenet, & contrà, inutilem vbi nunciatio tenet; sed textus dicit, remissionem factam valere, vbi nunciatio non tenet. Rectè, quia nunciatio remittitur, quatenus is qui nunciauit, ius nunciandi non habuit. l. 1. ff. de oper. nou. nunc.

Itaque

Itaque ſi iure ſit nunciatio, non valet remiſſio. Contra remiſſio valet, ſi non iure nunciatio facta ſit.

Cæterùm, quod attinet ad fructuarium, magis probo ſententiam Cuiacij, quia Vlpianus in l. 1 ff. ſi vſusfr. pet. amplectitur ſententiam Labeonis & ſequacium, exiſtimantiũ fructuario non competere ius vindicandarum ſeruitutum. Huic autem repugnat ſententia Iuliani cuius facit mentionem in d. l. 1. de remiſſio.

Huc accedat quod Vlpianus dicit, *& ſecundum hec*, id eſt, ſecundùm hanc Iuliani ſententiam, fructuarius poterit opus nouum nunciare, quod eſt falſum, quia non poteſt, niſi nomine domini. l. 1. §. vlt. ff. de op. no. nunc.

Nec obſtat l. Si vſusfructus, ff. de aqua plu. arcend. quia loquitur de actione aquæ pluuiæ arcendæ, nec de vtili actione Iulianus ſenſiſſe videri poteſt, cùm dixit, fructuario ius competere vindicandarum ſeruitutum, vt in d. l. 1. de remiſſion.

CAPVT LI.

Vtrum fideiuſſor, qui in maiorem ſummam ſe obligauit quàm deberetur à reo principali, teneatur ſaltem vſque ad ſummam debitam?

ADnectam hîc paucula quoque de fideiuſſoribus controuerſa, & ſibi primũ vindicabit locum celebris, & ſæpe agitata quæſtio de fideiuſſore, qui ſe in maiorem ſummam obligauit, an ſaltem teneatur in ſummam verè debitam. Communis eſt veterum opinio, non teneri. Vide Bartolum & alios ad l. Græcè. §. Illud. ff. de fideiuſſorib.

Contrarium docuit Alciatus lib. 5. parergon. c. 17. Duarenus in tit. de fideiuſſorib. cap. 3. nouiſſimè Fornerius ſelect. lib. 3. cap. 11.

Eandem ſententiam, & ipſe ſecutus ſum, nonnunquam docendo, diſputandóque, nunc verò communem antiquorum ſententiam amplector. Rationem adferam, ſi prius teſtimonia indicauero, quibus vtraque ſententia defendi ſolet.

Communis ſententia, quæ fideiuſſorem teneri negat, fundamentum habet in d. l. Græcè. §. Illud. ff. de fideiuſſo. dum textus ait: *Omnimodo non obligatur.*

Contrariæ ſententiæ fundamentũ eſt primũ, quia non ita legendum ſit in d. §. Illud, ſed *omnino non obligatur*. Secundò, quia illa negatio poſtpoſita ſigno vniuerſali, non ſemper æquipollet ſuo contrario, vt patet ex l. Si ſeruus. §. Si plurium. ff. ſi quis cautio. Tertio, in l. Rogatus 33 ff. mand. in l Si vltra. C. de fideiuſſo. in l. 17. §. Mulier. ff. ad Velleian. in l. Siue ff. de iure. dotium. in l. Si totius. ff. de fideiuſſorib.

Sed cur ſententiam priorem, iſtis non obſtantibus, nunc amplectar, fecit doctiſſimus Codanus, qui ita apertè hanc ſententiam argumentis contrariis refutatis cui ncit, vt cuilibet veritatis ſtudioſo & amanti perſuadere poſſit, id ita eſſe. Reddam ipſius verba elegantiæ plena & eruditionis: Is lib. 6. commentariorum iuris. c. 6. numer. 8. ſic ait: *In iudiciis tamen, quod ad ſummas attinet, minor videtur eſſe in maiore, & qui poſcenti X. ſpondet V. in V. erit adſtrictus, vt placet Vlpiano: Fideiuſſoris alia ratio eſt, qui non conſtituit obligationem per ſe, ſed ei accedit. Ideo minus pollicêri quàm debitor, dum illud quod promittit ſit pars primæ obligationis: maius aut aliud non poteſt. Nec enim quod maius eſt, accidere ei quod eſt minus poteſt, nec pars eſſe totius, quod aliud eſt à toto. quapropter in hac ipſa lege & ſequenti Themate negat ex Marcelli ſententia Vlpianus fideiuſſorem obligari, qui pro Stichi debitore promittit Stichum, aut X. non ſolùm quia durior eſt fideiuſſoris cauſſa, ſed magis quod alia eſt à principali: veluti ſi pro eo qui ſcyphum aureum promiſit, ego adpromittam argenteum, leuior eſt cauſſa mea obligationis: neque tamen valet, quia ſeparatam habet rationem à prima, nec eius omnino pars eſſe poteſt. Ex quo dicendum videtur, non eſſe iuſtam fideiuſſionem eius, qui pro eo qui debet XV. promittit XX. quoniam hæc ſumma in illa eſſe non poteſt. Quod ſi nec eadem ſumma eſt, nec pars eius, relinquitur alterius rei & ſummæ factam eſſe fideiuſſionem, & propterea nullius eſſe momenti. Atque in aliis ſpeciebus expeditum eſt, vt non obligetur fideiuſſor, qui purè vel breuiori die ſpopondit pro eo, qui ſub conditione, vel in longiorem diem tenebatur. At iſta comparat Iuſtinianus, & eodem iure cenſet. Fideiuſſores, inquit, ita obligari non poſſunt, vt plus debeant quàm debet is pro quo obligantur. Nam eorum obligatio acceſſio eſt principalis obligationis, nec plus in acceſſione eſſe poteſt, quàm in principali re. At ex diuerſo vt minus debeant obligari poſſunt. Itaque ſi reus X. aureos promiſerit, fideiuſſor in V. rectè obligatur. Contra verò obligari non poteſt. Præterea nulla eſt Imperatorum Conſtitutio, nullum Iuriſconſultorum reſponſum, quod dicat fideiuſſorem in duriorem cauſſam acceptum teneri in eo tantùm, & quatenus reus ipſe obligatus, quod omiſſuri non fuerant. Eſt enim cognitione digniſſimum, & magni in hac materia ponderis. Imò vero apertè ac dilucidè vbique dicunt non obligari. Et Vlpianus dicit, ne quis relinqueretur hac de re ſcrupulus, eam commodo non obligari.*

Et poſt pauca hæc ſubiicit, reſpondens ad l. Si vltra. C. de fideiuſſ. & ad l. Rogatus. ff. man-

dati. Nam cætera quę ſuperiùs attulimus teſtimonia nulla egent confutatione, quia ad rem non faciunt.

Quod ſi contra formam iuris eſt fideiuſſio, inquit Conanus, quæ iniquiore eſt conditione, certè nulla in parte valere poteſt. Atque hæc in fideiuſſore, qui propriè dicitur, qui interuenit poſt conſtitutam obligationem debitoris, ad quam omnino accommodandus eſt, vt minus vel tantũ, quantum reus ipſe promittat: nihil præterea. In fideiuſſore, qui præcedit obligationem, quem propriè mandatorem dicimus, ſecus eſt dicendum. Nam antecedentem fideiuſſionem interpretatur, & pro arbitrio limitat ſubſequens obligatio, ſic vt ad illam hæc nihil poſſit addere, detrahere de ea aliquid, & diminuere valeat. Veluti ſi mandaſti tibi, vt X. aureos crederes Mæuio Calendis Ianuarii reddendos, tu quinque tantum dediſti, aut X. reddendos longiore tempore puta Calendis Martiis, quamuis aliud mandaueram. Sed in eo tu nihil feciſti contra mandati legem, cùm feceris conditionem meam meliorem. Fideiuſſores. n. & in partem pecuniæ & in partem rei rectè accipi poſſunt, vt ait Pomponius. Sin dediſti Mæuio XV. præſenti die reddendos, tamen ſum obligatus, quatenus mandaueram, vt X. tibi reſtituam Calendis Ianuarij. Mandatum enim meum poſtrahitur adaptatúrque contractæ obligationi, cuius portio quædam eſt, aut potiùs ad partem eius tantum refertur, & eatenus obligor, vt ſi poſtquam Titio XV. aureos Calendis Martiis ſoluendos mutuaſti, interponam fidem meam, pro X. aureis reddendis Calendis Martiis, obligatus ſum promiſſione mea cùm minus contineat, quàm prima cui accedit, & melioris conditionis ſim, quàm reus ipſe. Et poſt pauca: *Hac ratione fundatum eſt, quod Iulianus reſpondit, tit. Mandat. l. Rogatus, &c. & Dioclet. & Maxim. in l. Si vltra. C. de fideiuſſor.* Sic ille, cui rectè monenti & aſſentior, & ab omnibus etiam ſtudioſis in hac diſciplina legali gratias habendas exiſtimo.

CAPVT LII.

An exceptio excuſſionis competens fideiuſſoribus ex Nouella Iuſtiniani dilatoria ſit, & neceſſariò ante litem conteſtatam proponenda?

Exceptionem excuſſionis Doctores multi dilatoriam eſſe cenſuerunt, & idcirco ante litem conteſtatam proponendam, iux. l. Exceptionem. C. de proba. cap. Inter monaſterium de ſen. & re iud. Alij anomalam eſſe dicunt, & ideo tam ante, quam poſt litis conteſtationem obiici poſſe. Alij dilatoriam eſſe fatentur, & ante litis conteſtationẽ opponendam, ſed tamen & ſi non fuerit oppoſita, condemnandum non eſſe fideiuſſorem, niſi probet actor inopiam principalis debitoris. Vide Bartolum in l. 3. ff. de ex. ept. Porci um comm. opinionum lib. 1. concluſ. 41. in 3. Ampl. Antonium Gabriel. comm. concl. tit. de fideiuſſorib. concluſ. 1. nu. 12. Andream Geyll. lib. 2. obſeruat. 27. n. 3.

Ego ſic me breuiter expedio, hanc eſſe dilatoriam exceptionem, & conſequenter ante litis conteſtationem opponendam eſſe. Nam exceptio dilatoria eſt, quæ differt actionem, ad tempus nocet, & temporis dilationem tribuit. l. 2. ff. de except. §. Appellantur. Inſtit. eodem tit.

Eiuſmodi hæc eſt, quia differt actionem, donec facta ſit excuſſio principalis debitoris.

Fundamentum contrariæ ſententiæ eſt, quia fideiuſſor non ſimpliciter obligatus videtur, ſed ſub iſta conditione, quatenus a principali debitore non exigatur. Hic. n. videtur effectus huius beneficij excuſſionis prius facienda ex bonis debitoris.

Reſpondeo, id non rectè dici, quia nullam obligationi fideiuſſoris conditionem iniecit excuſſionis exceptio, quam conceſſit Imperator Iuſtinianus, imò purè obligatus eſt fideiuſſor, veruntamen vti exceptione hac poteſt, quæ cùm dilatoria ſit, meritò ante litis conteſtationem opponenda eſt.

CAPVT LIII.

Excuſſionis exceptio an locum habeat cùm cauſa ex bono & æquo, puta inter mercatores, vel coram arbitratore, vt loquuntur, vel ſine ſtrepitu & figura iudicij ſola facti veritate inſpecta cognoſcenda eſt?

TRactant confusè hanc quæſtionem noſtri doctores, nec eſt eadem omnium ſententia. Vide Baldum ad l. Si mancipium. §. 1. ff. de Euict. Aretinum in §. Item ſi quis in fraudem. nu. 10 verſ. Quæro ſtatuto cauetur, de except. & ibidem Iaſonem num. 78. Socinum ſeniorem in conſ. 74. lib. 1. Alexandrum ad l. Si conſtante col 9. ff. ſol. matr. Gabrieliũ libro 3. comm. concl. tit. de fideiuſſorib. concl. 1. nu. 71. Straccam de mercatura, tit. quomodo in cauſſis mercator. procedatur. num. 8. Andream Geyll. lib. 2. obſer. 27. nu. 26. Deciſione Genuenſem 90. Deciſionem Pedemontanam Teſſauri 32. Menochium de arbitr. iudicum, quæſt. 51. Nattam conſ. 521.

Ex his aliqui negant excuſſionis exceptionem in his caſibus, quos propoſuimus locum habere, quia ex iuris apicibus eſſe videtur.

Alij affirmant locum habere, quia non tam ordinem iudicij reſpiciat, quàm partis beneficium.

Alij

Alij hac diſtinctione vtuntur, vt ſiquidem fideiuſſor ea nitatur exceptione ad iudicium infirmandum, quaſi nullum ſit. & tunc nequaquam admittenda ſit. Sin autem ad alium finem, nimirum ne ipſe cogatur ſoluere, ſed prius debitor excutiendus ſit, & tunc admittenda ſit.

Ego verò totam hanc controuerſiam explicari commodè & ſolidè exiſtimo, propoſitis aliquibus concluſionibus in hunc modum.

Prima concluſio. Inter mercatores qui argentarij ſeu argenti diſtractores appellantur, locum non habet excuſſionis exceptio. Ita ſtatuit diſertè Imperator in Nouella de fideiuſſoribus & mandatoribus, ad finem.

Secunda concluſio. Si inter alios mercatores res agatur, locus eſt huic conſtitutioni de excuſſione facienda. Probatur, quia Imperator in d. Nouella excipit tantum argenti diſtractores. Ergo in aliis mercatoribus firma manet conſtitutio.

Tertia concluſio. Vbi ſummariè, ſimpliciter, ſine figura iudicij procedendum eſt, locum habet excuſſionis exceptio. Probatur, quia in huiuſmodi cauſſis cautum eſt, exceptiones dilatorias & fruſtratorias reiiciendas eſſe. Legitimas verò exceptiones admittendas, vt habetur in Clem. Sæpe. de verb. ſign. Sed exceptio, qua de agitur, legitima eſt, & iuſta à Iuſtiniano tributa, iuſtas ſanè ob cauſſas, vt habetur in d. Nouella, de fideiuſſorib. & mandatoribus. Ergo reiicienda non eſt.

Quarta concluſio. Vbi ex bono & æquo cauſſa cognoſcenda eſt, locum habet exceptio iſta. Probatur, nam exceptio hæc ſummam continet æquitatem, vt prius debitor qui pecunias accepit, & debitum contraxit, ſoluere cogatur, quàm fideiuſſor, vt latè proſequitur Imperator in dict. Nouella de fideiuſſoribus & mandatoribus.

Non obſtat quod obiicitur, exceptionem hanc eſſe ex apicibus iuris. Nam nulla lex hoc dicit, non l. Fideiuſſor. §. Quædam. ff. mandat. non alia vlla lex. Quomodo enim reſpiceret apices iuris exceptio, quam ſumma ratione & æquitate inniti, tam latè ac diligenter Iuſtinianus demonſtrat in d. Nouella?

Poſtrema concluſio. Sed & ſi procedendum ſit, in cauſſa & lite ſola facti veritate inſpecta, idem puto reſpondendum, quia legitima eſt hæc exceptio. Iudex autem qui ſola facti veritate cognoſcit, eam ſequi veritatem debet, quæ legibus roborata eſt, vt docet Andreas Geyll. lib. 1. obſeruat. 42. n. 2.

CAPVT LIV.

Si fideiuſſor obliget ſe, vt principalem debitorem in ſolidum an beneficium amittat excuſſionis?

TRes ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Prima, fideiuſſorem non amittere beneficium excuſſionis cum ſe obligat vti principalem debitorem in ſolidum. Ita Accurſius in Authent. de fideiuſſo. §. 1. in verſ. fideiuſſorem, Speculator tit. de Renunciatio. nu. 18. Papienſis in forma libelli contra plures reos debendi in ver. beneficio nouarum, num. 3. Iaffredus deciſ. 83. cent. 1. & alij quos commemorat Antonius Teſſaurus deciſ. Pedemont. 366. vbi teſtatur ſenatum illum hanc ſententiam ſecutum fuiſſe.

Fundamentum eſt, quia nouatio non inducitur, niſi expreſsè id agatur, l. vlt. C. de Nouation. Conſequenter non eſt obligatio ipſa principalis debitoris ſublata. Ergo neque fideiuſſoris obligatio, quæ acceſſoria eſt ac perinde ſuam retinet naturam, vt ſcilicet fideiuſſor non prius conueniatur, quàm principalis debitor fuerit excuſſus.

Secunda eſt ſententia Cyni & aliorum, quos refert & ſequitur Natta in conſ. 345. Alexandri in conſ. 31. lib. 3. & aliorum, quos Antonius Gabrielius citat commun. concl. tit. de fideiuſſorib. concl. 1. nu. 99. ſi fideiuſſor eodem tempore ſe obliget quo principalis debitor, non habere beneficium excuſſionis, quia ipſe & principalis debitor conſtituti videntur duo rei debendi, quibus non competit excuſſionis beneficium. Si verò diuerſo tēpore fideiuſſor obliget ſe, tunc quia duo rei debendi conſtitui nō poſſunt, Inſtitut. de duobus reis in princip. ideo fideiuſſori competit ſolitum beneficium excuſſionis.

Tertia eſt ſententia in propoſita facti ſpecie, fideiuſſorem amittere beneficiū excuſſionis, ita Marſilius ad Rub. de fideiuſſoribus nu. 62. Ancharanus quæſt. famil. in prima parte, c. 32. nu. 9. Rota Genuenſis deciſ. 78. num. 2. Andreas Geyll. lib. 2. obſeru. 28. n. 2. 6.

Fundamentū eſt, quia verba contrahentium ita ſunt accipienda, vt aliquid operentur, & ne ſuperflua ſint. argum. l. Si quando. de legatis 1. c. Si Papa. de priuileg. lib. 6. Ergo vt aliquid operentur illa verba, quibus fideiuſſor obligat ſe tanquam principalem debitorem, dicendū omnino videtur non habere locum excuſſionis beneficium.

Hæc poſtrema ſententia maiorem mihi veriſimilitudinem habere videtur, in re tam obſcura & ancipiti: ea ratione, quod huiuſcemodi fideiuſſoris obligatio videatur continere tacitam renunciationem beneficij excuſſionis. Nam ſi fideiuſſor vult ſe obligatum tanquam principalem debitorem, Ergo non vult gaudere beneficiis fideiuſſorum, quia hoc implicaret maximam repugnantiam. Quilibet autem renunciare poteſt fauori ſuo. l. penult. C. de pact. Si itaque creditor conuenerit

in proposita specie fideiussorem, & is excipiat, prius conueniendum esse principalem debitorem, replicare poterit, imò non esse conueniendum, quia fideiussoris obligatio sic constituta est, ac si non fideiussor sit, sed debitor principalis. Non potest autem videri sic constituta esse, simpliciter velit vti exceptione illa excussionis.

Non obstat illud argumentum contrariæ opinionis. Nouationem non induci, nisi expressè id agatur, quia hoc concedo, sed nego consequentiam. Ratio est, quia hæc duo possunt simul cohærere, & cohærent, vt debitor principalis remaneat obligatus: & simul quoque fideiussor, sine beneficio excussionis. Non potest hoc in casu fideiussoris obligatio naturam suam seruare, quia repugnat fideiussoris conuentio, qua se vti debitorem principalem obligauit. Si enim vt principalis debitor obligatus est, ergo non vt fideiussor. Consequenter non habet fideiussoris beneficium, quasi tacitè illi renunciauerit.

Non obstat quoque si dicatur, fideiussorem si ex interuallo se obligauit, haberi non posse pro correo debendi, quia id concedo. Dico enim haberi pro fideiussore, sed ita comparato & constituto, vt videatur esse principalis debitor, ex hoc enim efficitur, cum vti non posse exceptione excussionis. Nullum autem ius repugnat, nulla iuris ratio, quò minus etsi non sint duo rei debendi, nihilominus esse queant vnus debitor, alter fideiussor, sine beneficio excussionis.

CAPVT LV.

Vtrum confiscatis bonis principalis debitoris conueniri possit fideiussor antequam fiscus cõuentus fuerit?

Controuertitur quoque, si debitoris bona confiscata sint, vtrum creditori liceat fideiussorem conuenire, antequam fiscum bonorum possessorem conueniat. Quod videtur Ancharano cons. 294. Socino seniori cons. 46. lib. 4. & Panormitano cons. 29. n. 12. lib. 2.

Fundamentum est, quia fiscus non est debitoris hæres, sed possessor bonorum debitoris. l. 1. §. An bona. ff. de iure fisci. Deinde, quia is cuius bona confiscantur, plerunque non est præsens, sed vel capite plectitur, vel in contumaciam condemnatur ex moribus & constitutionibus passim ferè receptis. Cùm autem debitor præsens non est, fideiussorem conuenire licet, nec obijci potest illa exceptio, prius debitorem esse conueniendum, vt expressè constituit Imperator in Nouella de fideiussoribus & mandatoribus.

Denique, hæc sententia probatur ex l. Sententia. C. de fideiussor. & mandator. *Sententia*, inquit textus, *bonorum omnium ademptionem continente, rei damnati principalis intercessores eligendi creditori potestas non adimitur.* Idem probatur in l. 3. C. eod. tit.

Contrarium docuerunt Bartolus, Castrensis, Decius in l. vl. ff. si certum pet. & alij à Gabrielio citati lib. 3. comm. concl. tit. de fideiussorib. concl. 1. n. 3. nouissimè M. Antonius Peregrinus de iure fisci lib. 5. tit. 1. n. 66.

Fundamentum est, quia fiscus succedit in bonis debitoris ad instar hæredis, licet hæres non sit, & ideo tenetur creditoribus satisfacere, sicut hæres tenetur. l. 1. Cod. ad leg. Iul. de vi publ. l. Si marito. ff. sol. matr. l. Si vt proponis. C. de bonis proscriptor. l. 2. C. de sentent. passis. l. 1. C. de fideiussor. Consequenter fiscus loco esse videtur ipsius debitoris. Ergo ex Nouella Constitutione Iustiniani de fideiussor. & mandator. conueniendus est prius quàm fideiussor.

Hæc posterior sententia videtur mihi probabilior & æquior.

Ad primum argumentum respondeo, fiscum quidem non esse absolutè hæredem, sed nec absolutè censeri debere, tanquam tertium possessorem bonorum debitoris. Nam si videretur esse tertius quidam possessor actionibus personalibus conueniri non posset, quia illæ non dantur contra possessorem bonorum. l. 1. §. Si hæres. ff. ad Trebel. Fiscus autem conuenitur actionibus personalibus, vt dictum est.

Ad secundum argumentum respondeo, licet debitor sit absens, fiscum tamen qui loco debitoris est quantum ad hoc, vt creditoribus satisfacere teneatur, præsentem esse, & consequenter non rectè adaptari ad hanc quæstionem, quod de debitore absente ab Imperatore adiectum est, in dicta const. tutione de fideiussoribus & mandatoribus.

Ad vltimum argumentum respondeo, leges quæ adferuntur, locum non habere in pcerta constitutione Iustiniani, qua nunc vtimur, vt nimirum fideiussor conueniri non possit, antequam debitor conueniatur, olim cum legibus illis locus erat, electio dabatur creditoribus conueniendi vel debitorem, vel fideiussorem eius, quam electionem sublatam non esse, cùm ad fiscum bona debitoris peruenerunt, dictis legibus declaratur. Sed alio iure nunc vtimur, vt dixi, ex Iustiniani constitutione, qua creditoribus electio adempta est conueniendi vel debitorem, vel fideiussorem. Debet enim prius debitor conueniri, quàm fideiussor conueniatur.

CAPVT LVI.

Excussio principalis debitoris, si soluendo sit, & eo reperto

reperto non ſoluendo actum ſit aduerſus fideiuſſorem, cæterùm iudicio pendente debitor factus fuerit ſoluendo, an creditori opponi poſſit, vt prius agat contra debitorem?

PRæterea controuerſia eſt, ſi facta ſit excuſſio debitoris, & inuentus fuerit non ſoluendo, & ideo creditor agere aduerſus fideiuſſorem cœperit, an ſi inter moras debitor diues factus ſit, competat fideiuſſori exceptio iſta, vt prius creditor agat contra debitorem. Affirmant Iacobus Beluiſius in §. Sed neque. in Authent. de Fideiuſſor. Raynerius ciuis meus, & Iacobus de Arena in Authent. Præſente. Cod. de fideiuſſor. Alexander ad l. vlt. ff. ſi certum petat. & ad l. Si mulier. ff. ſolut. matr. & in conſil. 100. libr. 5. alios citat Antonius Gabrielius libro 3. commun. concluſ. tit. de Fideiuſſor. concluſ. 1. numer. 80.

Cæterùm, negant Decius ad l. vl. ff. ſi cer. pet. & ibidem Caſtr. Petrus & Cyn. in d. Auth. Præſente. & alij ab Iaſone citati in l. Si conſtante, n. 224. ff. ſol. matr. & à Gabrielio loco proximè citato.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia exceptio lite pendente ſuperuenien s reo prodeſt, vt eam obijcere poſſit, vt probatur in §. vl. inſt. de perpet. & temp. act. in l. Cùm decem. §. vlt. ff. de ſol. in l. Si diuerterit. ff. ſol. matr. in l. Sin autem. §. 1. ff. de rei vind.

Facit pro confirmatione l. De ætate. §. Ex cauſa. ff. de interrog. act. ibi: *Quòd ea quæ poſteà emergunt, indigent auxilio.* Et l. His oneribus. §. pen. ff. de vaca. mun. ibi: *Auctis poſt appellationem medio tempore facultatibus non excuſantur.*

Fundamentum poſterioris ſententiæ eſt in l. vl. ff. ſi cert. pet. in illis verbis: *Sed ſi cum Seio egero, quantumcunque eſt, quò minus à Titio exigere potero eo tempore, quo iudicium inter me & Seium acceptum eſt, tanto minus à Titio poſtea petere poſſum.* Sicut ergo ibi creditori non licet omiſſo Seio, à quo partem petebat ſecundum formam ſtipulationis, totum à Titio petere poſtea diuite effecto; ſed quantumcunque fuit, quod à Seio petiit, ampliùs à Titio petere non poteſt; ita & in quæſtione noſtra tempus iudicij con›ti attendi debet; ita ſcilicet, vt ſi tempore iudicij cœpti ſoluendo debitor non ſit facta excuſſione, & idcircò contra fideiuſſorem agatur, non liceat creditori poſtea agere contra debitorem, & ab eo petere ampliùs id quod à fideiuſſore petiit.

Huc accedit ratio. Nam creditor iam conuenit debitorem, & excuſſit eum ſecundùm Iuſtiniani conſtitutionem in Nouella de fideiuſſor & mandator. non videtur ergo iuſtum, vt cogatur iterum debitorem conuenire, licet dicatur effectus iam diues & ſoluendo.

Ego ſanè ſi id certum ſit debitorem litis conteſtationis tempore bona acquiſiuiſſe, & factum eſſe locupletem, nec vlla calumniæ ſuſpicio ſubſit, exiſtimo priorem ſententiam æquiorem eſſe, & iuri magis conſentaneam, tum ex iis argumentis quæ ſuperiùs allata ſunt, tum etiam arg. l. Inter eos. §. Fideiuſſor. ff. de fideiuſſo. ibi: *Sed humanius eſt, &c. Si alter ſoluendo ſit litis conteſtationis tempore per exceptionem ei qui ſoluit ſuccurri.*

Cæterùm, ſi id non vſque adeò certum & exploratum ſit, nec vllus omnino calumniæ timor ſit, non puto creditorem eſſe compellendum, ad nouum iudicium aduerſus debitorem inſtituendum. Primò, quia iam ſatisfecit præceptis legis conueniendo prius debitorem. Deinde, ne altera ſuper his altercatio oriatur, an poſt ſemel factam excuſſionem debitoris, is ſoluendo factus ſit, ac proinde conueniri iterum debeat, quod nimis magnam hominum aſtutiis & calumniis feneſtram aperiret.

Porrò l. vlt. ff. ſi certum pet. non facit ad rem, quia in illa ſpecie creditor ſponte redire volebat ad Titium, quem reliquerat, Seium conueniendo, qui promiſerat ſoluere, quantò minus à Titio exigere poſſet. Non poterat ad Titium redire, quia via quam elegerat ei patens erat, nec variare & conſilium mutare in damnum alterius quiſquam poteſt. At in quæſtione noſtra creditor, qui ſemel conuenit debitorem, & excuſſit, non vult ad eum redire, imò recuſat, ſed fideiuſſor vellet eum compellere. Dicimus non iure id velle, niſi eo tempore, quo lis conteſtatur inter ipſum creditorem & fideiuſſorem, hoc eſt, initio ipſius iudicij, exceptio iſta opponatur: & nullus ſit calumniæ metus, ſecundum ea, quæ ſuperiùs deducta ſunt.

CAPVT LVII.

De fideiuſſore iudicatum ſolui in prima inſtantia dato, an teneatur ex ſententia lata à iudice appellationis?

FIdeiuſſor iudicatum ſolui apud primum iudicem, cuius nomen expreſſum eſt, in cauſſa appellationis non tenetur. l. Cùm apud Sempronium. ff. iud. ſolui. ídque inter omnes conſtat. Sed ſi iudicis nomen expreſſum non ſit, vtrum teneatur nec ne, non eſt eadem omnium ſententia. Nam Martinus antiquus Gloſſator exiſtimauit, teneri. quem alij multi ſecuti ſunt apud Vincentium Francum dec. 208. n. 2. & 20. parte 2. & apud Antonium Theſſaurum decíſ. Pedemont. 202. Egid. Bellem. decíſ. 353. Cautiones.

Cæterùm Gulielmus de Cuneo, quem & alij secuti sunt ab Antonino citati, hac vtebatur distinctione. Aut is pro quo fideiussor interuenit à primo iudice condemnatus est, aut absolutus. Si fuerit condemnatus, licet à sententia appellauerit, tamen committi stipulationem aduersus fideiussorem dicebat: sin autem absolutus fuerit, licet postea à iudice appellationis fuerit condemnatus, nequaquam committi stipulationem, atque hoc in casu fideiussorem non teneri.

Bartolus autem in d. l. Cùm apud Sempronium. ff. iud. sol. cui sequaces non desunt, arbitratus est, appellatione interposita fideiussorem, quo de agimus, non teneri.

Prioris sententiæ, quæ fideiussorem teneri asserit, fundamentum est, quia caussa appellationis eadem esse videtur cum caussa principali, quantum ad exceptiones dilatorias, arg. l. Ita demum. C. de procu. Fideiussio autem iudicatum solui pertinet ad dilatorias exceptiones. l. Pomponius. §. Ratihabitionis. ff. de procur. Denique videtur esse idem iudicium. arg. l. Proponebatur. ff. de iud.

Fundamentum autem distinctionis Gulielmi est, quia si debitor pro quo fideiussor interuenit condemnatus est à primo iudice, meritò commissa videtur stipulatio, ne sit in potestate debitoris condemnati, appellando liberare suos fideiussores. arg. l. ne in potestate. ff. de arbitr. Si verò debitor absolutus sit à primo iudice, non committitur stipulatio: quia fideiussor promisit iudicatum solui. At debitor à iudice condemnatus non est, sed absolutus. Ergo non est opus, vt fideiussor iudicatum faciat, etsi enim à iudice appellationis debitor sit condemnatus, ad hunc tamen casum obligatio fideiussoris pertinere non videtur. Et hoc est quod ait textus in d. l. Cùm apud Sempronium. ff. iud. sol. *Ideo in stipulatione adyci, quive in eius locum substitutus erit.*

Denique fundamentum Bartoli est primò in l. 2. C. de procur. Secundo in §. Si verò. in Instit. de satisdat. in illis verbis: *Omnia dabit fideiussor quæ in condemnatione continentur, nisi fuerit prouocatum.* Tertiò, quia mutatione instantiæ liberantur fideiussores. l. 2. ff. iud. solui. Quartò, quia actio oritur ex sententia confirmante, non ex confirmata, vt not. in l. eos. C. de appellat.

Sed nullum ex iis argumentis idoneum mihi videtur excepto eo, quod sumitur ex d. §. Si verò aliquis. instit. de fideiussor. vbi cùm habeamus clarum & euidens testimonium, non video cur Bartoli sententia præ aliis amplectenda non sit, & nostrum quoque approbationis calculum non mereatur. Erit igitur fideiussoris obligatio ita latè concipienda, vt ad hanc speciem producatur, qua fuerit à priore iudicis sententia prouocatum.

Ad argumentum prioris sententiæ respondeo, quantum ad exceptiones dilatorias æquiparari rectè caussam principalem, & caussam appellationis hoc modo, vt exceptiones quæ dilatoriæ sunt, ac proinde initio litis proponendæ, non possint opponi post litem contestatam, nec apud iudicem caussæ appellationis: Sic loquuntur leges allegatæ; quæ res toto cœlo distat ab hac disputatione nostra. Licet enim fideiussiones huiusmodi nonnihil commune habeant cum dilatoriis exceptionibus, quantum ad hoc, vt ante litem contestatam proponi debeant, tamen hæc de re nostra disputatio non est, sed de ipsa stipulatione & obligatione fideiussoris an sit commissa, quod cum dilatoriis exceptionibus nihil prorsus commune habet.

Ad argumentum prioris membri distinctionis Gulielmi (nam posterius nobiscum consentit) respondeo, commissam non videri stipulationem, quia fideiussor quidem promisit iudicatum solui, sed sententia, qua iudicatum continetur, per appellationem rescissa est. l. 1. §. vlt. ff. ad Turpilian. Consequenter stipulatio committi non potest. Etsi enim postea sententia confirmetur à iudice caussæ appellationis, tamen non est illud iudicium, cui fideiussor se satisfacturum promisit, sed aliud longè diuersum, ad quod stipulatio, quæ strictè accipienda est, l. Quidquid astringendæ de verb. oblig. non tam facilè extendenda videtur. Porrò ad hanc rem non pertinet l. Proponebatur. ff. de iud. quæ mutatione personæ non mutari iudicium ad alium longè diuersum effectum statuit. nos enim hic de fideiussoris obligatione agimus, quæ strictè accipienda est, & restringenda ad eum casum, quo iudicatum sit à primo iudice, apud quem fideiussio interposita est, non ab alio nisi dictum sit. Et non solum iudicatum esse oportet à primo iudice, sed etiam hoc requiritur, vt maneat iudicatum, hoc est, non extinguatur prouocationis remedio. iuxt. d. l. 1. §. vlt. ff. ad Turpil.

CAPVT LVIII.

Tutor vel curator an condemnari & cogi possit ad reddendam pecuniam pupilli vel adulti, ante redditas rationes administrationis?

TVtorem seu curatorem cogi posse ad reddendam pecuniam pupilli vel adulti, antequam reddat rationem administrationis, respondit Socinus senior in consil. 24. libr. quem sequitur Petrus Beninterdus dec. Rotæ Bononiensis 90.

Funda-

Fundamentum est, quia tutoris & curatoris debitum est liquidum. An autem ei quicquam ex administratione debeatur, dubium & incertum est. Ergo non rectè obiicitur compensatio, l. vlt. C. de compensa.

Sed hoc fundamentum valde infirmum est. Negari enim summa ratione potest debitum tutoris & curatoris liquidum esse, quia etsi pecuniam pupilli vel adulti acceperit, potestatem tamen habuit res administrando eam collocādi & exponendi in vtilitatem & necessitatem pupilli vel adulti; quare iniquum est priusquā reddat rationem administrationis suæ, ex quibus apparebit an sit debitor vel creditor, eundem compelli ad reddendam pecuniam, atque ita rectè docuerunt Alexander in consi. 192. lib. 7. Ancharanus consil. 235. Prima facie. Crauetta consi. 275. num. 13. Caualcanus de tutore & curatore, num. 214. quibus me socium adiungo.

CAPVT LIX.

Proximiore agnato intra annum non petente tutorem dari pupillo, ac proinde à successione eius excluso, an reliquis agnatis hæreditas pupilli debeatur, si & ipsi tutorem non petierint, quasi annus eis currere incipiat?

Si proximior agnatus non petierit tutorem dari pupillo intra annum excluditur ab eius successione, & idem est in matre ac substituto. l. 2. ff. qui petant. tuto. l. 2. ff. ad Tertyl. l. Sciant. C. de legit. hæredib. Sed an proximiore non petente incipiat annus currere sequenti in gradu controuersum est. Bartolus enim affirmat in l. Nepotibus. C. qui pet. tutor. & idem respondit Calcaneus in cons. 35. nu. 11. & alij à Gabrielio citati commu. concl. tit. de Tutelis. conclus. 1. n. 9. Contrarium autem docuerunt Paulus Castrensis in dict. l. Sciant. & alij a Gabrielio citati, loco proximè annotato.

Fundamentum prioris sententiæ est, quia proximiore non petente, alij possunt petere, d. l. Nepotibus. Ergo si non petant à successione meritò excluduntur. d. l. Sciant.

Fundamentum posterioris sententiæ est in l. 1. §. vlt. ff. ad Tertyl. vbi dicitur matre tutorem non petēte successionem ad alios pertinere, nec id requiritur, vt etiam ab aliis agnatis, qui in ordine & gradu post matrem vocantur, tutor petatur.

Huc accedat, quòd si essent quatuor vel quinque agnati, & nemo eorum peteret tutorem dari pupillo, nemo posset hæreditatem obtinere. & fisco esset applicanda, quod absurdum esse videtur, & iniquum.

Huic posteriori sententiæ subscribo. Licet enim proximiore viuente & negligente aliis inferioris gradus agnatis liceat tutorem petere: non tamen eis pœna legibus irrogatur, vt nisi petierint hæreditatem amittant. Sed hæc pœna matri & proximioribus irrogatur, eorúmque negligentia non aliorum mulctatur, & ita accipienda est l. Sciant. C. de legitim. hæred.

CAPVT LX.

Vtrum minori inuito dari possit curator ad litem, si actor sit?

Minori inuito curatorem ad litem dari nō posse, si actor sit, haud obscurè docuerūt Alexander & Selyc. in l. Tutori. C. de neg. gestis. Glos. & Bartolus in l. 3. §. Si pupillus. ff. de tutelis. Glos. & Albericus in l. Ait prætor 7. §. Permittitur. ff. de minorib.

Alij dixerunt, hoc verum esse, si minor cum tutore agat, aliàs secus, Archidiac. & Io. Andr. in cap. Si annum. de iud. lib. 6. Alexander consil. 122. num. 5. lib. 1. Vrsillus ad Afflictum decis. 256.

Alij nulla distinctione adhibita minori etiā inuito, siue agat, siue conueniatur, tutorem ad litem dari cēsuerunt, Angelus Aretinus in Inst. de curato in prin. n. 6. authoritate text. in §. Item inuiti. Instit. eod. tit.

Hanc difficultatem simul & controuersiam peperit l. 3. §. Si pupillus. ff. de tutelis. cuius hæc sunt verba: *Si pupillus pupillá ve cum iusto tutore, tutór ve cum eorum quo litem agere vult, & curator in eam rem petitur, vtrum ipsis poscentibus datur, an verò & aduersario? Et sciendum est, siue agant, siue conueniantur, dari his hunc curatorem posse: sed non aliàs quàm si ipse petat, cui dari eum oportet. Denique Caius libro sexto scripsit, talem curatorem neminem dari posse, nisi præsentem, neque cuiquam, nisi præsenti & postulanti. Itaque infanti non potest dari. Idémque Cassius ait, si pupillus curatorem poscere non vult, quominus cum eo agatur, cogi eum à Prætore debuisse.*

Difficultas ex hoc oritur, quia textus dicit curatorem non dari, nisi is petat, cui dari eum oportet, & paulò inferiùs ait, si pupillus curatorem petere non vult, quo minus cum eo agatur, cogi eum à Prætore debere. Ita igitur hunc textum aliqui accipiunt, vt prior pars loquatur de pupillo actore, & sensus sit ei inuito curatorem ad litem dari non debere. Posterior autem pars loquatur quando pupillus conuenitur, & ait, ei curatorem esse dandum, etiam inuito.

Sed hic est error manifestus, primū quia in prima parte textus loquitur, siue pupillus agat,

uabitur, ſi valet ratificatio. Nam ſi lata eſſet ſententia contra falſum procuratorem, non eſſet in poteſtate eius aduerſarij, hoc obtinere, vt domino præiudicaret; hic autem in poteſtate domini, pro quo lata eſſet ſententia, foret hoc efficere, eam ratificando vt aduerſario ſuo præiudicaret.

Poſtremò, quia vbi falſus procurator inuenitur, nec controuerſiæ dici ſolent, nec poteſt eſſe iudicium. l. Licet. C. de Procurator. Ergo non eſt in poteſtate hominis priuati per ratihabitionem efficere, vt iudicium, quod nullum eſt, valeat atque conſiſtat. Et vt ius aduerſario ſuo iam quæſitum, nullum eſſe iudicium, dicendi, auferat. Atque ita ſentio.

CAPVT LXII.

Vtrum in abſolutione à iuramento ad effectum agẽdi requiratur partis aduerſæ citatio? & an Eccleſiaſticus iudex, qui abſolutionem à iuramento conceſſit, remaneat iudex cauſſæ principalis?

ANtiqua eſt & celebris hæc controuerſia. Videbatur prima, quod aiunt, fronte citationem partis requiri in abſolutione impetranda à iuramento ad effectum agendi. Primò, quia iuramenti abſolutio requirit cauſſæ cognitionem. cap. Quanto de iureiur. Cauſſæ autem cognitio requirit partis citationem. l. In cauſſæ 14 §. Cauſſa autem cognita. ff. de Minoribus.

Secundò, quia pars lædi poteſt ex ipſa iuramenti abſolutione. Nam abſolutus à iuramento agere poteſt, & multa commoda habet ex ea abſolutione. Citatio autem ſemper requiritur eius qui lædi poteſt. l. Nam ita diuus. ff. de Adop. l. de Vnoquoque. ff. de re iud.

Tertiò, quia ſi pars citaretur, forſitan oſtenderet abſolutionem per calumniam peti. arg. l. Satis apertè. C. ad l. Cor. de Falſis. Ergo aduerſus partem inauditam nihil definiendum eſt. c. 1. de cauſ. poſſeſſ. & propr. c. Cauenat. 3. quæſt. 9. c. Inter quatuor de maio. & obed.

Quartò, propter authoritatem eorum qui ita expreſsè docuerunt. Ita docuerunt Ancharanus in conſ. 198. Prædictis ſubtiliter. & in conſil. 382. Recepto, num. 3. Fredericus Senenſis conſ. 300. Dominicus à S. Geminiano conſil. 16. ad finem. Alexander in conſ. 222. nu. 8. lib. 2. Guido Papæ quæſt. 125. Felynus in cap. 1. nu. 23. de iureiur. Curtius ſenior conſ. 43. in 2. artic. Hyppolytus Marſilius ad l. De vnoquoque nu. 163. de re iudic. Ruinus conſil. 26. lib. 4. Panormitan. conſ. 12. lib. 2. Socinus ſenior conſil. 59. lib. 3. Bertrandus conſil. 41. lib. 5. & 154. eod. Iaſon ad l. Nec quicquam. §. Vbi decretum. column. 9. de offic. procon. & leg. Gozadinus conſil. 69. ad finem. Ioannes de Amicis conſi. 31. Loffredus conſil. 22. Pariſius conſil. 45. num. 85. & 96 numer. 88. lib. 1. Vrſillus ad Afflictum deciſ. 120. num. 11. Andreas Geyll. lib. 1. obſeru. 22. numer. 3.

Verùm iſtis nil morantibus contrariam ſententiam ſemper ſecutus ſui, eo argumento adductus, quoniã per abſolutionem à iuramento conceſſum ad effectum agendi nullum aduerſario præiudicium generatur, cuius de iure ſit habenda ratio, conſequenter citandus non videtur.

Conſequentia ſatis certa eſt. Antecedens autem probatur.

Nam abſolutio conceditur tantùm ad effectum agendi, hoc eſt, vt qui iuramento obſtrictus eſt, agere valeat, nec à limine iudicij repellatur, tanquam periurus. Ex hoc autẽ quod aliquis agere poſſit, nullum præiudicium alteri generatur, cuius habenda ſit ratio. Nam aut agendo probabit iniuſtitiam & turpitudinem contractus, propter quam meritò reſcindendus ſit, aut non probabit. Si non probabit, nihil eum iuuabit abſolutio à iuramento conceſſa, manebit enim obligatus vinculo ipſius contractus, nec poterit ab eo recedere. Si verò probabit, tunc aduerſarius quidem præiudicium ſentiet, ſed ſumma ratione, quia non expediebat eiuſmodi contractum ſeruari turpem ac iniuſtum, ſed magis vtile eidem fuit eum reſcindi, ne contra iuſtitiam ex alieno damno compendium faceret, ne animæ ſuæ iacturam faceret. Quid enim prodeſt homini, ſi vniuerſum mundum lucretur, animæ verò ſuæ detrimentum patiatur.

Non obſtat ſi dicatur intereſſe aduerſarij, ne ſumptibus in iudicio vexetur. Nam huius præiudicij rationem habendam non eſſe, vel ex eo perſpicuum eſt, quod ſi habenda eſſet ratio, nullus poſſet alterum ad iudicium vocare, & ad agendum admitti, niſi prius cauſſa cognita appareat, eum bonam & iuſtam cauſſam obtinere, quod eſt abſurdum & ridiculum. Pœnæ ſunt enim aduerſus temere litigantes conſtitutæ, quibus iniuſtè vexatis opportunè conſultum eſt. l. Cum quem temerè. ff. de iud. in Inſtit. de pœna temerè litigan. c. Calumniã, de pœnis & alibi.

Exemplum afferunt Doctores liberti, qui patronum ſuum, vt in ius vocet, veniam à Prætore petit. Item emancipati filij, qui litis inſtituendæ cauſſa aduerſus patris teſtamentum inofficioſum bonorum poſſeſſionem apud iudicem agnoſcit. Hæc enim omnia expediuntur parte non citata, quia nullum verè præiudicium inferunt, tameſi ratio illa afferri poſſit. Patroni intereſſe ne temerè à liberto in lite vexetur. Item hæredis inſtituti intereſſe

ne temerè inofficioſum teſtamentum arguatur. Non habetur ratio huius præiudicij; quia temerè litigantes ſuis ſubiacebunt periculis & pœnis. & iniquè vexatis ſua non deſunt legum auxilia, quibus indemnes conſeruentur.

Et hanc ſententiam, quæ docet citationem non requiri, ſecuti ſunt etiam plurimi. Aichadanus ſibi parum conſtans in conſil. 18. Oldradus conſ. 120. Io. Calderinus conſ. 7. tit. de iureiur. Io. Andr. ad Specu. tit. de iureiu. Vbi autem iuraſſet. Alciatus ad c. Cùm contingat. n. 125. de iureiur. Afflictus deciſ. 120. nu. 10. Natta in conſ. 167. Io. Crotus conſ. 106. nu. 8. Crauetta in conſ. 7. n. 7. & ibi Stracca in addit. adiungit alios Couuar. variar. reſol. lib. 1. cap. 4. n. 6. Rolandus à Valle alios citans in conſ. 11. num 38. & 42. num 28. lib. 1. Ioſephus Ludouicus deciſ. Peruſiana 18. in 1. part. Rota Romana in antiquis deciſion. 767. Sciendum eſt, quod aliquoties.

Ad argumenta contrariæ ſententiæ hanc adfero reſponſionem. Concedo requiri cauſſæ cognitionem aliquam in abſolutione concedenda, ſed quia per eam non infertur præiudicium, cuius ratio habenda ſit, nego citationem requiri. Concedo eum eſſe citandum qui lædi poteſt, qui actum impedire poteſt, nihil inaudita parte decernendum eſſe, ſed nego aduerſarium lædi propter abſolutionem iuramenti, quia omnia ei iura ſunt ſalua, & nihil contra eum decernitur, nec poſſet impedire abſolutionem, quia conceditur tamen ad effectum agendi, nec cuiquam ius ſuum aufertur, aut imminuitur, denique conceditur ſub ea conditione, ſi preces veritate nitantur, de qua poſtea cognoſcetur.

Quod attinet ad alteram quæſtionem, Baldus in l. Ordinarij. C. de rei vindic. exiſtimauit iudicem Eccleſiaſticum cum abſolutione à iuramento conceſſa totius principalis cauſſæ iudicem fore: & eandem ſententiam ſecuti fuere quamplurimi, Alex. & Iaſon in l. Quoties C. de iudi. Felynus in cap. Cùm ſit generale. n. 4. de foro cōpetenti. Curtius iunior in rubr. C. de Edendo n. 14. & multi alij à Couuar. citati lib. 1. variar. reſol. c. 4. nu. 8. & ab Oſaſcho deciſ. Pedemont. 78.

Sed contrarium docuerunt plurimi alij, quos iidem citant, quibus addi poteſt Serafinus Senenſis de priuilegio iuramēti, Priuilegio 60. n. 19. & Proſper Farinacius lib. 1. quæſtionum, tit. de Inquiſitione, quæſt. 8. nu. 144. & quibus ipſe quoque conſentio.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt primò, quia ratione iuramenti iudex Eccleſiaſticus eſt competens. c. vlt. de foro competent. ſiue agatur de eius obſeruantia, vt ibi. ſiue de inobſeruantia, vt in c. 1. de iureiu. Secundò, quia iudex competens in cauſſa præparante, eſt etiā competens in cauſſa præparata. l. Ordinarij. C. de rei vindic.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt primò in l. 1. C. ad exhib. illis verbis: *Præſes prouinciæ eam exhiberi iubebit, vt apud iudicem de rei veritate quæratur*, quib. verbis probatur non eſſe eundem iudicem in actione ad exhibendum, & in rei vindicatione, cùm tamen actio ad exhibendum præparatoria eſſe vulgò dicatur rei vindicationis. l. 3. §. Eſt autem perſonalis. ff. ad exhib.

Secundò, quia actor ſequitur forum rei. l. 2. C. de iuriſd. omn. iud. l. vlt. C. vbi in rem actio. c. Cùm ſit generale. de foro competen. Ergo ſi iudex laicus ſit competens iudex rei conueniri, ille adeundus erit, non autem Eccleſiaſticus iudex.

Et hoc poſtremum argumentum mouet me. Nam cùm hæc ſit generalis iuris regula, vt actor ſequatur forum rei, non eſt ab ea recedendum, niſi de exceptione doceatur. Non probatur autem hæc exceptio argumentis contrariæ opinionis. Nam iudicem Eccleſiaſticum competentem eſſe quoties de iuramenti obſeruantia agitur, lubens fateor. Sed hic non agitur de iuramento ſeruando, ſed de iuſtitia vel iniuſtitia contractus & obligationis, quam reſcindi actor poſtulat, reus negat reſcindendam eſſe.

Fateor quoque Eccleſiaſticum iudicem cogere poſſe creditorem ad iuramentum relaxandum, vt in c. 1. de iureiur. Sed quid hoc ad quæſtionem noſtram facit? Iam enim relaxatū eſſe iuramentum ſupponimus, & de ipſa re principali quærimus, an à iudice Eccleſiaſtico cognoſcenda & tractanda ſit.

Ad brocardicum illud quod attinet, iudex cauſſæ præparatoriæ eſt iudex cauſſæ præparatæ, vix dignum puto reſponſione. Nego id verum eſſe. Non hoc dicit l. Ordinarij. C. de rei vind. cuius hæc ſunt verba: *Ordinarij iuris eſt, vt mancipiorum orta quæſtione prius exhibitis mancipiis de poſſeſſione iudicetur: Et tunc demum cauſſa proprietas ab eodem iudice decidatur.*

Nego poſſeſſionis cauſſam præparatoriam eſſe cauſſæ proprietatis. Nihil enim commune habet poſſeſſio cum proprietate. l. Naturaliter. §. Nihil commune. ff. de acquiren. poſſeſſ. Nego ab eodem iudice ideò vtramq; cauſſam decidendam, quia altera alterius ſit præparatoria: Hæc eſt ratio, quia cauſſæ continentia diuidenda non eſt: & quod in vno eodémque iudicio terminari poteſt, apud diuerſos iudices ventilari non debet, vt in l. Nulli. C. de iudiciis, quæ ratio in quæſtione iſta locum non habet, quia abſolutionis à iuramento cauſſa non pertinet ad obligationem & contractum, & ad

& ad iuſtitiam vel iniuſtitiam eius. Nego iudicem qui de poſſeſſione cognoſcere poteſt, alioqui incompetentem fuiſſe ad cognoſcendum de proprietate, vt in ſpecie noſtra, incompetens alioqui iudex Eccleſiaſticus eſſe præſupponitur, quantum ad cauſam principalem attinet.

CAPVT LXIII.

De poteſtate Principis circa tollendum ius quæſitum.

MAximi momenti eſt, & maximum vſum habet illa controuerſia, quæ de Principis poteſtate circa ius quæſitum auferendum agitari ſolet. Ergo, quia multa habet capita, ſex quæſtionibus omnia comprehendam, quæ videntur mihi præcipua.

Prima quæſtio eſt, Vtrum Princeps ex certa ſcientia & de plenitudine poteſtatis auferre poſſit alicui ius ſuum ſine cauſa. Affirmat Angelus ad l. Item ſi verberatum § 1. ff. de rei vind. Iaſon ad l. vl. in 6. limit. C. ſi contra ius vel vtil. pub. Decius in conſ. 169. n. 7. alios commemorat Antonius Gabrielius lib. 3. comm. concl. tit. de iure quæſito non tollen. concl. 1.

Fundamentum eſt, quia ſacrilegij inſtar eſt de Principis poteſtate diſputare. l. Diſputare. C. de crim. ſacrileg. Deinde, quia duplex eſt poteſtas Principis, vna ordinaria, altera abſoluta. Hæc poſtrema nullis legibus reſtricta eſt, nullis regulis ſubijcitur, ideóque Principis eſt pro ratione voluntas, & legis habet vigorem. l. 1. ff. de conſtit. Princip. Tertiò, quia Princeps dicitur eſſe dominus totius mundi. l. Deprecatio. ff. ad l. Rhod. de iactu. l. Bene à Zenone. Cod. de quad. præſcript.

Contrarium docuerunt multi alij à Gabrielio citati loco proximè citato. Zaſius in conſil. 10. lib. 2. & ad l. 2. verſic. Ratum eſſet. de orig. iuris. Menochius in conſ. 105. n. 68. lib. 1. Hartmannus Piſtorius lib. 2. quæſt. iuris, parte poſteriore, c. 4. n. 41.

Et iſtis ego aſſentior. Probatur hæc ſententia ex l. Quoties. C. de precib. Imper. off. ibi: *Quod autem totius negotij cognitionem tollit, & vires principalis negotij exhaurit ſine graui partis alterius diſpendio, conuelli non poteſt, &c.* Probatur quoque ex l. 3. & l. 7. C. eodem tit. in l. vl. C. Si contra ius vel vtil. publ. in l. Iubemus nullam. C. de ſacroſanct. Eccleſ. in l. 3. & 4. ff. de Natalibus reſtitut. in l. Prædia. C. de locatione prædio. Ciuit. lib. 11.

His adſtipulantur l. Digna vox. C. de legib. l. Cauſas. C. de tranſact. l. vlt. C. ſentent. reſcindi non poſſe. l. 2. Co. de inceſt. nupt. l. Authoritate. C. vnde vi. l. Nec auus. C. de emancip. lib. l. 2. §. Meritò. & §. Si quis à Principe. ff. Ne quid in loco publ.

Ad primum argumentum reſpondeo, legem allegatam non hoc velle, ſed aliud longè diuerſum, nimirum: *Diſputare de Principis iudicio non oportere. Sacrilegij enim inſtar eſt dubitare an dignus ſit, quem elegerit Imperator.* Nullum verbum eſt ibi de poteſtate Principis.

Ad ſecundum reſpondeo, abſolutam illam Principis poteſtatem, nullis legibus circumſcriptam iure noſtro non probari, ideóque à doctiſſimis Iureconſultis reijci ſolere. Couuar. li. 3. variar. reſol. cap. 6. n. 8. Zaſius conſ. 10. n. 7. lib. 2. Andr. Geyll. libr. 2. obſeru. 56. n. 9. Arius Pinell. ad Rubr. Cod. de reſcind. vend. part. 1. cap. 2. n. 24.

Ad tertium reſpondeo, Principem eſſe dominum mundi, quantum ad Iuriſdictionem & protectionem, non quantum ad dominium rerum priuatarum, nec contrarium probant leges in argumento allatæ.

Secunda quæſtio eſt, an Princeps auferre poſſit ſine cauſa ius quæſitum ex beneficio iuris ciuilis puta præſcriptione, re iudicata & ſimilib. modis acquirendi dominij iure ciuili conſtitutis.

Affirmant circiter viginti Doctores, quos commemorat Gabrielius libr. 3. comm. concl. tit. de iure quæſito non tollen. concl. 1. n. 18. Negant alij plurimi ab eodem relati, quibus addo Pinellum ad Rubr. Cod. de reſcind. vend. 1. part. cap. 2.

Conciliat opiniones Gabrielius, vt prima locum habeat cùm ius ciuile nulla æquitate nititur. Poſterior autem cùm agitur de iure ciuili æquitatem habente.

Sed mihi negantium ſententia maximè probatur, eo argumento, quod Principis reſcripta contra ius & in læſionem alterius non valent, vt patet ex legibus allatis in præcedente quæſtione, quibus accedant l. Si quando. Co. de inoff. teſtam. l. 3. C. de reſcind. vend. lib. 5. C. de reuo. donat. l. 3. l. Si teſtamentum. Co. de teſtam. l. Ex imperfecto. de legatis 3. Et denique regula generalis l. Id quod noſtrum, de regulis iuris.

Non obſtat text. in l. 2. §. Si quis à Principe, in fine. ff. Ne quid in loco pub. in illis verbis, *niſi fortè hoc impetrauerit.* Nam illud accipiendum eſt, cùm iuſtas ob cauſas id à Principe impetratur, ſine iuſta cauſa non ſolet, nec debet Princeps aliquid concedere, ex quo alter lædatur.

Non obſtat ſi dicatur, Principem fuiſſe authorem & cauſam vt dominium quæreretur, Ergo illud pro libitu auferre poteſt. Quia nego conſequentiam. Poteſt enim Princeps, ius quod ipſe condidit tollere, abrogare, & infirmare, ſed hoc, legem generalem condendo, ob iuſtas aliquas cauſas, cuius rei exempla ſuppeditant Nouellæ conſtitutiones, quod autem

possit dominium sine caussa alicui auferre, quod iure acquisiuit, puta ex testamento, ex præscriptione, & aliis legitimis modis, id verò negatur, nec puto demonstrari posse vlla lege, vlla iuris authoritate & ratione, imò verò repugnant leges superius adductæ, quib. probatur, non licere Principi ea decernere, rescribere, mandare, quę contra ius, contra singulorum vtilitatem repugnare videntur, nisi iusta subsit caussa.

Tertia quæstio est, an Principes sine causa possit in re modica alteri præiudicare, & auferre ius quæsitum. Et respondendum est posse, ex l. Quoties, C. de precio. Imp. off. Vide Felynum in c. Quæ in Ecclesiarum, num. 47. vers. Quarta declaratio, de constitut. Decium ibidem nu. 26. vers. Quartus casus. Ruinum cons. 191. n. 13. lib. 1. & 48. n. 13. lib. 4.

Quarta quæstio est, an Princeps alicui auferre possit ius quæsitum spe, hoc est, ius quod ex aliquo futuro euentu quis sperat se consecuturum? Et respondendum est posse, puta naturales & spurios natalibus restituendo, vel aliam gratiam indulgendo, licet ex his ius alteri auferatur, quod consistit in spe, iuxta Nouellam quibus mod. natur. eff. sui. §. Et quoniam variè. l. 1. § Filius. ff. ad Tertyl. Gloss. in ca. 1 §. Naturales. si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agna. defuncti. Vide Felynum in d. c. Quæ in Ecclesiarum. nu. 49. vers. Primus est, quando lex dedit modum. de Constitut. Ruinum cons. 7. n. 6. & 36. nu. 3. lib. 1. Albertum Brunum cons. 1. nu. 54. Iasonem ad l. Gallus. §. Et quid si tantum. nu. 121. de lib. & posthumis. Gabrielium de iure quæsito non tollend. concl. 1. num. 30.

Sed vide præterea ne impingas in præclaram distinctionem Ludouici Gomes. ad regulam Cancellariæ de non tollendo ius quęsitum. q. 4. & Socini iunioris cons. 95. n. 33. lib. 3.

Quinta quæstio est, vtrum Princeps ex caussa publicæ vtilitatis auferre possit subdito ius quæsitum. Communis est & vera doctorum sententia, posse, vide Felyn. ad d. cap. Quæ in Ecclesiarum, num. 26. vers. Tertia conclusio. de Constit. Decium ibidem, num. 19. Abbatem Panormit. num. 11. & alios à Gabrielio citatos commun. conclu lib. 3. tit. de iure quæsito non tollendo, conclus. 2. quibus adde doctissimum Oddum de in integrum restitutione, parte 2. quæst. 99. artic. 8. Andream Geyll. lib. 2. obseruat. 56.

Adferri solet text. in l. Item si verberatum. §. 1. ff. de rei vind. in illis verbis: *Item si fortè ager fuit, qui petitus est, & militibus assignatus est modica honoris gratia possessori dato.* Item l. Lucius. ff. de Euiction. ibi: *partim distractas, partim veteranis in præmia assignatas, &c.*

Sed assentior Cuiacio lib. 2. obseru. cap. 9. & Francisco Hotomanno illustr. quæst. c. 1. dictas leges ad hanc rem non pertinere, quia loquuntur de prædiis bello acquisitis, quæ victores partim distrahebant, partim militibus assignabant, sæpe etiam veteri possessori aliquid relinquebant honoris gratia.

Probatur igitur hæc communis sententia ex l. 3. §. vlt. ff. de iniur. *Seruo*, inquit, *forsitan & libertate præstanda. Quid enim si publica vtilitas ex hoc emergit?* Item ex ratione. l. Ita vulneratus. ff. ad l. Aquil. Et quia vtilitas publica præferenda est priuatæ. l. vn. §. vlt. Co. de ca. l. toll. §. Quamobrem, in Nouella, de restit. & ea quæ parit. &c.

Huic sententiæ etiam congruit communis Theologorum sententia, Principem posse propter publicum bonum dispensare contra leges, quod præter alios nouissimè explicat R. P. Gregorius noster, nostrique seculi præclarum lumen in 2. tomo Commentar. disput. 7. quæst. 5. puncto 9.

Oportet tamen Principem compensare priuatis, iusta ratione ius ablatum. l. Serui. C. quibus ex causis serui pro præmio libert. accip. l. Mulier in opus salinarium. ff. de capti. l. Venditor. §. Si constat. ff. commu. præd.

Et cessante causa publicæ vtilitatis ius suum priuatis restituendum est. ex Innocentij doctrina in cap. Quia plerique. de immu. Eccl. de qua per Gabrielium lib. 3. commu. concl. tit. de iure quæsito non tollen. conclus. 4.

Sexta quæstio est, an causa iusta motus Princeps præsumatur, cùm alicui aufert ius suum? Tres sunt Doctorum sententiæ. Vna, præsumendam. Altera, non præsumendam. Tertia, præsumendam, si Princeps eam exprimat, secus si nullam exprimat causam vel minus idoneam. Vide Alciatum de præsumpt. reg. 3. Præsumpt. 8. Menochium de Præsumpt. lib. 2. Præsumpt. 10. Andream Geyll. libr. 2. obseruatione 58.

Fundamentum prioris sententiæ est, quia Princeps iustus esse præsumitur. l. 2. §. Meritò. ff. ne quid in loco publ. l. Ex facto. ff. de vulg. l. 4. & 5. ff. de natal. restit.

Sed responderi potest, id locum habere in dubio, sed quando Princeps ius suum alteri aufert, iam videtur cessare illa bona præsumptio, cùm iniquè faciat, & contra ius. Sic dicimus quemlibet bonum præsumi. l. Meritò. ff. pro socio. Verùm hæc pręsumptio cessat cùm aliquid facit iure prohibitum, c. 1. de Pręsumpt. l. 1. C. ad l. Cor. de fals.

Fundamentum autem alterius sententiæ est ex clem. Pastoralis. de sent. & re iud. ex cap. 1. de caus. posses. & proprie. ex ca. Nouit. de iudiciis. quæ sanè iuris loca quo pacto ad hanc rem accommodari possint, non satis video.

Adfertur etiam quod notatur in l. Si fortè. ff. de Castr.

de Castr. pecul. & in l. Si donatione. C de Colla. non esse credendum assertioni eius, qui dicit se aliquid facere ex causa, quoties agitur de eo quod liberè facere non potest.

Sed hæc generalia pronunciata nō satis tuta sunt, vt enim aliquando locum habere possint, ex certis rerum circumstantiis, nō tamen rectè colligitur ea perpetuò locum habere, præsertim cùm non sint iuris regulæ sumptæ ex Iureconsultorum responsis, si traditiones quædam ac obseruationes interpretum, non contemnendæ quidem, sed nec passim amplectendæ.

Denique Menochius hanc rationem adfert, quia hæc res non pendet ex voluntate Principis, sed necessaria est iusta causa. Ergo principi asserenti se iustam ob causam motum fuisse, credendum non est, quia nullus in propria sua causa idoneus testis est. l. Nullus idoneus. ff. de testib.

Responderi potest, hoc testimonium Principis non esse in causa propria, cum res non pertineat ad ipsum principem, sed ad alios quibus aliquid concedit.

Tertiæ denique sententiæ, cuius author Alciatus fuit, illud est firmamentum, quoniam cùm Princeps causam exprimit, ex qua se adductum fuisse testatur, videtur omnino ei fides adhibenda. clem. 1. de Probation.

Responderet D. Menochius textum illum ad causas beneficiales pertinere. Sed replicari potest eandem esse rationem in aliis, neque enim vsque adeò exploratum est, S. Pontificem in beneficialibus suis suum cuiquam auferre posse sine causa. Et re vera durum valde est, & ab omni iuris ratione alienum, suspicari Principem esse mendacem, cùm in rescripto causam exprimit, cùm alioqui nec in priuatis hominib. mendacium præsumendum esse palàm fit, ex iis quæ latissimè adfert Maschardus de probation. vol 2. conclu. 1142. n. 2.

Quare vt Alciati sententiam iuri magis consentaneam existimem, magis inclinat animus.

CAPVT LXIV.

Vtrum promissio facta præsenti & tacenti in eius commodum, sit pactum, vel pollicitatio?

TRiplex est doctorum sententia hac de re. Prima, eiusmodi promissionem pollicitationem videri. Ita Decius ad Rub. Cod. de pact. Aretin. ad l. 2. de leg. 1. Duarenus ad l. 1. ff. de pactis.

Altera, pactum esse si vltra præsentiam alia consensus signa præcesserint, si verò non præcesserint, pollicitationem esse. Ita Baldus & Corneus ad l. Senium. C. qui testam. facere possunt. Alciatus ad rubr. de verbor. oblig. & ibidem Albertus Bolognetus Cardinalis Illustr. cap. 17.

Tertia, hanc promissionem pactum esse. Ita Bartol. & Cynus in l. 1. C. de pact. Iason ad rub. de verb. oblig. nu. 8. Angelus cons. 183. Ruinus ad l. 2. de leg. 1. Ripa & Cagnolus ad rubr. C. de pactis. Couar. ad rub. de testament. in 3. parte, Menochius de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 42. Petrus Calefatus ad l. Iurisgentium, n. 40. ver. Retenta communi.

Prioris sententiæ argumenta sunt ista. Primum ex l. Pactum. ff. de polli cit. vbi dicitur, pactum esse duorum pluriúmve consensum, pollicitationem verò solius offerentis promissionem.

Secundum ex l. Ex pollicitatione. ff. eod. tit. vbi I.C. appellat pollicitationem, quæ fit apud rempublicam in ipsius reipublicæ vtilitatem.

Tertium ex l. 1. §. Si stipulanti. de verb. oblig. vbi dicitur, si tibi stipulanti decem promitto viginti, obligationem duntaxat contrahi in decem: Et tamen si pactum esset, cùm aliquid promittitur præsenti & tacenti, in eius commodum, obligatio saltem naturalis oriretur ad alia decem.

Quartum argumentum est, quia pactum est duorum pluriúmve in idem placitum & consensus. l. 1. ff. de pact. Consensus autem propriè dicitur expressus, non autem tacitus. l. 2. §. Voluit autem. ff. sol. matr.

Quintum, quia promissio commodum respicit ipsius præsentis & tacentis, consequenter in eius potestate est voluntatem suam declarare: cùm non declaret, videtur contra eum interpretatio sumenda, vt non videatur consentire, arg. l. Veteribus. ff. de pactis.

Sextum argumentum est, quia is qui tacet, consentire non videtur. l. Qui tacet. de reg. iur. c. is qui tacet. eod. tit. lib. 6. Ergo pactum esse non potest quoniam consensum requirit.

Septimum argumentum est, quia si non esset pollicitatio, nimis restringeretur natura eius, vt nimirum nunquam esset pollicitatio nisi absenti fieret, quod est absurdum.

Octauum argumentum est, quia is qui præsens est, & tacet, modestia quadam deliberare videtur, non autem consentire, cùm fortasse è re sua id futurum non esse credat, aut beneficium accipiendo libertatem vendere nolit, vt dicebat Duarenus. Neque enim potest (ait Illust. Bolognetus) qui ingenuo animo præditus sit quicquam acceptare, quin de referenda gratia statim cogitare incipiat, ad quam rem natura pia omnes obligamur l. Sed & si lege. §. Consuluit. ff. de pet. hæred. & propterea rectè regula constituta est, vt tacere sit medium inter affirmare, & negare. l. Qui tacet. de regulis iuris. *Qui tacet*, inquit Paulus. *non vtique*

fatetur, sed tamen verum est eum non negare.

Argumenta verò assi mantium pactum esse, non pollicitationem, hæc sunt. Primum ex l. Qui patitur.ff. mand. vbi l. 6. *Qui patitur ab alio mandari, vt ibi credatur, mandare intelligitur.* Ergo ex patientia consensus præsumitur. Ergo duorum consensus hic adest, ex quo pactum conficitur.

Secundum est ex l. Donationes.§.Species ff. de donatio. *Species extra dotem à matre filiæ nomine viro traditas, filia quæ præsens fuit donatas, & ab eo viro traditas videri, &c.* Hic similiter consensus filiæ arguitur ex præsentia, quoniam de eius commodo agitur.

Tertium est ex regula, *qui tacet, consentire videtur,* de reg. iur.lib.6. Nam cum hæc regula locum non habeat, vbi de tacentis præiudicio vel obligatione agitur. l.filiusfam.§. Inuitus.ff. de procurat. sequitur eam locum habere saltem, cùm de commodo agitur præsentis & tacentis.

Tertiæ autem opinionis fundamentum positum est in eo, quod in dict. l. Qui patitur.ff. mandat & in l Donationes.§.Species ff.de donatio. aliquid aliud interuenit, ex quo consensus tacentis arguitur, nimirum fideiussio siue mandatum, & traditio facta. Istis cessantibus non præsumeretur tacens consentire. l. Qui tacet.de reg. iur.

Non refero Galiaulæ, Tornielli & aliorum responsiones, nec non Menochij replicationes loco annotato, quia non puto operæ precium, cùm non sint magni momenti, & facilè ex Menochio videri possint.

Ego video doctores omnes, qui dixerunt, hanc promissionem pactum esse, in eo vehementer laborare, vt ostendant, præsentem & tacentem in iis, quæ eius commodum respiciunt, videri consentire, ex hoc enim argumentantur pactum esse, quia pactum est duorum in idem consensus. Et hic est error manifestus, quia cùm Vlpianus ait in l.3. ff.de Pollicitatio. pactum esse duorum consensum atque conuentionem, pollicitationem verò solius offerentis promissum, non dicit pollicitationem esse solius offerentis consensum, sed esse vnius promissum. Nam & in pollicitatione duorum inest consensus, sed non expressus neque declaratus, nisi ab eo qui promittit alteri tacenti & non roganti: at in pacto non consensus est duorum tantùm, sed etiam conuentio de eo quod vtriusque verbis conuentum est, & conclusum vt fiat. Pactũ est itaque cùm plures hoc agunt, & in eam decurrunt sentẽtiam, vt quid fiat aut non fiat. l. 1. ff. de pact. Pollicitatio cùm quid promittitur alicui non petenti, & tamen duorum inest consensus, quod is cui facta est promissio non reclamat, sed promissis acquiescit. Et hoc est illud vulgatum: Qui tacet consentire videtur. Hæc habeo ex Francisco Conano lib.5.commentario.iuris,c.8.in princ. Ex quib. infero in proposita quæstione, hanc promissionem non pactum sed pollicitationẽ esse, quod tam luculenter Vlpianus docet in d. l. 3. ff. de pollicitat. vt nullus dubitandi locus relinquatur: & ex dictis patet, frustrà laborasse eos, qui ex præsentia consensum arguunt. Nam vt id maximè verum sit, non tamen sequitur, pactũ esse, sed pollicitatio est: cùm illa sit solius offerentis promissio, facta præsenti & tacenti, qui procul dubio consentire videtur. Pactum verò præter consensum requirit conuentionẽ quandam, vt aliquid fiat vel non fiat, detur vel non detur. Et ideo dum dicit l.1.ff. de pactis. Pactũ esse duorum pluriúmve in idem placitum & consensum, rectè exponitur in *idem dandum vel faciendum.* Non igitur omnis consensus duorum pluriúmve pactum dici potest. Ergo & in proposita quęstione solius offerẽtis promissio pactum non erit, licet is, cui fit, præsumatur consentire: sed pollicitatio dicenda erit, cùm nullam aliam admixtam habeat conuentionem (quod est proprium pacti) sed solam offerentis liberalitatem non reclamante eo cui facta est. quod est pollicitationis proprium, teste Vlpiano in d.l.3 ff de pollicitat.

CAPVT LXV.

Vtrum rescripta ad lites sint perpetua, an verò anno expirent?

DVo sunt iuris loca hac de re, quæ controuersiam pepererunt. Vnum iuris canonici. Alterum iuris Cæsarei. Innocentius III. in c.Plerunque.de rescriptis, scribit in hæc verba: *Plerunque contingit, quod aliqui nostris literis impetratis, illis vti multo tempore postponentes, tunc demùm eas exhibent, cùm aliarum authoritate ab eis, contra quos primitus literas impetrarant, cæperint conueniri, dicentes posteriores literas non valere, vtpote non facientes de prioribus mentionem. Cùm igitur non sit malitiis hominum indulgendum, statuimus, vt si quis nostras literas impetrans, intra annum postquam copiam iudicum habuerit ex malitia vel neglegẽtia postposuerit vti eis, authoritate posteriorum literarum valeat conueniri, licet in ipsis nulla de prioribus mentio habeatur.*

Cæterùm, Imperator Claudius in l.2. C.de diuersis rescrip. sic ait: *Falsò adseueratur authoritatem rescriptorum deuoluto spatio anni obtinere firmitatem suam non oportere. Cùm ea quæ ad ius rescribuntur perennia esse debeant, si modo tempus in quo allegari vel audiri debent, non sit comprehensum.*

Prima fuit sententia Baldi, teste Felyno in c. Si autem n.1.de rescrip. iure canonico, rescripta esse:

esse annalia, iure autem ciuili perennia.

Non placet, quia non est inducenda inter ius canonicum & ciuile discordia, nisi apertè expressum sit.

Secunda fuit sententia Petri Rebuffi de rescriptis in præfatione, nu. 4. rescripta esse perpetua, quæ iura partium respiciunt. Veluti si princeps alicui concedat, vt conueniatur sub certo iudice; quia decet principis beneficium esse mansurum, secus dicendum in rescriptis iustitiæ, quæ iudicis comprobatione egent, quia illa ferè anno pereunt. Vel quidam, inquit Rebuffus, intelligunt ea, quæ ad ius rescribuntur, id est, ad obseruationem iuris vel elucidationem. Illa enim sunt perpetua, sicut & ius. Priorem sensum amplectitur Menochius de arbitrariis iudicum casu 202. numero 77.

Non placet, quia nullo iure probatur hæc distinctio: nec ius canonicum dicit rescripta anno perire, sed eum qui rescriptum obtinuit, si eo non vtatur intra annum, conueniri posse ex alio posteriori rescripto, licet nullam prioris mentionem faciat.

Quare puto etiam Iacobum Cuiacium lapsum esse, dum ad tit. de diuersis rescriptis dixit, iure veteri rescripta annalia fuisse ex d.c. Plerunque. de rescriptis.

Tertia igitur vera & communis sententia est. Rescripta ad lites perpetua esse, & tam diu durare, quamdiu actio seu ius durat, super quo impetrantur, vt in d. l. Falsò. Cæterùm, si dolo vel negligentia is qui rescriptum impetrauit, eo intra annum non vtatur, tunc aduersarium eius experiri posse, & aliud rescriptum impetrare, illúdque posterius valere, licet nullam prioris mentionem faciat. Hæc est sententia S. Pontificis in d. cap. Plerunque. vti declarant Bartolus, Castrensis, & Iason in d. l. Falsò. C. de diuers. rescript. Abbas & Felynus in d. c. Plerunque de rescript. Goffredus in summa de rescriptis, num. 48. Menochius de arbitr. iud. casu 204. num. 1. & in con. 100 n. 33. 54. lib. 1. D. meus Cephalus cons. 304. nu. 61. lib. 3 D. meus Decianus cons. 18. numer. 1. lib. 1. quib. & ipse assentior.

CAPVT LXVI.

Rescriptum ab vno impetratum, an aliis prosit rem communem habentibus.

Rescriptum communi nomine ac precibus impetratum etsi ad vnum tantùm ex sociis directum sit, alias quoque sociis prodesse perspicuum est ex l. 1. C. de diuersis rescript. quod & diligenter adnotarunt Crauetta in cons. 45. n. 2. Mynsingerus cons. 8. primæ decadis, n. 15. & post istos Robertus Lancellotus de attentatis, parte 2. cap. 12. Ampl. 11. nu. 5.

Cæterùm nonnulla controuersia est, an si vni tantùm ex sociis rescriptum directum sit eo casu, quo ille solus supplicauit pro obtinendo rescripto, prosit aliis quoque rem communem habentibus, & consortib. eiusdem rei. Et enim prodesse respondit Paulus Castrensis in d. l. 1. C. de diuers. rescript. & Franciscus Marcus decis. 149. n. 4. in 2. parte.

Fundamentum statuunt in l. 1. & 2. C. Si vnus ex plurib. appellat. vbi constitutum est, si vnus ex pluribus consortibus appellauerit, & eius appellatio iusta pronunciata sit, id prodesse quoque aliis consortibus.

Sed contrarium responderunt Cynus & Albericus in d. l. 1. C. de diuersis rescrip. & alij quos refert & sequitur Petrus Antonius Auguściola lib. 2. cons. 43. quibus addi potest Tiraquellus, obiter tamen rem tractans de retractu coniang. §. 26. Glos. 1. n. 45.

Horum fundamentum est, quia rescriptum non extenditur ad personas in eo non nominatas, vt in c. Significante. de rescript. & ideo textus in d. l. 1. C. de diuersis rescript. non sine caussa mentionem facit precum communi nomine porrectarum: *Si libellum*, inquit, *de communi caussa, tu fraterque tuus dedisti, quamuis rescriptum ad vnius personam directum sit, vtrique tamen prospectum est.*

Hæc posterior sententia videtur mihi probabilior. Nam hîc duæ quæstiones diuersæ sunt. Prima, an victoria litis ab vno ex sociis obtenta, aliis quoque prosit rem communem habentibus: & siquidem res indiuidua sit, certum est prodesse, l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. appell. l. Loci corpus § Si fūdus. ff. si serui. vind. & huc spectat prioris sententiæ fundamentū. Altera quęstio est, an rescriptum quod vnus ex sociis suo nomine impetrauit aliis quoque prosit à principio, & dicēdum est non prodesse, quia si prodesset, deberet quoque nocere. l. Secundùm naturam. de reg. iur. Consequenter alij consortes & socij cogerentur inuiti litigare, & caussam prosequi in iudicio contra regulas iuris, quibus nemo inuitus agere compellitur. C. vt nemo inuitus agere, & c. Non ergo integrum esset aliis sociis ab vsu talis rescripti abstinere aduersario id petente, si rescriptum sua vi ac potestate ad eos quoq; extenderetur. Sed hoc cùm cōtra iuris rationem sit, melius est dicere rescriptū huiusmodi, quia communi nomine impetratum non est, aliis non prodesse secundum iuris regulam: Rescriptum non extenditur ad personas in eo non expressas, d. c. Significante. de rescrip.

CAPVT LXVII.

Donatio propter nuptias, an ipso iure constituta videatur.

Donationem propter nuptias ipſo iure à marito vxori conſtitutam videri ſecundùm dotis quantitatem authores ſunt Martinus, Azo, Cynus, Salycetus, Iacobus de Rauenna, Raynerius & Bartolus, ſi credimus Mario Anguiſciolæ eos referenti & ſequenti in con. 25. & 152.

Sed contrarium docuerunt Gloſ. in Auth. Dos data. C. de dona. propter nup. Odofredus, Bald. & Angel ibid. Idem Angelus in §. Aliud. in Auth de Æqual. dotis. communem dicit Afflictus deciſ. 242. n 1. Grammaticus deciſ. 97. n. 4. Clarus § donatio. q. 11. verſ. Sed quæro. Ruinus conſ. 110. nu. 2. lib. 5. Federicus Scotus conſ. 39. li. 3 tomo 2. Hippolytus Riminaldus in Inſtit. de donationib. in princ. n. 254. & in con. 29. n. 11. lib. 1. & in conſ. 496. lib. 5. Burſatus con. 178. n. 8 lib. 2. Menochius de recuper. poſſeſſ. remedio 15. n. 166.

Fundamentum prioris ſententiæ eſt in Auth. Dos data. C. de donat. propt. nupt. vbi text. dicit: *Dos data donationem propter nuptias meretur.* Deinde dicit, mulieri dotem offerẽti actionem donationis propter nuptias competere, ex quo verbo, *Exactionis*, arguitur donationem iam conſtitutam fuiſſe.

Fundamentum autem poſterioris ſententiæ eſt, quia mulier ſibi imputare debet, cur donationem non petit ſibi conſtitui. Deinde, quia hoc videtur eſſe in arbitrio mariti. donationem propter nuptias vxori ſuæ conſtituere. l. vlt. C. de donat. propter nupt. quæ lex non eſt ſublata, nec correcta ex d. Auth. Dos data. C. eod. tit. quia illa verba textus: *Dos data donationẽ propter nuptias meretur.* ſunt Irnerij, qui Authenticas compoſuit, & ex Nouellis ſumpſit. Nec habentur in ipſa Nouella ſiue corpore, vnde ſumpta eſt Authentica, vt patet ex §. Illud. in Auth. vt exactio. inſtante dotis, ſiue ex Haloãdri editione Nouella. 91.

Ego non puto ex arbitrio mariti hoc pendere, an velit donationem propter nuptias vxori ſuæ conſtituere, nec l. vlt. C. eod. tit. hoc dicit, ſed hæc eſt ſententia d. l. vlt. maritum licentiam habere donationem conſtituendi propter nuptias, tam ante matrimonium, quàm etiam conſtante matrimonio. Cæterùm non ei tribuit liberam poteſtatem conſtituendi vel non conſtituendi donationem propter nuptias, imò patrem teneri donationem propter nuptias pro filio ſuo conſtituere, certum eſt ex l. vlt. C. de dotis promiſſ. quod non rectè diceretur, ſi hæc res ex arbitrio mariti penderet. Tenetur ergo maritus pro dotis ſecuritate donationem vxori ſuæ propter nuptias æqualem doti conſtituere, vt patet ex Auth. de æqualitate dotis & donationis propter nupt. in princ. quæ eſt Nouella 97. vbi Iuſtinianus: *Hoc igitur inter alia uniuerſa corrigimus, æqualia in dotibus eſſe, & propter nuptias donationibus, & ea quæ offeruntur, & ea quæ in ſtipulationem deducuntur pacta: Et tantam quidem quantitatem conſcribere virum, quantam & mulierem, tantum quoque lucrum ſtipulari, & tanta parte ex quanta voluerint, æqualis tamen menſura: non enim aliter iuſtitiæ & æquitatis ſeruabitur ratio, ſi negociatiuè alterutros circumueniant, & videantur quidem æquas facere ſtipulationes: pro vero autem inæqualis maneat effectus non prius quãtitate datorum eadem conſiſtente. Irridere videatur vndique lex, ſi ille quidem conſcribat duo millia aureorum, mulier autem ſex millia fortè in dotem offerat, &c.* Et paulò pòſt: *De cætero autem in omni datione ſancimus æquas quidem eſſe oblationes, ipſos autem mediocria lucra paciſci, vt per omnia iuſtitiam æquitatémque honoremus.*

Ex hac Nouella, in qua Imperator æquiparat dotem & donationem propter nuptias, tam in lucris, quam præſtatione & conſtitutione auſim affirmare donationem propter nuptias mulieri conſtitutam videri ſecundùm quantitatem dotis, & pacto inito, vt præmoriente vxore maritus dotem lucretur, ſimili modo vxorem lucrari donationem propter nuptias præmoriente viro. Sed hæc locum habere poterunt in locis, in quibus donationes propter nuptias ſunt in vſu, ſicut in Germania, in regno Neapolitano, & alibi in Italia, vt in Placentina ciuitate, in qua hanc ſententiam iudicando ſecutus ſum, licet aliæ in facto circumſtantiæ concurrerent.

CAPVT LXVIII.

Si dos non fuerit ſoluta, an vidua lucretur donationem propter nuptias?

Si dos non fuerit ſoluta, donatio propter nuptias non debetur, vt apertè ſtatuit Imperator in Nouella 2. de non elig. ſecundò nub. §. vlt. ex qua ſumpta eſt Auth. Sed quæ nihil. C. de pactis conuentis, & idem habetur in Nouella, vt exactio. inſtante dotis. §. Illud eſt. Nouella 91. ex qua ſumpta eſt Auth. Dos data. C. de donat. propter nup. Atque ita docuerunt Guido Papæ quæſt. 274. Afflictus deciſ. 242. Boëtius deciſ. 22. num. 21. Pariſius conſ. 95. nu. 42. lib 2.

Sed quid eſt, quod contrarium docuerunt idem Guido Papæ quæſt. 430. & 565. Afflict. deciſ. 333. & ibi Vrſill. Grammaticus deciſ. 97. Rolandus a Valle conſ. 10. lib. 4.

Reſpondeo, non iſti inuicem aduerſantur, ſed diuerſa potius loquuntur. Sit iuris conſtituta regula, donationem propter nuptias non deberi mulieri quæ dotem non ſoluit. Accipe hanc regulam cum exceptionibus iſtis. Prima, quando

quando mulier in mora non fuit dotem ſoluendi. Secunda, quādo fuit habita fides de dote. Tertia, quando data eſt dilatio ad ſoluendam dotem, & antequam dies cederet, ſolutum eſt matrimonium. Quarta, quando per maritum ſtetit, quo minus dotem acciperet. Vno verbo explicari, & ad vnam exceptionem omnia reuocari poſſunt. Cum videlicet mulier nullam in ſoluenda dote moram admiſit. Sic accipiendi ſunt qui donationis exactionem mulieri concedunt dote non ſoluta. Alij qui negant ſecundùm regulæ terminos exaudiendi ſunt. Hæc admonenda putaui, vt intelligeretur, nullam hac in re controuerſiam eſſe, licet prima (vt aiunt) fronte controuerſia eſſe videatur.

CAPVT LXIX.

Filia quæ dote accepta renunciauit hæreditati paternæ iuxta c. Quamuis. de pactis, lib. 6 an propter enormem læſionem reſcindere eam renunciationem poſſit?

EX facto proponebatur in hoc ampliſſimo Iuridicæ facultatis collegio, an reſcindi poſſit ac debeat renunciatio paternæ hæreditatis filiæ, quæ dotē accepit iuxta c. Quamuis. de pactis, lib. 6. ſi fuerit enormiter læſa. Et dicebatur hanc rem in vtramque partem diſputari poſſe in hunc modum.

Nam reſcindi non poſſe videtur, primùm, quia eiuſmodi renunciatio videtur eſſe tranſactionis ſpecies. arg. l. De fideicommiſſo. C. de tranſact. Tranſactio autem non reſcinditur ob læſionem quamcunque, l. Lucius. §. vltim. ff. ad Trebell.

Secundò, quia renunciatio eſt donatio. arg. l. 1. ff. de tranſact. l. Modeſtinus. ff. de donat. Donatio autem cùm ex mera liberalitate proficiſcatur, reſcindi non ſolet ob aliquam læſionem.

Tertiò, quia non videtur ratio habenda alicuius læſionis, cùm agitur de iure nondum quæſito, ſed quærendo, quod ex incerto futuro euentu pendet, ex doctr. Bartoli in l. 1 §. Nunciatio. nu 34. ff. de oper. no. nunc. Sed filia quæ renunciauit, ius futurum incertúmque & nondum quæſitum remiſit: Ergo nulla ratio habenda videtur eiuſmodi læſionis.

Quartò, Filiæ nullum ius competit in bonis patris viuentis l. 1. §. Si impuberi. ff. de collat. bonor. Tempore autem mortis patris quid & quantum in bonis eius futurum ſit, incertum eſt: Ergo filia quæ dote accepta paternæ renunciauit hæreditati læſionem allegare non poteſt. Ita ratiocinantur Paul. Caſtr. in conſ. 374. n. 3 lib. 1. Cranetta conſil. 114. n. 13. Anchar. q. 50. n. 13.

Quintò, Filia dotem à patre accepit. Ergo læſionem allegare non poteſt, quia pater præſumitur melius cōſulere, quàm vllus quiſpiam filiis ſuis. l. Nec in ea. ff. ad leg. Iul. de Adult. Ita Caſtrenſis conſ. 275. n. 6. lib. 1. Decius conſil. 26. n. 2. & 89. n. 4. Menoch. de arbitr. iudicum caſu 149. n. 5.

Sextò, propter authoritatem eorum qui in terminis quæſtionis huius reſponderunt, renunciationem filiæ reſcindi non poſſe propter enormem læſionem. Citantur à Gabrielio lib. 3. commun. concl. tit. de iure dotium, concl. 1. Adde citatos à Didaco Couuar. ad c. Quamuis. de pactis, lib. 6. part. 3 § 4. n. 3. verſ. Contrariam, & à Menochio conſ. 410. n. 174. lib. 5.

Cæterùm pro contraria ſententia hæc adferebantur.

Primùm l. Si ſuperſtite. C. de dolo. illis verbis: *Sanè ſi immodicè læſa es, non de dolo propter paternam verecundiam, ſed in factum actio tibi tribuenda eſt.*

Secundò, l. Maioribus. C. commun. vtriuſq; iud. illis verbis: *Quia in bonæ fidei iudiciis, quod inæqualitèr factum eſſe conſtiterit, reformabitur.*

Tertiò, l. 2. C. de reſcin. vend. quam in omnibus tam bonæ fidei, quàm ſtricti iuris contractibus locum habere, Authores ſunt plurimi apud Pinellum in prima parte, cap. 3. in princ. & n. 7. 8. 9.

Quartò, quia propter immodicam læſionem illatam eſt perinde ac ſi dolus interceſſiſſet, l. Si quis cū aliter. ff de verb. obl. Dolus autem ſi interceſſiſſet, reſcinderetur. l. Et eleganter. ff. de dolo. l. Qui cum tutorib §. Qui per fallaciam. ff. de Tranſact. l. vlt. C. mand.

Poſtremò authoritas eorum qui in terminis propoſitæ quæſtionis locum eſſe dixerunt reſciſſioni, citatur à Gabrielio d. lib. 3. commun. concluſ. tit. de iure dotium, concl. 1. & à Couuar. ad d. c. Quamuis. in 3. parte, §. 4. nu. 3. Adde Pancirolum conſ. 1. n. 79. Mynſingerum Centuria 5. obſeruat. 59. Andream Geyll. lib. 2. obſeruat. 147.

Concluſum fuit hanc poſteriorem ſententiam, quam & Imperialis Camera ſequitur probabiliorem videri. Verùm læſionem ſpectandam eſſe tempore dotis datæ ex traditis per Decium conſ. 26. Pariſ. conſ. 26. num. 89. lib. 3 Alexan. conſ. 29. lib. 3. Didacum Couuar. ad d. c. Quamuis. de pactis, lib 6. parte 3. §. 4. in 12. concluſione Menoch. de arbitrar. iudicum caſu. 149. n. 17. 18.

Ad primum argumentum reſpondetur, hāc non eſſe tranſactionem, quia nulla eſt lis, nec timor litis, ſed quandam conuentionem & renunciationem dote accepta, quæ ſi iniuſta ſit, & grauem inferens læſionem meritò reſcinditur.

Ad secũdum negatur donationem esse, quia filia renunciat propter dotem, quam putat esse ſe ſufficientem & congruam, ideo ſi decepta ſit, meritò poteſt reſciſſionem petere.

Ad tertium reſpondeo, læſionem conſiderandam habita ratione temporis dotis datæ & renũtiationis factæ, quod tempus certũ eſt, & ſpectandum in læſione diiudicanda. l. Si voluntate. C. de reſcind. vend.

Ad quartum eadem reſponſio accommodari poteſt. Licet enim nullum ius filiæ competat in bonis patris viuentis incertũmque ſit, quid & quantum mortis tempore in eius hæreditate futurum ſit, habenda eſt tamen ratio temporis, quo facta renũciatio eſt: & illud ſatis certum eſt, vt dixi, & ius futurum, hoc eſt, quod mortuo patre filiæ competiturum eſt, conſiderari debet: & ſecundum illud, & dotis quantitatem filiæ datam læſio, exiſtimari & cognoſci debet.

Ad quintum reſpondeo, patrem quidem preſumi bonum conſilium capere pro filiis ſuis: ſed in claris præſumptiones ceſſant. Hic enim loquimur cùm de immodica filiæ læſione conſtat.

Ad poſtremum argumentũ reſpondetur, etſi contrariam ſententiam fuerint multi ſecuti, hanc tamen nunc communiorem eſſe, & magis amplectendam, præſertim cùm Imperialis Auditorij Aſſeſſores eam ſequi ſoleant.

Abſolutionẽ autem à iuramento petendam eſſe non dubito ex his quæ dixi lib. 2. Controuerſiarum, cap. 26 & lib. 3. cap. 14. circa finem, in prima parte.

CAPVT LXX.

An conſtitutio c. Quamuis. de pactis libro ſexto locum habeat, cum filia renunciat fratribus, non autem patri.

SEd quando in hanc conſtitutionem Bonifacij VIII. Pontificis Maximi incidimus, duas hic inſeram controuerſias, quas lib. 3. Controuerſiarum in 1. parte omiſi. Prima eſt an locum dicta conſtitutio ſibi vindicet, cùm filia renunciat hæreditati paternæ, non patri, ſed fratribus ſuis ſine patris conſenſu. Altera eſt, an renunciatione facta, iuxta formam dictæ Conſtitutionis, filia patri inteſtato morienti ſuccedat. Priorem hoc capite tractabo, Poſteriorem autem ſequenti.

Quod igitur attinet ad priorem, hæc eſt cõmunior ſententia, dictam conſtitutionem locum nõ habere, quando filia non ipſi patri, ſed fratribus renunciat ſine conſenſu patris, vt videre licet ex Antonio Gabrielio, lib. 3. com. Concluſ. tit. de iure dotiũ. Concl. 1. n. 31. & ex Didaco Couuar. ad c. Quamuis. de pactis, lib. 6. in tertia parte, in initio, num 5. cui ſententiæ & ipſe aſſentior.

Fundamentum eſt firmiſſimum, quia cõſtitutio dicti c. Quamuis loquitur de filia renunciante hæreditati paternæ ipſi patri, non autem fratribus. Cùm enim fratribus renunciat ſine patris conſenſu, talis renunciatio videtur continere pactum de hæreditate viuentis, quod abſque eius voluntate & conſenſu non valet, quia dicitur eſſe contra bonos mores, vt in l. vlt. C. de pactis. Huiuſmodi pactiones de hæreditate viuentis non iuuat dicta conſtitutio cap. Quamuis. Ergo non valent.

Et licet controuerſia ſit, an iuramento firmentur pactiones huiuſmodi de hæreditate viuentis, tamen verior eſt ſententia non confirmari, vt oſtendam paulò inferiùs cap. 72. hoc eodẽ libro. Ex quo capite confirmari poterit ſententia hæc, quam nunc defendimus.

Contrarium docuerunt Ludouicus Romanus ad l. Qui ſuperſtitis ff. de acqui. hære. Matthæus Afflictus in cap. Si quis inueſtierit, n. 33. de feudo dato in vicem legis Cõmiſſoriæ. Iaſon ad l. vlt. C. de pactis, nu 13. alios quoſdam citat Gabrielius loco proximè citato, n. 32.

Fundamentum eſt primò, quia maior eſt ratio, vt valeat eiuſmodi renunciatio facta in manibus fratrum (ſic loquuntur noſtri) quam in manibus patris. Siquidem maior reuerentia patri, quàm fratribus debetur, ideoqũe facilius ad renunciandum patri filia inducitur, quam ad renunciandum fratrib. Secundò, quia l. vlt. C. de pactis loquitur de pacto, quod fit de hæreditate viuentis. Hac verò agitur de pacto de non ſuccedendo, quod eſt longè diuerſum, & de quo loquitur dicta Conſtitutio cap. Quamuis. Tertiò, quia etiam hoc in caſu locum habet ratio dicti c. Quamuis nam iuramentum poteſt ſeruari ſine interitu ſalutis æternæ. Poſtremò, quia etiam pactum de hæreditate viuentis iuramento confirmatur ex plurimorum ſententia.

Reſpondeo, primum argumentũ aliud non probare, quam renunciationem factam in manib. fratrum, firmiorem videri, quaſi ex magis libera voluntate procedat. Sed hoc non ſufficit, nec ad rem noſtram facit, quia non ideo talis renunciatio infirmatur, quod non ſpontè facta ſit, ſed quia contra bonos mores facta ſit, vt dixi ſuprà ex l. vlt. C de Pactis.

Ad ſecundum reſpondeo, l. vltimam. C. de pactis. ad propoſitam quæſtionem pertinere, quoniam cùm filia renũciat hæreditati patris, qui tunc viuit, in fauorem fratrum, quid aliud eſt hoc, quàm pactum de hæreditate viuentis patris, vt ſcilicet illa tota ad fratres, non ad filiam perueniat? Hic apparet ſolicitudo de viuentis hæreditate, hinc improbum deſiderium mortis naſcitur. Hinc periculoſiſſimi illi & triſtiſſimi euentus merito ſunt metuendi, de quibus loquitur d. l. vlt.

Quid enim refert ſiue agatur de hæreditate viuentis, certo modo inter paciſcentes diuidenda, ſiue vt tota ad alterum ex paciſcentibus ſub certis conditionibus perueniat? Certè eadem eſt ratio.

Ad tertium, nego rationem eandem hoc in caſu locum habere, cuius fit mentio in dict. cap. Quamuis. quia ſcilicet iuramentum ſeruandum ſit. &c. quia iuramentum iſtud dicitur eſſe contra bonos mores. Conſequenter obligatorium non eſt. c. non eſt obligatorium. de regul. iur. li. 6. vt dicam latiùs infrà c. 72. At in ſpecie, de qua loquitur conſtitutio, non eſt contra bonos mores.

Ad vltimum reſpondeo, non eſſe iuri conſonam eorum ſententiam, qui dixerunt, iuramento confirmati pactiones de viuentis hæreditate, vt patebit ex d. c. 72.

CAPVT LXXI.

An filia quæ renunciauit paternæ hæreditati iuxta formam c. Quamuis. de pactis, lib. 6. ſuccedat patri inteſtato morienti?

NOn defuerunt qui dixerint filiam quę patris hæreditati renunciauit, eidem patri inteſtato morienti ſuccedere poſſe, duobus argumentis. Primò, quia pater inteſtatus moriens videtur tacitè vocare legitimos hęredes, quibus ſucceſſio legibus defertur. l. Conficiuntur. ff. de iure Codicillor. Inter quos eſt filia. Secundò, quia renunciaſſe filia in hunc finem, & eam ob cauſſam videtur, vt pater de ſuis bonis quoquo modo voluerit teſtari ac diſponere valeat, quaſi filia dote contenta promiſerit iudicia eius non impugnare, iuxta l. Si quando. §. illud. Cod. de inoff. teſtamen. Si ergo pater non diſpoſuerit de bonis ſuis, ſed inteſtatus deceſſerit, videtur cauſſa renunciationis ceſſare, & conſequenter renunciatio quoque. Vide Rotam Romanam deciſ. 850. in antiquis. incip. Vtrum filia dotata. & alios a Gabrielio citatos libro 3. comm. concl. tit. de iure dotium, concluſ. 1. n. 40.

Sed cùm olim hæc ſententia fuerit exploſa, vt patet ex citatis ab eodem Gabrielio pro contraria opinione loco annotato, & à Didaco Couuar. in c. Quamuis de pactis, lib. 6. in 3. par. §. 3. n. 5. nunc quoque explodenda eſt, quia hæc eſt vis ipſa renunciationis filiæ, vt non ſuccedat in hæreditate paterna, patre ſiue teſtato, ſiue inteſtato moriente, niſi teſtatus pater eam hæredem inſtituerit. Ergo ſic argumentari licet. Nemo habet regreſſum ad ius quod renunciauit l. Quæritur. verſ. *Remittentibus enim.* ff. de ædil. Edicto.

Sed filia renunciauit hæreditati paternæ ſibi ab inteſtato delatæ:

Ergo regreſſum nullum amplius habet.

Minor propoſitio probatur, quia filia renunciauit hæreditati ſimpliciter. Ergo renunciauit hæreditati ſibi debitæ ab inteſtato: quia ex teſtamento non poteſt dici debita, cùm in patris poteſtate eſſet teſtamentum facere vel non facere, imò ſi pater poſt renunciationem vellet eam inſtituere hæredem, inter omnes conſtat filiam ſuccedere poſſe, quia pater eam renunciationem infirmat, & quodammodo filiæ ſuæ retrocedit ius ſuum.

Argumenta nullius ſunt momenti, quia cùm filia hæreditati patris renunciauit, non poteſt ea coniectura locum habere, vt nimirum pater inteſtatus moriens videatur filiam ſuam ad ſucceſſionem vocare, quia iam erat excluſa propter renunciationem, & pater id ſciebat.

Ad alterum argumentum reſpondeo, ad hoc quidem renunciationem filiæ prodeſſe, vt pater poſſit liberè teſtamentum facere, & de rebus ſuis, nulla filiæ ratione habita, diſponere. Verùm tamen hoc quoque operatur, vt filia excludatur à patris inteſtati ſucceſſione, quia ſimplex renunciatio hunc caſum præcipuè comprehendit, quando pater inteſtatus moritur, vt dictum eſt.

CAPVT LXXII.

Pactum de hæreditate viuentis, ſine eiuſdem voluntate & conſenſu, an iuramento paciſcentium firmetur?

PActum de hæreditate viuentis iureiurando vallatum plurimi valere reſponderunt, Bal. in cap. 1. §. Moribus, ſi de feudo fuerit contro. inter do. & agna. Decius conſ. 516. num. 5. & 656. num. 12. Corneus conſ. 257. lib. 3. Cœpola cautela 112. nu. 4. Aufrerius ad Capellam Tholoſanam deciſ. 452. Crauetta conſ. 139. nu. 8. Guido Papę conſ. 31. Io. Campegius de dote, qu. 79. parte 5. Socinus iunior conſ. 65. n. 49. lib. 1. Menoch. conſ. 1. n. 168.

Sed nullum eſt huius ſententiæ ſolidum fundamentum. Inprimis adfertur tex. in c. Quamuis. de pactis lib. 6. maximéque in hanc ſententiam perpenditur à Baldo loco proximè citato. Nam cùm Bartolus in l. Stipulatio iſta. ff. de verbor. obligat. & in l. Si quis pro eo. ff. de fideiuſſor. diceret ad rem non pertinere, quia loquitur de pacto quo renunciatur hæreditati ac proinde non continet votum captandæ mortis, quod eſt potiſſima cauſa cur pactum non valeat, iux. l. vlt. C. de pact. reſpondit Baldus rationem dicti c. Quamuis, eſſe, quia omne iuramentum ſeruandum eſt, quod ſine diſpendio ſalutis æternæ ſeruari poteſt, quod verò attinet ad votum captandæ mortis nos neſcire animum ipſorum paciſcentium: ſed hoc ſcire:

eos pactum ſeruare poſſe ſine diſpendio ſalutis æternæ.

Hoc fundamentum non ſatis firmum eſt, quia vt bene monet Alex. in conſ. 28. li. 3. Conſtitutio illa loquitur de pacto filiæ, quo renunciat hæreditati paternæ: quod pactum iure ciuili reprobatum eſt, non quia ſit contra bonos mores, veluti pactum quo de agitur in quæſtione noſtra, ſed ob alias cauſas.

Si dicatur, etiam hoc pactum de non ſuccedendo continere in fauorem eius cui ſit, quoddam pactum de ſuccedendo, vt ſolus ille hæreditatem obtineat, reſpondet Alexander id euenire in conſequentiam ac proinde permitti poſſe. l. ſi ff. de Autho. tuto. l. Si vnus, §. Illud. ff. de pactis. & ſpectandum eſſe id quod principaliter fit. l. Si quis nec cauſſam. ff. ſi cert. per.

Cauſæ autem cur pactum illud, quo filia renunciat hæreditati paternæ, iure ciuili non approbetur ab Alexandro ibi commemorantur, & à Ioanne Imolenſi ad c. Cùm contingat. n. 15. de iureiur. à Tiraquello de iure primogeniorum, q. 29. n. 9. & à Vaſquio de ſucceſſionum progreſſu lib. 2. § 18.

Sed nondum reſponſum eſt ad rationem dictæ conſtitutionis quam Baldus vrget, nimirum, quia iuramentum ſeruari poteſt ſine diſpendio ſalutis æternæ.

Reſpondeo, id negari meritò poſſe, quia vt iuramentum dicatur non poſſe ſeruari ſine diſpendio ſalutis æternæ, ſufficit peccatum etiam veniale committi, quia & illud detrimentum affert animæ, ſecundùm communem ſententiam Canoniſtarum, vide Archidiaconum, & Ioan. Andr. in d. c. Quamuis. de pact. lib. 6. Ioannem Imolenſem in c. vlt. in 3. notab'li de Præſcrip. Crauettam in conſ. 229. n. 4. Sed eiuſmodi pacta de hæreditate viuentis inducunt votum captandæ mortis, Ergo aliquam peccandi occaſionem adferunt, vt dicebat Vaſquius de ſucceſſionum progreſſu lib. 3. § 28. n. 11. Ideòque peccati eſſe nutritiua dixit Salycetus ad l. Pactum quod dotali. C. de pactis. & poſt eum Socinus iunior conſ. 44. n. 39. lib. 2. Cacheranus dec. 100. n. 3. & Hippolytus Riminaldus in conſ. 164. n. 41.

Quamobrem mihi non probatur id quod ſcribit Couuar. ad Rub. de Teſtam. in 2. parte. n. 15. pacta iſta de hæreditate viuentis non ideo reprobari, quod contineant vel inducant ex voto captandæ mortis aliquod peccatum, quia etiam in ſubſtitutionibus & primogeniis hæc ratio allegari poſſet, cùm tamen primogenia & ſubſtitutiones nemo dixerit inducere.

Etenim inter hæc & pacta noſtra latum eſt diſcrimen, non enim primogenitus ac ſubſtitutus oſtendit ſe eſſe ſollicitum de hæreditate viuentis, nec de ea diſponit, ſed teſtator eſt, quia omnia facit atque diſponit, & lex vel conſuetudo, quæ vocat primogenitum ad ſucceſſionem, nullo eius facto interueniente, ſicuti declarat Gagnolus ad l. vlt. Cod. de pact. n. 30. & ſeq. At in quæſtione noſtra ex pacto ipſorum, qui de hæreditate viuentis paciſcuntur, votum mortis captandæ oritur.

Multò minus placere poteſt quod dixit Zaſius conſ. 1. n. 38. lib. 2. hęc quę dicuntur de voto captandæ mortis, Italis eſſe relinquenda. Sunt enim hæc à noſtris authoribus ad reip. ſalutem & vtilitatem prudenter conſtituta, ac proinde ad omnes gentes pertinent Imperio Romano ſubiectas. Certè à S. Pontifice perpenſa eſt hæc ratio voti captandæ mortis in cap. Deteſtanda. & in c. Ne captandæ. de præben. in 6. & ab omnibus paſſim conſideratur & adducitur ex d. l. vlt. C. de pact. dum ait, eiuſmodi pactiones eſſe contra bonos mores, plenaſque triſtiſſimi & periculoſi euentus.

Secundum argumentum eſt Philippi Decij. Statuto induci ac obtineri poteſt, vt pactum valeat de viuentis hæreditate, vt docet Baldus in l. Cùm Archimedotam. Co. vt in poſſeſſ. leg. Ergo & iuſiurando eadem pactio confirmari poteſt arg. l. Non impoſſibile. ff. de pactis.

Reſpondeo, negando vtrumque, hoc eſt, & antecedens & conſequens. Statuto enim induci hoc non poſſe aduerſus Baldum plurimi docuerunt apud Cacheranum dict. deciſ. 100. & apud Hippolyt. Riminaldum conſil. 164. n. 31. lib. 2. Menoch conſ. 456. n. 21. lib. 5. Conſequens autem non probatur vlla lege vel ratione iuris.

Tertium argumentum eſt Guidonis Papæ. Iuramentum facit, vt actus qui alioqui non valet, confirmetur ex trad. per Bartolum in l. Si quis pro eod. ff de fideiuſſor. Aret. in conſil. 74. Crauet. conſ. 102. Ergo & in quæſtione noſtra hoc efficiet, vt pactum confirmetur & valeat, licet alioqui nullum ſit.

Reſpondeo, iuramento quidem multa confirmari, quæ alias non valent, velut donatio inter virum & vxorem, quæ non eſt contra bonos mores, ſed moribus recepta non eſt, vt declarat Socinus iunior conſ. 44. n. 34. lib. 2. ſed iuramentum non confirmat ea quæ contra bonos mores ſunt, c. Non eſt obligatorium. de reg. iuris lib. 6. Sunt autem pacta eiuſmodi contra bonos mores. l. vlt. C. de pactis.

Poſtremum argumentum eſt ex c. 25. Geneſeos, vbi Eſau fratri ſuo vendit primogenituram, & valuit venditio propter iuramentum, cuius loci meminit Tiraquell. de iure primogen. q. 29.

Reſponderi poteſt ex Tiraquello ibi, n. 3. & ex Cacherano dicta deciſ. 100. iudicialia veteris teſtamenti non aſtringere, niſi in quantum repeniuntur approbata, & illud ius primogenituræ, quod contra ius naturale vni tantum ex

liberis succesſionem defert, facilius extingui poſſe. Denique illud conceſſum fuiſſe Iacob in figura, propterea quod ex eo debebat deſcendere beatiſsima Virgo Maria, ideo meruit primogenituram, hæreditatem, & benedictionem patris. Quæ autem in veteri Teſtamento in figuram concedebantur, ad exemplum trahenda non ſunt.

Alij dixerunt pacta de viuentis hæreditate iuramento confirmari quidem non poſſe; Veruntamen paciſcentes in periurium incidere, ſi ea non ſeruarint. Alexander poſt Imolam, quem citat ad l. Stipulatio hoc modo concepta. poſt n.7. de verb oblig. Alciatus in c. Cum contingat. n.80. de iureiur. Vaſquius de ſucceſſionum progreſſu lib.1 § 18. n.195.

Fundamentum eſt in cap. Sicut ex literis de Sponſalibus. in Glo. c. vlt. verſ. Reuocatus. de procur. lib.6. in c. Cum quidam de iureiur. in trad. per Rotam in antiquis deci. 653. vbi decidit iurantes in periurium incidere, qui non ſeruat iuramentum, licet actus ſuper quo interponitur, legibus ſit reprobatus.

Reſponderi poteſt hæc eſſe diſsimilia, quia non loquuntur, quando iuramentum adhibetur ad confirmandum id, quod eſt contra bonos mores, ſicut in quæſtione noſtra. Vide Celſum Vgonem conſ. 100. n.5.

Tertia igitur eſt ſententia vera & communis eiuſmodi pacta de hæreditate viuentis iuramento non firmari. Vide Bartolum & alios in l. vlt. C. de pactis Alex. in conſ. 28. lib.3. Decium conſil. 31. 63. 184. 225. 236. Capel. Tholoſa. deciſ. 452. Curtium iuniorem conſ. 25. & conſ. 22. Tiraquell. de iure primogen. q.6. nu.18. Zaſium conſ. 1. num. 38. lib.2. Socinum iuniorem conſil. 44. n.15. lib.2. Cacheranum d. deciſ. 100. Couuar. ad cap. Quamuis. 2. parte, initio n.2. Andr. Gryll. lib.2. obſeru. 126. Hieronym. Gabrielium conſ. 137. num. 25. 26. Viuium comm. opinio. verſ. Pactum 1. Celſum Vgonem dicto conſ. 100. n.5. Io. Petrum Surdum conſ. 133. n.9. Simonem Pret. conſ. 123. n.15.

Fundamentum eſt ſatis firmum in l. Non dubium C. de legibus, quam multi ad hoc perpendunt, ſed firmius eſt illud, quia non eſt obligatorium contra bonos mores præſtitum iuramentum, c. Non eſt obligatorium. de reg. iur. lib.6. Huiuſmodi pacta ſunt contra bonos mores. l. vlt. C. de pactis. igitur, &c.

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, illud eſſe accipiendum, quando iuramentum eſt contra bonos mores iuris canonici, quia ſcilicet peccatum continet, non autem contra bonos mores iuris ciuilis.

Sed præterquam quod regula, cap. Non eſt obligatorium. indiſtinctè loquitur, quod perpendunt Fortunius de vltimo fine iuris, Illatione 12. Socinus iunior d. conſ. 44. nu. 44. lib.2. Couuar. ad d.c. Quamuis. in 2. parte, in initio, quorum argumentis reſpondere debuiſſet Vaſquius de ſucceſſionum progreſſu lib.3. cap.28. num 10.

Præter hanc, inquam, rationem, illa etiam accedit, quod pactiones hæ inducunt votum captandæ mortis, & ideo ſunt contra bonos mores, etiam ſecundum ius canonicum. c.2. c. Deteſtanda. de Conceſſ. præbendæ lib.6. Sunt enim contra ius naturale. l. Quidam. §. vlt. ff. de donatio. conſequenter contra ius canonicum ex trad. per Panorm. in c. Cùm contingat poſt n.5. de iureiur. vt animaduertit Socinus iunior d. conſ. 44. n.41. lib.2.

Imò vt ſuperius dicebam ex ſententia plurimorum, pacta hæc dicuntur peccatum nutrire, ſeu peccandi occaſionem præſtare.

Adde quod vergunt in præiudicium tertij. Conſequenter iuramento confirmari non poſſunt. Conſequentiam probat cap. Cùm contingat. de iureiur. c. Quamuis. de pactis, libr.6. vti notarunt Bartolus ad l. Titia Seio. §. Imperator. de leg.2. Alciatus ad l. Pacta quæ contra. C. de pactis. Tiraq. ad l. Si vnquam n.91. C. de reuoc. donat.

Antecedens autem probatur ex l. vltim. C. de pact. dum ait, eiuſmodi pactiones plenas eſſe triſtiſſimi & periculoſi euentus, propter inſidias videlicet quæ parari poſſunt viuenti, cuius hæreditas in pactum deducitur, vti annotarunt Salycetus in l. Pactum quod dotali. C. de pactis. Socinus iunior d. conſ. 44. poſt n.40. li.2. Vaſquius de ſucceſſ. progreſſu li.2. §.18. n.64. & n.108. verſ. Ex ſuperioribus. & li.3. §.28. poſt n.10. quibus adſtipulatur quod ſcribit Andreas Iſernia in c.1. §. Moribus. ſi de feudo fuerit controuerſ. &c. & in cap.1. col.7. qui ſucceſſ. dare tenentur.

Denique his accedit, quod perpendit Alciatus in l. Stipulatio hoc modo concepta. de verb. oblig. ita iure ciuili pactiones iſtas reprobari, vt paciſcentes quoque puniantur, fiſco ſcilicet hæreditatem auferente, iuxt. l. 2. §. 1. ff. de his quib. vt indig. l. Quidam. §. vlt. de donat. Quare haud quaquam iuri conſonum videri, iureiurando debere confirmari tam illicitas pactiones. arg. c. Et ſi Chriſtus, de iureiur.

CAPVT LXXIII.

Filia an poſſit agere ex promiſſione dotis marito facta per patrem, marito vita functo?

DIocletianus: *Si pro te pater marito tuo ſtipulanti promiſerit dotem: non tibi ſed marito contra ſucceſſores ſoceri competit actio. l.5. C.* de dotis promiſſ.

Paulus in l. Si ſocer. 45. §. Lucius. ff. ſol. matr.

Respondi, &c. necesse habebit maritus aut exactam dotem aut actiones ei praestare, &c.

Ex Diocletiano habemus actionem filiæ nō competere contra patris sui successores, ex Paulo autem competere aduersus maritum suum, sed quoniam is dotem recepit, & eam ob caussam tenetur, quia actionem habet, ideo actionem cedendo liberari. Scæuola in l. quod dicitur 52. *In omnibus quos ideo teneri dicimus, quia habent actionem, delegatio pro iusta praestatione est.*

Hæc cùm ita sint, non rectè scripsit Guido Papæ, quæst. 375. & in cons. 6. non procul à fine. Boërius decis. 328. num. 2. mortuo marito ex æquitate actionem filiæ competere aduersus patris successores: nam hæredes mariti defuncti, qui eius successores sunt, & vna eademque persona cum defuncto censentur, vt in Nouel. de iureiur. à moriente præstito. conueniendi sunt à muliere, vt aut dotem, si exacta est, reddant, aut actiones aduersus patris successores cedant. Ex persona hæredis non mutatur conditio obligationis. l. 2. §. Ex his ff. de verbor. oblig.

Et ita rectè in terminis sensit Corneus cons. 1. col. pen. li. 2. & cons. 318. vers. His tamen non obstantibus, lib. 3. Bald. in d. l. 5. vers. Sed pone. C. de dotis promiss.

Argumenta Guidonis Papæ nullius sunt momenti. Primum est ex l. vn. §. Videamus. C. de rei vxor. actio. ibi; *Æquissimum nobis visum est, & in ex stipulatu actione mulierem dotem suam præcipuam accipere.*

Respondeo, text. loqui de dote iam soluta & data marito, & hoc velle mortuo patre actionem competere soli filiæ, ac in eum vt vulgò dicitur consolidari, licet emancipata vel exhæredata sit, quod ad quæstionem propositam nil facit.

Secundum argumentum est ex eadem l. vn. §. Accedit. ibi: *Tunc præsumatur mulier ipsa stipulationem fecisse, vt ei dos ex huiusmodi casu accedat.*

Nihil ad rem, quia hæc est sententia legis, si extraneus, qui dotem dedit pro muliere, non fuerit stipulatus eam sibi reddi, ad mulierem pertinere, & ei actionem ex stipulatu competere: Quid hæc ad propositum nostrum?

Multò minus ad rem pertinet, quod S. Pontifex monuit in cap. Dilecti filij. de iud. quem textum coniungit Guido Papæ cum superioribus legibus, vbi S. Pontifex: *Prouideatur attentius ne ita subtiliter, sicut à multis fieri solet, cuiusmodi actio intentetur inquiratis, sed simpliciter & purè factum ipsum, & rei veritatem secundum formam canonum & sanctorum patrum institutam inuestigare curetis.*

Hæc non est quæstio, quæ actio competat mulieri, sed an competat aduersus patris successores ex promissione dotis marito facta, & negat Diocletianus competere, Paulus respondit competere aduersus maritum, eo vsque, vt ei actionem cedere compellatur. Si Pontifex illud monet, cùm certum est actionem competere, ne solliciti simus quæ competat actio, sed factum ipsum & veritatem inuestigandam esse, quod non procul abest ab eo, quod Constantinus statuit in l. 2. C. de formulis sublatis. Solet cap. Dilecti. à doctoribus nostris citari, cùm probare volunt nomen actionis in libello exprimendum non esse, non male. Ad hanc verò, quam in manibus habemus facti speciem, non bene à Guidone Papæ citari mihi videtur.

CAPVT LXXIV.

Si gener confessus fuerit se dotem à socero accepisse, deinde socer ei dotem promittat: an mortuo marito vxori actio competat contra hæredes ipsius, vt dotem restituant, an verò ii cedendo actionem contra successores soceri liberentur?

ALtera maioris momenti ac longè difficilior quæstio proponitur inter doctores maximè controuersa. Maritus confessus est se à socero dotem accepisse, cùm matrimonium est contractum. Deinde socer ei dotem promisit, Soluitur matrimonium morte viri. Quæritur an vxor compellere de iure possit hæredes viri ad dotem restituendam, licet maritus defunctus eam non acceperit, an verò ii actionem quam ex promissione habent cedendo liberentur. Videri potest cuipiam hoc mirabile, vt tales cōfessiones ac promissiones fiant, sed præterquam quod eo tempore, quo Bartolus vixit, Angelus Perusinus & alij antiquiores interpretes, in vsu erant eiusmodi conuentiones, de hac consuetudine mentionem facit Iustinianus in l. vlt. C. de dote caut. non num. dum ait; *In dotibus quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cùm adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit, &c.*

In hac igitur quæstione communior sententia est, quæ, vt verum fatear, mihi quoque magis probatur, hæredes viri obligatos esse, atque adeo compelli posse ad dotem restituendam, nec liberari actionem cedendo. ita Bartolus in l. penult. §. Si vir. ff. sol. matr. Paulus Castrensis, ibidem, & Alexander, Baldus in consil. 224. lib. 5. Abbas in cons. 73. num. 3. lib. 2. Alexander consil. 36. num. 2. lib. 2. & cons. 148. nu. 1. 2. lib. 5. Corneus in cons. 151. n. 16. 17. lib. 1. & 209. lib. 3. & 199. li. 4. Socinus senior consil. 179. col. pen. vers. Confirmantur postremo, lib. 2. & consil. 64. n. 8. lib. 3. & 88. n. 21. & 130. n. 18. lib. 4. Iason consil. 122. lib. 1. Ruinus consil. 197. ad fin. lib. 1.

Neui-

Neuizanus lib. 2. Syluæ nuptialis. num. 73. qui testatur sic iudicasse Senatum Mediolanensem, Afflictus decis. 323. n. 1. Campegius de dote in 1. parte. quæst. 52. nu. 3. vers. Aduertendum tamen est. & in 5. parte, q. 75. Crauetta con. 253. in fine, & 282. n. 3. & 285. colum. pen. Menochius qui omnes istos citat, quos ego in fonte volui videre de præsump. lib. 3. Præsump. 12. n. 90. illis addo Cagnolum ad l. 2. nu. 20. C. de pactis inter empt. & vend.

Fundamentum est hoc, quod ego latius explicabo. Semper in stipulationibus & cæteris contractib. inspicitur quod actum est, l. Semper in stipulationibus. de reg. iur.

Sed hoc actum videtur inter contrahentes, vt vir vxori suæ dotem soluto matrimonio restituat, perinde atque si eam accepisset à socero. Ergo eam reddere mulieri hæredes eius tenentur.

Assumptio argumenti probatur, quia maritus confessus est, se à socero dotem accepisse, quam verè non accepit, pro cautione vxoris suæ, vt videlicet eum obligatum haberet ad restituendam dotem, non habita ratione an dotē acceperit nec ne. Nam & ipsi marito prospectum satis est ex promissione postea facta per socerum, vt planè videatur, sicut rectè Bartolus dicebat, tanti promissionem illam æstimasse, vt se voluerit obligare, ac si ei numerata esset. Quod sanè confirmari potest primùm ex eo, quod in instrumento, in quo confessio de recepta dote ipsius mariti continetur, idem promittit, se eam vxori restituturum soluto matrimonio, & in omnem casum dotis restituendæ, vt fieri solet. Quare mulier ex stipulatu actionem meritò habet, iuxta l. Vn. C. de rei vxor. actio.

Secundo, quia ea confessio non fit in fauorem soceri, & hoc certum est: nec .n. gener confitendo se dotem accepisse, ipsum socerum liberat, imò adhuc obligatum habet ex promissione postea facta. Non etiam ea confessio fieri videtur à marito animo donandi vxori suæ, iuxta l. 2. C. de dote cauta non num. quia maritum nolle aliquid donare ex eo apparet, quod postea stipulatur à socero sibi dotem præstari, & solui, & soceri promittit se soluturum dotem, Vt igitur confessio non sit prorsus inanis, & absque vllo effectu, dicendum est, eam in fauorem vxoris factam videri, vt maritum eiusque hæredes conuenire possit ad reddendam dotem soluto matrimonio, ipsi autem marito & hæredibus eius actionem competere ad dotem promissam consequendam.

Sed contrariam sententiam Baldus est secutus in l. pen. §. Si vir. ff. sol. matrim. & ibid. Angelus, vbi testatur sic fuisse decisum Perusij, & idem in cons. 145. Romanus in cons. 445. nu. 4. Andreas Siculus consi. 119. lib. 2. Curtius senior consi. 54. col. 2. & 3. Socinus senior consi. 27. nu. 24. lib. 4. alios citat Antonius Tessaurus dec. Pedemont. 112. n. 3.

Horum argumentis respondendum est. Primum est ex l. 2. C. de dote cauta non num. *Dotem numeratio non sola confessio constituit.* Sed hìc nulla est numeratio, sed confessio sola mariti, Ergo, &c.

Respondeo, hanc esse legis sententiam, dotem constitui ex numeratione, non autem ex confessione, quia obstat exceptio dotis non numeratæ intra tempus constitutum, vt in illo titulo habetur. Verumtamen etsi maritus dotem non acceperit, nihil tamen prohibet, quo minus dotem reddere teneatur. Veluti si socerum liberauit, qui dotem præstare tenebatur ex aliis caussis, vt in l. pen. §. Si vir. ff. sol. matr. l. Vir ab eo. l. Dotem. l. Prætermittendo. §. 1. ff. de iure dotium.

Hæc in proposita quæstione iusta caussa est; quia vir suscepit in se periculum, & onus ac obligationem dotem vxori reddendi soluto matrimonio contentus promissione soceri, vt supra dictum est.

Secundum argumentum est, quia licet paternum officium sit dotem dare filiæ suæ. l. vlt. C. de dotis promiss. l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. tamen filia dicitur à patre aliquod lucrum accipere, dum dotem accipit. l. vlt. §. Si à socero. ff. quæ in fraudem cred. ibi: *Intelligitur quasi ex donatione aliquid ad eam peruenisse.* Ergo factū patris à quo caussam habet præstare debet: Cōsequenter sicut patri agenti ad repetitionem dotis obstaret exceptio propter promissionem postea factam, ita & filiæ obstare debet. l. Apud Celsum. §. De auctore. ff. de doli mali except. l. Ex qua persona. de reg. iuris. l. Mæuia. §. 1. ff. sol. matr.

Respondeo, non obstare filiæ hanc exceptionem, quæ patri obstaret (nisi hæres eius esset) quia nihil petit ex persona patris, sed petit ex confessione & promissione mariti, qui obligauit se ad restituendam ipsi vxori dotem, licet à socero non acceptam: Habuit .n. promissionem soceri loco solutionis, ac proinde confessionem & promissionem fecit vxori suæ, perinde ac si dotem accepisset. Argumentum autem contrarium locum haberet, si versaremur in sola confessione mariti de recepta dote, nam intra tempora legib. constituta vxori dotem repetenti rectè obiiceretur exceptio dotis cautæ non numeratæ. Sed hìc versamur in alia facti specie, cùm scilic. vir promisit vxori se dotem redditurum, non spe futuræ numerationis, sed simpliciter, quia scilic. promissionem habuit à socero, quam pro numeratione reputanit.

Tertium argumentū est, quia ex illa confes-

ſione mariti non eſt planè quæſitum ius vxori ante lapſum temporis, ad opponendam exceptionem non numeratæ dotis conſtituti. Ergo repellitur exceptione, &c.

Reſpondeo, id negando, quod in argumento aſſumitur. Etenim ius quæſitum eſſe mulieri contra maritum & eius hæredes, ex promiſſione mariti de dote ei ſoluto matrimonio reddenda, & confeſſione facta, patet ex iam dictis.

Quartum argumentum eſt, cùm quis eam ob cauſſam tenetur, quia actionem habet, cedēdo actionem liberatur, l. Quòd debetur. ff. de peculio. Sed ideo maritus tenetur hoc in caſu, quia actionem habet ex promiſſione contra ſocerum. l. Si pater, ſ. C. de dotis promiſſ. Ergo cedendo mulieri actionem liberatur.

Reſpondeo, negando, maritum ideo teneri, quòd actionem habeat. nam tenetur eam ob cauſſam, quod vxori ſuæ promiſit ſe dotem redditurum, quam confeſſus fuit ſe habuiſſe: licet enim re vera non habuerit, tamen quantum ad mulierem voluit eſſe obligatus, ac ſi eam habuiſſet, ſuóque periculo dotem à ſocero ex promiſſione exigere.

Quintum argumentum eſt, Nouatio non inducitur, niſi expreſsè id agatur l. vlt. C. de Nouat. Ergo maritus qui confeſſus eſt ſe dotem accepiſſe, non videtur hoc feciſſe animo nouādi, & obligationem in ſe ſuſcipiendi.

Reſpondeo, imò videri, cuius rei luculentum eſt teſtimonium, ex eo, quod mulieri præſenti ac ſtipulanti promittit ſe dotem redditurum, ac in fauorem, & commodum eius fatetur ſe dotē accepiſſe, licet re vera non acceperit.

Vltimum argumentum eſt, quia eiuſmodi confeſſio eſt erronea, nam vir fatetur ſe dotem accepiſſe, & tamen conſtat id falſum eſſe. Erronea autem confeſſio non nocet. l. Error. C. de iuris & fact. ignor.

Reſpondeo, nullum hic errorem eſſe, nullam falſitatem videri. Nam res ſic ſe habet: maritus accipit à ſocero promiſſionem. Ea promiſſione vſque adeò contentus eſt, vt eam loco numerationis dotis habeat, ac proinde ſe accepiſſe dotem profiteatur, promittatque vxori ſe eam reſtituturum. Hic periculum eſt mariti, ſi poſtea non exigat, non vxoris, quia ſatis ei cautum eſt ex ea confeſſione & ſtipulatione.

CAPVT LXXV.

Ad l. 1. C. de dotis promiſſ. & ad l. Cùm poſt §. Gener. ff. de iure dotium.

PApinianus: *Gener à ſocero dotem arbitratu ſoceri certo die dari non demonſtrata re, vel quantitatē ſtipulatus fuerat, arbitrio quoque detracto ſtipulationem valere placuit: nec videri ſimile, quod fundo non demonſtrato, nullum eſſe legatum, vel ſtipulationem fundi conſtaret: cùm inter modum conſtituendæ dotis, & corpus ignotum magna differentia ſit. Dotis enim quantitas pro modo facultatum patris, & dignitate mariti conſtitui poteſt, &c.* l. cùm poſt. §. Gener. ff. de iure dotium.

At contra Imperator Alexander: *Fruſtrà exiſtimas actionem tibi competere, quaſi promiſſa dos tibi nec præſtita ſit, cùm neque ſpecies vlla, neque quantitas promiſſa ſit, ſed hactenus nuptiali inſtrumento adſcriptum, quod ea quæ nubebat, dotem dare promiſerit.* l. 1. C. de dotis promiſſ.

Quinque præcipuas Doctorū ſententias eſſe animaduerti, quas ordine referam, vt collatione inuicem facta lector facilius intelligere ac diſcernere valeat, quæ ſit rationi ac iuri magis conſentanea, qua in re operam etiam dabo, vt iudicium non deſideret meum.

Prima fuit Accurſij & aliorum veterum ſententia, Papinianum loqui de dote per ſtipulationem promiſſa. Alexandrum verò de dote in ſcriptura, vel nudo pacto promiſſa, quæ cum incerta ſit, non eſt præſumenda ſtipulatio, nec pactum nudum actionem producere debet, ni duo ſpecialia concurrant. Primum, vt ex nudo pacto detur actio. Alterum, ad incertum, vel præſumatur ſtipulatio interueniſſe.

Secunda fuit ſententia Franciſci Duareni li. 1. anniuerſar. diſputat. c. 56. diſtinguendum eſſe, an pater filiæ nomine dotem promiſerit, an vero ipſa mulier. Poſteriore caſu nulla eſt promiſſio propter incertitudinem, vt Alexander reſcripſit. Priore autē caſu promiſſio dotis vtilis eſt, vt reſpondit Papin. ea ratione, quia officium patris eſt dotare filiam, idque pro modo facultatum ſuarum & dignitate mariti. Vnde promiſſio ex iure & legibus certitudinem accipit. Nullus autē legibus præfinitus eſt modus dotis, quo mulier citra conuentionem teneatur, imò poteſt indotata nubere.

Tertia eſt ſententia Antonij Guiberti de dotibus, c. 4. generalem ac indefinitam dotis promiſſionem valere, ſiue mulier eam promiſerit, ſiue pater vel alius eius nomine, quoniam ex facultatibus promittentis, & dignitate eorum, qui matrimonio coniunguntur, dos certitudinem capiet. Ad Alexandri reſcriptum quod attinet, reſpondet mulierem eo in loco dotem tantum dicere promiſiſſe, id eſt, ſolenniter conſtituere, ſecundùm antiquos emendatos Codices. Cùm itaque dotem mulier non promiſerit, ſed tantùm pacto nudo ſe dotem daturam cauerit, meritò actio non competit, quia lex non confirmat talem dotis conſtituendæ pactionem, ſed eam demum quæ aliquam dotis conſtitutionem ſeu promiſſionem continet.

Quarta

Quarta eſt ſententia Gulielmi Fornerij, lib. 3. ſelectionum, cap. 24. in Alexandri reſcripto, nullam omnino a quoquam dotem Claudio fuiſſe promiſſam, non ſecus tamen, ac ſi promiſſa eſſet dotali adſcriptam inſtrumento. Ei rei argumento eſſe verſiculum, *quia promiſſa*, quo ſermone falſa ac temerè arrepta opinio ſignificari ſolet. l. 4. C. de hæred. inſtit. l. Quidam. ff. de probat. l. 2. §. Voluntatem. verſ. Iulianus. l. Si alienam. ff. ſol. matr. l. Si cum. ff. ſi cert. pet. l. Nec ignorans. C. de donat. §. Sed illæ. de actio. cap. Quæſiit. de verb. ſig. Et licet regulariter inſtrumenti fidem ſequamur, l. Sciendum. de verb. oblig. Sæpe tamen tabellionum multa de ſuo adſcribentium & affingentium vitio, negligentia, vel aſtutia, hæc iuris definitio offenditur. l. Si librarius. de reg. iuris, vt interdum plus nuncupatum, minus ſcriptum, vel contra, plus ſcriptum, minus cautum eſſe videat r. l. 4. C. de dotis promiſſ. Etſi pro ſcriptura præſumatur, permiſſum eſt id, quod geſtum ſit inueſtigare vt veritati locus ſuperſit. l. Optimam. C. de contrah. & com. ſtip. Ex quibus indotatam vxorem Claudio nupſiſſe relinquitur, d. l. 1. quod nec nouum, nec inſolens videri debet. l. Si cum dos. rer. amot. l. Quid ſi nulla. de relig. & ſumpt. fun. Nouella 2. 74. 117. Hæc ferè Fornerius.

Quinta eſt ſententia Roberti Aureliani. lib. 4. ſenten. iuris, cap. vlt. Alexandri reſcriptum ad eam ſpeciem pertinere, quæ dotis promiſſor in animo habuerit eam taxare & præfinire, neque tamen aliquo caſu ſuperueniẽte, aut errore id egerit, tunc enim inutilis eſt promiſſio. Hócque indicare videntur illa verba Alexandri: *Sed hactenus nuptiali instrumento adſcriptum*, nimirum ex propoſita ſpecie intellexiſſe Imperatorem amplius quid adſcribi voluiſſe inſtrumento partes, ſed tamen hactenus tantùm, vt dos ſimpliciter promiſſa appareret, fuiſſe adſcriptum: cùm neque ſpecies vlla, neque quantitas promiſſa fuiſſet, verùm eo imperfecta promiſſio relicta, quòd cùm ſic dotem promitteret mulier, vt ſimul dotis modũ præſtituere vellet, id tamen actum non eſſet, nec per conſequens inſtrumento adſcriptum: quod ſibi imputare debeat ſtipulator maritus, in cuius poteſtate eſſet apertius ea omnia cõcipere & conſcribi curare. Sic enim in cæteris, quæ obſcura dubiáque & incerta ſunt, contra ſtipulatorem interpretatio fit, cæteriſq. iſtiuſmodi omnes, quibus ex conuentione aliquid quæritur, & commodum adfertur. l. Stipulatio iſta. §. In ſtipulationibus. ff. de verb. oblig. l. Veteribus. ff. de pactis. l. Labeo ſcribit obſcuritatem. de act. emp. Hæc Robertus.

Nunc de ſingulis quid ipſe ſentiam paucis accipe. Prior ſententia nullo pacto mihi placere poteſt, primò, quia tam Alexander, quam Papinianus intelligi poſſunt de dote promiſſa, vel pacto nudo, vel per ſtipulationem. Nec enim refert l. Ad exactionem. C. de dotis promiſſ. nec vllum eſt veſtigium huius diuerſitatis in vtroque reſponſo. Secundò, quia illa ratio, ne duo ſpecialia ſimul concurrant, admodum infirma eſt, nam concurrere poſſe multa ſpecialia indicant l. Licet. §. 1. ff. de iure dot. l. Singularia. ff. ſi cert. pet. l. vlt. C. ad Velleian. §. Si ab hoſtibus. Inſt. quib. modis ius patriæ poteſt. ſolui.

Tertiò, quia ratio Alexandri Imperatoris non eſt poſita in impediendo concurſu duorũ ſpecialium, ſed quia in inſtrumento dotali nil aliud erat adſcriptum, niſi quod ea, quæ nupſerat, dotem dare promiſerat. Quibus verbis apparet, rationem eius eſſe propter incertitudinem promiſſionis, quia nec ſpecies vlla, nec quantitas expreſſa fuerat.

Quod attinet ad ſententiam Franciſci Duareni, illa mihi veriſſima videtur. In primis eam amplexi ſunt Franciſcus Connanus, aut is, qui Connano additamenta fecit, lib. 8. c. 8. Deinde Coraſius ad l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. n. 91. Denique Cuiacius in recitationibus ad Codicem tit. de dotis promiſſione, & ad Papinianum lib. 4. reſponſorum, dum tractat reſponſum illud Papiniani in l. Cùm §. Gener. ff. de iur. dot.

Ad hæc adſtipulatur huic ſententiæ Hermanopulus lib. 4. c. 8. hic Latinè dicens: *Si ſpoponderit mulier dotem dare, non adiecta quantitate, aut re certa expreſſa, quæ in dotem detur, inutilis eſt eiuſmodi dotis promiſſio, vt pote cum poſſit mulier vel viliſſimum quippiam dotis nomine exhibere. Alia cauſa eſt patris dotem pro filia pollicentis, qui & ſi quantitatem dotis non præfinierit, rata tamen eſt ac valida promiſſio. Hoc enim cùm dicit pater, non ſeſe quantamlibet dotem, ſed quæ facultatibus par ſit daturum indicat.*

Denique, his accedit argumentum ex ipſis verbis Papiniani & Alexãdri. Papinianus enim apertè loquitur de patre promittente dotem filiæ nomine, Alexander verò de muliere ipſa quæ dotem promiſit. Ergo hæc ſententia verbis vtriuſque legis conſentanea eſt, ſed & rationi quoque conuenit. Nam pater debet dotem filiæ tanquam æs alienum. l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. l. vlt. C. de dotis promiſſ. Quantum verò debeat obſcurũ non eſt. Debet enim dotem filiæ conſtituere pro modo facultatum ſuarum, & mariti dignitate. Si ergo pater pro filia dotem promittat, non eſt incerta huiuſmodi promiſſio, nec incerta dos. Sed nulla dos eſt certa, quã ſibi ipſi mulier cõſtituere debeat aut cogatur, nam in arbitrio eius eſt, quam, & quantam marito velit dare vel promittere, modò omnia bona ſua, l. Mulier. 72. ff. de iure dot. modò exiguam pecuniam, modò etiam

nullam. Ideo mulier dotem promittendo ſimpliciter, non adiecta re vel quantitate certa nihil agit, quia quantum promiſerit non apparet, & leuiculæ rei præſtatione liberari poteſt, quam ſibi ſuam eſſe dicat.

His non obſtat l. Quæro. 61. ff. de iure dotiũ quam Guterius opponit ad probandum dotis promiſſionem incertæ quantitatis à muliere factam valere. Nam lex illa hoc nõ dicit. Celſus: *Quæro quanta pecunia dotem promittenti adultæ mulieri curator conſenſum accommodare debeat? Reſpondi. Modus ex facultatibus & dignitate mulieru maritique ſtatuendus eſt quouſque vel ratio patitur.*

Hæc eſt ſententia legis, ſi adulta mulier, quę curatorem habet, dotem certæ quantitatis promittat, curatorem eius conſenſum accommodare debere, prout facultates mulieris eiuſque viri dignitas, & ratio poſtulat & patitur. Itaq; mulieri immoderatam dotem promittẽti ſuũ conſenſum curator non accommodabit. De incerta dotis promiſſione & quantitate obſcura, nullum verbum in dicta lege habetur.

Ad tertiam ſententiam quod attinet, hoc mihi occurrit, non videri ſolidam. Primò, quia repugnant omnes Codices, in quibus ſcriptum eſt, mulierem dotem dare promiſiſſe. Secundò, quia etſi mulier dotem ſe dicturam, hoc eſt, conſtituturam promiſiſſet, æquè (niſi incertitudo obſtaret) deberetur, ac ſi dotem promiſiſſet. Nec enim verbis leges ſcriptæ ſunt, ſed rebus. l. 2. C. commu. de leg. Tertiò, quia licet Vlpianus in fragmentis, tit. 5. dicat: *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*, dotis tamen actio tam ex dictione naſcitur, quam ex ſtipulatione, vt notat ibi Cuiacius, vbi etiam monet, ſublatam eſſe dicendæ dotis ſolennitatem. & ideo Tribonianum in l. Ad exactionẽ. C. de dotis promiſſ. & alibi ſemper ſcripſiſſe, *doti promittere*, vbi olim ſcriptum erat, *doti dicere*.

De ſententia Fornerij amplectenda nunquã cogitaui, quoniam repugnat verbis legis, quibus euidenter apparet dotem re vera promiſſam fuiſſe indefinitam, & ita comprehenſum in inſtrumento, & ideo nullam falſitatem interueniſſe manifeſtum eſt, totáque legis ratio in eo eſt poſita, quod nulla ſpecies, nulla quantitas dotis expreſſa fuerit.

Poſtrema denique ſententia Roberti nullo modo placere poteſt, quia nobis non conſtat, partes voluiſſe dotem taxare, & poſtea errore aut alia de cauſſa non taxaſſe. Nulla huius rei mentio habetur in lege: nullum vel minimum argumentum. Nam verba illa, *ſed haſtenus inſtrumento dotali adſcriptum*, non indicãt partes voluiſſe dotem taxare ac definire, ſed hoc ſignificatur, in inſtrumento dotali hoc ſolùm fuiſſe comprehenſum, quod eã quæ nupſerat dotem dare promiſiſſet, ſcilicet nulla certa quãtitate vel ſpecie expreſſa: quæ ratio & cauſa fuit, vt actio Claudio non competeret.

CAPVT LXXVI.

An fideiuſſores dotium dari poſſint?

A Marito non eſſe exigendam pro dote ſatiſdationem certum eſt ex l. 2. C. Ne fideiuſſores dotium dentur, cuius rei affert rationem Imperator ibi, quam latius explicat Alciatus lib. 4. Parergon, cap. 26. Sed an à marito volente præſtari ſatiſdatio poſſit, in controuerſiam vocari poteſt. Quoniam Duarenus in cap. 4. de dotibus & dotium iure, ſub tit. ſolut. mat. affirmat. *Equidem arbitror*, inquit, *fideiuſſorem, qui à marito datus eſt obligari, ac conueniri poſſe, quamuis fideiuſſorem inuitus dare non cogatur. Mouet me primum, quod omni obligationi poteſt accedere fideiuſſor. l. 1. de fideiuſſor. nec vlla lex eſt, quæ hanc fideiuſſionem prohibeat, aut ratio propter quam prohiberi debeat. Præterea, cùm certi iuris ſit pignus à marito vxori pro dote dari poſſe. l. Quod autem. §. Si vxor. de dona. inter vir. & vxo. cur fideiuſſor non dabitur? Fideiuſſio namque pignoris dationi par ſimiliſque eſſe videtur. l. Promiſſor. §. vlt. de conſtit. pecu. Deinde nemo dubitat, quin fideiuſſor pro muliere dotem promittente intercedens teneatur. l. Cùm dotis. de iur. dot. ex quo conſequens eſt, & pro marito intercedentem obligari, cùm nulla ratio diuerſitatis, niſi perquàm inepta, nugatoriáque afferri poſſit. Et ſanè inter omnes conuenit ſoluto iam matrimonio, ſatiſdationem hanc vtilem atque efficacem eſſe. l. Si conſtante. §. Quoties ff. ſol. mat. l. Exceptiones. de exceptio. §. Cùm autem. C. de rei vxo. act. ſed conſtante matrimonio fideiuſſorem vtiliter dari negant. Ego verò fideiuſſionem valere contendo quocunque tempore data fuerit. Nec aduerſatur noſtræ ſententiæ inſcriptio illa ſiue titulus, Ne fideiuſſores dotium dentur, quem ego prohibitorium eſſe nego. Verba enim ea ambigua ſunt, & poſſunt ita accipi, vel vt maritus non cogatur fideiuſſores dare, vel vt ne volens quidem dare poſſit. In ambigua autem oratione ea accipienda interpretatio eſt, quæ vitio caret, non quæ rationi & iuri contraria eſt. l. In ambigua. de legibus. Præterea duæ tantùm leges ſub eo titulo collocantur, ex quibus nihil ad confirmationem vulgaris opinionis colligi poteſt. Prioris etenim legis hæc verba ſunt: Siue ex iure, ſiue ex conſuetudine lex proficiſcitur, vt vir vxori fideiuſſorem ſeruandæ dotis exhibeat, tamen eam iubemus aboleri. Quibus verbis abrogantur leges, ac conſuetudines, quibus maritus ad dandum fideiuſſores cogebatur. Poſterior lex clarè & apertè loquitur de fideiuſſionis exactione, non de ea quæ*

a vo-

à volente præſtatur, vt ſatis conſtet, vel ea lege, tituli ſeu inſcriptionis ambiguitatem explicari. Verus igitur ſenſus earum legum eſt, atque adeò tituli ipſius, maritum vxori ad dandum fideiuſſorem dotis nomine cogendum non eſſe. Nam etſi plerumque cautiones huiuſmodi interponi ſoleant, maximè in bonæ fidei iudiciis, l. In bonæ fidei. de iud. tamen indignum viſum eſt eam cautionem à marito extorquere propter rationem à Iuſtiniano proditam in lege poſteriore. Noſtræ huic ſententiæ Hermanopulus adſtipulatur lib. 4. tit. 8. Nihil autem in priſcis authorib. iuris noſtri extare putamus, quod noſtræ interpretationi refragetur, niſi forte quis obiiciat, neſcio quam Theodoſii conſtitutionem, quæ legitur in Theodoſiano Cod. lib 3. tit. 15. Sed in eius conſtitutionis verbis nihilo minor eſt, quàm in titulo illo Iuſtiniani, cuius modo mentionem fecimus, ambiguitas. Nam & Codex ille, qui Theodoſii nomine & titulo inſcribitur, valde mendoſus eſt, nec Theodoſii Codex eſt, ſed Alarici Gottorum regis potius, qui in Theodoſii Conſtitutionib. multa immutauit. Hactenus Duarenus.

Sed hæc noua Duareni ſententia contra omnem veterum interpretationem ac ſenſum, nullo modo recipienda eſt. Primò, quia repugnant verba l. 1. C. Ne fideiuſſores dotium dentur. quibus generaliter illa lex aboletur, quæ vir vxori ſeruandæ dotis fideiuſſorem exhibeat. Secundò, quia in Codice Theodoſiano, ex quo illa lex ſumpta eſt, ita legitur, lib. 3. tit. 15. tit. de fideiuſſoribus dotium: *Omnium ſponſorum vel fideiuſſorum, deinceps in cauendo dotis ſponſione promiſſiones abſoluimus.* Et ideo rectè Cuiacius ad hunc tit. *Etſi vltrò*, maritus dederit fideiuſſorem vel mandatorem, vt non obligetur, quia hanc obligationem conſtitutiones improbant. l. 1. C. Theod. de fideiuſſo. dotis. Tertiò, quia & Hermanopulus, cuius teſtimonio vtitur Duarenus, huic communi ſententiæ adſtipulatur. Sic enim ſcribit lib. 4. tit. 8. Latinè redditus: *Vir dotem accipiens fideiuſſores exhibere non cogitur. Nunquam enim pro muliebri dote fideiuſſor datur, niſi antequam ſponſalia contraherentur, id conuenerit.* Si nunquam fideiuſſor datur, niſi ante ſponſalia fuerit conuentum. Ergo ſentit non valere fideiuſſoris dationem conſtante matrimonio, niſi ante ſponſalia vt præſtetur, fuerit conuentum.

Argumenta Duareni non obſtant Primum, omni obligationi accedere poſſe fideiuſſorem nihil mouet, quia hæc eſt exceptio, vt pro dote non accedat. Conſtitutiones enim fideiuſſoris obligationem hoc in caſu improbant.

Secundum argumentum eſt, pignus à marito vxori pro dote dari poſſe, ergo & fideiuſſorem. Reſpondeo, rationem hanc diuerſitatis eſſe inter pignus & fideiuſſorem, quia dato pignore dos ponitur tantùm in tuto, non etiam committitur alterius perſonæ fidei, quàm mariti ipſius. Fideiuſſor obtinet locum debitoris, pignus locum rei debitæ. Non quæritur aliena fides, ſi quæritur pignus, ſecus ſi fideiuſſor, quod inter coniuges fieri abſurdum, & perfidiæ occaſionem eſſe Imperator cenſuit.

Tertium argumentum eſt, quia fideiuſſor pro muliere dotem promittente obligatur. l. Cùm dotis. ff. de iure dotium. Ergo & pro marito. Reſpondeo l. Cùm dotis, non loqui de vxore, ſed de eo qui dotem viro promiſſam ab vxore, id eſt, qui dotem quam debuit vxor, expromittit, verba hæc ſunt: *Cùm dotis cauſſa aliquid expromittitur, fideiuſſor eo nomine datus tenebitur.* Expromittere eſt nouandi animo ſuſcipere alienam obligationem, & ſe facere reum principalem pro alio, ſoluto ab omni obligatione alio, quia nouatio liberat debitorem prius obligatum. Eſt ergo hæc ſententia legis, ſi quis dotem debitam ab vxore, promiſerit viro, nouandi animo: & fideiuſſorem dederit, vtique fideiuſſor tenebitur, nec enim ab vxore datus eſt, ſed ab extraneo expromiſſore, quæ doctiſſima explicatio eſt Cuiacii ad tit. Ne fideiuſſores dotium dentur. in liberis poſthumis. nec enim aliena mihi vindicare ſolitus ſum: licet furtum non vſque adeò manifeſtum eſſet: Nam & furti non manifeſti pœna legibus eſt conſtituta.

CAPVT LXXVII.

Confeſſio dotis receptæ à marito facta animo donandi, an confirmetur iuramento promiſſorio?

SI maritus animo donandi vxori ſuæ confiteatur ſe dotem accepiſſe, quam verè non accepit iuxta l. 2. C. de dote cauta non num. quæritur, & in controuerſiam vocatur, an ea confeſſio iuramento confirmetur, quod promiſſorium doctores vocant: cùm ſcilicet iurat maritus, ſe dotem redditurum vxori ſuæ. Vocant enim doctores noſtri tradendæ diſciplinæ gratia, iuramentum promiſſorium illud, quo quis promittit iureiurando ſe aliquid daturum vel facturum.

Duæ ſunt contrariæ doctorum ſententiæ. Vna, non confirmari iuramento promiſſorio huiuſmodi confeſſionē. Authores huius ſententiæ non ſatis commemorantur. Cynus ad l. 1. circa fin. C. de ſacroſanct. Eccleſ. Bartolus in l. Cū quis decedens §. Titia. de leg. 3. & quidam alij, qui loquuntur de iuramento aſſertorio, vel de iuramento ſimpliciter, quemadmodum Socinus ſenior in l. 1. num. 96. ff. ſolut. matr. licet re vera eum hanc ſententiam habuiſſe colligi poſſit ex iis quæ docet ibi poſt num. 102. verſ.

Quartò & vltimò limita. Inuenio igitur huius sententiæ Ruinum conf.137.lib.4. vt colligitur ex fine ipsius consilij. Didacum Couuar. lib.1. variar.resol. c.7.n.5. & Menoch. de Præsum.lib 3 Præsumpt.12.n.43. Cæteros qui allegantur, non inuenio hoc dicere.

Altera est sententia, confirmari promissorio iuramento huiusmodi confessionem. Authores sunt Baldus Nouellus, de dote, parte 10.nu.10. vers. Tamen hæc sua. Crauet. in conf. 81. nu.3. Iohannes Lupus ad rub. de donatio. inter virum & vxorem.§. Si.Ripa lib.3. conf.6. Alios quis piscari potest,ex his, qui à Gabrielo adferuntur, commun. concl. tit. de donat.concl.5. præsertim verò Curtium iuniorem, qui pro contraria sententia adferri solet in cons. 95. n. 4.& Ruinum conf.154. lib.5. & ex Serafino Senense de priuilegiis iuramenti. Priuileg. 71. n. 53. Sed non tam de numero authorum nos oportet esse solicitos, quàm de argumentorum pondere,& rei ipsius vera decisione & explicatione indaganda.

Fundamentum prioris sententiæ est primò, quia iuramentum non confirmat actum simulatum, vt Glos. docet in l.3.C.plus valere quod agitur,&c.citata l.Non dubium.C.de legibus, quæ lex ita ad hanc rem accommodari potest. Quod fit lege id fieri prohibente nullius est momenti, licet iuramentum adiiciatur, vt in illa lege constitutum est. Sed donatio inter virum & vxorem, quæ hac simulata confessione continetur, lege prohibetur. l. 1. & toto titulo. ff. de donat.inter virum & vxorem. Ergo nullius est momenti, licet iuramentum adiiciatur.

Secundò, quia tunc iuramentum confirmat donationem inter virum & vxorem, cùm donatio palam fit, verbis expressis, donatore id profitente, secus autem dicendum de huiusmodi donatione, quæ iuris præsumtione nititur, quia nimirum ex confessione dotis receptæ oritur. Nam tunc & donatio præsumenda esset, & præterea iuramento confirmaretur, quòd non videtur satis iuri consentaneum.

Tertiò, quia cùm confessio simulata sit, & nulla,sequitur etiam iuramentum& alia accessoria nullius esse momenti, quia iuramentum sequitur naturam actus, super quo interponitur.l.vlt.C.de non num.pecun.c. Accessorium. de reg.iur.,lib.6. l. Cùm principalis.eod.tit.

Fundamentum posterioris sententiæ est, quia hic adest consensus mariti donare volentis,& confitentis se dotem accepisse animo donandi. Ex eo consensus colligitur, quia promittit iuramento etiam interposito se redd.turum dotem. Quamobrem in ea versamur quæstione, an donatio inter virum & vxorem iuramento confirmetur. Et verior sententia est confirmari.argum. c. Cum contingat. de iureiur.c.Quamuis. de pactis,lib.6.

Hæc posterior sententia videtur mihi probabilior ex iis,quæ tradidi lib.3. Controuersiarum.c.81.vbi probaui donationem inter virum & vxorem iuramento confirmari. Hæc autem est effectu donatio viri in vxorem collata.d.l.2. C.de dote cauta non num.

Respondet Couuar. & post eum Menochius locis supra annotatis, non esse certum, maritum consensisse, vt illa confessio haberet effectum donationis, & ex vno actu tot præsumptiones oriri non posse.

Replicari potest id supponi in hac quæstione confessionem factam esse à marito animo donandi, non autem sub spe futuræ numerationis; Et ideo non esse laborandum de alia certitudine. Hoc ita supponi patet ex Menochio loco suprà citato.n.40. vers. secundus est casus.

Ad primum argumentum respondeo, confessionem factam esse animo donandi, ac proinde non esse prorsus actum simulatum, sed veram donationem continere, si quidem maritus sic confessus fuit animo donandi, vt patet ex l. 2. C.de dote cauta non num. Non obstat quod dicitur,donationem inter virum & vxorem lege prohibitam esse,& consequenter iuramento non confirmari ex l.Non dubiũ.C.de leg. Quia cum agitur de vi & efficacia iuramenti, quod res spiritualis est,iuri Canonico standũ est, non iuri Cæsareo. Sic autem iure canonico constitutum est, vt iuramentum huiusmodi pactiones confirmet, quæ iure ciuili improbantur, si non vi,non dolo præstitum sit,& seruari possit sine dispensio salutis æternæ, nec vergat in alterius præiudicium,c. Cum contingat.de iureiur.d.c. Quamuis.de pactis,lib 6. cum aliis similibus.

Ad secundum respondeo, illud sibi locum vindicare posse, cùm dubium est, & incertum, an confessio facta fuerit animo donandi, vel sub spe futuræ numerationis. Sed cum certum est, atque ita supponitur, non video rationem vllam diuersitatis inter hanc donationem, & eam quæ palam fit,ac verbis expressis,donatore suam voluntatem apertè declarante. Nam & donatio quæ ex confessione oritur,pro vera donatione habetur, vt patet ex d. l. 2. C. de non num.pecun.

Ad vltimum argumentum responsio clara est,iuramentum pro confirmatione adiectum accessorij vice non fungi, quia facit, vt actus valeat, qui alioquin non valeret, vt in d.c.Cùm contingat.de iureiur.d.cap. Quamuis.de pact. lib.6.

CAPVT LXXVIII.

Confessio dotis receptæ à marito animo donandi facta,

factu, qui dotem non accepit, an confirmetur iuramento aſſertorio?

ALtera eſt controuerſia. Si vir conſtante matrimonio fateatur ſe dotem accepiſſe, & id verum eſſe interpoſito etiam iuramento affirmet, (Hoc enim iuramentum aſſertorium doctores vocant) nequaquam tamen id verum ſit, ſed animo donandi hæc facta ſint: verum confeſſio eo vallata iuramento confirmetur, ac proinde non liceat marito eam vel renocare, vel infringere nec eius hæredibus. Multi reſponderunt confirmari. Paulus Caſtr. conſ. 383. col. 2. verſ. Nos autem, lib. 2. Socinus ſenior conſ. 81. nu. 2. lib. 3. Alciatus ad c. Cùm contingat n. 29. cum ſequent. de iureiur. His adiungi poſſunt alij, qui ſimpliciter dixerunt confeſſionem hanc iuramento confirmari, Ancharanus conſ. 307. Nulli dubium. Corn. conſ. 284. col. vlt. lib 1 & 104. col. 2. lib. 2. & 41. col. vlt. l. 3. & 108. lib. 4. alios citat Serafinus Senenſis de priuilegiis iuramenti, Priuileg. 59. n. 1.

Argumenta verò ſunt iſta: Primum, quia confeſſioni iuratæ omnino ſtandum eſt. nam probat in præiudicium confitentis & ſuorum hæredum, vt in auth. Quod obtinet. C. de probat.

Secundum, quia generaliter valet donatio inter virum & vxorem iuramento confirmata. argum. cap. Cùm contingat. de iureiur. cap. Quamuis. de pactis. lib. 6. Ergo valet etiam huiuſmodi confeſſio, quia cenſetur facta animo donandi, cùm re vera dotem maritus non acceperit.

Tertium argumentum eſt, quia ſi maritus qui iuramento interpoſito confeſſus eſt, ſe dotem accepiſſe, contrarium diceret, ſe non accepiſſe, diceret ſe periurum eſſe, & ſuam turpitudinem allegaret. Hoc autem iure permiſſum non eſt, vt quis veniat contra proprium factũ, & ſuam turpitudinem alleget. l. Cùm profitearis. C. de reuo. dona. l. Tranſactione 30. C. de Tranſact. l. Aliâs. ff. de iureiur.

Verùm iſtis nil morantibus contrariam ſententiam, & communiorem & veriorem eſſe non dubito. Communiorem eſſe conſtat ex doctorum catalogo, quos citat Antonius Gabrielius lib. 3. commu. concluſ. tit. de donationibus, concl. 3. & quos citat Couuar. variarum reſolutionum, lib. 1. cap. 7. poſt nu. 4. verſ. Quinto eadem ratione, nec non Menochius de Præſumpt lib 3. Præſumpt. 12 nu. 48. Clarus §. Donatio, quæſt. 9. verſ. Hæc tamen concluſio.

Veriorem autem eſſe hanc ſententiam ſic probo. Iuramentum non debet eſſe vinculum mendacij, & falſitatis ac ſimulationis, ſed debet habere tres comites, veritatem, iuſtitiam & iudicium, c. Et ſi Chriſtus de iureiur. Sed hoc maritus confitetur id quod verum non eſt, & iurans verum eſſe, periurus efficitur. Ergo non confirmatur iuramento ipſius confeſſio ſimulata & falſa.

Et hoc eſt diſcrimen inter iuramentum aſſertorium & promiſſorium, quod promiſſorium oſtendit virum confitentem voluiſſe donationem, quæ ex confeſſione præſumitur, ſua iurata promiſſione corroborare, & confirmare: & ideo, ne in periurium incidat, ab ea recedere non poteſt, vt in cap. præcedenti concluſum eſt. Aſſertorium autem nihil aliud facit, niſi quod mendacio confeſſionis periurium addit, quod meritò nihil operatur. Poſsitne quis iurando id eſſe verum, quod ſimulatum & fictum eſt, efficere vt verum ſit? Minimè gentium. Ergo ſi hoc veritatem non immutat, ſi iurans eſt periurus, ſi non decet iuramento vti ad confirmationem actus ſimulati, quaſi diuinum teſtimonium eſſe poſſit ac debeat, idoneum medium ac inſtrumentum, ad tuenda & confirmanda mendacia, certè nihil iuſiurandum in hac facti ſpecie operabitur.

Ad primum argumentum reſpondeo, iuratã confeſſionem probare & præiudicare confitenti, quia vera eſſe præſumitur, vt in dicta Nouella quæ allegatur. Sed nos ſupponimus certum eſſe, confeſſionem fuiſſe fictam atque ſimulatam, animo donandi factam, & dotem nequaquam fuiſſe numeratam.

Ad ſecundum cõcedo, iuramento confirmari donationem inter virum & vxorem: ſed hæc non eſt donatio iurata. Eſt cõfeſſio ſimulata & ficta cum iuramento falſo coniuncta, quod nequaquam ferendum eſſet in repub. tantum abeſt, vt ex eo robur & confirmatio confeſſioni adiicienda eſſet.

Ad tertium argumentum reſpondeo, abſolutionem a iuramento petendam eſſe, neque enim quis propria authoritate venire contra iuramentum poteſt, c. Si verò. de iureiur. cap. Ad audientiam. c. Ad aures. de eo quod metus cauſa. Abſolutione obtenta nihil proponitur, cur is qui iurauerat venire cõtra promiſſa, & iuramento cõfirmata non poſſit, vt dixi li. 2. controuer. c. 17. circa fi. ver. porrò abſolutione. Regula illa generalis, Nemo poteſt allegare ſuam turpitudinem, in aliis caſibus locum habet. Nam in terminis noſtris locum non habere, nec impedimento eſſe, quo minus quis contra ſuam confeſſionem iuratam veniat, indicat l. vlt. C. de non num. pecu. ibi: *Quæ enim differentia eſt in huiuſmodi exceptione, ſiue iuramentum poſitũ eſt, ſiue non.* Quanquam nec mihi improbatur eorum reſpõſio qui dicunt, hoc in caſu remiſſam videri ab altera parte periurij exceptionẽ, & propriæ turpitudinis allegationẽ permiſſam, quoniam in actum fictum & ſimulatũ pariter conſenſit. Nil igitur Iudæus Iudæo,

nil Catilina Cethego, vt dici ſolet. Et in pari cauſa turpitudinis melior eſt conditio illius, qui de damno euitando certat, quàm qui de lucro captando argum. l. vlt. C. de Codicill.

Non obſtat, ſi dicatur, peti non poſſe abſolutionem à iuramento, cùm periurium quis commiſſurus ſit. Nam dato hanc propoſitionem veram eſſe de qua nunc nõ diſputo, locum nõ habet, cum iam conſtat de ſimulatione, vti noſtra ſupponit quæſtio, vt declarat Iaſon in l. Nemo poteſt. in prima lectura, nu. 47. de leg. 1. Ludouic. Bolognin. conſ. 44. col. pen. verſ. Vnde cum fraus. Serafinus Senenſis, de priuilegiis iuramenti, Priuileg. 59. n. 7.

CAPVT LXXIX.

Quid ſi confeſſioni dotis receptæ accedat iuramentum aſſertorium ac promiſſorium ſimul?

CVm ſuprà cap. 77. diſputatum, & ni fallor ſatis probatum ac demonſtratum ſit ſolo iuramento promiſſorio confirmari confeſſionem dotis receptæ ſimulatam, atque animo donandi factam, nõ dubito quin idem ſtatuendum ſit, cùm vtrumque iuramentum accedit aſſertorium, vt vocant, ac promiſſorium. Licet enim aſſertorium non ſit idoneum, neque ſufficiens, vt dixi præcedente capite. Promiſſorium tamen adiunctum hoc ſanè efficere poterit: Namque ex eo colligitur, maritum velle ratam donationem habere, quæ ex confeſſione præſumitur, atq; ſupponitur. quod iuramento effici poſſe magis eſt vt credam, & vt aliàs defendi, lib. 5. c. 81.

Atque hanc eſſe crebriorem doctorum ſententiam, affirmare non dubito ex his quæ Anton. Gabrielius habet li. 3. commun. concl. tit. de donationib. concl. 3. n. 5. Rolandus à Valle, conſ. 93. n. 22. lib. 1. Ioſeph. Ludouic. deciſ. Peruſina 66. n. 11. verſ. Tertia concluſio. in ſecunda parte, Serafinus Senenſis de priuilegiis iuramenti, Priuileg. 71. n. 55.

Sed contrariũ reſpondiſſe video Marianum Socinum conſ. 65. & Bartholomæum eius filiũ, conſ. 66. lib. 1. Ruinum conſ. 130. & 190. lib. 1. & 137. lib. 4. & alibi, quem in terminis quibus de ſimulatione conſtat, ſequitur Serafinus Senenſis d. Priuilegio 71. poſt nu. 56. 57. 58. & in verſ. Amplius intelligo. Idem ſenſit Couuar. lib. 1. variar. reſol. c. 7. n. 5.

Argumenta præcipua ſunt tria. Primũ, quia donatio inter virum & vxorem iuramento nõ firmatur, Ergo multò minus tacita donatio, quæ oritur ex confeſſione.

Secundum, quia dato quòd donatio expreſſa confirmetur iuramento, non poteſt tamen confirmari tacita donatio, quæ oritur ex confeſſione, ne concurrant duo ſpecialia, Vnum, quod donatio præſumatur, Alterum, quod donatio præſumpta iuramento confirmetur.

Tertium argumentum eſt, quia iuramentũ non confirmat actum ſimulatum ex Gloſ. in l. 3. C. plus valere quod agitur.

Reſpondeo ad primum, non obſtare, quia verius eſt donationem inter virum & vxorem iuramento confirmari, vt aliàs dixi & oſtendi d. c. 81. lib. 5.

Ad ſecundum dico, idem ſtatuendum in tacita donatione, quæ ex confeſſione reſultat, quia nulla eſt ratio diuerſitatis, cur expreſſa donatio iuramento confirmetur, tacita verò non confirmetur. Nam fabula illa de concurſu plurium ſpecialium, quæ fundamentum habet in Glo. ad l. 1. C. de dotis promiſſ. iam diu à viris doctis exploſa eſt, & tradita vera interpretatio dictæ l. 1. ſicut à nobis ſuprà diſputatum & expoſitum eſt hoc eod. lib. c. 75.

Ad tertium argumentum reſpondeo, diſtinguendum eſſe: nam ſi actus ſimulatus turpitudinem vel peccatum, vel aliquid contra bonos mores contineret, aut conſenſum agentis & contrahentis non haberet, tunc iuramento non confirmaretur. Sed cùm hic agatur de donatione inter virum & vxorem, quæ ex confeſſione dotis receptæ oritur, vbi maritus nullam dotem recepit, ſed animo donandi ſe accepiſſe confeſſus eſt, non video aliquid fieri contra bonos mores, & quod vllam turpitudinem, cõtineat. Tantùm peccari video contra iuris ciuilis præcepta quorum authoritas iuriſiurandi religioni meritò cedit, vt patet ex c. Cùm contingat. de iureiur. ex c. Quamuis. de pactis, lib. 6. & ex aliis teſtimoniis notiſſimis. Conſenſus verò mariti hoc in caſu non deficit, quia ſupponimus eum confeſſum ſe dotem accepiſſe, quam non accepit, animo donandi vxori ſuæ, quam donationem tacitam iureiurando etiam confirmauit.

CAPVT LXXX.

Confeſſio dotis receptæ à marito facta conſtante matrimonio & abſque iuramento, an præſumatur facta ſpe futuræ numerationis, an verò animo donandi.

SI maritus conſtante matrimonio confeſſus ſit ſe dotem accepiſſe, nullò iuramentò interpoſito, quæritur an hæc confeſſio præſumatur facta in fraudem legis prohibentis donationem inter virum & vxorem, an verò ſpe futuræ numerationis, quaſi dos cauta, non autẽ numerata ſit, poſito ſcilicet quod de numeratione non conſtet. Et in hac quæſtione tam ingens eſt catalogus authorum, qui reſponderunt

runt præſumi factam animo donandi, & in fraudem legis prohibentis donationem inter virum & vxorem, & rurſus eorum qui dixerũt factam videri ſpe futuræ numerationis, vt otioſum eſſe putauerim omnes hic adſcribere. Præſertim cum maximè ſollicitus nunc ſim de eorum ſententia confutanda, qui dixerunt factā videri animo donandi, & in fraudem legis, quę vti falſa eſt, & erroris plena, ita meliorem ſibi in foro locum vindicauit. Videantur Couuar. lib. 1. variar. reſol. cap. 7. num. 4. Rolandus à Valle, in conſ. 93. n. 1. lib. 1. Andr. Geyll. lib. 2. obſer. 81. nu. 3. Menochius de Præſump. lib. 3 Præſump. 12. n. 58. Ioſeph. Ludouicus deciſ. Peruſina 66. in prima conclu. parte 2. vbi parum conſiderate dixit, neminem contradicere concluſioni ab eo firmatæ, eam confeſſionem factam videri animo donandi, cùm plurimi à Couuar. & à Menochio citati contrariam ſententiam ex profeſſo amplexi fuerint, & copiosè tutati ſint.

Ego, vt dixi, operam dabo in hoc capite, vt vera opinio tam ſtudioſorum mentibus inſtilletur, quam etiam apud pragmaticos in foro defendatur, exploſa prorſus & reiecta contraria ſententia, quam a iure alieniſſimam eſſe exiſtimo.

Hæc eſt igitur vera doctrina ac ſententia, confeſſionem, qua de agitur, factam non videri animo donandi, ſed ſpe futuræ numerationis.

Prius oſtendam non videri factam animo donandi, atque adeò in fraudem legis: Deinde factam præſumi ſpe futuræ numerationis.

Nō videri factam animo donandi, & in fraudem legis, probatur, quia nulla lex hoc dicit. Nulla iuris ratio id ſuadet. Repugnant vulgares iuris regulæ. Donatio non præſumitur. Fraus non præſumitur. Nulla cauſſa eſt præſumendi maritum voluiſſe donare ex hac ſola confeſſione, cum videri poſſit confeſſus fuiſſe ſpe futuræ numerationis. Nulla hic pugnat veri ſimilitudo, quia ſi donare voluiſſet poterat id exprimere: & confiteri ſe accepiſſe dotem quam non accepit, vel maiorem quam accepit animo donādi, quæ donatio morte eius confirmatur, & de qua facti ſpecie loquitur l. 2. C. de dote cauta non num.

Videri factam ſpe futuræ numerationis, probatur primò ex l. 3. C. de dote cauta non num. Iuſtinianus: *In dotibus quas datas eſſe dotalibus inſtrumentis conſcribi moris eſt, cùm adhuc nulla datio, ſed pollicitatio tantùm ſubſecuta ſit, liceat non numeratæ pecuniæ exceptionem opponere: non ſolùm marito contra vxorem, &c.* Hic non dicit Imperator donationem præſumi, ſed exceptionem non numeratæ dotis competere, quia ſcilicet ea confeſſio facta præſumitur ſpe futuræ numerationis.

Secundò, id probatur ex eadem l. 3. dum ita Iuſtinianus pergit, dicens, exceptionem non numeratæ dotis competere etiam hæredibus mariti, ibi: *Sed etiam hæredibus mariti, cuius morte diſſolutum eſt matrimonium.* Si enim donatio præſumenda eſſet ex confeſſione, illa morte mariti confirmaretur, conſequenter hæredibus mariti exceptio non competeret dotis non numeratæ. Donationem enim inter virum & vxorem morte confirmari donatoris, palam eſt ex l. Cùm hic ſtatus. ff. de dona. inter virum & vxorem.

Porrò ridiculum eſt, quod aliqui dicunt d. l. 3. eſſe accipiendam de confeſſione facta ante contractum matrimonium: ſiquidem lex eſt generalis de cautione dotis non numeratæ, quæ ita fit, & fieri poteſt matrimonio iam contracto, ſicut ante matrimonium contractum.

Tertiò, hæc ſententia probatur ex l. Si voluntate. C. de dotis promiſſione, vbi ſi cōfeſſus fuerit maritus ſe plus accepiſſe in inſtrumēto dotali, quàm accepiſſet, agere poteſt, vt id quod non accepit, præſtetur.

Si confeſſio hæc animo donandi facta præſumeretur, non poſſet maritus quicquam petere.

Quartò, probatur ex Nouella 100. & ſecundum veterem tranſlationem ex Authenticis de tempore non ſolutæ pecuniæ ſuper dote, in illis verbis: *Sin autem neque intra decenniū querelam* ... *ratur taciturnitate mariti auferimus querelam, neque ei poſt decennium hoc agere ſinemus, &c. Vbi enim licet in prolixo ſic tempore decennij diximus proponere querelam, ſi tacitè elegerit, palam eſt voluiſſe, vel ſi non accepit dotem omnino eum, aut ſuos reddere hæredes.*

Si tempus decennij requiritur ad excludendum maritum & eius hæredes à querela non numeratæ dotis, quomodo confeſſio eiuſdem mariti videri poteſt donationem continere? Nunquid is qui donauit, querelam habet dotis nō numeratæ? Si donatio eſt, cur morte viri nō confirmatur, vt cæteræ donationes inter coniuges. l. Cùm hic ſtatus. ff. de donat. inter vir. & vxor. ac proinde hæres ſtatim non tenetur eam ratam habere, ante lapſum decennij præſtituti ad querelam proponendam dotis non ſolutæ?

Sed hæc nimis clara ſunt. Videamus quantū habeant momenti argumenta contrariæ opinionis. Primum eſt ex l. Qui teſtamentum. ff. de probat. in illis verbis: *Videtur enim eo quod plus ille capere non poterat in fraudem legis, hæc in teſtamento adieciſſe.* Alterum eſt ex l. Cum quis decedens. § Titia. de leg. 3. *Titia teſtamentū condidi, & volo vt dentur Callimacho mercedis gratia denaria decies mille. Quæro an hæc pecunia ex cauſa mercedis, ab hæredibus*

nil Catilina Cethego, vt dici ſolet. Et in pari cauſa turpitudinis melior eſt conditio illius, qui de damno euitando certat, quam qui de lucro captando argum. l. vlt. C. de Codicill.

Non obſtat, ſi dicatur, peti non poſſe abſolutionem à iuramento, cùm periurium quis com n ſic. Nam dato hanc propoſitionem veram eſſe de qua nūc nō diſputo, locum nō habet, cùm iam conſtat de ſimulatione, vti noſtra ſupponit quæſtio, vt declarat Iaſon in l. Nemo poteſt. in prima lectura, nu. 47. de leg. 1. Ludouic. Bolognin. conſi. 44. col. pen. verſ. Vnde cum fraus. Serafinus Senenſis, de priuilegiis iuramenti, Priuileg. 5. 9. n. 7.

CAPVT LXXIX.

Quid ſi confeſſioni dotis receptæ accedat iuramentum aſſertorium ac promiſſorium ſimul?

CVm ſuprà cap. 77. diſputatum, & ni fallor ſatis probatum ac demonſtratum ſit ſolo iuramento promiſſorio confirmari confeſſionem dotis receptæ ſimulatam, atque animo donandi factam, nō dubito quin idem ſtatuendum ſit, cùm vtrumque iuramentum accedit aſſertorium, vt vocant, ac promiſſorium. Licet enim aſſertorium non ſit idoneum, neque ſufficiens, vt dixi præcedente capite. Promiſſorium tamen adiunctum hoc ſanè efficere poterit: Namque ex eo colligitur, maritum velle ratam donationem habere, quæ ex confeſſione præſumitur, atq; ſupponitur, quod iuramento effici poſſe magis eſt vt credam, & vt aliàs defendi, lib. 5. c. 81.

Atque hanc eſſe crebriorem doctorum ſententiam, affirmare non dubito ex his quæ Anton. Gabrielius habet li. 3. commun. concl. tit. de donationib. concl. 3. n. 5. Rolandus a Valle, conſ. 93. n. 22. lib. 1. Ioſeph. Ludouic. deciſ. Peruſina 66. n. 11. verſ. Tertia concluſio. in ſecunda parte, Serafinus Senenſis de priuilegiis iuramenti, Priuileg. 71. n. 55.

Sed contrariū reſpondiſſe video Marianum Socinum conſ. 65. & Barrbolomæum eius filiū, conſ. 66. lib. 1. Ruinum conſ. 130. & 190. lib. 1. & 137. lib. 4. & alibi, quem in terminis quibus de ſimulatione conſtat, ſequitur Serafinus Senenſis d. Priuilegio 71. poſt nu. 56. 57. 58. & in verſ. Amplius intelligo. Idem ſenſit Couuar. lib. 1. variar. reſol. c. 7. n. 5.

Argumenta præcipua ſunt tria. Primū, quia donatio inter virum & vxorem iuramento nō firmatur, Ergo multò minus tacita donatio, quæ oritur ex confeſſione.

Secundum, quia dato quod donatio expreſſa confirmetur iuramento, non poteſt tamen confirmari tacita donatio, quæ oritur ex confeſſione, ne concurrant duo ſpecialia, Vnum, quod donatio præſumatur, Alterum quod donatio præſum ta iuramento confirmetur.

Tertium argumentum eſt, quia iuramentū non confirmat actum ſimulatum ex Gloſ. in l. 3. C. plus valere quod agitur.

Reſpondeo ad primum, non obſtare, quia verius eſt donationem inter virum & vxorem iuramento confirmari, vt aliàs dixi & oſtendi d. c. 81. lib. 5.

Ad ſecundum dico, idem ſtatuendum in tacita donatione, quæ ex confeſſione reſultat, quia nulla eſt ratio diuerſitatis, cur expreſſa donatio iuramento confirmetur, tacita verò non confirmetur. Nam fabula illa de concurſu plurium ſpecialium, quæ fundamentum habet in Glo. ad l. 1. C. de dotis promiſſ. iam diu a viris doctis exploſa eſt, & tradita vera interpretatio dictæ l. 1. ſicut à nobis ſuprà diſputatum & expoſitum eſt hoc eod. lib. c. 75.

Ad tertium argumentum reſpondeo, diſtinguendum eſſe: nam ſi actus ſimulatus turpitudinem vel peccatum, vel aliquid contra bonos mores contineret, aut conſenſum agentis & contrahentis non haberet, tunc iuramento non confirmaretur. Sed cùm hic agatur de donatione inter virum & vxorem, quæ ex confeſſione dotis receptæ oritur, vbi maritus nullam dotem recepit, ſed animo donandi ſe accepiſſe confeſſus eſt, non video aliquid fieri contra bonos mores, & quod vllam turpitudinem cōtineat. Tantùm peccari video contra iuris ciuilis præcepta quorum authoritas iurisiurandi religioni meritò cedit, vt patet ex c. Cùm contingat. de iureiur. ex c. Quamuis. de pactis, lib. 6. & ex aliis teſtimoniis notiſſimis. Conſenſus verò mariti hoc in caſu non deficit, quia ſupponimus cùm confeſſum ſe dotem accepiſſe, quam non accepit, animo donandi vxori ſuæ, quam donationem tacitam iureiurando etiam confirmauit.

CAPVT LXXX.

Confeſſio dotis receptæ à marito facta conſtante matrimonio & abſque iuramento, an præſumatur facta ſpe futuræ numerationis, an verò animo donandi.

SI maritus conſtante matrimonio confeſſus ſit ſe dotem accepiſſe, nullò iuramentó interpoſito, quæritur an hæc confeſſio præſumatur facta in fraudem legis prohibentis donationem inter virum & vxorem, an verò ſpe futuræ numerationis, quaſi dos cauta, non autē numerata ſit, poſito ſcilicet quod de numeratione non conſtet. Et in hac quæſtione tam ingens eſt catalogus authorum, qui reſponderunt

runt præſumi factam animo donandi, & in fraudem legis prohibentis donationem inter virum & vxorem, & rurſus eorum qui dixerũt factam videri ſpe futuræ numerationis, vt otioſum eſſe putauerim omnes hic adſcribere. Præſertim cum maximè ſollicitus nunc ſim, de eorum ſententia confutanda, qui dixerunt factã videri animo donandi, & in fraudem legis, quę vti falſa eſt, & erroris plena, ita meliorem ſibi in foro locum vindicauit. Videantur Couuar. lib. 1. variar. reſol. cap. 7. num. 4. Rolandus à Valle, in conſ. 93. n. 1. lib. 1. Andr. Geyll. lib. 2. obſer. 81. nu. 3. Menochius de Præſump. lib. 3 Præſump. 12. n. 58. Ioſeph, Ludouicus deciſ. Peruſina ... prima conclu. parte 2. vbi parum conſideratè dixit, neminem contradicere concluſioni ab eo firmatæ, eam confeſſionem factam videri animo donandi, cùm plurimi à Couuar. & à Menochio citati contrariam ſententiam ex profeſſo amplexi fuerint, & copiosè tutati ſint.

Ego, vt dixi, operam dabo in hoc capite, vt vera opinio tam ſtudioſorum mentibus inſtilletur, quam etiam apud pragmaticos in foro defendatur, exploſa prorſus & reiecta contraria ſententia, quam a iure alieniſſimam eſſe exiſtimo.

Hæc eſt igitur vera doctrina ac ſententia, confeſſionem, qua de agitur, factam non videri animo donandi, ſed ſpe futuræ numerationis.

Prius oſtendam non videri factam animo donandi, atque adeò in fraudem legis: Deinde factam præſumi ſpe futuræ numerationis.

Nõ videri factam animo donandi, & in fraudem legis, probatur, quia nulla lex hoc dicit. Nulla iuris ratio id ſuadet. Repugnant vulgares iuris regulæ. Donatio non præſumitur. Fraus non præſumitur. Nulla cauſſa eſt præſumendi maritum voluiſſe donare ex hac ſola confeſſione, cùm videri poſſit confeſſus fuiſſe ſpe futuræ numerationis. Nulla hic pugnat veri ſimilitudo, quia ſi donare voluiſſet poterat id exprimere, & confiteri ſe accepiſſe dotem quam non accepit, vel maiorem quam accepit animo donãdi, quæ donatio morte eius confirmatur, & de qua facti ſpecie loquitur l. 2. C. de dote cauta non num.

Videri factam ſpe futuræ numerationis, probatur primò ex l. 3. C. de dote cauta non num. Iuſtinianus: *In dotibus quas datas eſſe dotalibus inſtrumentis conſcribi moris eſt, cùm adhuc nulla datio, ſed pollicitatio tantùm ſubſecuta ſit, liceat non numeratæ pecuniæ exceptionem opponere: non ſolùm marito contra uxorem, &c.* Hic non dicit Imperator donationem præſumi, ſed exceptionem non numeratæ dotis competere, quia ſcilicet ea confeſſio facta præſumitur ſpe futuræ numerationis.

Secundò, id probatur ex eadem l. 3. dum ita Iuſtinianus pergit, dicens, exceptionem non numeratæ dotis competere etiam hæredibus mariti, ibi: *Sed etiam hæredibus mariti, cuius morte diſſolutum eſt matrimonium.* Si enim donatio præſumenda eſſet ex cõfeſſione, illa morte mariti confirmaretur, conſequenter hæredibus mariti exceptio non competeret dotis non numeratæ. Donationem enim inter virum & vxorem morte confirmari donatoris, palam eſt ex l. Cùm hic ſtatus. ff. de dona. inter virum & vxorem.

Porrò ridiculum eſt, quod aliqui dicunt, d. l. 3. eſſe accipiendam de confeſſione facta ante contractum matrimonium: ſiquidem lex eſt generalis de cautione dotis non numeratæ, quæ ita fit, & fieri poteſt matrimonio iam contracto, ſicut ante matrimonium contractum.

Tertiò, hæc ſententia probatur ex l. Si voluntate. C. de dotis promiſſione, vbi ſi cõfeſſus fuerit maritus ſe plus accepiſſe in inſtrumẽto dotali, quàm accepiſſet, agere poteſt, vt id quod non accepit, prætletur.

Si confeſſio hæc animo donandi facta præſumeretur, non poſſet maritus quicquam petere.

Quartò, probatur ex Nouella 100. & ſecundum veterem tranſlationem ex Authenticis de tempore non ſolutæ pecuniæ ſuper dote, in illis verbis: *Sin autem neque intra decenniũ* queratur taciturnitate mariti auferimus querelam, neque ei poſt decennium hoc agere ſinemus, &c. *Vbi enim licet in prolixo ſic tempore decennij diximus proponere querelam, ſi tacitè elegerit, palam eſt voluiſſe, vel ſi non accepit dotem omnino eum, aut ſuos reddere hæredes.*

Si tempus decennij requiritur ad excludendum maritum & eius hæredes à querela non numeratæ dotis, quomodo confeſſio eiuſdem mariti videri poteſt donationem continere? Nunquid is qui donauit, querelam habet dotis non numeratæ? Si donatio eſt, cur morte viri nõ confirmatur, vt cæteræ donationes inter coniuges. l. Cùm hic ſtatus. ff. de donat. inter vir. & vxor. ac proinde hæres ſtatim non tenetur eam ratam habere, ante lapſum decennij præſtituti ad querelam proponendam dotis non ſolutæ?

Sed hæc nimis clara ſunt. Videamus quantũ habeant momenti argumenta contrariæ opinionis. Primum eſt ex l. Qui teſtamentum. ff. de probat. in illis verbis: *Videtur enim eo quod plus illo capere non poterat in fraudem legis, hæc in teſtamento adiecisse.* Alterum eſt ex l. Cum quis decedens. § Titia. de leg. 3. *Titia teſtamentũ condidi, & volo vt dentur Callimacho mercedis gratia denaria decies mille. Quæro an hæc pecunia ex cauſa mercedis, ab hæredibus*

Titij exigi possit? Respondi, non idcirco quod scriptum sit, exigi posse in fraudem legis relictum.

Sententia horum responsorum hæc est, si cui legetur qui per legem capere non possit, relictum præsumi in fraudem legis. Et ideo eum probare oportere causam expressam à testatore veram esse.

Sed hæc longè dissimilia sunt. Primùm, quia mulier capax est donationis, etiam constante matrimonio ad hoc scilicet, vt si maritus præmoriatur res donatas retinere possit, quia morte donatio confirmatur. l. Cùm hic status. ff. de dona. inter vir. & vxor.

Secundò, quia maritus hic confitetur se dotem accepisse, quod in prima sui figura non tendit contra legis alicuius prohibitionem. Nã aut dotem accepit, aut non accepit. Si accepit, confessio veritatem continet, & omni suspicione caret: Si non accepit, habet à lege tempus ad excipiendum, & conquerendum dotem sibi numeratam non fuisse. Quare nulla ex parte iuris dispositionem offendit.

At is qui legat incapaci eo ipso legem offendit, per quam legari non posse constitutum est, & legatum irritum est & nullum. Quare si causam adiiciat pro legati confirmatione, cum res suspecta sit, & legib. repugnet, meritò probanda est, vt in d. l. Qui testamentum. ff. de probatio. ibi: *Si filius suprascripta ex ratione sua peruenisse ad testatorem probare potuerit, exigi, &c.*

Tertiò, nam in ea facti specie quæ obiicitur, sic res procedit: legatarius petit legatum sibi ab hærede præstari. Hæres opponit eum capere nõ posse. Replicat ille, se capere posse, quia ex bonis suis ea peruenerunt ad testatorem, quia merces illi debetur, & mercedis gratia relictum est. Duplicat hæres, hanc allegatam causam & colorẽ verum non esse. Probatio ergo incumbit legatario, qui dicit, non hæredi qui negat. l. 2. ff. de probation. At in specie hac nostra nihil tale proponi potest; quia nulla est lex, quæ prohibeat confessionem a marito fieri posse dotis receptæ, siue acceperit eam, siue non receperit. Sed lex permittit & probat eiusmodi cautiones & confessiones inter virum & vxorem, & confitenti exceptionem & querelam concedit eiusque hæredibus, non autem donationem inde præsumit.

Nisi confessio ipsi à marito facta sit animo donandi, quomodo loquitur l. 2. C. de dote cauta non num, tunc enim locum habent ea quæ de donationibus inter virum & vxorem constituta sunt, vt ibi dicitur. At nos loquimur in dubio, cùm non constat animo donandi factam esse confessionem, ideo concludimus donandi animo factam non videri, sed spe futuræ numerationis.

CAPVT LXXXI.

Quid si dotis promissio præcedat, & postea sequatur confessio mariti de dote soluta, an valeat, & opponi possit exceptio non numeratæ dotis?

IMperator Iustinianus in l. In contractib. 14. §. 1. C. de non nu. pecu. sic ait: *Illis etiam securitatibus quæ post confectionem dotalium instrumentorum de soluta dote ex parte vel insolidum exponuntur, nullam exceptionem non numeratæ pecuniæ penitus opponi.*

Coniungendus est hic textus cum l. vlt. C. de dote cauta non num. vbi idem Iustinianus ita scribit: *In dotibus quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cùm adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantùm subiecuta sit, liceat non numeratæ pecuniæ exceptionem opponere, &c.*

Sententia Imperatoris est, exceptioni non numeratæ dotis locum non esse, si præter instrumentum dotale etiam apocha cauerit maritus se dotem accepisse.

Atque hinc nostri colligunt, confessionẽ dotis receptæ à marito factam, constante matrimonio, omni suspicione carere, & dotem viro numeratã præsumi, si eam præcedat dotis promissio, & constitutio. Nihil enim ea confessio aliud est, quàm apocha mariti, qua se dotem in instrumento dotali promissam & constitutam accepisse fatetur, & cauet. Et hæc sententia cõmunis est & si ita intelligatur omnino amplectenda, cùm aperta legis decisione nitatur. Cõmunem esse testantur Couuar. authores laudãs lib. 1. variar. resol. c. 7. n. 6. Antonius Gabrielius lib. 3. commu. concl. tit de iure dotium, conclu. 4. Iacobus Menochius de Præsump. lib. 3. Præsump. 12. n. 53.

Contrarium docuit apertè Socinus senior in l. 1. n. 102. ff. sol. matr. quem sequitur Loffredus consi. 22. non procul à principio. Alios citat eiusdem sententiæ, parum tamen fideliter Antonius Gabrielius loco proximè citato. Nam Felynus, quem citat, superiori sententiæ adstipulatur. Potuisset adferre Franciscũ Aretinum l. 2. § Creditum. nu. 27. ff. si certum petatur.

Sed vt ab Aretino incipiam, is suam fundat opinionem in l. vlt. C. de dote cauta non numer. cuius legis verba initio huius capitis retuli, nec video quo pacto in eis fundamentum constitui possit, cùm nihil aliud velint, quã exceptionem non numeratæ dotis competere, cũ in dotalibus instrumentis continetur eam fuisse datam, licet nulla datio sed tantùm nuda promissio subsecuta sit. Non loquitur ibi Iustinianus

Iuſtinianus de confeſſione mariti poſt dotale inſtrumentum, quo dos promiſſa fuit, facta, de quo noſtra diſputatio eſt: ſed de confeſſione, quæ in ipſo dotali inſtrumento continetur. cùm ſcilicet maritus dotem ſe accepiſſe confitetur, deinde promiſſio dotis ſubſequitur, iuxta ea quæ diſſerui ſupra c. 74.

Nititur præterea Nouella 100. tit. de tempore non ſolutæ pecuniæ ſuper dote, dum decennium requirit, vt confeſsio dotis receptæ marito & eius hæredibus præiudicet, quaſi tunc is velit dotem vxori reddi, ſiue eam acceperit, ſiue non acceperit.

Sed illa Nouella non excluditur, nec abrogatur text. in d. l. In contractibus §. 1. C. de non nu. pec. Sit ergo decennale tempus vnum ex remediis excludendi maritum eiuſque hæredes ab exceptione & querela non numeratæ dotis. Alterum nobis remedium Iuſtinianus ſuppeditat in d. l. in contractibus. §. 1. nec vnum remedium alteri eſt impedimento, imò ſimul optime cohærent neque colliduntur.

Sed Socinum aggrediamur: *Rationes,* inquit, *per quas ſola confeſſio præſumitur ſuſpecta, militant etiam præcedente promiſſione, maximè quia facilius quis ſe obligat & remittit, quàm actualiter donat.*

Secundò, quia d. l. in contractibus, tollit exceptionem non numeratæ pecuniæ, quæ eſt temporalis, non autem tollit exceptionem ſimulationis, quæ eſt perpetua, quæ competit contra talem confeſſionem.

Tertiò, quia confeſſio de recepto probat numerationem tempore confeſſionis. Ergo præſumitur tunc pecunia numerata ab vxore & per conſequens numerata de pecunia viri. Hæc Socinus.

Reſpondeo, nullam eſſe rationem idoneam, qua probetur eiuſmodi confeſsiones ſuſpectas videri poſſe, ſicut latè in præcedenti capite diſputaui. Sed vt maximè aliqua eſſet ratio, negatur tamen eam habere locum in caſu de quo agitur. Etenim Imperator præſumit dotem verè numeratam fuiſſe marito ſic confitenti, & cauſſi poſt dotale inſtrumentum, quo dos promiſſa & conſtituta fuit: quæ cauſſa eſt, vt non concedat eidem marito exceptionem non numeratæ pecuniæ, quam procul dubio concederet, ſi ſuſpicaretur dotem verè non fuiſſe numeratam, ſicut alias concedit in l. 3. C. de dote cauta non num. Vbi ergo nulla eſt ſuſpicio, quin dos verè numerata ſit, quomodo ſuſpicio eſſe ſimulationis poterit? Nunquid Iuſtinianus fauet ſimulatis cautionibus, & tacitis inter virum & vxorem donationibus, quas prohibuit, & interdixit? Certè non, & tamen id neceſſariò dicendum fuerit, ſi tales confeſsiones ſimulatas eſſe, & ſuſpectas dixerimus. Hæc reſponſio valet ad primum & ſecundum argumentum.

Tertium autem argumentum nullius planè momenti eſt, quia negatur illius collectio, dotem numeratam præſumi de pecunia viri. Siquidem certum eſſet, confeſsionem ſimulatam eſſe, & animo donandi hæc à viro fieri, liquidò conſtaret, valeret ea collectio. Sed hoc eſt abſurdum, & petitionem continet principii, quia ſupponit id, de quo eſt controuerſia.

CAPVT LXXXII.

Quid ſi poſt confeſſionem dotis receptæ à marito factam, lapſa ſint tempora opponendi exceptionem, vel querelam proponendi dote non numerata.

CVm tempus lapſum eſt proponendi querelam, vel exceptionem non numeratæ dotis, tunc ex confeſsione dotis receptæ à marito magis argui donandi animum, & idcirco eam confeſsionem præſumi ſimulatam ac in fraudem legis donationes inter virum & vxorem prohibentis factam, reſponderunt Baldus in l. Vn. C. de priuileg. dotis. Imola in l. Si conſtante. num. 47. ff. ſol. matrim. Paulus Caſtrenſis in conſil. 383 num. 2. lib. 2. Aretinus in § Fuerat. num. 15. Inſtit. de actio. Socinus ſenior in l. 1. numero 102. verſicul. Secundo limita. ff. ſol. matrim.

Fundamentum eſt, quia eiuſmodi confeſsio eſt facta inter perſonas ſuſpectas, & ſuſpicio augetur magis ex lapſu dicti temporis. Videtur enim voluiſſe maritus eam dotem reddi ſuæ coniugi, licet eam non receperit, vt dicit Imperator in Nouella 100. ſiue in Authen. de tempore non ſolutæ pecuniæ ſuper dote. verſ. *Vbi enim.* Quare nihil obſtat huic exceptioni ſimulationis, quæ perpetua eſt, lapſus temporis prædicti ad querelam, & exceptionem non numeratæ dotis conſtituti.

Sed iſtis ego non conſentio. Vera enim & ſolida doctrina hæc mihi videtur, cùm lapſum eſt tempus conſtitutum ad proponendam querelam & exceptionem dotis non numeratæ, non poſſe amplius proponi, & idcirco eam cõfeſsionem marito, eiuſque hæredibus nocere. Ita expreſsè docet Imperator in d. Nouella. dum ait, ſi non fuerit exceptio, & querela propoſita tempore conſtituto, *palam eſt voluiſſe* (maritum ſcilicet) *vel ſi non accepit dotem, omnino eum aut ſuos reddere hæredes.*

Vides non hoc velle Iuſtinianum, vt illa confeſsio ſimulata eſſe, & in fraudem legis præſumatur, quia tunc non valeret, nec maritum obligaret (licet eius morte donatio confirmaretur) ſed hoc velle, vt dos reddatur mulieri, ſiue ſoluta ſit, ſiue non ſit ſoluta. Ita ergo rectè docuerunt Couarruuias libro variarum

resolut. cap. 7. n. 5. in fine vers. Quod si velimus, & Menochius de Præsumptionibus lib. 3. Præsumpt. 12. n. 75.

Fundamentum verò contrariæ sententiæ non est firmum, quia negamus eiusmodi confessiones præsumi simulatas, & in fraudem legum factas, vt supra cap. 80. disputatum est. Sublato enim hoc axiomate, corruit id quod ex eo sequitur, exceptionem nimirum simulationis post lapsum tempus competere. Nulla enim simulatio adest, nec præsumenda est; ideo frustra obiicitur, eam esse perpetuam exceptionem.

CAPVT LXXXIII.

Si ignobilis vir, vel senex duxerit vxorem nobilem, vel iuuenem, & se dotem accepisse confessus fuerit, quid de eiusmodi confessione statuendum?

AVthores qui de hac re disputant, interpretes nostri sunt, veteres ac recentiores ad l. 1. ff. solut. matr. ad l. Diuortio. ff. de verb. oblig. & alibi. nouissimè Menochius de Præsumptionib. lib. 3. Præsumpt. 12. n. 4. cum sequentibus, Ioannes Vaudus variar. quæst. lib. 2. c. 37. isti alios plurimos citant, quos huc adferre non est operæ precium.

Ne obscuritas & confusio oriatur, distinguo tempora. Primum est ante contractum matrimonium, cùm scilicet vir ignobilis, vel senex ducturus nobilem ac iuuenem ante matrimonium contractum, confitetur se dotem accepisse. Secundum tempus est post contractum matrimonium: Cùm scilicet matrimonio iam contracto eiusmodi confessio facta est.

Circa primum tempus hæc est communior sententia, si constet confessionem fuisse factam animo donandi, valere, & efficacem esse.

Fundamentum est, quia videtur facta eiusmodi donatio remunerationis seu recompensationis gratia, quia vir & vxor non sunt paris conditionis. Nobilis enim mulier suæ nobilitatis iacturam facit, & iuuenis seni nubendo non paruam suscipit crucem.

Donatio autem valet inter virum & vxorem remunerationis gratia. l. Quod autem. §. Si vir. ff. de donatio. inter vir. & vxor.

Non assentior huic sententiæ ob eadem argumenta, quibus alii ante me vsi sunt, & quæ nunc ego defendam, nimirum ex l. 3. §. Videamus. & l. Et ideo §. vlt. ff. de donat. inter virum & vxorem. Vlpianus: *Videamus inter quos sint prohibitæ donationes. Et quidem, si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit. Sed si aliquod impedimentum interueniat, ne sit omnino matrimonium; valebit donatio. Ergo si senatoris filia libertino contra Senatusconsultum nupserit, &c. valebit donatio, quia nuptiæ non sunt.* Sed moribus nostris valet matrimonium inter nobilem mulierem, & ignobilem virum, inter iuuenculam, & senem. Ergo donatio non valet.

Respondent contrariæ sententiæ authores, textus istos loqui cum donatio fit post contractum matrimonium, quæstionem autem proponi de donatione facta ante contractum matrimonium. Rationem hanc diuersitatis adferunt, quia post contractum matrimonium huiusmodi donatio voluntaria est, neque enim cogebatur vir, vt mulierem ad matrimonium contrahendum induceret, aliquid ei donare, quoniam iam matrimonium erat contractum. Cùm autem aliquid donatur ante contractum matrimonium, tunc necessaria videtur ea donatio, vt mulier ad matrimonium contrahendum alliciatur.

Non est bona responsio, quia confessio viri facta animo donandi, etiam ante matrimonium contractum non valet, scilicet, si facta sit in eum finem, vt matrimonium contrahatur. Impp. Seuerus & Antoninus: *Multum interest, si ea, quæ donat vir futurus, tradiderit vxori, & postea in dotem acceperit, an verò donandi animo, dotem auxerit, vt videatur accepisse, quod non accepit, priore enim casu donatio non impeditur, &c. Posteriore autem casu nihil actum est donatione, & quod in dotem datum non est, repeti non potest.* l. 1. C. de donat. ante nupt.

Docent in ea lege Impp. modum & rationem, qua vxorem ducturus ante contractum matrimonium donare possit vxori futuræ, nimirum, vt res vxori tradat, quas donare vult, deinde eas in dotem accipiat. Et ita in specie facti nobis proposita valere poterit donatio ante matrimonium contractum, si ducturus vxorem res tradiderit, postea in dotem acceperit.

Nec valet illa responsio, hanc legem locum non habere inter virum & mulierem disparis conditionis, quia hæc exceptio probanda est. Lex enim generalis est, & clara, nullam distinctionem adhibens.

Quod verò attinet ad rationem diuersitatis inter hæc duo tempora, ante scilicet contractum matrimonium, & post contractum matrimonium, illa quidem satis idonea & probabilis est, quantum ad hunc effectum, vt valeat donatio ante matrimonium contractum, si non solùm fiat, vt mulier inducatur ad illud contrahendum, sed etiam seruetur forma legis, siue ratio illa & modus, qui iure permissus est, nimirum, vt vir tradat pecuniam, vel alias res futuræ vxori, deinde eas in dotem acci-

accipiat: ſicut docent Impp. in d. l. 1. C. de donation. ante nup. Verum ſi donandi animo, vt in hac facti ſpecie noſtra confeſſus fuerit ſe accepiſſe, quæ non accepit, *nihil actum eſt donatione*, vt in eadem lege dicitur.

Non obſtat argumentum communis opinionis, nimirum donationem inter virum & vxorem remunerationis gratia factam valere, quia in primis reſpondeo, in terminis noſtris cùm vir ignobilis ducit vxorem nobilem, eamque ob cauſſam remunerationis gratia donari dicitur, contrarium docuiſſe Vlpianum in d. l. 3. §. Videamus. ff. de dona. inter virum & vxor. ſi enim hoc in caſu valeret donatio quaſi remunerandi gratia facta, deberet apud Vlpianum valere donatio filiæ Senatoris collata a libertino, licet matrimonium valeret: quod tamen Vlpiani ſententiæ aduerſatur, dicentis, donationem valere, *quia nuptiæ non ſunt.*

Deinde reſpondeo, textum qui adfertur in l. Quod autem. §. Si vir & vxor. longè diſſimilem facti ſpeciem continere. Sic ait Vlpianus ibi: *Si vir & vxor quina inuicem ſibi donauerint, & maritus ſeruauerit, vxor conſumpſerit, rectè placuit compenſationem fieri donationum.*

Nihil ad rem facit, loquitur enim de reciproca donatione, non de ea quæ fit remunerandi gratia, vt in ſpecie noſtra, qua de re etiam diſſerui lib. 7. Controuerſ. c. 80.

Secundò, circa idem tempus matrimonij nondum contracti, alia a pleriſque recepta eſt ſententia, multis tamen repugnantibus Confeſſionem dotis receptæ à viro ignobili vel ſene factam, quia poſtea fœminam nobilem, vel iuuenem vxorem duxit, in dubio videri factam animo donandi, & ideo non competere exceptionem, vel querelam dotis non numeratæ.

Fundamentum eſt, quia ſubeſt cauſſa donandi pro remuneratione nobilitatis & iuuentutis. Argumento l. Si verò non remunerandi. §. Idem Papinianus. ff. Mandati.

Sed nihil textus ille ad rem facit, quia donatio patroni præceſſerat; vnde ex liberti conſenſu meritò præſumitur donatio, vt patet ex illis verbis: *Quod ſi donationem patronus in libertum contulit, videri & poſtea libertum patrono donaſſe.* Quia ſc. vendenti fundum patrono libertus conſenſerit, vt paulò antè dixerat ibi Iuriſconſultus. Hic verò nihil mulier donauit viro ſuo, nec vllum alium actum exercuit ex quo donatio argueretur. Quod enim mulier nobilis & iuuenis ſeni & ignobili nupſerit, illud donationem in ſe continet nullam. Tanti feciſſe illum videtur, vel propter diuitias, vel probitatem, vel alias ob cauſſas, vt dignum ſuo coniugio exiſtimauerit.

Quare contrariam ſententiam amplector vti probabiliorem, eiuſmodi confeſſionem factam videri ſpe futuræ numerationis, & idcirco intra tempus à lege conſtitutum, competere marito & eius hæredibus exceptionem, & querelam dotis non numeratæ.

Probatur hæc ſententia ex l. vlt. C. de dote cauta non nu. & ex Nouella 100. quibus in locis apertè id eſt conſtitutum, vt in dotibus quas datas eſſe dotalibus inſtrumentis adſcribi moris eſt, licet nulla datio ſecuta ſit, competat exceptio non numeratæ dotis.

Non diſtinguit lex vtrum maritus ignobilis, vel ſenex duxerit nobilem mulierem, vel iuuenem, an matrimonium inter pares contractum fuerit nec ne. Non adiecit hanc exceptionem, ſed generaliter locuta eſt. Cur igitur ſine lege, ſine iuris manifeſta, aut probabili ratione, audeamus exceptionem nos effingere; & in ea ſubuertere tam claram legis definitionem, quæ dotis non numeratæ exceptionem tribuit? Hæc de tempore nondum contracti matrimonij.

Quod ſi matrimonium iam contractum ſit, & eo conſtante proponatur eiuſmodi confeſſio mariti, cum ſuprà dictis circumſtantiis, ſunt qui putent in dubio, eam videri factam animo donandi, quaſi remunerationis gratia facta ſit, & ideo legibus non improbetur ex d. l. Quod autem. §. Si vir. ff. de donat. inter vir. & vxor.

Sed ego contra ſentio vnà cum multis aliis, confeſſionem factam videri ſpe futuræ numerationis, & idcirco competere exceptionem dotis non numeratæ.

Adſtipulatur ſententiæ noſtræ l. vlt. Cod. de dote cauta non numer. quæ vt antea dixi generalis eſt, & hunc noſtrum caſum non excipit.

Contrariæ verò ſententiæ aduerſatur l. 3. §. Videamus. ff. de donatio inter vir. & vxor. ſicut ſuprà in prima concluſione huius capitis diſſerui.

Nec ſuffragatur l. Quod autem. §. Si vir. ff. eo. tit. quia loquitur de mutua ſeu reciproca donatione inter virum & vxorem, in quibus terminis noſtra non verſatur diſputatio; quia mulier nil donauit viro ſuo, ſed tanti eius matrimonium fecit, vt nec iuuentutis, neque nobilitatis rationem habuerit.

Erit igitur (neque enim vtilia repetere piget) cùm donare maritus vxori ſuæ voluerit animo eam remunerandi, & compenſandi nobilitatem ac iuuentutem, ſeruandus modus, quem ponunt Impp. Seuerus & Antoninus in l. 1. Cod. de donat. ante nupt. nimirum, vt quod donare voluerit, ei tradat, poſtea in dotem accipiat; nam ſi donandi animo fateatur ſe accepiſſe, quod non accepit, nihil agit, vt ibi dicitur.

CAPVT LXXXIV.

Quid sit statuendum de confessione dotis receptæ, factâ constante matrimonio adiectâ renunciatione exceptionis, non numeratæ dotis?

COmmunis est Doctorum sententia, confessionem dotis receptæ à marito factam constante matrimonio, cum renunciatione exceptionis non numeratæ dotis, animo donandi factam videri. Vide Socinum seniorem in l. 1. n. 100. ff. sol. matr. Alexandrum cons. 142. n. 2. li. 5. Menochium de Præsumpt. libr. 3. Præsumpt. 12. n. 51.

Fundamentum est, quia apparet ex ea renunciatione exceptionis non numeratæ dotis, ipsum maritum confitentem voluisse mulieri dotem reddi, licet eam non acceperit. Aufert enim renunciatio illam exceptionem, quæ aliâs competeret. Cùm itaque suspecta sit alioqui confessio ista, quasi videatur facta in fraudem legis prohibentis donationem inter virum & vxorem, augetur eiusmodi suspicio ex adiecta renunciatione, quia illa indicat, confessionem factam non fuisse, spe futuræ nominationis, consequenter animo donandi factam censeri.

Sed hoc primum negatur, confessionem aliâs suspectam esse, & in fraudem legis factam videri. Contrarium enim verius esse constat ex his, quæ superius dicta sunt c. 80.

Deinde negatur, vllam suspicionem ex hac renunciatione oriri; nisi hæc facti species proponatur, nimirum certò constare, dotem numeratam non fuisse. Tunc enim procul dubio videretur animo donandi confessio emanasse.

Sin autem res in obscuro sit, non video, quo modo suspecta sit hæc renunciatio, & non potius arguat maritum verè dotem accepisse. Nam cùm nemo præsumatur iactare suum. l. Cùm de indebito. ff. de probat. admodum probabile est, maritum ideo renunciasse exceptioni dotis non numeratæ, quia re vera dotem acceperit.

Igitur assentior Couarruuiæ discedenti à communi sententia hoc in casu, lib. 1. variar. resol. c. 7. n. 4 vers. Quamobrem ego opinor. & n. 5. in prin. & rectius Bartolum docuisse non dubito in l. Assiduis. n. 11. C. qui potior. in pig. hab. hoc operari dictam renunciationem, vt exceptio dotis non numeratæ obijci non possit. Rectè, quia quilibet potest renunciare iuri suo. l. pen. C. de pact.

Non rectè autem Socinus senior loco superiùs annotato, Bartoli sententiam accipiendam esse de renunciatione, & confessione ante matrimonium contractum emissa, quia Bartolus non ita loquitur, & eius ratio vtroque in casu locum habet.

CAPVT LXXXV.

Si maritus post contractum matrimonium confessus sit, se dotem recepisse ab alio quàm à muliere, an præsumatur verè numerata, an verò competat exceptio dotis non numeratæ?

NOn competere exceptionem dotis non numeratę marito confitenti, se dotem accepisse ab alio quam ab vxore sua, authores sunt, Baldus in l. vn. nu. 4. de priuileg. dotis, Iason in §. Fuerat. num. 89. Inst. de act. Ioan. Lupus ad rub. de dona. inter virum & vxorem. §. 30. n. 12. vers. *Et quod plus est.* Marsilius singulari 345.

Allegantur præterea Salycetus in Authent. Sed iam necesse. C. de donatio. ante nup. Socinus senior cons. 82. col. 1. vers. tertia ratio, libr. 3. Decius cons. 536. n. 9. vers. Ad hoc respondetur. & Rolandus a Valle in cons. 93. n. 29. libr. 1. qui sanè diligenter inspecti hoc non dicunt, sicut lector videre poterit.

Sed etsi mille alij Doctores hoc dicerent, non veram & manifestè repugnantem Iustiniano doctrinam traderent. Statuit enim Imperator Nouella 100. seu in Auth. de tempore non solutæ pecuniæ super dote, exceptionem dotis non numeratæ marito competere, siue dotem accepisse ab vxore cauerit, siue à patre, siue ab alio quopiam. Verba eius hæc sunt: *In nullo discernentibus nobis, siue mulier tanquam dotem offerens conscribat, siue pater, siue alius quispiam pro eo tempore in omni casu, sicut suprà prædiximus extendente nos effectus, & dante vel perimente querelam.*

Quare a supradictorum sententia meritò discesserunt doctissimi viri, quos nos sequimur, docentes, querelam & exceptionem non numeratæ dotis competere, siue à muliere, siue ab alio dotem maritus se accepisse confessus fuerit. Bald. Nouell. ad l. 1. n. 207. vers. Tertio limita. ff. sol. matr. & de dote, part. 10. n. 14. Didacus Couarruu. lib. 1. variarum resolut. c. 7. n. 6. vers. Est & alia in hac re. Menochius de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 12. n. 79.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia cùm ab alio quàm à muliere vir fatetur se dotem accepisse, nulla est suspicio tacitæ donationis, ac proinde dos verè numerata præsumitur.

Respondeo, nullam quidem donationis suspicionem esse, sed non idcirco denegandam fore non numeratę dotis exceptionem, quam Imperator Iustinianus in sua Nouella tam disertè concessit, quia confessio videri potest facta spe futuræ numerationis, vt in d. Nouella.

CAPVT

CAPVT LXXXVI.

Confessio dotis receptæ à marito facta, an præiudicet creditoribus post elapsum tempus opponendi exceptionem dotis non numeratæ?

NOn parui momenti controuersia hæc est: ideo accuratè tractanda. Quatuor præcipuæ sunt Doctorum sententiæ, quas ordine referam, & refutabo, prima excepta, quam cæteris probabiliorem esse iudico.

Prima est sententia eorum qui simpliciter dixerunt, nulla distinctione adhibita inter confessionem factam ante vel post matrimonium eiusmodi confessionem dotis receptæ præiudicare creditoribus mariti post elapsum tempus iure constitutum ad opponendam non numeratę dotis exceptionem. Ita Bartol. in l. Assiduis. n. 11. C. qui potior. in pig. hab. & multi alij apud Rolandum à Valle, in cons. 20. n. 14. & 74. n. 10. li. 4. And. Geyll. li. 20. obseru. 81. n. 10.

Fundamentum est primò in l. Duobus. § 1. ff. de iureiur. vbi probatur fideiussorem agere posse contra principalem debitorem, ob solutam creditori pecuniam, si probauerit solutionem ex creditoris confessione, elapso sc. triginta dierum spatio, quod datur ad excipiendum, vt in l. In contractibus. Cod. de non numer. pecu. *Secundò*, in l. Pecuniæ. Cod. de solu. vbi pecuniæ solutæ professio rei gestæ probationem continet, & idem probatur in l. Si ita stipulatus. §. Chrysogonus. de verb. oblig. post lapsum tempus opponendi exceptionem, vt declarat Alexander post alios quos citat in li. 1. §. Si quis ita. n. 34. ff. eo. tit.

Sed hoc fundamentum non est satis firmum, quia responderi potest, quod attinet ad primum, hæc esse dissimilia, tum quia debitor principalis, cui confessio creditoris præiudicat, non est tertius quidam, de cuius præiudicio agatur, veluti sunt in hac quęstione nostra creditores alij, quibus mariti confessio præiudicare debet: tum quia ratio est manifesta, cur debitori præiudicet confessio creditoris, quòd receperit sibi debitam quantitatem à fideiussore, nimirum illa, quia per illam confessionem commodum sentit; ex ea enim probare potest creditori iam pecuniam esse solutam, qua solutione ipse procul dubio liberatus iam est, quare meritò à fideiussore conueniri potest actione mandati.

Alterum verò argumentum nihil aliud probat, quàm ex confessione probari solutionem & numerationem, sed responderi potest, id locum habere quoad confitentem, non autem in alterius præiudicium. Confessio enim præiudicat confitenti, non alijs, argum. l. Si quis posthac. C. de bonis damnator. ibi: *Dos etiam non quæ aliquoties inaniter dotalium instrumentorum tenore conscribitur, sed quam se corporaliter tradidisse docuerit, repræsentetur.* Quibus verbis apparet mariti confessionem dotis receptæ non præiudicare fisco, sed probandam esse veram numerationem.

Hæc igitur sententia, quæ mihi cæteris probabilior videtur, probatur hoc argumento: quia post lapsum tempus à lege constitutum ad opponendam non numeratæ dotis exceptionem istam & querelam opponi non potest, nec à marito, nec ab eius hæredibus, vt in l. vlt. C. de dote cau. non num. & in Nouella 100. siue in Authen. de tempo. non solutæ pecuniæ super dote. Certum est quoque iurique & rationi consentaneum, non posse dictam querelam proponi ab alijs, puta creditoribus, vel tertiis possessoribus, quorum interest, quia tempus est à lege constitutum ad eam opponendam, sine vllius personæ exceptione: nec iustum est, vt plus iuris concedatur extraneis quàm ipsi marito & eius hæredibus, quorum principaliter interest. Itaque tempore elapso excluduntur omnes quorum interest ab eiusmodi querela & exceptione proponenda dotis non numeratæ.

Hoc ita posito res sic se habet. Creditores objiciunt, dotem numeratam non fuisse, consequenter dotem non esse dicendam, quia dotem numeratio, non scriptura facit. l. 1. Cod. de dote cau. non num. Respondebit mulier, tempus elapsum esse quo ista exceptio non numeratæ dotis proponi potest, ac proinde sibi actionem competere aduersus maritum & eius heredes, cum priuilegiis dotibus concessis. Quod si ea res vergat in præiudicium creditorum, istud in consequentiam fieri: Et vt dici solet per accidens non principaliter. Posito enim hoc iure mulieris aduersus maritum, & eius hæredes pro dote recuperanda; cætera quæ sequuntur iura prælationis, ex legibus & constitutionibus prouenire, quas creditores euertere non possint. Sed iam reliquas doctorum sententias expendemus.

Secunda est sententia Francisci Aretini in consil. 86. num. 4. versi. *Aut maritus confitetur.* Is iam proximè relatam sententiam amplectitur, sed cum hac exceptione, nisi maritus qui constante matrimonio confessus est se dotem accepisse, simul renunciaret exceptioni non numeratæ dotis, quia ex hoc præsumptio & coniectura oritur eam confessionem factam esse animo donandi, atque adeò in fraudem legum, & non valere, præsertim in præiudicium aliorum.

Sed hæc exceptio iure non probatur, & co nititur argumento quod suprà confutatum est à nobis cap. 84. nimirum ex renunciatione

exceptionis non numeratæ dotis argui ſimulationem & donationem præſumi.

Tertia eſt ſententia, ſic diſtinguens: aut Confeſſio facta eſt conſtante matrimonio, aut ante contractum matrimonium. Priore caſu non præiudicat creditoribus etiam poſt lapſum tempus opponendi exceptionem non numeratæ dotis, quia præſumitur facta animo donandi, atque adeò ſimulata & in fraudem legis. Poſteriori autem caſu, quia ſuſpicio iſta locum habet, præiudicat creditoribus; ita poſt alios multos Didacus Couuar. variar. reſol. lib. 1. c. 7. poſt n. 6. verſ. Quamobrem breui quadam vtar diſtinctione. & poſt eum Iacobus Menochius de Præſump. li. 3. Præſum p. 13. n. 14.

Sed quod attinet ad poſterius membrum, illud conuenit cum priori ſententia quam ſecuti ſumus. Prius autem membrum fragili nititur argumento, quoniam nec iure probatur, nec ratione defendi poteſt ea opinio, qua dicitur, confeſſionem dotis receptæ à marito factam conſtante matrimonio præſumi factam animo donandi: Hæc ſententia à nobis ſuperiùs eſt confutata c. 80.

Quarta eſt ſententia, eiuſmodi confeſſionem dotis receptæ non præiudicare creditoribus mariti, etiamſi lapſa ſint tempora opponendi exceptionem non numeratæ dotis. Ita Imola in l. Si ita ſtipulatus. §. Chryſogonus. n. 11. ff. de verb. ob. Iaſon in §. Fuerat. n. 75. de act. Felynus in c. Si cautio. n. 84. de fide inſtru. Ludo. Romanus ad l. 1. n. 22. ff. ſol. matr. & ibidem Socinus n. 90. Alios citant Couuar. & Menochius locis proximè citatis.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex Authen. Sed iam neceſſe. Co. de donat. ante nupt. in illis verbis: *At ſi debitor ſit, ne fraudis erga creditores ſuſpicio ſubeſſe poſſit, omnino res immobiles incremento dotis proficiant. Si enim mulier immobilis ſubſtantiæ domina res mobiles in augmentum dederit: in hac parte dotis nullo vtetur aduerſus alios creditores priuilegio.*

Secundum ex l. Si quis poſthac. Cod. de bonis damna. in illis verbis, quibus dicitur probandam eſſe dotis numerationem, ſi cum fiſco agatur. ibi: *Dos etiam non quæ aliquoties inaniter dotalium inſtrumentorum tenore conſcribitur, ſed quam ſe corporaliter tradidiſſe docuerit repræſentetur.*

Tertium eſt ex l. pen. C. de non nu. pecu. quatenus ibi dicitur creditoribus & aliis, quorum intereſt licere exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere debitore principali *ſuperſedente*, ea vti nec ideo prohiberi: *quod principalis debitor ea nunquam vſus fuerit.*

Sed iſta nihil mouent. Quod attinet ad primum, ſenſus Nouellæ eſt, [illegible] debito ære alieno obſtricto, non licere mulieri dotem augere, præterquam in rebus immobilibus, ne fraudi ſuſpicio ſit, ſi fortè augere eam velit in rebus mobilibus & in pecunia, vt ſcilicet creditoribus præferatur. quia ſi liceret hoc facere, in promptu eſſet ratio fraudis committendæ aduerſus creditores, non ſolùm ſi maritus confiteretur accepiſſe quod non accepiſſet, ſed etiam ſimulatione adhibita circa fictam numerationem pecuniæ, quod facilè committi poſſe non ignorant ij, qui verſantur in foro, quę ſuſpicio non habet locum in rebus immobilibus.

De hac facti ſpecie nos non loquimur, id eſt, de dotis augmento, in rebus mobilibus facto matrimonio conſtante, eo tempore quo talis fraudis ſuſpicio eſſe poteſt. Sed de ipſa dote à principio cauta, quam maritus eſt confeſſus ſe accepiſſe, & quam numeratam non fuiſſe intra tempora legibus conſtituta, licebat marito excipere & conqueri, nec non etiam creditoribus, quorum intererat, ſi vllam fraudis ſuſpicionem timebant.

Ad ſecundum reſpondeo, illam legem accipiendam eſſe cum iſta exceptione, niſi dotis receptę confeſſio munita ſit tempore legibus conſtituto, ad querelam proponendam non numeratæ dotis: tunc enim ſicut mulieri actio competit aduerſus maritum, ita & aduerſus fiſcum, qui in locum eius ſucceſſit; quæ communis eſt expoſitio, vt poſt Bartolum in d. l. Poſthac. nouiſſimè docet Peregrinus de iuribus & priuilegiis fiſci. lib. 5. tit. 1. n. 81.

Ad tertium reſpondeo, illam legem accipiendam eſſe, ſicut vltima verba indicant, ſi exceptio non numeratæ pecuniæ opponatur *intra ſtatuta ſcilicet tempora*. licet enim illa verba referantur ad principalem debitorem & fideiuſſorem eius, tamen indicant, etiam ab ipſis creditoribus proponendam eſſe exceptionem intra legitima tempora. Nam hoc dicit lex, non nocere principali debitori fideiuſſori eius, quod creditores victi fuerint, ſed poſſe illos poſtea, ſi conueniantur, intra ſtatuta ſcilicet tempora, ea ſe exceptione tueri. Conſequenter lex non præſupponit, creditores exceptionem oppoſuiſſe intra legitima tempora, ſed victos fuiſſe.

Et certè, vt ſuprà dixi, id à iure longè alienum eſſet, magnáque hic oriretur iuris perturbatio, ſi liceret aliis, quàm principali debitori exceptionem non numeratæ pecuniæ poſt legitima tempora opponere: quoniam, vt ſuprà indicaui, maiori fauore dignus eſt principalis debitor, & eius magis intereſt, imò eius gratia introductum eſt auxilium illud exceptionis non numeratę pecuniæ. Quamobrem ſi ille excluditur, iuſtum eſt, & cęteros quorum in conſequentiam intereſſe poteſt, excludi.

CAPVT

CAPVT LXXXVII.

Si præcedat dotis promissio, deinde confessio dotis receptæ à marito fiat, an etiam creditoribus præiudicet, vt non possint exceptionem opponere dotis non numeratæ?

TRes sunt Doctorum sententiæ hac de re. Vna, eiusmodi confessionem creditoribus quoque nocere. Altera non nocere, quin possint opponere exceptionem non numeratæ dotis. Tertia, distinguendum esse circa tempus, quo confessio facta est. Nam si eo tempore sit facta, quo maritus ære alieno maximè obstrictus est, præsumitur esse facta in fraudem creditorum, & ideo creditoribus non obest, secus si eo tempore, quo facta est, non apparebat magnum æs alienum. Vide Paulum Castrensem in l. 1. ff. sol. matr. & ibidem Socinum seniorem. n. 95. & Baldum Nouellum. num. 211. & eundem in tract. de dote, part. 10. num. 18. Antoninum Gabrielium comm. concl. lib. 3. tit. de iure dotium. conclus. 4. Menochium de Præsump. lib. 3. Præsump. 13. n. 21.

Prioris sententiæ fundamentum est, quoniam certum est exceptionem non numeratæ dotis non competere marito, quando post dotale instrumentum securitas exposita est de dote soluta, vt docet text. in l. In contractibus §. Sed quoniam. vers. *Illis etiam securitatibus.* C. de non num. pecun. Ergo nec competit creditoribus.

Secundæ opinionis fundamentum est, quia non videtur esse bona consequentia. Confessio mariti nocet marito hoc in casu, ergo nocet etiam creditoribus: quia l. In contractibus. §. Sed quoniam. non loquitur de creditoribus, sed negat exceptionem dotis non numeratæ marito competere.

Tertiæ opinionis fundamentū est, quia vbi æs alienum apparet, suspicio est fraudis, ne videlicet facta fuerit confessio in fraudem creditorum, iuxta Authen Sed iam necesse C. de dona. ante nupr. quæ suspicio cessat, cessante ære alieno mariti.

Ego priorem sententiam amplector. Cùm enim præcessit instrumentum dotale, deinde sequitur eiusmodi confessio mariti, dos præsumitur verè numerata, ideo lex marito non concedit exceptionem non numeratæ dotis, vt in d. §. Sed quoniam.

Si marito non conceditur exceptio, igitur nec creditoribus, quia maritus est principalis debitor dotis, & eius principaliter interest, dotem numeratam esse, quare non debet esse deterioris conditionis quàm creditores, sed potius quodammodo melioris, aut saltem æqualis. Ergo nihil obstat argumentum contrariæ opinionis: Licet enim l. In contractibus. §. Sed quoniam. non loquatur de creditoribus, tamen ea ratione excluduntur creditores ab exceptione, qua & maritus ipse excluditur, cui illa magis principaliter competit.

Argumentum autem quo nititur distinctio in primo membro ex Auth. sed iam necesse. non frangit nostram sententiam, quia loquitur d. Authent. de augmento dotis, quod certè in fraudem creditorum fieri ære alieno apparente, si consistat in reb. mobilibus, manifesta est, & euidens suspicio. aliud est de dote dicēdum à principio constituta in instrumento dotali. deinde marito chirographum exponente, vel aliam cautionem de ea soluta. Præsumitur. n. verè soluta, nec tanta viget fraudis suspicio, cùm illa, si quæ oritur, contraria præsumptione tollatur, quæ ex dotali instrumento præcedente proficiscitur.

CAPVT LXXXVIII.

Ad l. Quoties. C. de dona. quæ sub modo.

DIocletianus: *Quoties donatio ita conficitur, vt post tempus id quod datum est alij restituatur, veteris iuris authoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit, placiti fide non impleta eo, qui liberalitatis author fuit, vel heredibus eius condictitiæ actionis persecutionem competere. Sed cùm postea benigna iuris interpretatione diui Principes ei, qui stipulatus non sit, vtilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiserint, actio quæ sorori tuæ, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur* l. 3. C. de dona. quæ sub modo. &c.

Sed quæritur, vtilis actio cuius meminit textus ei competens, cui donator post mortem eius, cui donauit rem restitui voluit, sitne in rem vel in personam. Et in rem esse respondit Speculator in tit. de Emphyteut. q. 70. & post eum Decius in cons. 239. & in l. 2. de Traditionibus n. 14. C. de Pactis.

Sed in personam esse respondit Alciatus in consl. 99. nu. 12. & Didacus Couuar. lib. 1. variat. resol. c. 14. n. 3. quibus & ipse assentior.

Priori sententiæ adstipulari videtur l. 1. C. de donat. quæ sub modo, vbi dicit, donatori competere *vtilem rei vindicationem*, qua dominium pristinum restituatur, si is cui donatum est legi donationis non obtemperauerit. Hęc eadem actio illi etiam competit, cui donator restitui voluit rem donatam, vt patet ex d. l. Quoties. 3.

Secundò, adstipulatur l. 1. C. de donat. caus. mortis. vbi: *Si donatione contineatur, vt altero defuncto, ad alterū portio eorum quæ donabantur pertineret, existente conditione, si mortis:*

causa donatio perficiebatur fideicommissi actio competit. Actio autem fideicommissi est in rem. l. 1. C. comm. de lega.

Posteriori autem sententiæ suffragatur iuris definitio, qua dominia rerum non pactis & stipulationibus sed traditionibus acquiri palam est l. Traditionibus. C. de Pactis. Ergo nulla traditione interueniente in rem actio ei non competit, cui rem donator restitui voluit, quia dominium non habet, quod in rem actio requirit. §. Omnium. Instit. de actio.

Huc accedit quòd text. in d. l. Quoties. conditionem (quæ actio personalis est. §. Appellamus. Instit. de actio.) tribuit donatori, non autem in rem actionem.

Nec obstat l. 1. C. eo. tit. quia illa lex loquitur cùm donator adiecit eam conditionem, vt alimenta alicui præstarentur, ac proinde quod alimentorum fauore constitutum est, temerè producendum non est ad alios dissimiles casus.

Ad l. 1. C. de dona. cau. mortis. respondeo, esse animaduertendum illam legem locum habere, cùm mortis caussa donatio fit, & donator hanc legem donationi addit, vt post mortem eius, cui donatur, alteri res restituatur. Tunc is fideicommissi actionem habet. Fideicommissum enim relinqui potest ab intestato nuda voluntate quocunque modo. l. Et in epistola. C. de fideicommiss. & à donatariis caussa mortis. l. Ab eo. Cod. eod. l. Cùm pater. §. 1. de leg. 2. A donatariis autem inter viuos relinqui non potest, vt probat l. Cùm quis. §. Pater. de leg. 3. quatenus tex. ait ex stipulatu actionem competere in primo casu, quo donationi inter viuos adiecta erat conditio, vt aliis res restituerentur donatæ. vt explicat Cuiacius lib. 20. obseru. cap. 6. quare in d. l. 1. C. de don. caus. mort. addita sunt illa verba: *Si mortis caussa donatio perficiebatur*. Non idem respondisset in donatione inter viuos, de qua nostra disputatio est, quia fideicommissum ordinari non potest à donatario inter viuos: obligari potest eiusmodi donatarius pacto vel stipulatione, ad restituendum alteri post mortem suam, vel post certum tempus, & in eum vtilis actio in personam dabitur non in rem.

CAPVT LXXXIX.

Possitne donator pactum vel modum donationi adiectum in fauorem alterius ad libitum reuocare, etiam eo inuito?

Existimauit Bartolus in l. Qui Romæ. §. Flauius. de verb. oblig. donatori licere re integra pactum adiectum donationi in vtilitatem alterius eo etiam inuito reuocare, quem secuti sunt in commentariis eiusdem legis, Imola, Cumanus, Alexander, Aretinus, Iason, Socinus, & Duarenus.

Sed contrarium docuerunt Paulus Castrensis ibidem, Io. Lupus in rub. de don. inter vir. & vxor. §. 54. Guilielmus de Benedictis in c. Raynucius. in verbo, si absque liberis, in 2. de fideicommiss. subst. nu. 23.

Argumenta videamus. Primum prioris sententiæ argumentum est ex d. c. §. Flauius. in illis verbis: *Item quæro, si Flauij Hermetis hæres cum Claudij hærede ex caussa suprascripta agere nolit, an nihilominus Sticho libertas ex conuentione, quæ fuit inter Hermetem & Claudium (vt stipulatione suprascripta ostenditur) ab hærede Claudij præstari debeat? Respondit, debere.*

Sumitur argumentum hoc modo, si inuito hærede libertas competit, Ergo secus inuito donatore ipso, qui pactum adiecit in vtilitatem tertij.

Secundum est ex l. 3. ff. de seruis exportan. in illis verbis: *Si tamen is qui vendidit, in eadem voluntate perseueret.* Idem probat l. 3. ff. Qui sine manumissione ad liberta. peruen. & in l. 1. C. Si mancipium ita fuerit alienatum.

Tertium est ex l. Aristo. ff. de donatio. vbi probatur, donationem quæ aliud pactum continet, effici contractum innominatum. Ergo re integra locus est pœnitentiæ. l. 3. §. 1. l. 5. ff. de condit. cau. data.

Posterioris autem sententiæ argumenta hæc sunt. Primum ex l. Quoties. C. de donat. quæ sub modo. vbi dicitur, vtilem actionem acquiri tertio, cui donator dari stipulatus est: si acquiritur actio. Ergo ei non potest auferri inuito. l. Id quod nostrum. de reg. iuris.

Secundum est ex l. 1. ff. Qui sine manumissione ad liberta. perue. in illis verbis: *Sed & si mutauerit voluntatem venditor, nihilominus libertas competit.*

Tertium est ex l. 37. ff. de pactis. Proculus: *Si cùm fundum meum possideres, conuenisset mihi tecum, vt eius possessionem Titio traderes, vindicantem eum fundum à te non aliter me conuentionis exceptione excludi debere, quàm si aut iam tradidisses, aut tua caussa id inter nos conuenisset, & per te non staret, quò minus traderes.*

Si ergo tua caussa id inter nos conuenisset, nec tradidisses, non liceret mihi pactum reuocare, & fundum vindicare, quem vt Titio traderes, tecum conueneram. Pactum ergo in alterius vtilitatem reuocari non potest.

Quartum sumitur ex l. vlt. ff. de pactis, illis verbis: *Sed verius est semel adquisitam fideiussoris exceptionem pacti vlterius inuito extorqueri non posse.*

Nō refero quę latè disputat in hoc proposito Didacus Couuar. lib. 1. variar. resol. cap. 14. quia non

nõ pertinent ad huius articuli clãram certámque definitionem, quam in præsentia quærimus, sed ad varias factorum circumstantias, quæ super his proponi possunt.

Ego igitur pro huius quæstionis decisione sic statuo, posteriorem eam hanc sententiam probabiliorem videri. Nam si liberalitati hæc adiici conditio potest ad alterius vtilitatê, ita vt ei competat vtilis actio, sicut docet l. Quoties. C. de dona. quæ sub modo. non video, quo pacto donator possit auferre ius actionémve illi, cui eam acquisiuit. Quid enim aliud egit, nisi vt & in eum liberalitatê exerceret? Quod ergo semel placuit, amplius displicere non debet. Quod donatum est, non debet sine iusta caussa reuocari l. vlt. C. de reuo. dona.

Ad primum argumentum respondeo, text. in § Flauius. ad rem non pertinere, quia non recte infertur, inuito hærede donatoris libertas præstanda est. Ergo inuito donatore præstanda non est. Nam hoc ibi dicitur, nec quæritur, neque potest ex verbis textus colligi.

Ad secundum argumentum ex l. 3 ff de seruis export. & aliis similibus, quibus requiritur perseuerantia voluntatis, respondeo omissis aliorum responsionibus, ideo requiri venditoris perseuerantiam, quia ipsius interest. Nam si quis vendiderit seruum ea lege vt post certu tempus manumittatur, sine dubio tenetur in id, quod interest emptoris, tenetur, inquam, actione ex vendito, quia emptor cogitur seruo carere, quem emit & manumittit. Igitur venditor, ne conueniatur actione ex vendito mutare potest voluntatem, quo casu si emptor manumittat seruum, actio euanescit, vt inquit l. Quæsitum. ff de seruis export. Mutare, inquã, voluntatem potest, & pœnitere, vt seruus non manumittatur, ne ipse ad dandum eo nomine aliquid emptori condemnetur.

At in quæstione nobis proposita hæc ratio locum non habet. Nam si donet quis Titio quantitatem vel speciem ea lege, vt post certum tempus, vel incertum alteri tradatur, seu restituatur, iam exercuit liberalitatem in Titium, atq; in alterum, cui postea restitui rem voluit, ipse nullam amplius iacturã subire potest, nullũ amplius vertitur ea in re ipsius præiudicium, iam enim donauit. Cur igitur mutare voluntatem possit, cùm sibi mutatio non prosit, alteri verò noceat, cui consultũ voluit? Nemo potest mutare voluntatem in alterius iniuriam. l. Nemo mutare. de reg. iur. Si conditionem illam mutaret, quæ in fauorem tertij adscripta erat, pœnitendo & reuocando pactum, quo rem donatam alteri post tempus aliquod dari conuenerat, non sibi ipsi donator commodum pararet, sed donatario: is enim rem donatam sine omni onere retineret. At in l. 3. ff. de seruis export. venditor pœnitendo sibi prospicit, ne teneatur actione ex vendito in id quod emptoris interest, propterea quòd ex pacto cogatur seruum manumittere.

Tertium verò argumentum nihil prorsus ad rem facit, quia l. Aristo. ad rem non pertinet, vt cuilibet eam intuenti facilè est intelligere. Nec donatio contractus est, vt probarunt satis luculenter in l. Interdictum. ff de precario. ibi: *Magis enim ad donationem & beneficij caussam, quàm ad negotij contracti spectat precarij conditio.* Non est hic contractus innominatus, sed pactum donationi adiectum, vt alteri detur restituatúrve quod donatum est, quod actionem parit, vt in d. l. Quoties. Non ergo hæc ad extraneas res ac longè diuersas, qualis hæc nostra est, reuocanda sunt: sed in suis sunt terminis exaudienda, ac suis regulis decidenda.

CAPVT XC.

A l. 1. C. de donatio quæ sub modo, &c. Verùm. de conditio. apposi. de donatione in Ecclesiam collata sub modo, vel conditione.

RECtè respondisse & iuri cõuenienter mihi videtur Ludouicus Romanus in cons. 284 si Ecclesiæ res donata sit ea lege, vt donatori alimenta suppeditet, & illa non impleuerit hanc conditionem, repetitionem donatori competere rei donatæ. Sic enim constitutum est in l. 1 C. de donatio. quæ sub modo. Impp. Valerianus & Galienus: *Si doceas (vt affirmas) nepti tuæ ea lege donatum, vt certa tibi alimenta præberet, vindicationem etiam in hoc casu vtilem eo, quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes.*

At contra Didacus Couuar. post alios ab eo citatos lib. 1. variar resol c. 14. n. 6 ex c. Verum. de cond. appo. Alex. 3. *Verùm cùm alicui Ecclesia possessio qualibet interposita conditione donatur a donatore postea dõni minime reuocari non potest, nisi fortè talis sit conditione collatum, quod ea cessante debeat reuocari.*

Nihil mouet hoc responsum, primùm, quia non continet quicquam aduersus legem suprà dictam. Deinde, quia potius huic sententiæ suffragatur: *Nisi fortè talis sit conditione collatum*, inquit, *quod ea cessante debeat reuocari.* Atqui talis est conditio, qua de agitur, vt reuocetur donatio, nisi alimenta præstentur, vt statuit lex Cæsaris. Ergo donatio reuocari potest: quia lex Pontificia contrarium non decernit. quo casu ius Cæsareum obtinet, vt docet summus Pontifex in cap. 1 & 2. de operis noui nunc.

At obiicitur prælatum non posse Ecclesiæ præiudicare. Respondeo, in istiusmodi lucris acquirendis contrariam sententiam magis

obtinere, vt patet ex Rolando à Valle in conſ. 15. n. 23. cum multis ſequentibus lib. 1.

CAPVT XCI.

An per ſtipulationem Notarij contractibus adhibitam, acquiratur aliquod ius abſenti ante ratihabitionem?

FRuſtra nunc diſputabitur, an Notarij in contractibus ſtipulari alteri poſſint, quoniam in pleriſque ditionibus vſus iam obtinuit, vt ſtipulari poſſint, & alteri ius quærant abſenti & ignoranti. Illud non fruſtrà ad examen reuocabitur, an per ſtipulationem Notarij quæratur ius abſenti ante ratihabitionem. Fuit hæc olim controuerſia diu agitata, necdum finita eſt, aliis affirmantibus, aliis verò negantibus. Vide ſi plauſtra cupis allegationũ Anton. Gabrielium comm. concl. tit. de verb. oblig. concl. 1. n. 100. Cacheranum deciſ. Pedemontana 31. Tiraquellum de iure conſtituti parte 3. limitatione 30. n. 10. cum multis ſeqq. Hippol. Riminaldum conſ. 343. n. 46. lib. 3. cæteros ſciens prætereo.

Fundamentum eorum qui affirmant, ius ante ratihabitionem acquiri, quantum mihi diligenter veſtiganti videre licuit, conſiſtit in iis tribus. Primum, in legibus quibus fit mentio ſerui publici ſtipulantis impuberibus, & aliis. l. 2. 3. 4. ff. rem pupilli ſaluam fore. l. 1. §. Exigere. ff. de magiſtratib. conuenien. l. Non enim aliter. ff. de adoptio. l. 2. C. eod. tit. §. Cùm autem. Inſti. eod. l. Cùm cognatos. C. de captiuis & poſtlim. reuerſis. ca. Quanquam. de vſuris, lib. 6.

Secũdum eſt, quia Notarius eſt publica perſona. Poſſe autem publicam perſonam alteri ſtipulari, puta iudicem ſeu magiſtratum, colligunt multi ex l. Eum pro quo. ff. de in ius voca. melius probatur in d. l. 1. §. Exigere. ff. de Magiſtratib. conuenien.

Tertium eſt quia Notarium dicunt eſſe ſeruum publicum, ac proinde per eum acquiri ſicut per ſeruos noſtros. Conſtat autem per ſeruos noſtros etiam ignorantibus nobis acquiri. §. Item vobis acquiritur. Inſtit. per quas perſonas nobis acquiratur. Ergo ſimili modo, & per Notarii ſtipulationem acquiritur.

Fundamentum autem negantium ius acquiri ante ratificationem poſitum eſſe video in l. Si hac mente 25. aliàs, ſi ego. ff. de nego. geſt. vbi patet non acquiri ante ratificationem per alium, nempe procuratorem, vt patet ex illis verbis: *Poteſt tamen creditor etiam inuito me ratum habendo pecuniam ſuam facere.*

Animaduerti ego ſeruum publicum, cuius mentio fit in ſupradictis legibus, non alium fuiſſe, quam ſeruum reipublicæ, de quib. ſeruis reipublicæ extat tit. C. de ſeruis reipub. manu. quod & Tiraquell. obſeruauit adductis compluribus teſtimoniis loco ſuperiùs annotato n. 33. & de nobilitate, cap. 30. n. 9.

Quia tamen ſerui publici olim erant tabularij, hoc eſt, vt nunc vulgò loquimur, Notarij, ſicut patet ex dictis legibus (licet Arcadij & Honorij conſtitutione id fuerit poſtea emendatum, vt in l. Generali. C. de Tabulariis. ad quod alludit l. vlt. C. de ſeruis reipubl. manumitten.) idcirco non omnino mala eſt comparatio ſerui publici, cuius dictæ leges meminerunt, & notarij ſiue tabellionis ſi quantum ad hoc, vt per eum cautiones & ſtipulationes interponantur & fiant, ſicut olim per ſeruos publicos fiebat, & per perſonas publicas, ſicut indicat etiam l. 4. C. de arbitris.

In eo autem claudicat comparatio, quò leiuſmodi perſonæ publicæ, ſicut nunc ſunt Notarij, cùm ſerui amplius non ſint, non rectè nunc ſeruis comparantur, & multò minus ſeruis quos priuatim poſſidemus, vt quemadmodum per ſeruos noſtros nobis ignorantibus & inuitis acquiritur, ita etiam nunc per Notarios nobis ſtipulantes acquiritur. Etenim ſeruus municipum non eſt ſingulorum ſeruus, ſed reipublicæ, vt in l. 1. §. Seruum. ff. de quæſtio.

In iudicialibus itaque & prætoriis ſtipulationibus, de quibus leges ſuperiùs adductæ loquuntur, non malè retinebimus notariorũ & ſeruorum publicorum, ſeu perſonarum publicarum comparationem, quod confirmari poteſt ex l. Orphanotrophos. C. de Epiſcopis, & Cler. ibi: *Publicis perſonis, id eſt, tabulariis*, ſecus autem in contractibus & cæteris negotiis, in quibus nullũ habemus legis teſtimonium, ſi ſecundùm leges hæc quæſtio dirimenda ſit.

Quod ſi ex conſuetudine id etiam amplius tribuamus noſtris tabellionibus, vt paſſim in omnibus priuatis negotiis & contractibus ſtipulentur, & cautiones pro abſentibus recipiant non tamen video, quo pacto eis tribuere id etiam valeamus, vt abſentibus acquirant ante ratificationem. Id iuri conſentaneum non eſt, neque conſuetudine munitum. Abiiciamus ergo eorum ſententiam qui affirmant, amplectamur eorum qui negant ante ratihabitionem quicquam iuris acquiri per iſtiuſmodi tabellionum ſtipulationes.

CAPVT XCII.

De Saluiano interdicto controuerſia, an competat extra cauſſam locationis & conductionis, ſicut hypothecaria actio?

NOn committam, vt ſilentio prætoream duas de Saluiano interdict. controuerſias,

quarum

quarum in foro maximus est vsus. Prima est, an competat Saluianum interdictum cuicunque creditori, extra causam locationis & conductionis, sicut hypothecaria actio. Altera, an præcedere debeat principalis debitoris excussio. Priorem hoc, posteriorem sequenti capite explicabo.

Tractat hanc quæstionem magnus Menochius in commentariis de adipiscenda possess. remedio 3. in 3 quæstione, & refert duas extare tam veterum quam recentiorum sententias, authores simul laudans, quos huc transferre nõ est operæ precium. Vna est, eiusmodi interdictum competere contra quemcunque debitorem. Altera, non cõcedi creditori extra causam locationis & conductionis, nec contra alium debitorem, quam ex causa locationis & conductionis.

Omnis difficultas posita est in rescripto Imperatoris Gordiani in l. 1. C. de precario & Saluiano interdicto, cuius hæc sunt verba: *Si te nõ remittente pignus debitor tuus ea quæ tibi obnoxia sunt venundedit, integrum tibi ius est ea persequi non interdicto Saluiano (Id enim tantummodo aduersus conductorem debitoremve competit) sed Seruiana actione, vel quæ ad exemplum eius instituitur, vtilis aduersus emptorem exercenda est.*

Quod ait lex *debitorémve* exponunt aliqui, id est, ex causa conductionis. Alij verò accipiunt de quocunque debitore, inter quos Iacobus Cuiacius ad lib. 5. sententiarum Pauli tit. de interdictis, circa finem, & in paratitlis Codicis & Digestorum eiusdem tituli de Saluiano interdicto.

Quæ sententia & expositio, & verbi proprietati contentanea est, & probabilior videtur, quia si Gordianus voluisset dicere hoc interdictum dari duntaxat contra debitorem ex caussa conductionis, dixisset, dari aduersus conductorem hæredéLve eius, non autem *aduersus conductorem debitorémve*, quia his verbis omnis debitor continetur, non autem solus conductor, vel debitor ex conductione.

Illud etiam rectè monet idem Cuiacius lib. 5. obseru. c. 24. vtile Saluianum dari contra extraneum possessorem. Et quidem contra possessorem rerum conductoris, quæ locatori sunt obligatæ res, nullam habet dubitationem, quia ita respondit Iulianus in l. 1. ff. eo. ti. dum dixit: *Si colonus ancillam in fundum pignoris nomine induxerit, vel eam vendiderit: quod apud emptorem ex ea nátum est, eius apprehendendi gratia vtile interdictum reddi oportet.*

Sed an competat contra extraneum possessorem rerum debitoris alterius, extra caussam locationis & conductionis non ita exploratũ est. Putat tamen Cuiacius competere in paratitlis, vtile scilicet interdictum Saluianum ad exemplum vtilis Seruianæ, cui magis est, vt assentiar, quia si datur hoc interdictũ directum aduersus quemlibet debitorem, ratio iuris postulat, vt & aduersus possessorem quemlibet pignoris, vtile concedatur: quemadmodum directum competit aduersus conductorem. l. 1 C. eo. tit. vtile verò aduersus emptorem pignoris ipsius debitoris.

Rectè igitur & multi tradiderunt, & vsus forensis obtinuit, vtile interdictum Saluianum in omnibus casibus competere, in quibus vtilis competit Seruiana, siue hypothecaria actio: quamuis alij multi repugnauerint, qui accipiunt illa verba rescripti Gordiani, *debitorémve*, pro debitore ex causa conductionis: quæ sanè expositio non satis congrua videtur.

CAPVT XCIII.

An excussio principalis debitoris præcedere debeat antequam Saluianum interdictum aduersus extraneum possessorem intendatur?

NOn esse necessariam excussionem principalis debitoris, vt Saluiano interdicto agi possit aduersus extraneum possessorem, respõderunt Socinus sen. cons. 80. lib. 3. Crauetta cons. 201. Rolandus à Valle consi. 9. & cons. 14. lib. 1. Menochius de adipiscenda possess. remedio 3. n. 179.

Fundamentum est, quia hoc interdictũ possessorium est, Ergo non habet locum exceptio excussionis non factæ debitoris principalis. l. vlt. C. de acq. poss.

Contrarium responderunt Bertrandus cons. 213. lib. 4. & cons. 449. & 458. lib. 7. Calcan. cons. 29. nu. 5. Bellonus cons. 34. nu. 9. Natta cons. 521. Franciscus Becius cons. 88.

Fundamentum est in Nouella constitutione Iustiniani, quæ excussionem principalis debitoris requirit, antequã agatur cõtra extraneos possessores. Sic ait Iustinianus: *Sed neque ad res debitorum, quæ ab aliis detinentur, veniat prius, antequam transeat viam super personalibus contra mandatores & fideiussores, & sponsores, sicque ad res veniens principalis debitoris, siue ab alio detineantur, & detinentes eas conueniens, si neque inde habuerit satisfactionem, tunc veniat aduersus res fideiussorum & mandatorum, & sponsorum, &c.* In Auth. de fideiussoribus & mandatorib. §. Sed neque.

Huic posteriori sententiæ acquiescendum puto. Neque enim ad rem facit l. vlt. C. de acquir. possess. hoc dicit: *Siue seruus, siue procurator, vel colonus, vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere corporaliter nactam possessionem cuiuscunque rei dereliquerit, vel*

alij prodiderit desidia fortè, vel dolo, vt locus aperiatur alij eandem possessionem detinere: nihil penitus domino praeiudicij generetur, sed & ipse si liberæ conditionis est, competentibus actionibus subiugetur: omni iactura ab eo restituenda domino rei, vel ei circa quem negligenter, vel dolo versatus est.

Argumētum ex hac lege sumitur hoc modo, quia agenti ad recuperandam possessionem ex remedio dictæ legis, non obstat exceptio, non factæ excussionis d. bitoris principalis.

Sed inter hæc & quæstionem nostram magna est dissimilitudo. Primò l. vlt loquitur de domino rei, & ait nihil ei præiudicij generari ex dolo vel negligentia aliorum: & meritò; rem itaque suam vindicabit & possessionem recuperabit. At in quæstione nostra agitur de creditore, non de domino ipsius rei, vel possessore. Secundò in quæstione nostra debitor est certæ quantitatis, cum quo negocium gestum est, & contractus initus, ex quo debitum est generatum, meritò prius conueniendus est quàm extraneus possessor, qui non est obligatus, & ad quem bona fide, & iusto titulo res peruenit. At in l. vlt. nullus est debitor, cum quo contractus fuerit initus, imò is ad quem possessio iniustè peruenit, principaliter tenetur eam restituere domino: is qui fuit in culpa vel dolo, tenetur in id quod interest. Tertiò, debitor rei pignoratæ dominium retinet, ac proinde eam in alium potest transferre, at in l. vlt. seruus vel colonus, vel procurator, vel alius quispiam dominum spoliauit sua possessione, nullum ipse in ea re ius habens.

Denique argumentum tam longinquum & remotum ab hac nostra facti specie, non videtur mihi tanti esse faciendum, vt à præclara & speciali constitutione recedamus, quæ hāc propositam quæstionem satis aperte decidit.

CAPVT XCIV.

Reductio ad arbitrium boni viri apud quem petenda.

ARbitriorum multa sunt genera. Vnum huiusmodi vt siue æquum sit, siue iniquū, parere debeamus, quod obseruatur cùm ex compromisso ad arbitrium itum est. Alterum huiusmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat, arbitratorem doctores appellant. l. Societatem. § Arbitriorum. ff. pro socio. Sunt & alij quos Magistratus è re nata litigatoribus constituunt, à quibus appellare licet, sicut à iudicibus. l. Arbitrio. ff. qui satisd. cogantur. Ab arbitris autem ex compromisso appellare non licet. l. 1. C. de arbitris. Si tamen sordes vel euidens gratia eorum, qui arbitrati sunt, intercessit, aduersus agentem ex stipulatu ad pœnam exceptio doli mali competit. l. 3. C. eod. tit. *Per hanc autem exceptionem quædam appellandi species est, cùm liceat retractare de sententia arbitri,* inquit Paulus in l. Non distinguemus. §. cùm quidam ff. de receptis arbitris. Atque hinc nostri communiter distinxerunt arbitrum ab arbitratore, à sententia arbitri negarunt peti posse reductionem ad arbitrium boni viri, quia ei standum sit, siue æqua siue iniqua sit. l. Diē proferre. §. Stat. ff. de recep. arb. A sententia verò arbitratoris peti reductionem docuerunt ex d. l. Societatem. §. Arbitrorum, cum ll. seqq. ff. pro socio, vt testatur Io. Imolensis in c. Quintauallis. n. 47. de iureiurando. Sed apud quem iudicem petenda sit reductio ad arbitrium boni viri, diligenter inquirendum est à sententia arbitratoris.

Variæ enim sunt doctorum sententiæ. Vna, petendam esse apud iudicem superiorem ipsius arbitri. Angel. in l. Si suscepta. §. vlt. ff. de inoff. testam. Romanus cons. 165. Io. And. in c. Statutum. §. Cùm autem. de rescrip. in 6. Afflictus decis. 51. Felyn. in cap. 1. col. 5. de præscrip. Parisius cons. 45 n 11 lib. 1.

Fundamentum est, quia reductio ad arbitriū boni viri similis est appellationi. d. l. Non distinguemus. §. Cùm quidam. ff. de recep arb. Appellatio autem ad superiorem pronunciantis sententiam deferenda est. l. Præcipimus. C. de appellat.

Non est satis firmum, primò quia reductio ad arbitrium boni viri, non est per omnia similis appellationi, sed in eo duntaxat, quod sententia arbitri retractatur, vt in d. §. Cùm quidam in alijs multis est dissimilis, vt dicebat Federicus Senensis cons. 285. n. 2. Deinde, quia appellatio deuoluit quidem causam ad superiorem iudicis qui pronunciauit, sed ille idem superior est iudex etiam litigatorum. Hæc autem sententia requirit tantum, vt iudex reductionis sit superior arbitri. Ideo dicunt isti, si compromittatur in clericum & laicum, & ab eorum sententia petatur reductio ad arbitrium boni viri, adeundum esse Episcopum, tanquam superiorem clerici, & consequenter ratio duntaxat habetur, vt iudex reductionis sit superior arbitri non litigatorum, quod est absurdum.

Secunda est sententia, iudicem competētem causæ reductionis ad arbitrium boni viri eum esse, qui ordinarius iudex est illius aduersus quem reductio ad arbitrium boni viri postulatur. Ita respōdit Federicus Senensis in cons. 285. quem refert & sequitur Io. Imolensis in c. Quintauallis. n. 54. de iureiur. Didacus Couuar. lib. 2. variar. resol. c. 12. n. 2.

Fundamētum est in l. 2. C. vbi & apud quem, &c. Diocletianus: *Quoniam ea quæ in transactione dari placuerat, te tradidisse proponis, consequens*

con ... eſt, ſiue ius repetendi per in integrum reſtitutionem, vel quamcunque aliã cauſſam putaueris agendum, eius te adire prouinciæ præſidem, in qua domicilium habent, quos conuenis.

Non eſt ſatis firmum, quia ratio diuerſitatis eſt inter reſtitutionem in integrum aliamve cauſſam, per quam data repetuntur, & reductionem ad arbitrium boni viri. Petens per in integrum reſtitutionem quæ aduerſario ſuo dedit, eſt actor & iudicium inſtituit tunc primum, ideo ſequi debet forum rei quem conuenit, ſecundum vulgatem iuris regulam. At petens reductionem ſententiæ arbitratoris ad arbitrium boni viri, nõ tunc primum litem inſtituit, ſed cauſſam ſuam iam cœptam perſequitur. Aut igitur actor fuit ab initio, cùm ad arbitrium itur, aut reus. Si actor, ſine dubio ſequi debet forum rei, atq; adeò reductionem petere apud iudicem ordinarium rei: ſin autem reus erat is qui petit reductionẽ, ſimiliter reductionem petere apud ſuum ordinarium iudicem poterit: quia in cauſſa reductionis non deſinit eſſe reus, & actor qui erat non deſinit eſſe actor: quamobrem actor in cuius fauorem pronunciatum eſt, ab arbitro cum conuenire debet apud ... um iudicem, ſi nolit parere arbitri ſententiæ, ipſe verò contra excipere apud eundem poterit, vel etiam præuenire actorem, & reductionem apud ſuum ... dinarium iudicem poſtulare.

Tertia eſt ſententia, petẽdam eſſe reductionem apud ordinarium iudicem rei, a ... ud quem ab ... actio fuiſſet inſtituta, & hunc eſſe iudicẽ competentem, ita Bartolus in d. l. Societatem. §. Arbitriorum n. 18. ff. pro ſocio. & multi alij quos refert & ſequitur Rolandus a Valle in conſ. 24. lib. 4.

Et hanc ſententiam multis præiudiciis in Camera Imperial. firmatam teſtatur Andreas Geyll. lib. 1. obſeru. 149. & in pleno conſilio ita iudicatum fuiſſe anno 1542. teſtatur Mynſingerus centur. 2. obſeru. 61. Sic & in Gallia ordinatione Regia hanc ſententiam probari teſtis eſt Rebuffus de arbitris artic. 1. Gloſſ. 10. & in Senatu Pedemontano ita ſæpe iudicatũ fuiſſe ſcribit Antonius Teſſaurus deciſ. Pedemont. 14. Itaque ab hac ſententia, quaſi iam conſuetudine approbata, propter Cameræ Imperialis authoritatem, & aliorum inſignium Tribunalium, non puto recedendum eſſe.

Adfertur pro hac ſentẽtia l. Cùm hi. §. Tráſactiones ff. de Tranſact. & l. Si quis rem. 35 ff. de recept. arb. in vltimis verbis, ibi: *Lite apud iudicem ſuo ordine peragenda.* Magis viget argumentum Bartoli, quia actor ſequitur forum rei. Ergo reductio petenda eſt apud iudicem ipſius rei.

Non obſtat ſi dicatur hoc habere locum, ſi actor petat reductionem, non ſi reus, quia reſpondetur etiamſi reus reductionem petat idem ſtatuendum eſſe. Nam cum reus petit reductionem ſententia in fauorem actoris lata eſt: tunc ergo inter actorem & reum hæc eſt contentio, ac ſtatus cauſſæ. Actor dicit, arbitratoris ſententiam iuſtam eſſe & exequendam, agens ſcilicet ex ſtipulatione propoſita vel contractu, præambulo impleto per ſententiam arbitratoris, iuxta doctr. Bartoli in d. l. Societatem. §. Arbitriorum. num. 15. ff. pro ſocio. reus contra, iniquam eſſe contendit, & reducendam ad arbitriũ boni viri. Huius rei definitio ſpectat ad iudicem ordinarium rei, quia actor ſequi debet forum eius: Cognoſcet igitur ordinarius iudex æquum an iniquum fuerit arbitrium, nec aliter illud ratum habebit, quàm ſi æquum fuerit. Præclarè enim Celſus: *Et ferè ea mens eſt perſonam arbitrio ſubſtituentium, vt quia ſperent eam rectè arbitraturam id faciant, non quia vel immodicè obligari velint.* l. Si libertus 30. ff. de operis liberto.

CAPVT XCV.

Intra quod tempus ſit petenda reductio ad arbitrium boni viri a ſententia arbitratoris.

Controuerſia quoque eſt de tempore, intra quod reductio petenda ſit ad arbitrium boni viri a ſententia arbitratoris. Et vt ſtatim d cam, exiſtimo intra decem dies petendam eſſe authoritate l. pen. C. de arbitris. illis verbis: *Sin autem p ſt ſententiam minimè quidem ſubſcripſerint ... arbitri formam amplecti, ſed ſilentio eam roborauerint, & non intra decem dies proximos atteſtatio miſſa fuerit vel iudici, vel aduerſario ab a ... tera parte, per quam manifeſtum fiat definitionem non eſſe amplectendam: tunc ſilentio partium ſententiam roboratam eſſe, &c.* Atque ita docent Speculator tit. de arbitr. & arbitrato §. Sequitur. n. 24. Panormitanus in c. Quintauallis n. 16. de iureiur. Pract. Papienſis in forma libelli, quo agitur ad pœnam ex compromiſſo. in verbo, *Reductio.* n. 2.

Communis ſententia concedit annos 30. ad petendam reductionem, teſte Decio in conſ. 9. n. 6 Eugenio conſ. 1. n. 60. Andrea Geyll. lib. 1 obſeru. 150. n. 2. vbi dicit, Cameram imperialem eam ſequi ſolere.

Fundamentum eſt, quia hæc reductio vel eſt actio, vel exceptio ac defenſio, vel ius aliud quodcunque, Ergo non tollitur minori l, atio 30. annorum. l. Sicut. C. de præſcript. 30. vel. 40. annorum.

Ad l. pen. C. de arbitris. reſpondent, eam loqui de arbitro, non autem de arbitratore.

Sed etſi magna ſit authoritas communis

ſententiæ, non tamen tanta eſſe debet, vt rationem vincat aut legem, quæ decem dies conſtituit, ſit s clarè & directè nimirum l. penult. C. de arbitr.

Quod autem dicitur tempus 30 annorum requiri ad tollendam actionem, defenſionem. & ius alteri competens verum eſt, niſi minus tempus a lege ſit conſtitutum. Nam & appellatio defenſionis eſt ſpecies, & tamē intra decem dies proponenda eſt. Auth. Hodie. C. de Appellatio Sic & reductio ſiue querela à ſententia arbitri, vt in d l. pen. C. de arbitris, quēadmodum & ſupplicatio, vt in Auth. quæ ſupplicatio. C. de precib. Imperatori off.

Non obſtat quod reſpondetur l. pen. C. de arbitris. loqui de arbitris, non autem de arbitratoribus: quia lex illa loquitur de arbitris electis, non ex compromiſſo, nec ex iudicis mandato, vel neceſſitate vlla, ſed ex communi ſententia & conſenſu partium, quarum etiam mentio fit in l. pen. C. de pactis, & in l. vlt. C. vbi & apud quem. Et iſti ſunt non authoribus iuris noſtri, ſed doctoribus noſtris arbitratores. Id probo ex traditis per Bartolum. & alios in l. Societatem §. Arbitriorum. ff. pro ſocio. vbi textus dicit, Arbitriorum duo ſunt genera, *vnum huiuſmodi, vt ſiue æquum ſit ſiue iniquū, parere debeamus. quod obſeruatur, cùm ex compromiſſo ad arbitrum itur. Alterum huiuſmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat, ſi nominatim perſona ſit comprehenſa cuius arbitratu fiat.* Priores dicuntur arbitri noſtris doctoribus, à quibus appellare non licet, nec reductionem petere. Poſteriores dicuntur à noſtris arbitratores, vnde Bartolus ibi ſic ſcribit in principio: *Sententia arbitri omnino eſt parendum. Sententia verò arbitratoris, ſi ſit iniqua, reducetur ad arbitrium boni viri.* At Iuriſconſultus eos vocat arbitratores, & ij ſunt arbitri de quibus loquitur l. pen. Non enim illa loquitur de arbitris ad quos ex compromiſſo itur, quorum ſententiæ parendum eſt, ſiue æqua, ſiue iniqua ſit, aut pœna ſoluenda. l. Diem proferre. §. Sta ri. ff. de recept. arbitr. Non etiam loquitur de arbitris, quos Magiſtratus eligunt, vel dant litigatoribus à quorum ſententia appellatur, ſicut à ſententiis iudicum. l. Arbitro. ff. qui ſatiſd. cog. Loquitur ergo de arbitris communi ſententia electis, ſine pœna, ſine iudicis mandato, quorum ſententia redigi debet ad arbitrium boni viri, ſi iniquitatem contineat, vt in d. §. Arbitriorum, & ſequentibus legibus. Et ij doctoribus noſtris ſunt arbitratores. Ergo dict. l. penult. loquitur de arbitris, qui vocantur a noſtris arbitratores. Et expreſsè ſtatuit decem dierum tempus ad reclamandum a ſententia arbitri, vt iam dictum eſt. Conſequenter expreſsè quæſtionem à nobis propoſitam decidere videtur, niſi ego toto aberrem cœlo quod viri docti, vt ſpero, mihi indicabunt.

CAPVT XCVI.

Vtrum appellari poſſit à ſententia iudicis reducentis laudum ad arbitrium boni viri.

INſignis quoque controuerſia eſt inter Bartolum & Baldum, an à iudice, ad quem tanquam ad bonum virum recurritur, vt arbitratoris ſententiam (laudum vulgò dicitur) redigat ad æquitatem, appellare liceat. Negat Bartolus in l. 1. nu. 18. de leg. iis 2. Affirmat Baldus in l. 1. nu. 10. C. Ne liceat tertiò prouocare. A Bartolo ſtant Innocentius in cap. Præſenti. de reſcript. Abbas Panormitanus in c. Quintauallis n 40 de iureiu. Io. Andr. in add. Speculatoris. tit. de Appellatio. §. In quibus. n. 16. Salycetus in l. Et in maiorib. C. de appell. & in l. pen. quæſt. pen. C. de arbitris. Cepola cōſ. ciuili 16. Fulgoſius conſ. 111. & 114. Lanfrancus de arbitris qu. 20. Socinus iunior conſ. 15. lib. 1. Cardinalis conſ. 140. Bologninus ad Ananiæ conſ. 51. Caſtrenſis conſ. 121. nu. 8. lib. 2. Pract. Papienſis in forma libelli ad pœnam compromiſſi § Nec reductio. n. o.

A ſententia Baldi ſtant Paul. Caſtr. Imola & Alexander in l. 1. de leg. 2. idem Imola in d. c. Quintauallis. n. 36. & Anton Butr. 24. differentia. Vitalis tract. Clauſular. titul de reductione ad arbitrium boni viri cap. vlt. mo ad finem, Baptiſta de S. Blaſio de arbitris, quæſt. penult. colum. penult. Aretinus in c. Super iis. n. 47. de accuſa. & ibidem Felynus n. 13. Alexand. conſil. 106. n. 7. lib. 3. Didac. Couuar. variar. reſol. lib. 2. cap. 12. n. 4. & 5. Andreas Geyl. lib. 1. obſer. 149. nu. 4.

Fundamentum ſententiæ Bartoli eſt, quia hoc non reperitur iure cautum, vt a iudice reductionis appellare liceat. Et ratio eſt, quia non ad eum ſimpliciter recurritur vt iudicem, ſed vt bonum virum, vt in l. Societatem. §. Arbitriorum. ff. pro ſocio cū ll. ſequentib. Quamobrem videtur eſſe arbiter quidam, non iudex. A ſententia verò arbitri non appellatur l. 1. C. de arbitris.

Fundamentum ſententiæ Baldi eſt, quia regulariter permiſſa eſt appellatio à ſententia iudicis. l. Et in maiorib. C. de appellat. Et iſte eſt iudex nimirum reductionis. Ergo appellare licet.

Non obſtat quod dicitur ad iudicem reductionis recurri tanquam ad bonum virum, quia cùm quid arbitrio iudicis committitur id cenſetur ei commiſſum, vt bono viro l. Fideicommiſſa §. Quanquam de leg. 3. l. Si libertus. de operis liber. l. vir bonus. ff. iud. ſolui l. Cōtinuus. §. Cū ita. de verb. obl. & tamen conſtat ab

ſtat ab eius ſententia appellari poſſe, cap. 1. de dilatio.

Mihi ſententia Baldi magis probatur. Primò, quia iudex reductionis non eſt arbiter ex compromiſſo, à quo non licet appellare, ſed iudicis officio fungitur. Ergo ab eius ſententia appellare licet. l. Ex conſenſu. ff. de appell. vbi dicitur à iudice dato ex conſenſu litigatorum citra compromiſſum prouocare licere. Secundò, quia ad eum tanquam ad bonum virum recurritur, vt reformet ſententiam arbitratoris ſecundum æquitatem & iuſtitiam. Ergo ſi iniquè pronunciauerit, & ipſe quoque læſerit alterum ex litigatoribus, nihil proponi video, cur non liceat ab eius ſententia prouocare.

Tertiò, licet maxima ſit inter Doctores controuerſia, vtrum appellare liceat à iudice, cuius arbitrio res committitur, quā latè tractat Menoch. de arbitrariis iud q. 70. tamen in quæſtione noſtra non puto eam militare, quia cauſa reductionis non eſt ſimpliciter commiſſa iudicis arbitrio, & multò minus libero eius arbitrio, in quibus duobus caſibus controuerſia illa locum habet. ſed committitur iudicis arbitrio, tanquam boni viri. Dicimus enim, reductionē eſſe ad arbitrium boni viri, ſiue ſententiam redigi ad arbitrium boni viri, vt loquitur l. Societatem. §. Arbitriorum. ff. pro ſocio. Ergo ſi nō vt virum bonum decet, iudex pronunciauerit, appellarē profectò licebit.

Quæ ſententia confirmatur. Nam in iudiciis bonæ fidei iudex à Prætore datus arbiter dicebatur, quia æquitatem ſequi poterat, & multa ex arbitrio ſuo decernere, vnde arbiter familiæ herciſcundæ. Arbiter communi diuidundo, pro ſocio. Dotis recuperandæ & ſimiles. l. ff. de collat. do. l. 5. C. fam. hercis. c. l. 4. de ſer. leg. l. 1. ff. de pactis dotalib. & latè explicat Briſſonius lib. 1. de verborum ſignif. in ver. Arbiter. Et tamen nemo dixerit ab eorum ſententia appellari non poſſe.

Quid plura? nónne iudex boni & innocentis viri officio fungi debet. l. Cæteræ. §. 1. ff. famil. herciſ. nónne dicimus: *Totam rem ad iudicem, id eſt, ad virum bonum* remitti. l. Cōtinuus. §. Cùm ita. de ver. oblig. *Et arbitratu iudicis vtique quaſi boni viri* in l. Sed ſi vnius 17. §. Prætor ait. ff. de iniuriis? Ergo non liceret appellare? At abſurdum eſt hoc, iniquum, & contra omnes leges & conſtitutiones, quibus appellatio permiſſa eſt. Demus igitur & à iudice reductionis appellandi poteſtatem, ſi iniuſtè pronunciauerit, & arbitri laudem in peius reformauerit.

CAPVT XCVII.

Emphyteuſi conceſſa alicui & filiis ſuis, an veniant fœminæ?

Frequentioribus doctorum ſuffragiis in hanc ſententiam itum eſt, filiorum appellatione fœminas non contineri in emphyteuſi conceſſa alicui pro ſe & filiis ſuis, vt fatetur Couuar. qui contrariam ſententiam ſecutus eſt lib. 2. c. 18. n. 1. latè adductis authoritatibus, Rolandus à Valle in conſ. 93. lib. 2. Burſatus conſ. 80. n. 7. Clarus q. 32. Emphyteuſis. Beninſendus deciſ. Bononienſ. 52. Hippol. Rimin. conſ. 153. num. 3. lib. 2. nouiſſimè Aurelius Corbulus de iure Emphyteutico, c. 11. n. 3. & ſeq. vbi multos alios citat.

Fundamentum eſt, quia in contractib. ſtricti iuris, qualis eſt Emphyteuticus, verba ſtrictè ſunt accipienda. l. Quicquid adſtringendæ. de verbor. oblig. Filiorum autem appellatio propriè fœminas non comprehendit, ſed ex interpretatione. l. & extenſione. l. Pronunciatio. l. Iuſta. de verb. ſig. l. Cùm in adoptiuis. §. Quæ in filio. de verb. ſign. Præterea in ſtipulationibus & pactis verba ambigua interpretari debent contra ſtipulatorem, qui poterat legem contractus apertius dicere. l. Veteribus. ff. de Pactis. l. Stipulatio iſta. §. In ſtipulationibus. de verb. oblig.

Contrarium docuit Salycetus in l. 2. q. 12. de iure Emphyt. Decius ad l. 2. de regul. iuris. in tract. quando maſculinum concipiat fœmininum. n. 9. Alciat. in l. 1. de verb. ſig. Couuar. qui malè citat Iaſonem. pro eadem ſententia dict. lib. 2. variar. reſol. cap. 18. nu. 1. alios citat Antonius Gabrielius comm. concl. lib. 6 concluſ. 6. num. 94. quibus adde Finellum ad l. 3. n. 33. D. de bonis mater. Menoch. conſ. 111. num. 57. & nu. 60. lib. 2.

Fundamentum eſt, primò in §. Emphyteuſim. in Auth. de non alienandis rebus Eccleſ. vbi dicitur expreſsè, Emphyteuſim Eccleſiaſticam tranſire tam ad maſculos, quàm ad fœminas: ibi: *Filiis tantùm maſculis, aut fœminis, aut nepotibus vtriuſque naturæ.* Secundò, quia iuſta interpretatio hæc eſt, vt filiorum appellatione filiæ contineantur, & id ſæpe, & plerunque fit. l. Iuſta. l. Pronunciatio. de verb. ſig. Imò ſexus maſculinus ſemper fœmininum continet, inquit Iulianus in l. Qui duos de leg. 3.

Hæc poſterior ſententia, niſi aliud obſtet, videtur mihi ſanè probabilior, & iuri magis conſentanea. Etſi enim in §. Emphyteuſim. nō decidatur quæſtio noſtra, ſed tantùm hoc dicatur, Emphyteuſim ad fœminas quoque tranſire (quod pro reſponſione à contrariæ ſententiæ authoribus allatum ſcio) tamen ex eo poſſumus argumentum conficere huiuſmodi. Cōtractus ſecundum ſui naturam & legis diſpoſitionem confectus præſumitur.

Sed hæc eſt natura huius contractus & legis diſpoſitio, vt fœminæ ſuccedant in Emphy-

teuſi, ſicut maſculi. Ergo verba contrahentium, tam maſculos, quam fœminas comprehendunt.

Minor propoſitio probatur ex l. Quæro. §. Inter locatorem. ff. locati. ex l. Si ſtipulatus. ff. de vſuris. tradit Alciat. de præſum. reg. 3. præſū. 32. nu. 1. lariſſime probat Menoch. de præſump. lib. 3. præſump. 38. & lib. 6. præſum. 9.

Minor probatur ex §. Emphyteuſim, & ex legib. quib. habetur filiorum appellatione filias contineri.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, negando verba in contractibus ita propriè & ſtrictè accipienda eſſe, vt excludatur iuſta interpretatio, & contrahentium menti conformis. Mens etenim contrahentium magis ſpectanda eſt, quam verba. l. In conuentionib. de verb. ſig. l. Semper in ſtipulationib. de reg. iuris.

Ad ſecundum reſpondeo, verba dubia interpretanda eſſe contra ſtipulatorem, ita loquuntur leges in argumento allatæ. Sed hæc verba non ſunt dubia, quia lex illa interpretatur, vt tam maſculos quam fœminas comprehendant. l. Iuſta. l. Pronunciatio. de verb. ſig.

Reſpondent diuerſæ ſententiæ authores, id non eſſe tam certum, filiorum ſcilicet appellatione filias contineri, vt non recipiat probationem contrariam: Nam in materia ſtricta non contineri filias, indicat l. 1. §. Sed ſi incertum ſit. de ventre in poſſeſſ. mittendo. Hæc eſt autem materia ſtrictè accipienda, quia contractus eſt ſtricti iuris.

Non me frangit hæc reſponſio, quia etſi contractus Emphyteuticus ſtricti iuris ſit, admittit tamen fœminas ſicut maſculos. Ergo contrahentium voluntas ea eſſe videtur, quæ & leg. & naturæ contractus conueniat.

Nec iuris regula, qua maſculinus ſexus fœmininum continet, ideo euertitur, quod ſi teſtator dixerit: *Si mihi filius vnus naſcetur exhæres eſto*, non continetur filia: nam plerunque ſecus eſt, l. Iuſta l. Pronunciatio. l. Qui duos de leg. 3. Hic non agimus de tali exhæredatione. Ergo in regula verſamur. Ergo res eſt clara non dubia. Non eſt bona collectio. Poteſt verbum illud aliquando trahi ad aliū ſenſum. Ergo ambiguum eſt. Si hoc valeret, nihil eſſet certum, nihil clarum; omnia obſcura, & ambigua. Nam quæ ſunt verba tam perſpicua, quæ ſecundùm materiam ſubiectam non aliter atque aliter accipienda ſint? l. Si vno. ff. locati. l. Inſulam. ff. de præſcrip. verbis.

CAPVT XCVIII.

Emphyteuſim non Eccleſiaſticam, ſi quis ſtipuletur ſibi & filiis, an etiam filiis naturalibus ſtipulatus videatur?

SEd rurſus controuerſia eſt. Pater Emphyteuſim filiis ſtipulatur, an etiam naturalib. filiis ſtipulari videatur, & ſermo eſt de Emphyteuſi priuatorum, non autem Eccleſiaſtica. Affirmant plurimi Doctores, adeò vt hæc ſententia communior dicatur. Vide Ripam in l. Ex facto. §. Si quis rogatus. n. 58. ff. ad Trebell. Negant autem Decius in c. In præſentia. n. 44. & ſeq. de probatio. & ibidem Berous n. 325. Aurelius Corbulus de iure Emphyt. c. 12. n. 56. verſ. Ampliatur, vt naturales.

Illuſtriſſimus & Reuerendiſſimus Cardinalis Paleotus de nothis & ſpuriis cap. 30. nec hos nec illos ſequitur, ſed ita pronunciandum cenſet. Si quis ſibi & filiis fuerit ſtipulatus, ſi quidem tunc naturales habebat, de his quoque actum videri ex mente contrahentium, ſecus autem, ſi naturales poſtea ſuſcepti ſint.

Fundamentum prioris ſententiæ eſt in d. l. Ex facto. §. Si quis rogatus. ff. ad Treb. vbi: *Si quis rogatus fuerit, ſi ſine liberis deceſſerit, vt reſtituat hereditatem, Papinianus ſcribit etiam naturalem filium efficere, vt deficiat conditio.*

Fundamentum poſterioris ſententiæ eſt, quia filium eum definimus, qui ex viro & vxore natus eſt. l. Filiū. de his qui ſui vel alie. iuris ſunt. Ergo naturalis non continetur. præſertim in ſtipulatione, in qua verba ſunt ſtrictè accipienda. l. Quicquid adſtringendæ de verb. oblig. & ſi dubia ſunt, vt hoc in caſu contra ſtipulatorem. l. Stipulatio iſta. § In ſtipulationib. de verb. oblig.

Illuſtriſſimi & Reuerendiſſimi Cardinalis ſententia eo nititur fundamento, quod ſtipulatoris hæc fuiſſe voluntas & mens videatur, cùm filios naturales habet, vt ij in Emphyteuſi ita quæſita ſuccederent; quæ voluntas in ſtipulationibus magis ſpectanda eſt, quam verba. l. In conuentionibus. de reg. iuris.

Hæc ſententia mihi quoque placet, eámque confirmo ex verbis Vlpiani in d. l. Ex facto. §. Si quis rogatus. ſic dicentis: *Mihi autem quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quæſtio videbitur eſſe, de quibus liberis teſtator ſenſerit, ſed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & conditione eius, qui fideicommiſit accipiendum erit.*

Quibus verbis prior ſententia refellitur: Etſi enim Papinianus ſcripſerit, naturales filios efficere, vt conditio deficiat. Vlpiani tamen alia eſt ſententia. hoc ex voluntate, & c. pendere. Vlpiani ſententiam ſecutus eſt Imperator, dum eius reſponſum in Pandectis poſuit, & conſequenter approbauit.

Poſterior autem ſententia firmo ſatis & ſolido nititur fundamento, quam ego non refello, ſed probo & amplector cum diſtinctione Illuſtriſſimi & Reuerendiſſimi Cardinalis loco annotato.

CAPVT

CAPVT XCIX.

Emphyteuta qui 30. vel 40. annis canonem non soluit, an præscriptionem allegare posset, ne in futurum soluere cogatur?

MAxima quoque controuersia est, vtrum Emphyteuta, qui annis 30. vel 40. canonem non soluit, nec a domino interpellatus ad soluendum fuit, libertatem præscribat non soluendi canonem temporis futuri: qua in re ne diu lectorem morer, pronunciandum sic existimo, nequaquam eum præscribere libertatem pro futuro tempore. Vtor inprimis authoribus Accursio in l. Competit. C. de præscript. 30. vel 40. anno. Iaso. ei in l. 2. nu. 72. C. de iure Emphy. Guidone Papæ decis. 406. & aliis, quos refert Antonius Thesaurus decis. Pedemon. 179. ac præterea Andr. Geyll. lib. 2. obseru. 73. dum scribit, præscriptionem in annuis præstationibus locum non habere, idque multis præiudiciis in Camera confirmatum.

Vtor præterea authoritate l. Cùm notissimi. §. vlt. in. C. de præscript. 30. vel 40. anno. vbi Imperator: *In his etiam promissionibus, vel legatis, vel aliis obligationibus, quæ dationem per singulos annos vel menses, aut aliquod singulare tempus continet, temporum memoratorum præscriptionem non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cuiusque anni, vel mensis, vel alterius singularis temporis computari manifestum est.*

His verbis indicat Imperator & statuit, in annuis præstationibus tot esse præscriptiones, quot sunt anni: quare si Emphyteuta non soluit spatio annorum 30. vel 40. præscripsisse videtur præteritas pensiones, non autem futuras, quia noua præscriptio est necessaria futurorum annorum: & quidem in singulos annos, quod clarius etiam apparet ex l. Eos. C. de vsuris: licet enim ibi sit constitutum principali actione sublata præscriptione 30. annorum, nullam super vsuris quæstionem moueri posse, quia principali caussa non subsistente, nec ea quæ sequuntur, locum habent l. Cùm principalis de reg. iuris: Tamen illa lex satis indicat, in annuis præstationibus singulorum annorum præscriptionem requiri, in illis verbis: *Iubemus non posse super vsuris vel fructibus præteriti temporis aliquam mouere quæstionem, dicendo ex iisdem temporibus eas velle sibi persolui, quæ non ad 30. vel 40. præteritos annos referuntur: asserendo singulis annis eorum actiones nasci, &c.*

Contrarium docuit Bartolus in d. l. Competit. C. de præscript. 30 vel 40. anno. & in l. Ius Emphyteutici. in fine. C. de fundis patrimo. lib. 11. alios citat Corbulus de iure Emphy. cap. 15. limit. 31.

Fundamentum est in l. vlt. C. de fundis rei priuatæ, lib. 11. Et quia omnis actio tollatur spatio 30. vel 40. annorum. l. Sicut. l. Omnes. C. de præscript. 30. vel 40. anno. Et quia in annuis præstationibus agi possit, tam pro tempore præterito, quam pro futuro l. 1. C. de fideicomm. l. Libertos quos §. 1. ff. de alim. & cib. legatis. Ergo præscriptio pro toto tempore currit, sicut pro tempore agi potest.

Ad l. Cùm notissi §. vlt. responderi potest, ex mente Bartoli tribus modis intelligi. Primò, in annuis præstationibus præscriptionem currere a die cessationis pro illo anno, in quo cessatum est. Secundò, præscriptionem omnium annorum currere ab eo tempore, quo cessatum est. Tertiò, in stipulatione annua hanc posteriorem sententiam veram esse, quia annua stipulatio est vna pro toto tempore, in legatis verò locum habere priorem sententiam, quia quot sunt anni, tot sunt legata.

Tertiam autem expositionem, quæ Glossæ & Ioannis fuit, esse veriorem.

Sed ad hæc refellenda non magno labore opus est. Inprimis quod attinet ad l. vlt. C. de fundis rei priuatæ: illa non dicit pensionem annuam 40. annorum spatio præscribi ab Emphyteuta vel alio, sed hoc dicit, si quis emerit fundum rei priuatæ Principis ea lege vt canonem soluere non teneatur, non posse se tueri præscriptione temporis, nisi 40. annorum. Nunquam iste emptor suscepit in se obligationem soluendi canonem, sed eam recusauit & noluit suscipere. Consequenter non pertinet ad rem nostram, quia nostra quæstio est, an is qui ad annuam præstationem canonis Emphyteutici obligatus est, possit præscriptione temporis se tueri. Verba dictæ legis vlt. hæc sunt, ne lectoris animus distrahatur: *Nemo dempto canone ad comparationem dominicæ possessionis accedat. Quod si quis in posterum ad interdictum contractum accesserit, eum volumus precia perdere perpetuò, nec expensarum vel melioratæ rei fructuum exactioni compensationem opponere: nec temporis sibimet contra nostra commoda præscriptione, excepto vetustatis auxilio blandiri.*

Ad l. Sicut. & l. Omnes. respondeo, nil obstare quia nos quoque dicimus annuas præstationes præscriptione 30. vel 40. annorum extingui: sed singulorum annorum, quibus actio nascitur, præscriptionem contemplamur, & requirimus ex mandato legis, vt in d. l. Cùm notissimi. §. vlt. non autem totius temporis futuri ex vnius anni, vel alterius pensionis præscriptione ius metimur.

Non obstat quod dicitur, agi posse pro toto tempore. Ergo & præscriptionem currere pro toto tempore: quia negatur consequentia. Agitur enim pro toto tempore, quia valde

absurdum foret, vt quis pro singulis pensionibus peculiarem processum instituere deberet. argum. l. Male agitur C. de præscript. 30. vel 40. anno. declarat optimè Andr. Geyll. lib. 1. obser. 74. Sed hæc res non immutat naturam obligationis: & multò minus legis factionem circa ipsam annuæ obligationis præscriptionem, tàm aperte positam in d. l. Cum notissimi. §. vlt. quam legem consequentia illa, si valeret, profectò destrueret. Sic enim infert. Est vna actio pro toto tempore: Ergo vna præscriptio pro toto tempore. At contra Imperator dicit, per singulos annos vel menses tempora præscriptionum currere, non ab exordio obligationis, & in d. l. Eos. C. de vsuris. fatetur Imperator singulis annis *actiones nasci*, quantum ad effectum præscriptionis.

Porrò expositioni d. §. vlt. l. Cùm notissimi. quam supra tertio loco retuli, & probari dixi Glossæ, Ioanni & Bartolo, obstant primò verba textus, quatenus non distinguit inter annuas obligationes & legata. Secundò, quod ad rem nostram attinet, obstant verba illa, quibus aperte dicitur, præscriptionum tempora currere per singulos annos vel menses, non autem ab exordio obligationis: Quid est aliud hoc (bona pace doctissimorum virorum) quam exponere album pro nigro? Si vna præscriptio sufficeret pro toto tempore futuro, non essent tempora præscriptionis metienda ex singulis annis vel mensibus. Nulla erat ratio dubitandi in l. Eos. C. de vsuris. quia sublata esset actio ad fructus & vsuras singulorum annorum, quia vna præscriptio pro toto tempore sufficiebat. Et tamen Imperator adfert eam dubitandi rationem, quod singulis annis *noua actio nascitur*, quæ proinde præscriptione eligenda sit, quanquam alia ratione postea contrarium in ea specie statuat, quia scilicet perempta principali obligatione æquum est, & quæ eam sequuntur perimi.

Aliter hanc rem explicauit Baldus de præscript. 4. parte 4. partis principalis quæst. on. 8. quem secutus est Aurelius Corbulus de iure Emphyteutico, cap. 15. limit. 31. vbi distinguit. Aut Emphyteuta, qui præscriptionem istam allegat, est illemet, qui rem conduxit in Emphyteusim, & dominum recognouit, & præscribere non potest, quia est in mala fide, cap. vlt. de præscript. Aut alius est extraneus, qui rem tenuit bona fide tanquam suam, & is præscribere potest directum dominium, seruata distinctione, Auth. malæ fidei, C. de præscript. longi tempor.

Non repugno huic sententiæ; sed hoc ipse contendo, nec si sit in bona fide Emphyteuta, puta hæres primi Emphyteutæ, vel aliam ob caussam, locum esse præscriptioni annuæ pensionis temporis futuri. Et idem in omni alio possessore bonorum Emphyteuticorum statuo, qui non ipsum directum dominium legitimè præscripserit; tunc enim & pensionem siue canonem in consequentiam præscribere videtur. arg. l. Eos. C. de vsuris.

CAPVT C.

Debitor certæ rei, an liberetur eius interitu post moram, & primò agitur in obligatione descendente ex maleficiis.

GRauis controuersia est, & secum afferens multarum rerum cognitionem, an debitor interitu rei post moram liberetur. Ordinis & lucis gratia, prius agam de debitore siue reo ex obligatione descendente ex maleficio. Deinde de eo, qui ex contractu vel quasi, & ex aliis caussis obligatus est.

Quatuor animaduerti Doctorum sententias. Prima Glossæ in l. 1. C. de his qui vi vel metus caussa gesta sunt, distinguendum esse, an res eodem modo peritura esset apud actorem, vel non esset peritura. Priore casu reum liberari, posteriore, nequaquam. Eam Glos. probarunt ibi Salycetus & Alexander, & eandem sententiam habuerunt Fulgos. s. Aretinus & Decius in l. Quod te... so. ff. si cert. peta. & in eandem propendent Couarr. affirmans eam in foro conscientiæ veriorem esse ad reg. Peccatum. de reg. iuris, lib. 6. §. 6. in 2. parte.

Fundamentum est in l. Si cum exceptione 14. §. Sed & si non culpa. ff. de eo. quod metus caussa. vbi sic scribitur: *Sed & si non culpa eius cum quo agetur aberit, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus, sicut in interdicto Vnde vi, vel quod vi aut clam obseruatur. Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset.*

Secunda est opinio Cornei & Aretini in d. l. 1. C. de his quę vi vel metus caussa gesta sunt, & aliorum communiter in l. Quod te. vbi Ripa n. 28. ff. si certum pet. in actionibus descendentibus ex maleficiis reum interitu rei non liberari, sed actionem integram esse sine distinctione, an res esset peritura, vel non.

Fundamentum est in d. l. 1 & in l. 1. §. Rectissimè. & in l. pen. ff. de vi & vi arm. in l. vlt. ff. de cond. furti. & in l. Inter omnes 47. ff. de furtis, & aliis similibus, in quibus generaliter, & absque vlla distinctione constitutum est, reum teneri, licet res perierit.

Sed fragile est fundamentum hoc: Nam dictæ leges non negant adhibendam esse distinctionem, an res peritura esset, licet nec affirmēt adhibendam esse. Tantùm enim hoc declarant, reum non liberari interitu rei, licet actor fuerit in mora petendi, & actionem instituēdi.

Idem

Idem ſcil. reum non liberari docet text. in d. l. Si cum exceptione 14. § Quatenus. verſic. Sin autem homo. ſed infra in verſ. Sed & ſi non culpa. diſtinctionem adhibendam eſſe indicat, an res peritura eſſet nec ne.

Tertia eſt ſententia Bartoli in d. l. 1 C. de his qui vi vel metus cauſſa, & in dict. l. Quod re. ſi cert. pet. in obligationib. deſcendentibus, ex delicto non eſſe locum diſtinctioni huic: An res eſſet peritura, excepta actione, quod metus cauſſa, in qua locum eſſe probatur in d. §. Sed & ſi non culpa. Rationem hanc adfert, quia actio quod metus cauſſa damnum exigit: l. Sed & ſi pactus. § 1. ff. eod tit. Nullum autem damnum actor ſentit, quando res erat peritura, etſi metus illatus non fuiſſet.

Et quoniam huic ſententiæ videbantur obſtare verba dicti §. Sed & ſi non culpa: quibus dicitur, *tenebitur reus, ſicut in interdicto Vnde vi, &c.* Reſpondet Bartolus, hanc ſimilitudinem non eſſe omnimodam, ſed in hoc eſſe poſitam, quia tam in actione, *quod metus cauſſa*, quàm in interdicto, *Vnde vi*, reus tenetur, licet res perierit, quando non erat peritura apud actorem. Ad eum autem caſum quo res erat peritura, penes actorem ſimilitudo non pertinet, quia reus in actione quod metus cauſſa non tenetur: At in interdicto vnde vi tenetur. Itaque Bartolus concludit ſic accipiendam eſſe hanc ſimilitudinem, quemadmodum cùm dicitur in ſacris literis: *Eſtote perfecti ſicut pater veſter qui in cœlis eſt.*

Sed iſta nihil habent firmitatis. Primùm, quia textus in d. §. Sed & ſi non culpa. in hac ipſa re, de qua agitur, æquiparat actionem, *quod metus cauſſa*, interdicto, *Vnde vi*, Quamobrem veriſimile non eſt in hoc ipſo diuerſitatem eſſe. Eſſet autem maxima diuerſitas ſecundùm ſententiam Bartoli.

Deinde quia nulla diuerſitatis ratio adferri poteſt, inter actionem quod metus cauſa, & alias actiones ex maleficiis deſcendentes. Etenim in omnib. iis actionib. ratio iuſtitiæ commutatiuæ locum habet, quæ hoc exigit; vt damnum quod iniuria tua paſſus ſum, quodque mihi abeſt, culpa tua mihi reſtituam. Si nullum damnum verè patior, & nihil mihi abſit, conſequenter nil reſtituendum videtur.

Quartam ſententiam ego colligo ex ſcriptis Iacobi Curacij in l. Si ex legati 23. de verb. oblig. & in d. l. Si cum exceptione. §. Quatenus. ff. De eo quod metus cauſa. Summa hæc eſt, has tres actiones, *de vi, de metu, de furto*, non recipere hanc diſtinctionem, an res peritura fuerit, re poſt moram perempta: Verùm re perempta ante moram recipere. Poſt moram dicitur perempta, cùm poſt condemnationem & poſt tempora iudicati faciendi perempta eſt: Ante moram autem perempta dicitur, cùm intra tempora iudicati faciendi perempta eſt. Et tunc ait locum eſſe diſtinctioni, an res peritura fuerit, quia ſi non erat peritura, reus tenetur, ſecus ſi erat peritura, & ita accipiendum eſſe tex. in d. §. Sed & ſi non culpa.

Sed huic ſententiæ obſtat primò, quod reus ex iis cauſis, quæ ex delicto deſcendunt, ſemper dicitur eſſe in mora Triphonino teſte in l. vl. ff. de condict. furt. & in l. pen. ff. de vi & vi ar. vbi dicit, pluſquam fruſtratorem eſſe ex eo tempore, quo rem abſtulit alienam.

Si reus omni tempore in mora eſſe dicitur, non video, quo pacto locum illa diſtinctio habere poſſit: *ante moram & poſt moram.*

Deinde obſtat quod text. in d. §. Sed & ſi non culpa non pertinet ad eum caſum quo res periit, poſt condemnationem: ſed ad eum caſum quo ante condemnationem periit. Id patet ex ordine Iuriſconſulti Vlpiani in d. l. Si cum exceptione. §. Quatenus: nam in prima parte loquitur de re perempta poſt condemnationem intra tempora iudicati, vſque ad illa verba: *Hac poſt condemnationem.* Deinde loquitur de re perempta ante condemnationem, ſic dicens: *Sin autem homo, ante ſententiam, ſiue dolo malo, & culpa mortuus fuerit, tenebitur.* Poſtea interiectis quibuſdam, ſequitur § Sed etſi non culpa, vbi illam diſtinctionem indicat, an res fuerit peritura, quæ procul dubio ad eum caſum pertinet, qui proximè relatus fuit, nimirum cùm homo mortuus eſt ante ſententiam, ſiue condemnationem.

Quid ergo concludendum in propoſito iuris articulo? Priorem ſententiam quę textus authoritate nititur, quæ rationem ſequitur iuſtitiæ commutatiuæ, cæteris probabiliorem videri.

CAPVT CI.

Quid ſtatuendum ſit in aliis obligationibus, quæ non ex maleficiis deſcendunt, an debitor poſt moram re perempta ſimpliciter liberetur, an vero cum diſtinctione, an res fuerit peritura?

TRactaui hanc controuerſiam lib. 2. controuerſiarum, cap. 72. ſed iuuat eam retractare nunc paulò magis accuratè: Et quæ hic dicam tanquam poſteriora prioribus meis ſcriptis præferri volo, quanquam eis non repugnabunt.

Tres ſunt præcipuæ Doctorum ſententiæ: Vna & magis communis, diſtinguendum eſſe inter actiones reales & perſonales: In realibus recipiendam eſſe hanc diſtinctionem, an res peritura fuerit. In perſonalibus non eſſe recipiendam. Bartolus in l. Quod re. num. 10. ff. ſi cert. peta. Ripa ibidem num. 28. Menochius de

[illegible] lib. 3. Præſump. 130. Robertus Aurelianus lib. 1. ſent. iuris, c. 25.

Fundamentum eſt, quod attinet ad actiones reales in l. Item ſi verberatum. §. vlt. ff. de rei vind. & in l. De eo. §. Si poſt. ff. ad exhib. Quod verò attinet ad perſonales in l. Si pecuniam. §. vlt. ff. de Cond. cauſa data. in l. Si filius/am. § Si poſt diuortium. ff. ſol. matrim. in l. Apud Iulianum. §. 1. alias incipit l. Cùm eruus. 3 Fructus. in ff. de leg. 1. in l. Cùm filiusfa. in principio. & in §. vlt. de verb. obl. in l. Qui decem. ff. de ſolutio.

Addit Bartolus hanc rationem in actionibus perſonalibus, quia fur & moroſus æquiparantur. l. Inter ſtipulantem. §. vlt de verb. oblig. Sed in fure non admittitur hæc diſtinctio. l. 1. C. de his quæ vi vel metus cau. l. 1. §. Rectiſſimè. l. penult. ff. de vi & vi ar. l. vl. ff. de cond. fur. l. 2. C. eo. l. Subtracto. C. de fur. Ergo nec in debitore poſt moram admittenda eſt.

Addit etiam Robertus Aurelianus diuerſitatis rationem inter actiones in rem, & in perſonam: quia perſonalibus actionibus non ſimpliciter rem petimus, ſed perſonam obligatam, obſtrictámque perſequimur: ideo re perempta non minus ſubſiſtit obligatio, quia perſona ipſa manet obligata. In realibus autem res ſimpliciter petitur. Ideo re fato perempta reus liberatur, ſi ea peritura fuerit, quia tantum actori reus præſtare tenetur, quantum haberet, ſi litis conteſtatæ tempore res ei reſtituta fuiſſet.

Secunda eſt opinio Franc. Duareni ad l. Si ex legati 23. de verb. oblig. tres caſus diſtinguendos eſſe. Primus eſt, cùm certum & exploratum eſt, rem de qua agitur, eodem modo perituram fuiſſe, ſi reddita eſſet actori, vt puta ſeruus erat ſenio confectus, quem quis ſe daturum promiſerat, & tunc debitor liberatur. l. Si plures. §. vlt. ff. depo. l. Si is qui Stichum 57. ff. de iure do. l. Si à domino. 39. §. Si prædio. ff. de petit. hæred.

Secundus caſus eſt, quando conſtat rem perituram non fuiſſe ſi reddita fuiſſet; Periit enim, verbi gratia, ſeruus debitus ruina vel naufragio, tunc non liberatur debitor. l. Cum exceptione. §. Quod ſi homo. ff. quod met. cauſa. l. De eo. §. Si poſt. ad exhib. l. Item ſi verberatum. §. Si ſeruus. ff. de rei vind.

Tertius caſus eſt, cùm dubium atque incertum eſt, an eodem modo res peritura fuerit, vt puta, quia ſeruus febri aliqua communi occubuit, & hoc caſu contra fruſtratorem interpretamur, perinde ac ſi certum eſſet interituram non fuiſſe. l. Si ex legati. 23. l. Nemo 82. ff. de ver. obl. l. Si in Aſia. §. vl. ff depo. l. Cùm res 49. §. vl. ff. de legat. primo. l. 1 §. Rectiſſimè. l. Meritò. ff. de vi & vi ar.

Excipiendus eſt bonæ fidei poſſeſſor, quem conſtat abſolui, ſi res naturaliter interierit ſecundum Pauli diſtinctionem, qua Proculianorum & Caſſianorum opiniones conciliat in l. Illud. ff. de peti. hæred.

Tertia eſt ſententia, tam actiones in rem, quam in perſonam admittere hanc diſtinctionē, an res peritura fuerit, & hanc ſecutus ſum lib. 2. Controuerſ. c. 71. ex l. Si plures 1. 1. ff. depo. ex l. Si cum exceptione. §. Sed etſi non culpa. ff. quod metus cau. ex l. Item ſi verberatum §. vlt. ff. de rei vind. ex l. Si vehenda. §. Si ea conditione. ff. ad leg. Rhod. de iactu.

Ego hac in re omnibus maturè conſideratis ita reſpondendum ex Iuriſconſultorum noſtrorum reſponſis exiſtimo. Aut verſamur in petitione hæreditatis, & habemus claram deciſionem Pauli in l. Illud. 43. ff. de petitio. hæred. his verbis: *Quid enim ſi poſt litem conteſtatam mancipia, vel iumenta, aut pecora deperierint? Damnari debebit ſecundum verba orationis: quia potuit petitor reſtituta hæreditate ea diſtraxiſſe & hoc iuſtum eſſe in ſpecialibus petitionibus Proculo placet: Caſſius contra ſenſit: In prædonis perſona Proculus rectè exiſtimat: In bonæ fidei poſſeſſoribus Caſſius. Nec enim debet poſſeſſor aut mortalitatem præſtare, aut propter metum huius periculi temere indefenſum ius ſuum relinquere.*

Ex hoc reſponſo Pauli habemus duo. Primū, bonæ fidei poſſeſſorem liberari in iudicio illo petitionis hæreditatis, ob naturalem rei interitum. Secundò, prædonem, hoc eſt, poſſeſſorem malæ fidei non liberari.

Secundò, aut verſamur in rei vindicatione, & in ea quid ſtatuendum ſit, Vlpiani reſponſum habemus in l. Item ſi verberatum §. vlt ff. de rei vind. dum ait: *Sed eſt verius, ſi fortè diſtracturus erat petitor, ſi accepiſſet, moram paſſo debere præſtari. Nam ſi ei reſtituiſſet, diſtraxiſſet, & precium lucratus eſſet.* Et ſuprà dixerat: *Si ſeruus petitus vel aliud animal demortuum ſit ſine dolo & culpa poſſeſſoris, precium non eſſe præſtandum plerique aiunt.*

Hoc reſponſo palam eſt, poſſeſſorem liberari ob interitum rei, niſi rem diſtracturus petitor fuiſſet.

Tertiò, aut loquimur de actione depoſiti, & eandem diſtinctionem locum ſibi vindicare teſtimonium hactenus Caij in l. Si plures 14. §. 1. ff. depo. ita ſcribentis: *Siue autem cum ipſo apud quem res depoſita eſt, actum fuerit, ſiue cum hærede eius, & ſua natura res ante rem iudicatam interciderit, (Veluti homo mortuus fuerit) Sabinus & Caſſius abſolui debere eum, cum quo actum eſt dixerunt: quia æquum ſit naturalem interitum ad actorem pertinere: vtique cùm interitura eſſet ea res & ſi reſtituta eſſet actori.*

Quartò, aut loquimur de actione ex teſtamento,

mento, & quid ſtatuendum ſit, indicat Vlpianus in l. Cùm res 49. §. vlt. de leg. 1. ſic dicens: *Item ſi fundus chaſmate perierit, Labeo ait, vtique æſtimationem non deberi, quod ita verum eſt, ſi non poſt moram factam id euenerit. Potuit enim eum acceptum legatarius vendere.*

Quintò, aut loquimur de aliis contractibus, & obligationibus, & obſeruandum eſt, multa ac varia eſſe Iuriſconſultorum reſponſa, quæ decernunt ſimpliciter, & nulla distinctionis huius mentione facta, reum poſt moram non liberari re perempta: vt l. Quod te. ff. ſi cert. pet. l. 8 ff de re iud. l. ... ex legati. 23. & l. Nemo 82. §. 1. & l. Cùm filiusfamilias. de verb. oblig. l. Electio. §. Si is quem. ff. de noxalibus act. l. Si in Aſia. 12. §. vlt. ff depo. l. Cùm ſeruus. § Fructus. de leg 1. & quædam alia, quæ nunc non occurrunt.

His legibùs non negatur diſtinguendum eſſe, an res peritura fuerit apud actorem: ſed tantùm hoc continetur, actorem rei interitu poſt moram non liberari, quod veriſſimum & extra omnem controuerſiam eſt.

Ergo non poteſt ex dictis legibus inferri aut colligi repudiandam eſſe hanc diſtinctionem: quia dictæ leges illam non reſpuunt.

Difficultas ergo eſt, an & dictæ leges accipiendæ ſint, cum hac diſtinctione, quæ ex aliis legibus colligitur: & nihil propono video, cur non debeant admittere eandem diſtinctionem, quia leges priores ad poſteriores trahi debent, & contrà, poſteriores ad priores. l. Non eſt nouum. cum duabus legibus ſequentibus. ff. de legibus.

Quare ſententiam poſtremo loco relatam, quam & aliàs amplexus ſum, nunc quoque amplector: nimirum tam in actionibus in rem, quam in perſonam admittendam eſſe hanc diſtinctionem, an res peritura fuerit: quam ſententiam ſecutus eſt etiam Cuiacius in d. l. Si ex legati cauſſa 23. de verb. oblig. Itaque ſi res non fuiſſet peritura, quia petitor eam diſtraxiſſet, reus non liberabitur interitu rei, ſi verò non diſtraxiſſet, & ideo peritura fuiſſet, etſi reddita fuiſſet actori, liberabitur: itaque ita accipio ... dictas leges, & totam hanc materiam & diſputationem.

Et hanc ſententiam nunc confirmo, quia ſiue de in rem actionibus agatur, ſiue in perſonam, ita iure conſtitutum eſt, vt actori tantum debeatur, quantum habiturus eſſet, ſi poſt litem conteſtatam res ſoluta vel reſtituta fuiſſet. l. Cùm fundus. 31. ff. ſi certum petà. l. Et ex diuerſo. §. 1. in fin. l. Si hominem. ff. de rei vind. Sed nihil petitor habuiſſet, ſi res peritura fuiſſet, & non potuiſſet eam diſtrahere: Contrà, ſi potuiſſet eam diſtrahere, precium lucraturus eſſet; Ergo priore caſu reus liberatur. Poſteriore caſu non liberatur.

Ad argumenta Bartoli & aliorum, quibus probare conantur in actionibus perſonalibus non eſſe admittendam hanc diſtinctionem, reſpondeo, quod attinet ad l. Si pecuniam §. vlt. ff. de cond. cau. data. hanc diſtinctionem ibi non reiici, in debitore poſt moram, quantum ad hunc effectum, vt rem præſtare teneatur, ſed quoad alium effectum, nempe vt reſtituat id quod accepit ea lege, vt ſeruum manumitteret; qui poſt moram eius mortuus eſt. Nam ſi iure per eum factum ſit, vt ſeruus non manumitteretur, lucrari non debet, quod ob eam cauſſam accepit. Verba tex. hæc ſunt: *Sed vbi accepit, vt manumitteret: Deinde ſeruus deceſſerit: Si quidem moram fecit manumiſſioni: conſequens eſt, vt dicamus refundere eum debere, quod accepit.*

Ad l. Si filiofam. §. Si poſt diuortium. ff. ſol. matr. reſpondeo, ad rem non pertinere, verba hæc ſunt: *Si poſt diuortium res dotales deteriores factæ ſint, & vir in reddenda dote moram fecerit, omnimodo detrimentum ipſe præſtabit.*

Hic non agitur de naturali rei interitu, nec reiicitur diſtinctio noſtra, an res eſſet peritura.

Ad l. Cùm ſeruus. §. Fructus. de leg. 1. reſpondeo, non excludere hanc diſtinctionem, verba hæc ſunt: *Ipſius quoque rei interitum poſt moram dabit, ſicut & in ſtipulatione, ſi poſt moram res interierit, æſtimatio eius præſtatur.*

Eadem reſponſio accommodatur ad l. Cùm filiusfam. 49 de verb. oblig. Ait lex. *Si pater in mòra fuit, non tenebitur filius, ſed actio in patrem danda erit, &c.* Nulla mentio huius diſtinctionis eſt, quæ eam adſtruat, vel deſtruat.

Quod attinet ad l. Qui decem ff. de ſolut. illa non facit ad rem, loquitur quando poſt oblationem creditori factam res petit, tunc enim liberatur: quod & in fure receptum eſſe indicat l. 2. C. de condict. fur. & l. Subtracto. C. de furtis.

Quod attinet ad argumentum illud, fur & moroſus æquiparantur. Ergo in debitore moroſo non eſt adhibenda diſtinctio quia in fure non adhibetur, id negatur. Nam & in fure adhibendam eſſe probatur ex iis, quæ dicta ſunt capite præcedenti.

Huc accedit, illam æquiparationem furis & debitoris moroſi, non eſſe perpetuam neque generalem, ſed pertinere ad hunc caſum tantum, quo res periit, nam ſicut fur non liberatur interitu rei, ita nec debitor qui eſt in mora: Ita loquitur text. in d. l. Inter ſtipulantem. §. pen. de verb. oblig. quod nos non negamus, ſed id fatemur verum eſſe cum diſtinctione, an res peritura fuerit.

Ad rationem Roberti reſpondeo, etſi perſona obligata ſit, æquitatis tamen rationem hoc

exigere: vt re permuta, quæ vtique peritura fuit, etſi eſſet tuta fuiſſet, debitor liberetur, vt in l. Si plures. §. vlt. ff. depo. Et ratio illa, quam in actionibus realibus ipſe conſiderat, ſcilicet ſufficere, vt actor tantum conſequatur, quantum eſſet habiturus, ſi litis conteſtatæ tempore res reſtituta fuiſſet, æquè militat in actionibus perſonalibus, in quibus idem iuris eſſe indicat l. Cùm fundus. ff. ſi certum petat. Quod verò dicebat in actionibus perſonalibus nos non rem petere, confutari poteſt ex §. Rei perſequendæ. Inſtit. de actionib. vbi Imperator: *Earum verò actionum, quæ in perſonam ſunt, et quidem quæ ex contractu naſcuntur, ferè omnes rei perſequendæ gratia comparatæ videntur.* Ratio eſt, quia contra perſonam agimus, in ordine ad rem, id eſt, vt rem nobis debitam conſequamur.

Vnus reſtare videtur ſcrupulus contra hanc ſententiam noſtram ex l. De eo. §. Si poſt iudicium. ff. ad exhib. in illis verbis: *Tantò magis ſi apparebit, eo casu mortuum eſſe: qui non incidiſſet, ſi tunc exhibitus fuiſſet:* quia dictiones, *Tantò magis*, indicare videntur idem eſſe, ſi appareat, eodem modo rem perituram eſſe.

Sed eo liberauit nos Bellonus lib. 4. Supputationum. cap. 4. perpendens alia verba dicti §. *Tamen interdum tanti damnandus eſt quanti actoris interfuit per eum non eſſe effectum, quò minus tunc, cum iudicium acciperet, homo exhiberetur.* Senſus eſt, aliquando debitorem condemnari, & quando condemnatur: tantò magis procedere condemnationem, ſi appareat eo caſu mortuum eſſe, qui non incidiſſet, ſi tunc exhibitus fuiſſet.

Quid autem ſit dicendum, id eſt, an condemnandus ſit reus, ſi ſeruus moriturus fuiſſet, licet exhibitus fuiſſet: non decidit ibi Iuriſconſultus: ſed decidenda hæc quæſtio eſt ex l. Item ſi verberatum. §. vlt. ff. de rei vind. nimirum hoc in caſu reum liberari, niſi petitor eum diſtracturus fuiſſet.

CAPVT CII.

Iuramentum metu extortum an obliget.

Qvatuor hac de re doctorum ſententias animaduerti, quas vbi fideliter retulero tum quid ipſe ſentiam paucis indicabo.

Prima eſt, iuramentum metu extortum nullius eſſe momẽti, reddere actum ſuper quo interponitur nullum, & à tali iuramento non eſſe abſolutionem neceſſariam, Thomas Grammaticus conſ. 91. nu. 4. Corneus conſ. 11. col. 6. lib. 3. Gratus reſponſo 71. lib. 1.

Fundamentum eſt primò in Auth. Sacramẽta puberum. C. ſi aduerſus vend. vbi Imperator Fridericus ait: *Sacramenta puberum ſponte facta ſuper contractibus rerum ſuarum non retractandis inuiolabiliter cuſtodiantur. Per vim autem, vel per iuſtum metum extorta etiam à maioribus (maximè ne querimoniam maleficiorum commiſſorum faciant) nullius eſſe momenti iubemus.* Secundò, quia tale iuramentum metu extortum procul dubio eſt contra bonos mores. Ergo non eſt obligatorium, c. Non eſt obligatorium. de reg. iur. lib. 6. Tertiò, quia dicit S. Pontifex in c. Cùm contingat. de iureiur. & in c. Quamuis. de pactis. lib. 6. ſeruanda eſſe iuramenta, quæ non vi, non dolo extorta ſunt, neque vergunt in diſpendium ſalutis æternæ, aut in alterius præiudicium. Ergo iuramenta vi extorta (à contrario ſenſu) ſeruare nemo cogendus erit.

Secunda eſt opinio, quæ verſatur in altero extremo, iuramentum etiam metu extortum obligare, donec abſolutio fuerit impetrata. Hanc eſſe communem doctorum ſententiam teſtimoniis allatis teſtatur Couuar. in Epitome de ſponſalib. parte 2. c. 3. § 5. n. 2. & Seraſinus Senenſis de Priuilegiis iuramenti, Priuilegio 110.

Fundamentum eſt in c. Si verò. & in c. Verùm de iureiur. vbi S. Pontifex reſpondit, loquens de iuramento vi extorto, & per metum grauiſſimum, *non eſſe tutum quemlibet contra iuramentum ſuum venire, niſi tale ſit quod ſeruatum vergat in interitum ſalutis æternæ.* Et poſtea ſubdit. S Pontifices ſolitos eſſe abſoluere à tali iuramento: Ex quibus infertur tale iuramentum obligare, quia ſi non obligaret, abſolutione opus non eſſet.

Ad argumenta prioris ſententiæ reſpondent, illa ſic eſſe accipienda, vt probent iuramentum effectu non obligare, ſi per vim vel metum fuerit extortum, quia ſcilicet iurans à tali iuramento abſoluendus eſt, ſed antequam abſoluatur, tenetur iuramentum ſeruare.

Tertia eſt ſententia, quaſi media, diſtinguẽdum eſſe inter contractus a legibus reprobatos, & alios contractus qui valent, & legibus approbati ſunt. Si iuramentum per vim & metum fuerit extortum in contractibus, qui legibus ſunt reprobati, nullius momenti eſſe, nec iurantem eo obſtringi, & ita accipiendum eſſe S. Pontificis reſcriptum in c. Cùm contingat. de iureiur. & in cap. Quamuis. de pactis, lib. 6. & Imperatoris Frid. conſtitutionem in d. Authent. Sacramenta puberum, quia loquuntur de contractib. reprobatis, vt ex eis patet. Si verò extortum vi vel metu iuramentum fuerit in contractib. validis & approbatis, tunc iurantem obſtringi, & abſolutionem neceſſariam eſſe, & ita accipiendum c. Verùm. & c. Si verò. de iureiur. ita Panormitan. in c. Cùm contingat. de iureiur. & ibi. Alciatus in 3. not. nec

non

non Felynus in c. 2. de iureiur. & multi alij quos commemorat Seraphinus d. Priuilegio 100. n. 7. 8. & ſeqq.

Quarta & poſtrema ſententia eſt eadem quidem cum ſecunda ſuperius relata, ſed melius ac dilucidius rem enarrans, diſtinguendũ eſſe inter forum internum, ſcilicet conſcientiæ, & forum externum, in quo nos verſamur ſub Magiſtratus Imperio & iuriſdictione. Iuramentum metu & vi extortum obligare in foro conſcientiæ, at in foro externo non obligare, ita S. Thomas & Caietanus 22. q. 89. art. 7. Reuerendus Pater Gregorius de Valentia *noſtrum decus*, in 3. tomo, diſput. 6. q. 7. puncto 4.

Et hæc mihi veriſſima videtur, tum quia iuri & rationi conſentanea eſt, tum quia per eam conciliantur omnia iura, quæ prima fronte inuicem pugnare videntur, nec non & Doctorum diſcrepantes ſententiæ.

Præclarè enim D. Thomas: *In iuramento*, inquit, *quod quis coactus fecit, duplex eſt obligatio, vna quidem qua obligatur homini, cui aliquid promittit: & talis obligatio tollitur per coactionem, quia ille qui vim intulit hoc meretur, vt ei promiſſum non ſeruetur. Alia autem eſt obligatio qua quis Deo obligatur, vt impleat quod per nomen eius promiſit, & talis obligatio non tollitur in foro conſcientiæ, quia magis debet temporale damnum ſuſtinere, quàm iuramentum violare, &c.*

Hinc iura, vt dixi conciliantur. Nam S. Pontifex in cap. Verùm. & in cap. Si verò. de iureiur. apertè loquitur de obligatione iuramenti quoad Deum, vt patet ex illis verbis: *Tutum non eſt quemlibet contra iuramentum ſuum venire.*

Et rurſus: *Ne authores periurij videamur, &c.* Et rurſus ibi: *Non eis ita expreſſè dicatur, vt iuramenta non ſeruent, ſed ſi ea non attenderint, non ob hoc ſunt tanquam pro mortali crimine puniendi.*

Quod autem Fridericus Imperator ſtatuit, in d. Auth. Sacramenta puberum. & quod S. Pontifex reſpondit in d. c. Cum contingat. & d. c. Quamuis, iuramenta vi extorta non obligare, & nullius eſſe momenti, ad forum externum rectè applicari poteſt, quia iurans habet exceptionem iuſtam, qua ſe defendebat ex hoc edicto. *quod vi aut metus cauſſa*, ne promiſſa ſeruare teneatur. l. 1. toto tit. ff. de eo quod met. cau.

Denique conciliantur diſcrepantes Doctorum ſententiæ. Nam prima, quæ negat iurantem obligari, accipienda erit in foro externo. Secunda, quæ affirmat obligari, accipienda erit cum hac diſtinctione, ſc. quoad Deum & forum conſcientiæ, non autem quoad forum externum. Tertia denique diſtinguens inter contractus approbatos & reprobatos, non incommodè hanc diſtinctionem inter forum internum & externum admittet.

CAPVT CIII.

Vtrum Eccleſia in integrum reſtituatur aduerſus præſcriptionem 40. annorum.

IN controuerſia poſitum eſt, an Eccleſia in integrum reſtitutionem petere aduerſus 40. annorum præſcriptionem poſſit. Et multis placuit non poſſe, quos refert & ſequitur Socinus ſenior in conſ. 266. n. 23. lib. 2.

Fundamentum eſt, quia nullus ex toto iure canonico vel ciuili locus extat, vbi probetur huiuſmodi reſtitutionem Eccleſiæ non competere: ſed contrà multa iuris loca proferri poſſunt, quibus conſtitutum, & diſertè cautum eſt, quadraginta annorum præſcriptionem Eccleſiæ nocere, c. De quarta. c. Vigilanti. c. Quia indicante. de præſcript. & alibi, quod & Iuſtinianus conſtituit Nouella 111. ſiue in Authen. Hæc conſtitutio innouat conſtit. &c.

Huc accedit, quia nunquam præſcriptio noceret Eccleſiæ, nam ſemper in integrum reſtitueretur, quod videtur eſſe abſurdum. In minore autem abſurdum non eſt, vt reſtituatur, quoniam aliquando maior fit, & poſt lapſum quadriennij excluditur, l. vl. C. de tempor. in integr. reſtit. Denique præſcriptio longiſſ. temporis pleniſſimam ſecuritatem parit. l. omnes. C. de præſcrip. 30. ann. ergo reſtitui aduerſus eam nemo poteſt.

Sed contraria ſententia & communior eſt, & probabilior. Communiorem eſſe palam eſt, ex iis quæ tradit doctiſſimus Oddus de reſtit. in integrum, parte 2. q. 89. art. 3. Veriorem autem eſſe conſtat. Nam fundamentum eius eſt, quia Eccleſia vtitur iure minoris, c. de in integ. reſti. Minorem autem reſtitui aduerſus præſcriptionem 30. vel 40. annorum, hoc argumento demonſtrari poteſt. Minor olim reſtituebatur aduerſus præſcriptionem longi temporis. l. Vn. C. Si aduerſus vſucap. Imperator autem Iuſtinianus ſtatuit eam non currere in l. vl. C. in quibus cau. in integ. reſt. non eſt neceſſ. Idem ſtatuit longiſſimi temporis præſcriptionem minoribus nocere. l. Sicut. C. de præſcript. 30 vel 40. anno. Ergo aduerſus præſcriptionem longiſſimi temporis competit minoribus in integrum reſtitutio. Probatur, quia eadem eſt ratio, quæ in præſcriptione longi temporis. Aduerſus eam minor reſtituebatur, quia læſus erat ex imprudentia & lubrico ætatis. Eadem ratio eſt in præſcriptione longiſſimi temporis, vt ſimiliter minori ſi currat per ætatis lubricum & imprudentiam læſo.

Confirmari poteſt hæc ſententia ex Clem. 2.

de in integr. restit. vbi S. Pontifex scribit: *Ab Ecclesia aduersus lapsum temporis, in quo se lasam asserit, restitutio peti potest.*

Item, ex eo quod datur restitutio in integrum Ecclesiæ, aduersus contractus gestos, ex quibus læsa est, c. 1. cod. tit. ergo nulla est ratio, cur non detur etiam aduersus præscriptionem temporis, quo magis nocere debet contractus sponte initus, quam temporis lapsus absque vllo consensu Ecclesiæ.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, licet iure constitutum expressè non sit, Ecclesiam restituendam aduersus præscriptionem istam; tacitè tamen constitutum dici potest, cùm iuris vtriusque rationibus consentaneum sit.

Ad secundum nego Ecclesiæ præscriptionem nunquam nocituram? Nam intra quadriennium in integrum restitutio peti debet, c. 3. de in integr. restit. lib. 6. quare quadriennio elapso non auditur.

Ad tertium respondeo, quadraginta annorum præscriptionem plenissimam securitatem parere: quia nocet ipso iure: nisi restitutio in integrum detur. Non potest inde colligi restitutionem non esse concedendam, nam sic nemini & nullo vnquam casu esset concedenda, si plenissima securitas sic accipienda esset, vt in integrum restitutionem excluderet: quod absurdum est.

CAPVT CV.

Verum minor 25. annis aduersus contumaciam restitutus expensas restituere aduersario teneatur?

Minor etiam si quasi contumax condemnatus sit, in integrum restitutionis auxilium implorabit, inquit Hermogenianus in l. 9. ff. de minori. Sed an sumptus aduersario refundere teneatur iux. a l. Sancimus. C. de iudiciis? Non est eadem omnium sententia. Nam Bartol. in l. si finita §. Si fortè. ff. de dam. inf. videtur velle, sumptus restituendos esse: quem refert & sequitur Iason in d. l. Sancimus. n. 7. Idem expressè Hostiensis docet in summa de in integrum restit. §. vl. circa fi. Idem decidit Capella Tholosana decis. 329 & hanc sententiam seruari in Parlamento Burdegalensi, testatur Boerius dec. 63. n. 6. 35.

Contrarium docet Alexander ad d. l. si finita. §. Iulianus. n. 84 ff. de dam. inf. Natta consil. 17. n. 6. Sfortia Oddus de restit. in integrum part. 2. q. 67. art. 2. num. 330. Anton. Tessaurus decis. 9. n. 6. ...

Prioris sententiæ fundamentum est, quia contumax in dolo esse videtur. l. Non videtur dolo carere. de reg. iur. Minori autem non succurritur in delictis. l. in ex caussa. §. Nunc videndum. ff. de minorib.

Sed id ad nihil est, quia est dolus præsumptus, non autem verus, qui ex delicto oritur. Constat autem minoribus succurri in dolo præsumpto. l. 1. § vl. ff. de mino. & probatur in d. §. Nunc videndum. vbi minori succurritur negāti, vt pro confesso habeatur in actione ex l. Aquilia.

Secundò, quia beneficium in integrum restitutionis non debet esse fraudi aduersario. arg. l. Nec auus. C. de eman. lib. l. 4. C. de his qui ven. ęta. impet. Esset autem fraudi, si non cogeretur minor impensas restituere.

Tertiò, nam in l. Intra vtile. §. vl. ff. de mino. probatur, sumptus in rem factos restituendos esse a minori in integrum restit.

Sed responderi potest, hęc esse dissimilia, quia sumptus iudiciales non sunt in rem facti, atque adeò non cedunt in vtilitatem minoris, sicut sumptus vtiles vel necessarij, quibus res pretiosior facta est, vel conseruata.

Posterioris sententiæ fundamentum est. Primò, quia restitutio est in pristinum statum repositio. l. quod si minor. § Restitutio. ff. de Mino. Si minor sumptus refundat, non videtur in pristino statu esse.

Sed responderi potest, satis esse, si sit in pristino statu, quantum ad rem principalem, hoc est, vt audiatur, contumacia non obstante, & aduersus sententiam & decretum restituatur: Alioqui hoc argumentum militaret etiam in sumptibus in rem factis.

Secundò, quia si minor deberet impensas aduersario restituere, nihil plus haberet, quàm quisquam alius etiam maior 25. annis. Constat enim quemlibet contumacem refectis expensis audiri. l. Sancimus. C. de iudi.

Respondet Hostiensis loco superiùs annotato, hoc amplius minori concessum, vt aduersus primum decretum restituatur, etiam post annum, quod alijs non conceditur.

Replicat D. Oddus post annum non agi de primo decreto, sed de secundo, & ideo hoc nihil esse.

Sed bona doctissimi Iurisconsulti venia, multum est hoc, quod Hostiensis dicit. Facit enim in integrum restitutio, vt minore post annum in integrum restituto, ad secundum decretum peruenire non possit: Et consequenter aliquid plus tributum est minori quàm maiori.

Tertiò quia expensæ sunt accessoriæ rei principalis l. Terminatur. Co. de fruct. & lit. expen. ergo minor in integrum restitutus, quoad rem principalem, videtur etiam in consequentiam restitutus, quoad litis impensas.

Sed nihil aliud dicit illa lex, quàm si terminata sit caussa principalis, non posse eam susci-

tari

tari quoad expenſas, niſi ſtatim eodem die partibus cominus auditis iudex condemnauerit in expenſis alterum ex litigatoribus, iuxta l. Paulus 42. ff. de re iud.

Et in terminis noſtris aliam eſſe naturam rei principalis quàm fructuum patet, quia contumax auditur quo ad rem principalem, ſed refectis impenſis, d. l. Sancimus.

Quarto, quia ſecundum Nattam ſi minor teneretur ſumptus reſtituere, eſſet in damno, & ſæpius deſiſteret à petitione in integrum reſtitutionis.

Reſponderi poteſt, non eſſe id probabile, quia cauſſa principalis plerunque maioris momenti eſt quàm impenſarum iactura.

Et licet minor damnum ſentiat, tamen id videtur æquius, quàm vt aduerſarius illud ſentiat, cùm ille nihil peccauerit, ſed diligenter omnia fecerit ſecundum legis formam, conueniendo minorem, & minor contumax fuerit.

Ego tamen re maturè conſiderata exiſtimo, ſumptus eſſe reſtituendos a minore quia eſſet id valde iniquum, vt qui minorem in iudicio rectè & rite conuenerat, propter eius contumaciam ſumptus perdere, & iacturam ſine culpa ſua ex contumacia alterius facere debeat.

Daretur inſuper occaſio minoribus eludendi iudicij, & abutendi hoc beneficio in integrũ reſtitutionis in fraudem alterius: Nimirum nõ comparendo, vt aduerſarius ſumptibus fatigaretur, & poſtea in integrum ſe reſtitui poſtularent, ſcientes ſe reſtitutum iri ſine omni expenſa, & damno. Hoc autem tolerandum non eſt in iudiciis, vbi ſumma æquitas & æqualitas ſeruari debet, nec quiſpiam decipi.

Mouet me prætereà illud argumentum, quia beneficium vni conceſſum, non debet alteri nocere. Hic autem noceret, quia ſumptuum iacturam faceret aduerſarius minoris, & quidem ſine culpa ſua.

Reſpondet Natta, aliquando id accidere, vt minor in integrum reſtituatur cum alterius damno & iactura, ſicut patet ex eo quod ſcribit Abbas in c. 1. de in integr. reſtit. ſi quis fecerit expenſas in rem minoris. Nam reſtitutione in integrum conceſſa, non omnes expenſæ ſunt reſtituendæ, ſed illæ, ob quas fundus melior effectus eſt.

Reſponſio hæc nullius eſt momẽti: quia hoc regulariter ita conſtitutum eſt, vt non habeatur ratio eius, quod impenſum eſt, ſed eius, in quo melior fundus redditus eſt. l. In fundo. ff. de rei vind. Quare minor non videtur lædi hoc in caſu, cum iure communi vtatur. l. vlt. C. de in integr. reſtit. minor.

CAPVT CV.

Excuſſio debitoris principalis an requiratur antequam hypothecaria contra poſſeſſores agatur, quando res ſpecialiter ſunt hypothecæ ſuppoſita?

Conſtat ex Nouella 4. tit. de fideiuſſoribus & mandato. §. Sed neque. hypothecariam exerceri non poſſe contra poſſeſſores, niſi prius excuſſo principali debitore. Sed obiicitur quod Iuſtinianus ſcribit in Nouella 112. titul. de litigioſis: *Ab hoc autem*, inquit, *litigioſi vocabulo hypothecas ſeparari decernimus: & in his hanc diſtinctionem tenere, vt ſi quidem ſpeciales res mobiles vel immobiles, aut ſe mouentes, nominatim fuerint hypothecæ ſuppoſita, liceat quidem debitori eas quando & cui voluerit vendere, ſic tamen, vt ex precio earum vſque ad debiti quantitatem, ſatisfaciat creditori: Si autem hoc debitor non fecerit, damus licentiam creditori, qui rem venditam ſuppoſitam habet, eandem rem vindicare, donec ei ſatis pro debito fiat.*

Hic videtur Imperator tribuere creditori poteſtatem rectè vindicandi res ſpecialiter hypothecæ ſuppoſitas: Ergo vbi res ſpecialiter creditori obligatæ ſunt, is nulla principalis debitoris facta excuſſione, eas vindicare actione hypothecaria poterit. Atque ita reiectis Irnerij & aliorum interpretationibus, ſenſiſſe videtur Accurſius in d. Nouella 4. de Fideiuſſo. §. Sed neq; & hanc ſententiam latè defendit Antonius Teſſaurus deciſ. 51.

Sed mihi non placet. Primò, quia generalis eſt Iuſtiniani conſtitutio in d. §. Sed neque. negans creditori actionem hypothecariam ante debitoris excuſſionem. Generalis, inquam, eſt, & abſque vlla diſtinctione complectens omnem hypothecam, tam expreſſam quàm tacitã, tam generalem, quàm ſpecialem.

Secundò, quia eadem eſt ratio inter generalem & ſpecialem hypothecam, quia generalis hypotheca omnia bona continet.

Tertiò, quia ſi hoc erat diſcrimen adhibendum inter res generaliter, & ſpecialiter hypothecæ ſubiectas, non potuit Imperator ſine reprehenſionis nota id omittere: quod tamen omiſit. Nec enim id expreſſit in aliqua ex dictis Nouellis.

Quartò, (quod caput eſt) quia non eſt hic ſenſus Nouellæ de litigioſis, creditorem poſſe res vindicare ſpecialiter obligatas debitore non excuſſo: ſed hæc eſt ſententia Imperatoris: Si creditor debitorem conuenerit, qui ei res obligauerat, & is pendente lite res nominatim obligatas alienauerit, non incidere in pœnam alienantis res litigioſas: imo licere ei res vendere, ita tamen, vt ex pretio earum creditori ſuo ſatisfaciat. Niſi ſatisfecerit, dat Imperator licentiam creditori res alienatas vindicandi.

Ita hanc rem rectè explicauit Cuiacius in expositione d. Nouellæ 4. tit. de fideiussor. cùm dixit, non aduersari Nouellam iis, quia in specie d. Nouellæ, *creditor egit priùs personali*, lite autem pendente à debitore pignus venditum fuisse, quare ei licere etiam cum emptore experiri hypothecaria.

Non explicauit Cuiacius cur dicta Nouella iis loquatur de hac facti specie, quando scilicet creditor prius egit cum debitore, & is lite pendente rem vendidit, nec vllum est hac de re verbum in d. §. Ab hoc. sed verissimum tamen & certissimum est: Nam Imperator ibi dicit, hypothecas separari a vitio litigiosi, quod nihil aliud est, quam rem litigiosam non esse eam quæ hypothecæ supposita est, licet lis in iudicio pendeat inter debitorem & creditorem. Consequenter debitorem, qui res nominatim obligauit, eas vendere posse, scilicet etiam lite pendente. Si enim nulla lis penderet, inepta esset quæstio & dubitatio circa litigiosi vitium, quia vitium litigiosi contrahitur, cùm res alienatur lite pendente, vt initio d. Nouellæ habetur. Verùm lis debet esse de dominio rei, non autem de hypotheca; quare nihil prohibet, quin debitor vendere possit res obligatas, etiam lite pendente: Ita tamen, vt creditori satisfaciat. Nisi creditori satisfecerit, is licentiam habet hypothecaria agendi cum emptore, & res vindicandi.

Hic est verus sensus d. §. Ab hoc. ex quo perspicuum est, non repugnare §. Sed neque. Nouell. 4. tit. de fideiussor. quia non hoc vult, vt creditor omisso debitore conuenire possit possessorem rerum obligatarum actione hypothecaria, sed vt tunc creditor licentiam habeat hypothecaria agendi cum possessore, quando prius cum debitore egit, sed is lite pendente rem vendidit, nec ei satisfecit ex precio. Ideo Imperator ait, *damus licentiam creditori, qui rem venditam suppositam habet eam vindicare*, scilicet in hoc speciali casu. Sciebat enim non posse res vindicari à creditore, nisi prius excusso debitore secundum Nouellam 4. §. Sed neque. Sed hoc in casu dat licentiam in odium debitoris, qui pendente lite super actione ipsa personali & hypothecaria rem alienauit, neque ex precio eius creditori suo, vti debuerat, satisfecit.

CAPVT CVI.

Ad l. Cum quis. C. de iuris & facti ignoran.

Diocletianus. *Cùm quis ius ignorans indebitam pecuniā soluerit, cessat repetitio.* l. 1. C. de iuris & facti igno. Mouet hic dubitationem, quod Papinianus scribit in l. 7. ff. eod. tit. iuris ignorantiam non nocere suum petentibus, & rursus in l. 8. eo. tit. Iuris errorem omnibus in damno amissio iis rei suæ non nocere. Nam si non nocet iuris ignorantia iis, qui non de lucro faciendo certant, sed de damno vitando, videtur dicendum ei, qui indebitum soluerit, ex iuris ignorantia repetitionem competere, ne damnum incurrat amissionis rei suæ, hoc est, pecuniæ indebitæ solutæ.

Veteres omnes ferè post Accursium, ex glossa Vltramontanorum sententia, ita rem hanc explicant, vt concludant, hanc constitutionem accipiendam non esse de omni indebito soluto ex iuris ignorantia, sed de indebito ciuiliter, debito autem naturaliter. Si enim quis soluat id, quod naturaliter debet, ciuiliter autem non debet, ex iuris ignoratione repetere id non potest. Exemplum est in l. pen. ff. eod. tit. & in l. 1. & l. error. C. ad legē Falcid. Cæterùm si nec ciuiliter nec naturaliter sit debitor, & soluerit, repetere id potest, ne damnum sentiat amissionis pecuniæ suæ contra sententiam Papiniani.

Atque hæc sententia & interpretatio aliquando mihi placuit, nunc re melius perpensa valde displicet, & omnino sic statuo, indebitum per errorem iuris solutum repeti non posse, licet omni iure indebitum sit, hoc est, tam ciuili, quàm naturali iure, & hanc esse huius constitutionis sententiam affirmare non dubito. Excipio autem mulierem soluentem ex iuris ignorantia, quia repetitionem habet ex l. Quamuis. C. ad Velle.

Hanc sententiam iis argumentis confirmo. Primùm, quia constitutio hæc non distinguit inter debitum ciuile vel naturale, nec vlla alia est lex, quæ hanc distinctionem posuerit, aut quoquomodo indicauerit.

Secundo, quia cum quis per ignorantiam facti soluit indebitum ciuiliter, naturaliter autem debitum repetitionem non habet. l. Naturaliter. ff. de cond. indeb. Ergo nullum discrimen erit inter iuris & facti ignorantiam, contra mentem Imperatorum in hac lege, quia apertè statuunt, cùm quis per iuris ignorantiam indebitum soluit, repetitionem habere, per ignorantiam autem facti solutum repeti posse.

Tertiò, quia nullo iure debitum fuit, quod ex caussa donationis solutum fuit à Mæuio debitore, & tamen repeti non potest in casu l. Cùm pater. §. Mæuio. de leg. 2. vbi Glo. & doct. dicunt, ob stultitiam debitoris donatarium lucrari, id est, ob ignorantiam iuris.

Quartò, quia fideiussor inutiliter obligatus si soluat ex iuris ignorantia, non repetit. l. Si fideiussor. §. Non malè. ff. mand. Et cum inutiliter obligatus est, sine dubio fieri potest, vt neque naturaliter, neque ciuiliter teneatur.

Quintò,

Quintò, ex l. 2. ff. de confeſſis, vbi dicitur, nō fatetur eum qui errauit, niſi ius ignorauit. Ergo confeſſio per errorem iuris facta, confitenti præiudicat; Ergo ſi quis per errorem, ſiue ignorantiam iuris, debitum confiteatur, pro iudicato habebitur. l. 1. ff. eodem nec ergo repetet ſolutum, & tamen fieri poteſt, vt nec ciuiliter, neque naturaliter deberet.

Sextò, ex l. 1. ff. Vt in poſſeſſ. legato. vbi I. C. ait: *Si ex iuris ignorantia hęres cautionem pręſtiterit, benignè ſatiſdationem condici poſſe.* Hæres ibi nec ciuiliter, nec naturaliter obligatus erat ad ſatiſdationem præſtandam, ergo ipſo iure deſiuiſſet eam poſſe condicere, tanquam omni iure indebitam, ſi vera eſſet cōmunis ſententia & interpretatio huius legis. Sed quoniā cum quis indebitum ſoluit per iuris ignorantiam, ceſſat repetitio, ideo Vlpianus ſcribit: *Adhæc tamen benignè quis dixerit, ſatiſdationem condici poſſe.* Ergo in illo ſpeciali caſu ex quadā benignitate & æquitate indebita ſatiſdatio cōdici poteſt, qui hæres condicendo ſatiſdationem non multum lucratur. Conſequenter in aliis caſibus regula eſt in contrarium, vt nimirum indebitum etiam omni iure, tam ciuili quam naturali ſolutum per iuris ignorantiam repeti non poſſit.

Septimò, quia quod Papinianus ſcribit in d. l. 7. & 8. ff. eodem tit. iuris ignorantiam non nocere ſuum petentibus, &c. non pertinet ad hāc facti ſpeciem, cum quis indebitum ſoluit per errorē iuris, alioqui enim pugnaret cum l. 10. C. eodem titul. ſed pertinet ad l. Qui fideicommiſſum. ff. de legat. & ſimiles caſus, quibus reſponſum eſt, iuris ignorantiam nō nocere proſequentibus ius ſuum.

Nec ſolus ſum in hac ſententia, ſocios habeo Duarenum ad tit. ff. de condict. indeb. cap. 3. & Cuiacium ad li. 19. reſpōſorum Papiniani. dum tractat locum illum Papiniani, qui habetur in d. l. 7. ff. de iuris & fact. ign.

CAPVT CVII.

Iuris ignorantia ſitne latæ culpæ adſcribenda?

IVris ignorantiam latam culpam eſſe docuit Bartolus in l. Quod Nerua. n. 19. ff. depo. & idem docuerunt antiqui doctores complures, vt videre licet ex Menochio de Præſump. lib. 6. Præſump. 25. n. 11.

Primū argumentum eſt ex l. Regula. §. pen. ff. de iuris & fact. ign. illis verbis: *Sciant ignorantiam facti non iuris prodeſſe, nec ſtultis ſolere ſuccurri, ſed errantibus.*

Secundum eſt ex l. Liberorum. §. Notantur. ff. de his qui notan. infa. ibi: *Ignorantia enim excuſat non iuris, ſed facti.* Si non excuſat, ergo latam culpam admixtam habet.

Tertium argumentum eſt, quia leges debēt ab omnibus ſciri. l. leges ſacratiſſ. C. de leg. Nec permiſſum eſt eas ignorare. l. Conſtitutiones. C. eod.

Poſtremum argumentum eſt, quia lata culpa eſt, non intelligere id quod omnes intelligunt. l. Latæ. ff. de verb. ſignif. Sed leges ab omnibus intelliguntur, quia publicātur, ergo earum ignoratio latæ culpæ annumerabitur.

Contrarium docet Coraſius lib. 4. Miſcellaneor. cap. 17. Primò, quia lata culpa dolū repræſentat. l. 1. §. Non autem. ff. ſi is qui teſtam. liber eſſ. iuſſ. fue. Sed hoc eſt falſum, quia nemini nocet iuris ignorantia in damnis amittendæ rei ſuæ. l. 8. ff. de iuris & fact. ign. Ergo lata culpa non eſt, quia noceret, ſicut dolus nocet.

Secundò, quia lata culpa eſt, non intelligere quod omnes intelligunt. l. Latæ. ff. de verb. ſig. Sed iura non omnes intelligunt, imò pauci. Ergo iuris ignorantia non eſt lata culpa.

Tertiò, lata culpa requirit ſummam negligentiam. l. Cedere diem. §. vlt. de verb. ſign. vbi appellatur nimia negligentia. Alibi vocatur diſſoluta negligentia. l. Si fideiuſſor. ff. mād. Ergo non video, inquit Coraſius, *quo pacto clericus, mercator, artifex & alij id genus homines, qui non ciuilibus ſtudiis operam dederunt, ſed honeſtam aliam artem ſecuti ſunt, legum peritiam non habentes, in lata culpa dici debeant.*

Excipiendos autem eſſe putat Doctores, Aſſeſſores & ſimiles, quia iſti tenentur ſcire iura. l. 2. ff. Quod quiſq; iuris. l. vlt. ff. de variis & extraord. cog. & iis meritò obiici poteſt. *Turpe eſſe viro nobili & patritio ius, in quo verſatur, ignorare. l. 2. §. Seruius, ff. de orig. iuris.*

Non obſtat, quod dicitur, leges ab omnibus ſciri debere, quia id accipiēdum videtur de legibus, quæ de diuino præcepto, vel naturali ratione confirmantur, & ad morum inſtructionem, cohibendámque hominum inſolentium vitam pertinent. Sic ferè Coraſius.

Tertia eſt ſententia Zaſij lib. 1. ſing. reſpon. c. 2. n. 19. iuris naturalis & diuinorum præceptorum ignorantiam eſſe latam culpam. l. Venia. C. de in ius vocat. Præterea ſi quis ignoret ea, quæ legibus prohibita ſunt, quia illicita videntur, is in culpa eſſe dicitur. l. Extat. ff. quod met. cau. Rurſus ſi quis doctorem ſe profiteatur, & ius ignoret, latam culpam contrahere dicitur. l. 2. §. Seruius. ff. de ori. iur. Denique à lata culpa non excuſari, qui negocia habent iudicialia, vel iuris ordinem requirentia, ſi ius ignorauerint. l. Sicut: in fine. C. de Præſcrip. long. temp.

Extra hos caſus, inquit Zaſius, iuris ignorantiam latæ culpæ adſcribendam non eſſe, quia ſi

lata culpa est ignorare id, quod omnes intelligunt. e contrario, id quod pauci intelligunt, ignorare non erit lata culpa: At pauci iura intelligunt, & sciunt, ergo. &c.

Ego verò hanc rem aliquot propositis conclusionib. dilucidius explicari posse existimo, & simul contrarias doctorum sententias ad concordiam redigi.

Prima conclusio. Iuris ignorantia non est lata culpa, quantum ad hunc effectum, vt omnes qui ius ignorant reprehensione sint digni, aut pœnam aliquam incurrant. Nam vt rectè dicebat Zasius, maxima pars mortalium laboraret hoc vitio.

Secunda conclusio. Iuris ignorantia non est lata culpa eatenus, vt quis puniatur amissione rei suæ, l. 7 & 8. ff. de iuris & facti igno. Exemplum præclarum est in l. Qui fideicommissum. 81. de leg. 2.

Tertia conclusio. Iudices, Doctores & Assessores sunt in lata culpa, si ius ignorauerint. l. 2. §. Seruius. de ori. iur. l. 2. ff. quod quisque iur. l. vlt. ff. de variis & extraord. cog.

Quarta conclusio. Iuris ignorantia culpæ non adscribitur minorib. 25 annis, nec militibus, nec interdum etiam mulieribus. l. Regula in princip. ff. de iuris & fact. ign. l. 1. & vlt. C. eodem.

Quinta conclusio. Iuris ignorãtia culpæ imputatur iis, qui aliquid faciunt, quod legibus prohibitum est. Tenentur. n. eas scire. l. liberorum. §. Notantur. ff. de his qui notan. infam. l. Venia. C. de in ius vocan. Atque huc pertinet l. 1. ff. de legibus. legem esse delictorum, quæ vel sponte, vel ignorantia committantur, coërcitionem.

Sexta conclusio. Iuris ignorantia dicitur culpa eo fine, vt quis à commodo arceatur, si peritiores consulere potuit. l. Regula. ff. de iuris & fa. ig. l. In bonorum. ff. de bonor. possess. l. 2. §. vlt. ff. Quis ordo in bonor. possess. ser.

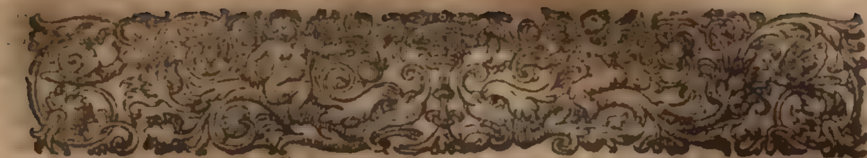
Septima conclusio. Iuris ignorantia culpæ adscribitur, ne quis lucrum faciat, hoc est, acquirere volentibus. l. 4. ff. de iu. & fa. ig.

Vltima conclusio. Iuris ignorantia culpæ annumeratur, vt quis indebitum solutum repetere non possit. l. Cum quis. C. de iuris & facti ign. vt dixi cap. præcedenti.

FINIS LIBRI OCTAVI.



PARS



PARS TERTIA,

CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER NONVS.

CAPVT PRIMVM.

Examinatur, quid statuendum cùm criminibus variæ ac diuersa pœna constitutæ aliis atque aliis legibus sunt.



SÆpe accidit, vt vnum atque idem crimen variis ac diuersis pœnis coerceatur, aliis atque aliis legibus, constitutionibus, edictis, atque statutis. Quamobrem in cõtrouersiam venire solet, quæ pœna sit statuenda, ac præ cæteris eligenda. Tractant hanc materiam Canonistæ in c. Inter cæteras. de rescript. & in c. De caussis. de off. deleg. Legistæ in l. 1. ff. de vi bon. rapto. Menoch. de arbit. iud. q. 94. & de recup. possess. remed. 9. nu. 338. & seq. Clarus q. 85. Gomesius varia. resol. tit. de delictis, c. 1. n. 38. Soarez commu. opinio. vers. Pœnę. n. 150. cum seq. Angelus de Maleficiis in verb. Et ibi caput à spatulis amputetur, & ibi in add. Arminen.

Ego rectè ordinéque facturus videor, si aliquot propositis conclusionibus totam hanc disputationem explicauero.

Prima conclusio. Quoties posterioribus legibus pœnæ sunt impositæ delicto, ab iis diuersæ, quæ prioribus legibus erant constitutæ, ea mente, vt noua pœna adiungatur veteri, & vt nostri interpretes loquuntur, *cumulatiuè*, tunc aduersus delinquentem omnes pœnæ, tã veteres, quàm nouæ exequendæ & cõstituẽdæ sunt. In istis terminis loquuntur l. Placet. 5 C. de sacrosanct. Eccl. ibi: *Si quis contrauenerit, post debita vltionis acrimoniam, qua erga sacrilegos promenda est, exilio deportationis perpetuo subdatur.* Item l. in eum 18. C de fur. ibi: *Prater pœnam olim statutam.* Item l. 4. C. de sepulchro viola. ibi: *Quæ pœna prisca seueritati accedit.* Item cap. 2. de senten. & re iud. lib. 6. ibi: *Saluis aliis constitutionibus, quæ iudicibus malè iudicantibus pœnas ingerunt & infligunt, &c.*

Secunda conclusio. Quoties posterioribus legibus nouæ pœnæ constituuntur, aliis sublatis, quæ antiquis legibus continebantur, & vt nostri loquuntur, *priuatiuè*, tunc nouæ pœnæ locum habẽt, antiquæ verò cessant. In istis terminis loquitur l. 1. ff. ad l. Aquil. ibi. *Lex Aquilia omnib. legib. quæ ante se latæ sunt de damno iniuria derogauit.* Item l. 1. ff. de termino moto. ibi: *Terminorum auulsorum non mulcta pecuniaria est, sed pro conditione admittentium coercitione transigendum est.* Mulcta pecuniaria imponebatur ex lege agraria, vt in l. 3. ff. eod. tit. Item l. Qui cùm in vno. §. Qui post desertionem. ff. de re milit. ibi: *Nam & qui ad delictum olim non respondebant, vt proditores libertatis in seruitutem redigebantur, sed mutato statu militia recessum à capitis pœna est, quia plerunque voluntario milite numeri supplentur.* *Numeri*, id est, vexillationes, vt explicat Cuiac. ad l. vlt. C. de his qui non impletis stipendiis Sacrament. soluti sunt.

Tertia conclusio. Quoties lex posterior nouam pœnam imponit: nec apparet vtrum *cumulatiuè*, vel *priuatiuè*, tunc dubium est, quæ sit pœna eligenda: neque enim eadem est omnium sententia.

Mitiorem pœnam eligendam esse existimauit Gloss. in c. De caussis. in vers. Certa. de off. deleg. quia pœnæ interpretatione sunt potius molliendæ quàm exasperandæ. l. Interpretatione. ff. de pœnis. cap. Pœnæ. de pœnitentia, distinct. 1.

Alij iudicis arbitrio id committunt, vt Abbas in c. Inter cæteras. de rescrip. Menoch. d. q.

94. non procul à fine. Afferunt primo tex. in c. Quoniam frequenter §. vlt. vt lite non contest. ibi: *ita videlicet, quod alterutra pœna, qua magis timeri debeat, iudex à principio sit contentus.* Ille textus nihil obstat, quia ibi datur electio iudici expressè, ideo nihil facit ad alios casus, in quibus non datur iudici electio.

Secundò, l. Quoties ff. de act. & oblig. in illis verbis: *Si ex eodem facto duæ competant actiones, postea iudicis potius partes esse, vt quod plus sit in reliqua actione id actor ferat, si tantundé, aut minus, id consequatur.* Cuiacius legendum putat, *nil consequatur*, lib. 3. obser. cap. 25. cuius sententia iuuari potest ex l. 1. ff. de vi bonor. rapt. Nihil ad rem facit, quia loquitur de actionibus persequentib. rem familiarem, nostra disputatio est de pœnis, quæ longè differunt.

Tertiò, tex. in c. Sicut ad finem. de Iudæis, in illis verbis: *Honoris & officij sui periculum patiatur, aut excommunicationis sententia plectatur.* vbi Gloss. dicit, id esse in optione iudicis. Verùm hoc testimonium nihil mouet, quia text. id non dicit quod Gloss. Præterea loquitur de pœna alternatiuè imposita ab eadem lege: non cùm diuersæ pœnæ è diuersis imponuntur legibus.

Alij denique docuerunt, posteriores leges esse sequendas, & ideo eam pœnam imponendam, quæ posteriori lege continetur, quæ mihi videtur verissima sententia. Nam non est nouum vt priores leges ad posteriores trahantur, id est, corrigantur, suppleantur ac determinentur, l. Non est nouum ff. de legib. *Et constitutiones tempore posteriores potiores sunt ijs quæ eas præcesserunt*, l. vlt. ff. de Constit. princip. ita docent Salycetus in l. In eum. C. de fur. Cynus & Albericus in l. Qui sepulchra. C. de sepulchro viola. Antonius Gomesius de delict. cap. 1. nu. 58.

Exemplum adfertur notatu dignum, Constantinus statuit adulteros gladio puniendos, vt in l. Quamuis. C. ad l. Iul. de adul. Iustinianus verò in Authen. vt nulli iud. §. Si quando. (secundùm Haloandri translationem est Nouella 134. tit. de Vicariis seu locum tenentibus §. Si quando) quantum ad mulierem adulterã attinet, mandauit eam *competentibus vulneribus subactam in monasterium detrudi.* Et hæc pœna in mulierem statuta hodie seruatur, vt in Auth. Hodie. C. eod. tit.

Sed D. Menochius de recup. possess. rem. 9. n. 353. in diuersam abiit sententiam, existimauitque nec Constantinum pœnam mortis inflixisse, nec Iustinianum aliam in adulteras mulieres pœnam statuisse diuersam à pœna Constantini. Fundamentum eius est, quia pœna gladij non semper accipitur pro pœna mortis, imò etiam quandoque pro alia pœna corporal. argum. l. Solet. ff. de off. procons. & leg. 1. Imperium ff. de iurisdict. om. iud. Alciat. notat lib. 2. Paradoxo c. 7. & Longouallius ad d. l. Imperium. n. 51. Ergo licet Constantinus pœnam gladij imposuerit, non tamen sequitur pœnam mortis imposuisse.

Quod autem aliam pœnam Iustin. non statuerit aduersus mulieres probari dicit ex eo, quod Iustinian. confirmat expresse pœnas à Constãtino impositas: *Si quando vero*, inquit, *adulterij crimen probetur, iubemus illas pœnas peccantibus inferri. Et quas Constantinus diuæ mem. disposuit.* Et secundùm Haloand. *Iubemus vt illæ pœnæ delinquẽtibus irrogentur, quas præscribunt leges.* Et ideo de mulieribus adulteris inferius statuens, idem Iustinian. mandat eas competentib. vulneribus subactas in monasterium detrudi, vel secundùm Haloan. *Competẽtibus pœnis.* Hæc igitur vulnera, hæ pœnæ competentes significant gladij pœnam, de qua Constantinus loquitur in d. l. Quamuis. accipiendo scilicet gladij pœnam pro corporali pœna, non autem pro pœna mortis.

Cæterùm, nisi fallor, aliud est gladij potestas, de qua loquuntur dictæ leges, aliud gladij pœna, de qua Cõstantinus loquitur, ideo communis est sententia, quam & ipse Menoch. secutus est de arbit. iud. Casu 14. nu. 54. pœnam gladij, cuius mentionem facit Constantinus, de pœna mortis, siue vltimi supplicij accipiendam esse, nec vnquam aliter pœna gladij accipitur, quoties eius fit mẽtio in lege, quæ delictum aliquod decernat pœna gladij puniendum esse: alioqui dubia & incerta valde esset huiusmodi pœna. Alia ratio est de potestate gladij, quæ meritò accipitur pro potestate puniẽdi tam pœna mortis, quam alia pœna quacunq; corporali, & ita loquuntur leges à Menochio allegatæ.

Quarta conclusio. Quoties alia pœna lege communi constituta est, alia verò iure municipali, Ciuitatis vulgo statuta vocantur, tunc an abrogata sit pœna iuris communis, nec nè, dubium & controuersum est. Etenim abrogatam non esse pœnam iuris communis existimarunt Bart. in l. 1. ff. de vi bono. rap. Abbas in c. De causis n. 14. & ibidẽ Berous nu. 75. de off. deleg. Ang. Aretin. in pract. malefícior. in verbo. & ibi caput à spatulis amputetur, Ruinus cons. 143. nu. 6. lib. 5. Menoch. de recup. possess. rem. 9. n. 386.

Fundamentum est primò in aliquibus legibus, ex quibus apparet pœnam lege noua constitutam non derogare pœnæ priori lege constitutæ, vt in l. Arriani. C. de hæret. in l. 4. C. de sepulchro viola. in l. 3. ff. de libero hom. exhib. & similibus, quæ leges ideo nihil faciunt, quia expressè statuunt pœnam legis posterioris adiunctam esse antiquæ pœnæ.

Secundò, fundamentum eſt in l. Quoties. ff. de act. & obli. quæ vt ſuprà dictum eſt, nõ pertinet ad rem noſtram, ſed ad cauſas ciuiles & pecuniarias, quibus rem familiarem perſequimur. de pœnis ibi non agitur, quæ diuerſis legibus conſtitutæ ſunt.

Tertiò, in regula l. vlt. C. de nouatio. Nouationem ſcilicet, non induci veteris obligationis, niſi expreſsè dicatur; Sed nimis hæc res diſtat à diſputatione noſtra de pœnis.

Quartò, in alia regula, Correctionem legis non præſumi in dubio. l. Præcipimus. C. de appella. ſed fragile argumẽtum eſt, quia cum ſtatuto alia diuerſa pœna imponitur, quàm iure communi fuerit impoſita, non videtur eſſe res dubia, ſed certa, quod legi communi in eo derogauerit ſtatutum.

Quintò, in l. 3. §. Diuus. ff. de ſepulchro viol. quo argumento vtitur Menochius, ſic ait tex. *Diuus Adrianus reſcripto pœnam ſtatuis 40. au reorum in eos qui in Ciuitate ſepeliunt, quam fiſco inferri iuſſit.* Et paulò pòſt: *Quid tamen ſi lex municipalis permittat in Ciuitate ſepeliri poſt principalia reſcripta, an ob hoc diſceſſum ſit videbimus, quia generalia ſunt reſcripta, & oportet Imperialia ſtatuta ſuam vim obtinere, & in omni loco valere.*

Reſponderi poteſt, teſtimonium iſtud ad rẽ noſtram non pertinere, neque obſtare. quia loquitur, quando Imperator aliquid fieri prohibet, adiecta etiam pœna: Lex autem municipalis illud fieri permittit, tunc præferenda ſunt Imperatoris reſcripta. & meritò, quia inferior cedere debet ac parere ſuperiori. Nos autem loquimur, quando iure communi alia pœna delicto eſt impoſita, alia verò ſtatuto Ciuitatis, nec vllum eſt edictum Principis aliter diſponens, tunc videtur receſſum à pœna iuris communis: poſito, quod ſtatutum valeat, vel quia fuerit conditum ab iis qui poteſtatem habent, vel quia Princeps, vt fieri ſolet, illud approbauerit & confirmauerit. Ad d. l. 3. §. Diuus. videas Fornerium ſelectionum lib. 1. cap. 13.

Contrariam igitur ſententiam frequentioribus ſuffragiis Doctores ſecuti ſunt. Vide Clarum §. fi. q. 85. verſ. Debet. etiam Alciatum conſ. 745. Decium in c. De cauſſis. n. 14. de off. deleg. alios citat Menochius d. rem. 9. de recup poſſeſ. num. 339.

Pro hac ſententia licet multa adferri ſoleant, illud tamen argumentum me plurimum mouet, quoniam cum diſputamus, an propter pœnam ſtatuto municipali impoſitam, receſſum ſit à pœna iuris communis, præſupponere debemus ſtatutum valere, vel quia ciuitas poteſtatem illi condendi habuerit, vel quia Principis confirmatio, vel conſenſus acceſſerit. Eiuſmodi ſtatutorum ac legum municipaliũ ſæpe legibus noſtris mentio habetur, vt in l. 1. C. de emancip. liber. in l. Antiochenſium. ff. de priuileg. cred. in l. Prohibere. ff. quod vi aut clam, in l. Vt gradatim. §. 1. ff. de munc. & honor. in l. An in totum. C. de ædif. priua. in l. Item eorum. §. 1. ff. Quod cuiuſque vniuerſ. nom. & alibi.

Igitur ſi valet eiuſmodi ſtatutum, illud ſeruandum erit tanquam ius proprium ipſius Ciuitatis, vt in l. Omnes populi. ff. de iuſt. & iure. conſequenter à iure communi diſceſſum videbitur. Nam ſi ius commune locum habere poſſet, non eſſet pœna ſtatuti ſeruanda, ſed iuris communis, aut in electione iudicis id eſſet, quã ſeruaret pœnam: quod certè ſtatuentium intentioni maximè repugnare videtur, qui aliam pœnam impoſuerunt.

CAPVT II.

Actio ciuilis & criminalis; an & quando ſimul cumulari poſſint?

QVæ magno conflictu variis atque inuicem pugnantibus Doctorum ſententiis agitari ſolet quæſtio, an & quando ciuilis & criminalis actio cumulari in vno eodémque iudicio poſſit, quinque caſibus propoſitis dilucidè explicari poteſt.

Primus eſt, cùm quis aduerſus vnam eandémque perſonam, & ex eodem facto ciuilem & criminalem intendit actionem: Et huiuſmodi cumulatio non admittitur. l. 2. §. 1. ff. de vi bono. rapto. l. Interdum. ff. de publicis iudiciis. Peracto autem criminali iudicio ciuilis actio moueri poterit. l. Vn. C quando ciuilis actio criminali præiudicet. l. vlt. C. de ordi. iudi. Hinc dicimus ciuilem & criminalem iniuriarum actionem cumulari non poſſe, vt latè explicat Antonius Teſſaurus deciſ. Pedemon. 18. n. 3. Actio tamen iniuriarum & legis Aquiliæ cumulari poteſt, teſte Mynſingero Cent. 1. obſeru. 25. Quod ego verum puto, quantum ad hunc effectum, vt quod amplius in altera eſt actor conſequatur, ſicut loquitur l. Qui ſeruum. ff. de act. & oblig.

Sed iſtud accipiendum cùm veraque actio æquè principaliter intentatur: nam ſi criminalis actio principaliter intentetur, actio autem ciuilis incidenter, vt puta ſi iudicis officium imploretur, vt res ablata reſtituatur, vel expenſæ refundantur. cumulatio admittetur. l. Interdum. §. Qui furem. ff. de furtis. l. Qui crimen. C. qui accuſare poſſ. l. 3 C. de condict. ob turpem cauſſam. l. 4. §. Si dicantur. ff. finiũ regund. l. penul. ff. de Calumniato. l. Medicus. ff. de variis & extraord. cog. quas leges ad hanc ſententiam adducit Bartolus in d. l. 2. §. 1 numero 20. ff. de vi bonor. raptor. & alios Doctores citat

Menochius de retinenda possess. remed 3. n. 553. Addo ego l. 3. C. de ord. iudi.

Secundus casus est, quando fit cumulatio actionis ciuilis & criminalis ex diuerso facto contra eundem, & tunc cumulatio admittitur. l. Rerum amotarum. 27. ff. de act. rer. amotarum. quam legem ita intellexit Baldus in d. l. 2. § 1. n. 1 ff. de vi bonor. raptor. & ita respondit Natta additis aliis in cons. 118. n. 4. & in his terminis consistere potest decisio 400. Egidij Bellameræ: incipi. Ciuilis & criminalis. vbi simpliciter affirmat ciuilem & criminalem actionem cumulari posse.

Tertius casus est, Cum actio ciuilis intentatur ab vno, & criminalis ab alio eius aduersario in casu, quo criminalis actio ciuilem absorbet. vel ciuilis criminalem: Tunc cumulatio non admittitur. l. vltima, vbi Paulus Castrensis optimè declarat C. de ordine iudiciorum. l. præses. C. ad leg. Flau. de plagiariis. Cravetta in cons. 280. Baldus in l. vltima C. de fide instrumen. Bartolus in l. Si testamentum. ff. de petitio. hæred. Afflictus decis. 229. Capycius decis. 25. Alexander in l. Reum criminis. C. de procura.

Quartus casus est, quando ciuilis actio intentatur ab vno ex litigatoribus, & criminalis ab altero eiusdem aduersario, sed altera alteram non absorbet. Hoc in casu sunt opiniones. Nam Irnerius, quem Accursius refert in l. vlt. C. de ordi. iud. cumulationem admittendam esse censuit, & eum secuti fuere ibidem Iacobus Butrigarius, Baldus, & Paulus Castrensis.

Sed cumulationem admittendam non esse Accursius existimauit, quem secuti fuère Angelus, Salycetus & alij magis communiter.

Et hæc sententia mihi probabilior videtur. Primò quia iudicium criminale tanquam maius impedire debet ciuile, vt in d. l. vltim. C. de ordine iudicior. Secundò, ex l. Adulterij. C. ad l. Iuliam de adult. vbi pendente adulterij accusatione contra mulierem dos repeti non potest: nec ciuilis actio obstrepat criminali, vt ibi dicitur.

Quintus casus est, cum ciuilis actio intentatur ab vno, & criminalis ab alio, qui illius aduersarius non est, sed quidam tertius: Et hoc in casu dicendum est cumulationem admitti, nisi criminalis actio ciuilem absorbeat. Vide Iacobum Puteum decis. 99. in prima parte, & Lancellotum de Attentatis lite pendente limitat. 23.

CAPVT III.

Furiosus si quis efficiatur post commissum delictum, possitne puniri?

Si quis post delictum commissum efficiatur furiosus, controuersia est an debeat puniri: Et communior sententia est, puniri non debere corporali pœna, sed in bonis, hoc est, vel publicatione bonorum, vel alia pecuniaria pœna pro delicti qualitate, ita Baldus, Alexander & Iason in l. Furiosum. C. qui testam. facere poss. Tiraquellus de pœnis legum caussa 2. Didacus Couuar. in clem. Furiosus. in 3. parte in initio n. 4. de homicidio. Clarus § fi. q. 60. Menochius de arbitr. iudi. casu 325. n. 12.

Fundamentum est primò, quia furiosus loco absentis & quiescentis est, *per omnia enim omnibus*, vt inquit text. in l. 2. § 1 Furiosus, ff. de iure Codic. Sed absens non potest condemnari pœna corporali l. Absentem ff. de pœnis. Ergo nec furiosus. Secundò, quia furiosus non potest dici de crimine confessus vel conuictus; quia loco absentis, vt iam dixi, habetur. Constat autem non debere quenquam condemnari, nisi de crimine confessus vel conuictus sit. l. Qui sententiam. C. de pœnis. Tertiò, quia pœna corporalis ideo irrogatur, vt delinquens affligatur. Furiosus autem satis ipso furore punitur. l. Diuus. ff. de off. Præsid. quare non videtur afflictio alia eidem addenda.

Contrarium docuerunt olim Ludouicus Romanus in d. l. Furiosum. C. qui testament. facere poss. & Frăciscus Albergotus de Aretio qui fuit discipulus Bartoli, teste Iasone in d. l. Furiosum. non procul à fine, & nouissimè Ioannes Vaudus lib. 2. quæstionum, c. 7.

Fundamentum est primò in l. Diuus. ff. de offic. præsidis, in illis verbis: *Si verò (vt plerunque adsolet) interuallis quibusdam sensu sanior est, num fortè eo momento scelus admiserit, nec morbo eius danda sit venia, diligenter explorabis: Et si quid tale compereris, consules nos, vt æstimemus an immanitatem facinoris, si cùm posset videri sentire*, commiserit, supplicio afficiendus sit.

Secundò, *nam quoties de delicto quæritur, placuit non eam pœnam subire quem debere, quam conditio eius admittit eo tempore, quo sententia de eo fertur, sed eam causam sustinere, quam sustineret, si eo tempore esset sententiam passus cùm deliquit.* l. 1. ff. de pœnis.

Tertiò, quia furor superueniens non tollit obligationem præcedentem. l. Patre furioso. de his qui sunt sui vel alien. iuris. l. Si à reo. §. Si à furioso. ff. de fideiusso.

Ego omnibus maturè consideratis animaduerto prioris sententiæ argumenta confirmari ex d. l. Diuus. ff. de offic. Præsidis. Nam si furiosus quantum ad propositum nostrum pro absente habendus est, nec confessus vel conuictus dici potest, si satis ipso furore punitur, ac proinde corporali pœna affici non debet. t. cur.

Diuus

Diuus Marcus & Commodus ita reſcripſerunt: *Si quid tale compereritis conſules nos, vt æſtimemus, an immunitatem facinoris, ſi poſſet videri ſentire commiſerit: ſupplicio afficiendus ſit*, vt in d. l. Diuus.

Si affici ſupplicio poteſt; igitur pœna corporali affici poterit. Ergo condemnari poterit: & pro confeſſo & conuicto haberi.

Cur igitur inter ea, quæ iudicis arbitrio definienda ſunt, id non referatur, nihil ſanè proponi video. Nam & ita dicit reſcriptum in præcedentibus verbis: *Num forte eo momento ſcelus admiſerit, nec morbo eius danda ſit venia, diligenter explorabis. Et ſi quid tale compereris, conſules nos, &c.* Nihil ergo lex definiuit, ſed à iudice re explorata, Principem eſſe conſulendum: & ab eo æſtimandum, an ſupplicio afficiendus ſit delinquens, clarè & apertè reſcribitur. Perpendet igitur iudex ac Princeps, delinquentis animum, circumſtantias delicti, eius grauitatem, ac omnibus penſatis decernetur de pœna, prout æquitas & ratio poſtulauerit.

Non igitur priori ac poſteriori ſententiæ acquieſco, ſed totum arbitrio iudicis ac Principis, quem iudex conſulere debebit, committo, fundamentumque huius ſententię meæ in Imperatorum reſcripto colloco, cui magis auſcultandum cenſeo, quam aliorum ſententiis.

CAPVT IV.

Si quis aliquem teſtari prohibuerit, qua pœna ſit afficiendus?

SI quis aliquem teſtari prohibuerit, actiones amittit, & fiſco aditum ad ſucceſſionem aperit. l. 1. ff. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit. l. 2. C. eod. Amplius ſi teſtator quidpiam alicui relicturus fuerat, is qui teſtari eum prohibuit, meritò condemnabitur ad id quod intereſt. argum. l. Lucius 90. §. Sempronia. de leg. 2. l. Si quis affirmauerit. ff. de dolo. Nam cum dolo alterius alter quicquam amiſit, æquum & bonum eſt, vt illi condemnetur. Et huc alludunt quæ de ciuili diſceptatione dicuntur in l. 1. C. eo. tit. criminalis autem cuius ibidem fit mentio, ad confiſcationem pertinet, quia ſcilicet cauſſa ad fiſcum defertur: vel ad vim illatam, quæ pœnis coercetur, & lege Iulia vt notum eſt.

Sed an etiam pœnam dupli ſubire cogatur? Et affirmat Gloſ. in l. 2. C. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit, & in d. §. Sempronia. Bartolus ibi & in l. 3. ff. eod. tit. & eſt communis hæc doctorum ſententia, vt teſtantur Corneus & Iaſon in l. 1. C. eod. Hieronymus Gabrielius conſ. 99. n. 13. & 14. Peregrinus de iure & priuilegiis fiſci lib. 2. tit. 6. n. 8.

Fundamentum eſt in §. Et hoc peruenit. in Authen. vt nulli iudicum liceat habere loci ſerua. vbi Imperator ſic ait: *Et hoc peruenit ad nos, quod quidam prouinciarum iudices, ita iniquè agunt, occaſione lucrorum, vt neque teſtamenta contrahant facere, &c.* Et paulò poſt: *Si verò quidam huiuſmodi odibilem rem in quolibet loco noſtræ reipublicæ præſumpſerit agere: aut miniſtrare ei qui hoc præſumpſerit facere, iubemus huiuſmodi extra cingulos factos in exiliũ deſtinari, & de ſubſtantia eorum exeuntes diſpendium læſis in duplum reſtitui, &c.*

Addit Peregrinus hanc rationem, quia pœnæ contra violentos quandoque etiam quadruplantur. l. Metum. §. Ex hoc edicto. l. Si cum exceptione. § Quadruplatur. ff. de eo quod metus cauſſa.

Sed contrarium docuerunt Cynus in l. Quicquid. C. arbitrium tutelæ. Antonius Butrius conſ. 78. Baldus in d. l. Lucius. §. Sempronia. & ibidem Albericus teſtatur hanc ſententiam communem eſſe, quam nouiſſimè ſequitur Ioannes Vaudus lib. 1. variat. quæſt. cap. 30. ſequor & ego.

Fundamentum eſt hoc, quia nulla eſt lex, quæ dupli pœnam imponat, præterquam iudicibus, in quibus prior ſententia procul dubio locum obtinebit. Nam Iuſtinianum loqui de iudicibus in d. §. Et hoc peruenit. perſpicuũ eſt ex verbis textus.

Sed contrariæ ſententiæ authores dicunt, propter verba generalia, quibus vnicuique id Imperator prohibet, eam conſtitutionem ad omnes pertinere.

Reſpondeo, generalem prohibitionem his verbis contineri. Propterea interdicimus *omnibus iudicibus tàm ciuilibus quàm militaribus, & eorum officiis, aut alii cuilibet aliquid præſumere.* Hæc generalis prohibitio fit iudicibus, & eorum officialibus & adminiſtris, & cuicũque alteri, qui ſcilicet iudici hac in re miniſtrauerit, & operam ſuam præſtiterit, vt ſcilicet aliquis teſtari prohibeatur. Id patet ex verbis ſequentibus: *Si verò quidam*, inquit, *huiuſmodi odibilem rem in quolibet loco noſtræ reipub. præſumpſerit agere, aut miniſtrare ei, qui hoc præſumpſerit, facere iubemus, &c.*

Illa verba, *ſi verò quidam*, de iudicibus accipienda ſunt, quia de illis loquitur conſtitutio, vt patet ex initio d. §. Et hoc peruenit. Verba autem illa: *Aut miniſtrare ei qui hoc præſumpſerit facere*, accipienda ſunt de miniſtris & officialibus ipſorum iudicum. Generaliter enim interdicit iudicibus, & miniſtris eorum, ne id facere præſumant, & omnibus aliis, ne hac in re ſuam operam ac miniſterium præbeant, vel iudicibus, vel officialib. eorum; & pœnam deinde ſtatuit exilii, priuationis officii & dupli. Si prohibitio generaliter omnes comprehenderet, &

fine di crimine, ſequeretur eadem pœnas exilij, & amiſſionis dignitatis, & dupli ſubire omnes debere, qui nequeam teſtari prohibuerint. quod affirmare ideo non auſim, quia nemo hactenus id ſcripſit, & quia ſi hæc erat mens Iuſtiniani, clara & directa oratione eiuſmodi legem promulgare debuiſſet. Cùm res dubia ſit, interpretatione molliendæ ſunt pœnæ magis quàm exaſperandæ. l. Interpretatione. ff. de pœnis.

Porrò id quod affertur de quadruplo in actione, quod metus cauſſa, locum obtinet, ſuiſque regulis coercetur & cancellis, extra quos non videtur facilè producendum.

CAPVT V.

Quatenus actiones ex delictis deſcendentes in hæredes dentur.

CVm quæritur an actiones ex delictis in hæredes dentur, conuenit inter omnes de multis, de vno potiſſimum cōtrouerſum eſt. Primò, conuenit actiones pœnales in hæredem non competere, niſi in quantum ad eos peruenerit, vel cum defuncto fuerit lis conteſtata, ſi ius ciuile ſpectemus l. 1. ff. de priuatis delictis, l. Quod diximus. §. vlt. ff. quod metus cauſa. l. In hæredem. ff. de calumniator. l. In hæredem. ff. de dolo. l. vlt. C. Rerum amotar. l. Inde Neratius. §. Hanc. ff. ad leg. Aquil. l. Constitutionibus. ff. de actio. & oblig. l. Sicut pœna. de reg. iu. l. Vn. C. Ex delict. defuncto. Antonius Gomeſius variar. reſol. tit. de delictis, c. 1. n. 85. Clarus quæſt. 51. verſ. Vlterius quæro. Burſatus conſ. 77. n. 1. lib. 1.

Secundò, inter omnes ferè conuenit iure canonico inſpecto aliter conſtitutum eſſe, nimirum hæredem teneri pro viribus hæreditatis ad exonerandam conſcientiam defuncti, licet non aliquid ad eum ex delicto peruenerit, nec cum defuncto lis conteſtata fuerit, ex c. vlt. de ſepulturis. c. In literis. de raptorib. c. Tua nos. de vſuris & ex aliis locis. vt tradit Antonius Gomeſ. loco proximè citato. Couuar lib. 2. variar. reſol c. 3. n. 7. Vaſquius libr. 3. Controuerſiarum illuſtrium. c. 96. n. 27.

Etſi enim hæc differentia inter ius canonicum & ciuile non placuerit Panormitano in d. c. vlt. de ſepulturis, vix tamen diſſentire videtur, cùm fateatur iure canonico teneri hęredem ad ſatisfactionem damni & læſionis illatæ per defunctum, quia defunctus tacitè hoc hæredi iniungit: quæ tamen ratio rectè confutatur à Couuar.

Tertiò, in hoc doctores conſpirare videntur, ius ciuile in hac propoſita ſpecie ſeruandum fore in ditione Cæſarea, ius autem canonicum in foro Eccleſiaſtico, vel etiam in foro Cęſareo, coram tamen iudice Eccleſiaſtico per denunciationem Eccleſiaſticam, iuxta c. Nouit. de iudiciis. Ita Cacheranus decis. Pedemontana 152. n. 6. Antonius Gomeſ. loco ſuperius citato. Proſper Farinacius lib. 1. quæſt. crimin. tit. de Inquiſitione, quæſt. 10 poſt nu. 64. verſ. Limitando.

Controuerſum autem eſt, an in hæredes detur actio ex delicto deſcendens, cum non pœnæ, ſed rei meram contineat perſecutionem, hoc eſt, an detur in ſolidum, an verò duntaxat in quantum ad eos peruenerit. Etenim affirmatiue videtur Couuar. loco ſuperius citato. Antonius Faber lib. 4. coniect. iuris. c. 1. non procul à fine. Idem mihi videtur ſentire, licet non ita generaliter, Petrus Faber ad l. Sicut pœna. nu. 20. de reg. iuris.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. Si pro iure. §. 1. ff. de condict. furt. *Condictio furtiua*, inquit, *habet, quia rei habet perſecutionem, hæredem quoque furis obligat.* Et hæc hæredis obligatio in ſolidum eſt, non autem in quātum ad hęredem peruenit l. 9 ff eo tit. vbi Vlpianus, *in condictione furtiua non pro parte qua peruenit ſed in ſolidum tenentur, dum, vt hæredes ſunt.*

Secundum eſt ex §. His autem verbis. in Inſt. de lege Aquilia, vbi Iuſtinianus ait: *Ideoque conſtat in hæredem eam actionem non tranſire, quæ tranſitura fuiſſet, ſi vltra damnum nunquā lis æſtimaretur.*

Tertium eſt, quia leges quibus dicitur actiones in hæredes non tranſire, loquuntur de pœnalibus actionibus, vt patet ex l. 1. ff. de priuatis delictis. ex l. Sicut pœna. de reg. iur. ex §. Non omnes in Inſtit. de perpetuis & tempor. actio. & aliis ſimilibus.

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt doctores magis communiter, nimirum excepta cōditione furtiua, alias actiones ex delictis non trāſire in hæredes, licet rei perſecutionem contineant. Vide Antonium Gomeſ. d. c. 1. de delictis. n. 85. Phanucium de inuentario hæredis, parte 7. n. 70. Proſperum Farinacium d. quæſt. 10. n. 64. Hartmannum Piſtoris quæſtionum iuris lib. 1. quæſt. 27.

Scio Iacobum Cuiacium etiam de condictione furtiua, an in ſolidum trāſiret in hæredem dubitaſſe lib. 7. obſeru. 37. ſed rectè eius argumentis occurrit Antonius Faber d. c. 1. l. 4. Coniecturarum. Vidi etiam eundem Cuiacium, circa cōdictionem furtiuam, communi ſententiæ acquieſcere in recitationibus ad titul. C. ex delictis defunctorum nuper editis. vbi etiam hanc communem ſententiam ſecutus eſt.

Hanc ſententiam communiorem ego exiſtimo probabiliorem eſſe, & ſequor. Primum ex l. vlt. C. rerum amot. vbi Diocletianus: *De rebus quas diuortij cauſa quondam uxorem tuam abſtu-*

absumsisse proponis; rerum amotarum actione contra successores eius non in solidum, sed in quantum ad eos peruenit, &c.

Sed rerum amotarum actio continet rei persecutionem, licet ex delicto nascatur. l. Si mulier. §. Hæc actio ff. de actio. rer. amotar. Ergo actio quæ ex delicto nascitur, & rei persecutionem continet, non datur in hæredem, nisi in quantum ad eum peruenit.

Respondet Antonius Faber, illa verba, *contra successores eius non in solidum*, hunc sensum habere singulos hæredes in solidum non teneri, sed vnumquemque pro ea duntaxat parte, quę ad eum peruenit, atque ita Vlpianum ipsum locutum esse in l. 9. ff. de condictio. furtiua, dum dixit, *in solidum tenemur, dum soli hæredes sumus*, vt ostenderet, cùm plures sunt hęredes, eos in solidum non teneri, non quòd ab omnib. solidum id, quod subtractum est, exigi non possit, sed quia si omne id quod furto subtractum est, ad aliquos ex cohæredibus peruenerit, solidum ab iis petendum est, non ab aliis ad quos nihil peruenit.

Non rectè, quia hæc est Vlpiani sententia in d. l. 9. hæredes furis pro parte hæreditaria teneri, non pro eo quod ad singulos peruenit, licet aliàs, cùm agitur ex maleficio, hæredes teneantur, in quantum ad eos peruenit, vt in l. vn. C. ex delictis defuncti. Et ideo Vlpian. ait: *In solidum tenemur, dum soli hæredes sumus, pro parte verò hæres pro ea parte pro qua hæres est tenetur.*

At l. vl. C. rerum amotar. non ita loquitur, ait enim: *Rerum amotarum actione contra successores eius non in solidum, sed in quantum ad eos peruenit*, &c. Quibus verbis significatur, apertè eos teneri in quantum ad eos peruenit ex maleficio, sc. defuncti, non autem singulos teneri pro parte hæreditaria, & non in solidum. Aliud est enim dicere, hæredem pro parte, pro qua hęres est teneri, & consequenter si hæres sit, solum in solidum teneri, sicut Vlpianus loquitur. Aliud est hæredes teneri in quantum ad eos peruenit, sicut loquitur, Diocletianus. Hæc enim verba hunc habent sensum, scil. in quantum ad eos peruenit ex delicto. Igitur si nihil ex delicto ad eos peruenerit, non tenentur, nisi lis fuerit cum defuncto contestata.

Secundò, hæc sententia communis probatur. Nam actio, quod iudicij mutandi caussa rem tantum persequitur, nec datur in hęredem, quia ex delicto nascitur. l. 5. §. vlt. Cum duabus legibus seqq. ff de alien. iud. mutandi causa. vbi sic habetur: *Hæc actio non est pœnalis, sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet, quare & hæredi datur, in hæredem autem vel similem, vel post annum non dabitur. Quia pertinet quidem ad rei persecutionem: Venit tamen ex delicto dari.*

Quid clarius adferri potest?

Tertiò probatur. Nam actio de dolo persequitur rem, id est, id quod interest, nec in hęredem datur, nisi quatenus ex delicto ad eum peruenerit. l. Si plures. l. In hęredem. ff. de dolo.

Quartò probatur ex l. vn. Cod. ex delicto defuncti in quantum hæredes teneantur, Diocletianus: *Post litis contestationem eo qui vim fecit vel concussionem intulit, vel aliquid deliquit defuncto, successores eius in solidum, alioquin in quantum ad eos peruenit conueniri iuris absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur.*

Perpendantur illa verba, *vel aliquid deliquit*, quibus hoc inducatur, actiones ex delicto nascentes, non dari in hæredes, nisi in quantum ad eos peruenit, non distinguit lex an actio rei persecutionem contineat, vel pœnæ, quia etiamsi rei persecutionem contineat, hæredes non tenentur, nisi in quantum ad eos peruenit.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, in condictione furtiua ita verè constitutum esse, vt hęredes in solidum teneantur. Et licet Vlpianus hanc rationem adferat, quia rei persecutionem continet, non licet tamen nobis inde colligere generalem regulam, actiones quæ rei persecutionem continent, etiam ex delicto orientes in hæredes dari, quia obstant huic regulæ leges quas attulimus. Sit igitur specialis ea lex odio furum, vt & alia sunt specialiter constituta, teste Iustiniano in § Sic itaque. in Instit. de actio.

Ad secundum argumentum respondeo, illud de actione ex lege Aquilia accipiendum esse, eam in hæredes transituram fuisse, si vltra damnum nunquam lis æstimaretur, vel quia leuissima culpa venit in lege Aquilia. l. In lege Aquilia 45. ff. ad legem Aquil. vel quia eadem ratio esset quæ in condictione furtiua.

Ad tertium respondeo, etsi fiat mentio pœnalis actionis in aliquib. legibus, in aliis tamen quas attulimus mentionem fieri actionis quæ ex delicto oritur, & negari eam in hæredem dari, nisi vel lis cum defuncto contestata fuerit, vel hęredes ex delicto locupletiores facti sint.

CAPVT VI.

An tortura purget veras & legitimas probationes.

Ex facto proponebatur non semel in collegio huius inclytæ facultatis iuridicæ, cùm reus de crimine confessus esset, absque tormentis, deinde confessionem reuocasset, errorem autem confessionis non probasset, & ideo iudex eum quæstionibus subiecisset, is verò quæstionibus subiectus, constanter se

delictum commisisse negasset, an & quomodo condemnandus an vero absoluendus esset? Et licet absoluendum esse multi existimauerint, quia plurimum quæstiones valent ad eruendam veritatem. l. Edictum. ff. de quæst. & tradunt in proposito, Cepolla consil. criminali 32. Marsilius sing. 162. Bossius de iudicus & considerationib. ante torturam nu. 132. & seq. tamen hanc sententiam Collegium nunquam sequi voluit, memoria retinens atq perpendens, quod Vlpianus scribit in l. 1. ff de quæstionibus. *neque adeò fidem esse adhibendam*, & in §. quæstioni, *quæstioni fidē non semper, nec nunquam habendam, &c.* Aliquando igitur absoluit reum, aliquando condemnauit, nunquam tamen pœna ordinaria, prout ex probationib. factis, cæterisque argumentis & circumstantiis existimare potuit, confessionem factam veram fuisse vel falsam. Porrò nunquam probare potui Antonij Gomesij sententiam, tit. de delictis, c. 13. n. 20. affirmantis, absolutè reum condemnari posse, secundùm hanc facti speciem, quia vtile per inutile non vitiatur; Item, quia defuncti vulnerati expurgatio non prodest. Tertiò, quia in arbitrio esset imperiti iudicis reum noxium à pœna delicti liberare. Denique ex l. 1. iuncta Glossa. C. de quæst.

Responderi enim ad singula potest in hunc modum. Vtile per inutile non vitiatur. Brocardicum est, quandoque enim secus est, vt notant omnes in l. 1. §. Sed si mihi. ff. de verb. oblig. Cauendum ab his brocardicis: & ab iis qui *puppim & proram* in eis constituunt, quoniam incerta sunt, & lubrica valde.

Ad secundum respondeo, hæc esse dissimilia. Fieri enim potest, vt vulneratus moriens, vel mentiatur, vel aberret. Nec omnis qui moritur est S. Ioannes Baptista, vt nostri Glossatores sæpe dicunt.

Ad tertium, negatur in arbitrio judicis esse, vt pœnam reus euadat: Nam reus tormentis subiectis iterum fateri posset: At cur quæstionibus subiecit reum confitentem vel conuictum? Quia *si quis vltro de maleficio fateatur, non semper ei fidem habendam esse*, Vlpianus monet in l. 1. §. Si quis vltro. ff. de quæst. Ad probationes quod attinet, notum est, rescriptum Diui Adriani ad Valerium Verum: *Quæ argumenta ad quem modum probanda, cuiq. rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest.* l. 3. §. 1. ff. de Testib. Et rursus ibi: *Te ex sententia animi tui existimare oportere quid aut credas, aut parum probatum tibi opineris.*

Ergo iudex subijciens reum quæstionibus non videtur habere fidem confessioni; Videtur probationes suspectas habere. Si imperitè agat, iniustè, imprudenter, ipse rationem reddat. Resp. quæ eum elegit, puniat, vel aliter prospiciat, aut sibi imputet, quòd imperitum elegerit & constituerit iudicem. Reo tormentis iam afflicto, noua afflictio addenda non est, vt perinde condemnetur, ac si in priori confessione perseuerasset. Non habetur ratio hac in re, quòd ex iudicis imperitia respubl. lædatur nocentis hominis liberatione. Quid enim si reum absoluisset nocentissimum? Nóane authoritas rei iud. eum defenderet? Igitur & tortura illata licet imperitè eum defendere debet.

Ad l. 1. C. de quæst. & Glo. ibi respondeo, nihil ad rem facere. Nam non loquitur de reo ipso quæstionib. subiecto, postquam probationibus conuictus est, sed de seruis ipsius rei quæstionib. subiectis, cùm opus non esset. Sic enim ait textus: *In cæteris autem quanquam ea quæ seruus contra dominum dixit, iudicaturi sententiam formare non debeant: tamen si aliis quoque probationibus fides veritatis inuestigatur: præscriptiones inuidia euanescit.* Glossa autem sic: *Sed hic de facto fuerunt torti* (scil. serui) sufficienter tamen aliàs probatum est. Vnde licet dominus dicat non *debuisse torqueri* (scilicet seruos) *& bene dicat, non tamen per hoc absoluitur, cùm aliàs sit plenè probatum, & sic suum dictum pro nihilo est, cùm & seruorum dictum sit nullum.*

Author sum studiosis & veritatis amatoribus, vt semper legum fontes inspiciant, ex quib. argumenta ducuntur: Sic enim facilè quantum habeant momenti dijudicabunt.

CAPVT VII.

Actio iniuriarum ex lege Cornelia, an sit annalis vel perpetua?

ACtionem iniuriarum descendentem ex lege Cornelia perpetuam esse (quæ fuit olim sententia Martini Glossatoris) frequentissimis Doctorum suffragiis receptum est, vt perspicere licet ex Balbo de præscript. 4. part. 4. partis princ. q. 2. n. 6. Claro in §. Iniuria vers. Tollitur autem. Rolando à Valle consil. 39. nu. 15. libr. 1. Mynsingero centur. 1. obseru. 84. Prospero Farinacio quæst. crim. tit. de inquisitione, quæst. 10. n. 23.

Fundamentum est, quia actiones quæ ex legib. proficiscuntur sunt perpetuæ, hoc est, non minore quàm 30. vel 40. annorum spatio extinguuntur, Instit. de perpetuis, & tempor. actio. in princ. l. Sicut. l. Omnes. C. de præscript. 30. vel 40. annor.

Sed contrariam sententiam, amplexus fuit olim Azo in summa tit. de iniuriis, quem multi alij secuti sunt, nimirum annalem esse actionem istam, Antonius Gomesius variar. resol. tit. de iniuriis, cap. 6. n. 15. vers. Dubium tamen est. Plotus inter cons. criminalia, libr. 1. consil. 131. n.

131. num. 19. Rota decis. 240. tit. de iniuriis in nouis.

Fundamentum est, quia odiosa est hæc actio, ob infamiam quam irrogat: & quia generaliter & absolute dicitur in l. Si non conuitij C. de iniuriis. actionem iniuriarum annuo tempore præscribi, quare hæc actio excipienda esse videtur à reliquis actionibus ciuilibus, quæ sunt perpetuæ.

Et quidem negari non potest, quin prior sententia firmiori nitatur fundamento, quia l. Si non conuitij. loquitur de actione prętoria, vt patet ex iniuria, de qua ibi agitur illis verbis expressa, *homicidii conuitium obiecisti.* Veruntamen optandum esset, constitutionib. Principum tam odiosas actiones Christianæ religioni minimè consentaneas coarctari ad breuissimum tempus, ne in repub. tam sæpè obstreperent. Cuius rei authores legum nostrarum studiosissimos fuisse constat: quoniam actionem iniuriarum dissimulatione aboleri: iureiurando, Pacto, nec hæredi, nec in hæredem dari statuerunt. Rectè: neque enim iniuriarum actio ad rem pecuniariam seu familiarem spectat, sed ad vindictam. Sed dicit Dominus noster: *Mihi vindictam, & ego retribuam.* Et Luc. c. 6. *Diligite inimicos vestros, &c.* Et Leu. 19. *Non quæras vltionem, nec memor eris iniuriæ ciuium tuorum.* Et Eccl. 10. *Iniuriæ proximi ne memineris.* Non est tamen prohibitum Christiano accusare alterum, si ea seruentur, quæ Magister meus Decianus explicat tract. crim. lib. 3. c. 4. ex D. Thoma & aliis.

CAPVT VIII.

Annus, quando iniuriarum actio finitur, quando incipiat.

ANnum, quo iniuriarum actio finitur, ex die irrogatæ iniuriæ initium sumere, Accursius Cynus, & Albericus docuerunt in l. Si non conuitii. C. de iniuriis. Rota Romana decis. 140. tit. de iniuriis. in nouis, & Clarus §. Iniuria. vers. Tollitur autem.

Fundamentum est, quia iniuria fit tàm præsenti, quam absenti. l. Item apud Labeonem. §. Conuitium. ff. de iniu. Ergò actio iniuriarum siue absenti competat, siue præsenti, semper anno finitur & currit etiam absenti & ignoranti, consequenter ex die, quo illata est iniuria, non autem ex die scientiæ. Præsertim si iniuria publicè nota est: nec. n. probabilis aut iusta ignorantia est eorum, quæ publicè nota sunt. Et cùm actio ista odiosa sit, hęc interpretatio æquior existimari debet, quia per eam magis coarctatur & restringitur.

Contrariam sententiam habuerunt Baldus in d. l. Si non conuitij. Bartolus in Instit. de iniuriis. n. 3. Hieron. Schurff. consil. 61. n. 6. Cent. 1. quos Andreas Geyll. secutus est lib. 2. obseru. 105. nimirum annum incipere ex die scientiæ, quia est annus vtilis, non autem continuus, cùm à Prętore constitutus fuerit, vt notat Glos. in §. 1. Instit. de perpetuis & tempo. actio. & quia currit tantum ob moram & negligentiam non agentium. Ignorans autem non videtur esse negligens.

Hanc posteriorem sententiam ego sequor, & hanc ei lucem adfero. Annus plerumque vtilis est, cuius fit mentio à Iureconsultis, præsertim verò à Prætore constitutus. l. Si cum exceptione. §. Post annum. ff. de eo, quod met. caussa. §. Rursus. Inst. t. de actio. in l. vlt. C. de tempo. in integr. restitut. in l. Interdum. ff. de mino. l. 1. ff. Quando de peculio actio l. 1. ff. Si quis testa. liber. notat Antonius Goueanus libr. 1. variar. lectio. cap. 10. Brisonius lib. 1. de verb. sig. in verbo, *Annus.* Cuiacius de diuers. & tempo. præscript. cap. 20. non procul à principio. Francis. Marcus decis. 26. Bardus de tempore vtili & continuo, cap. 8. n. 2. in terminis nostris. Cuiacius ad l. Si cum exceptione. §. Post annum. ff. quod metus caussa, vbi textus hanc sententiam probare videtur, illis verbis: *Et sanè cum per metum facta anno quidem vtili exoleuerit.*

Annus autem vtilis dicitur, quo experiendi potestas datur. l. 1. ff. quæ in fraudem credito. l. 1. ff. de diuer. & temp. præscr. Qui verò *nescit, is videtur experiundi potestatem non habere,* vt respondit Caius in l. 6. ff. de Calumnia. Et Papin. *Cùm sex menses vtiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriæ actiones præstentur, non videtur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitiui latens ignorauit.* l. Cùm sex. 55. ff. de ædil. edicto. Idem pręclarè Vlpianus docet in l. 2. ff. Quis ordo in bono. possess. seruet. Continuum autem tempus, siue annus continuus currit etiam ignoranti. l. Genero. ff. de his qui notan. infam.

Igitur annus à Prętore constitutus non currit ignoranti: cùm vtilis sit, & non continuus.

Ad argumentum contrariæ sententię respondeo, fatendo iniuriam fieri etiam ignoranti, sed non inde efficitur etiam ignoranti currere annum, qui ad agendum constitutus est. Illud verissimum censeo, quod & Papinianus monet in d. l. Cùm sex. dissolutam ignorantiam non excusare: vt puta si quis nescierit, quod populus sciebat. Dissoluta ignorantia non est ferenda, l. 6. ff. de iuris & facti igno. Dissoluta negligentia propè dolum est. l. Si fideiussor. §. Mandati.

CAPVT IX.

Iniuria per scripturam facta an post annum actione proposita vindicari possit?

INiuriam per scripturam seu libellum famosum illatam similem esse iniuriæ verbis factæ, recte Ludouicus Romanus mihi respondisse videtur cons. 178. n. 1 quem refert & sequitur Aufrerius ad Capellam Tholosanam decis. 127. circa finem. Quamobrem eius actionem anno expirare respondit Pinus cons. 131. n. 19. inter cons. criminalia, vol. 1.

Fundamentum est in l. Item apud Labeonem. 15. §. Ait Prætor. ff. de iniu. vbi æquo iure censetur iniuria verbis facta vel scriptio, dum ait Iurisconsultus: *Hæc autem ferè sunt, quæ ad infamiam alicuius fiunt, &c. aut si carmen scribat, vel proponat, vel cantet aliquid, quod pudorem alicuius lædat.* iunctis verbis præcedentibus, quibus dicitur edictum ne quid infamandi caussa fiat superfluum videri, *cum ex generali clausula iniuriarum agere possimus.* Constat autem actionem iniuriarum verbis factæ anno finiri ex l. Si non conuitii. C. de iniuriis. Ergo & iniuria per libellum famosum illata anno extinguetur.

Quæ cum ita sint, assentiri non possum Zasio in l. Cum lex. n. 12. ff. de legib. & Andr. Gail cum sequenti lib. 2. obseru. 104. asserentib. iniuriam scriptam aut pictam realem censeri ac proinde anno non extingui, quia scriptura est perpetua & semper manet: quod nego: lex quidem perpetua est. l. Arriani. C. de hæreticis non autem eiusmodi scripturæ, quas iubet lex corrumpi, atque igne consumi. l. Vn. C. de famos. libellis. Quid ergo est in caussa, vt iure dubia & odiosa actiones annales perpetuas faciamus? Sanè vbi receptum sit, & cautum, vel constitutionibus Principum, vel consuetudine Prouinciæ, vt scriptæ iniuriæ pro realibus habeantur, & earum actio sit perpetua, quo magis homines deterreantur, & abstineant à famosis libellis, id nō improbo, quia res pessimi exempli est: & seuerissimè vindicanda: sed versabar in iure nostro Iustinianæo interpretando, quod eam actionem anno mihi concludere videtur.

CAPVT X.

An veritas conuitii excuset iniuriantem à pœna?

MAxima olim fuit controuersia hac de re, vt cognosci potest ex consilio Boërii 4. vbi septem diuersæ sententiæ referuntur: nunc verò in hanc distinctionem est conuentum, quā etiam Imperialis iudicii assessores sequūtur, teste Andrea Geyll. lib. 2. obser. 99 vt siquidem conuitium crimen contineat, quod reipublicæ intersit sciri atque innotescere, vt puniatur nocens, tunc nulla pœna afficiatur, secus autem si non sit tale crimen.

Fundamentum est in l. 18. ff. de iniuriis. Paulus: *Eum, qui nocentem infamauit, non esse bonum & æquum ob eam rem condemnari. Peccata enim nocentium nota esse & oportere & expedire.*

Verum Couuar. lib. 1. var. resolut. c. 11. n. 6. aliter existimat, quando praua intentione atque iniuriandi animo huiusmodi conuitium profertur. Idem sensit Aufrerius ad Capellam Tholosanam decis. 127. & Dom. Ludouicus di Peguera in deci. Consilii Cathaloniæ quæst. 13. n. 15. 16. Menochius cons. 42. n. 29. 30. lib. 1.

Fundamentum est, quia etsi bonum sit ac reipublicæ vtile, nocentium crimina nota esse: & ea manifestari; tamen prauus animus reuelantis rem efficit iniquam, cap. Cum minister. c. Relegentes. 23. quæst. 5.

Adferuntur quoque l. Si non conuitii. C. de iniur. l. Illud. §. Iniuria. ff. de iniur. l. Iustissimos. C. de off. rector. prouinciæ. l. 2. C. quando & quib. quarta pars, lib. 10.

Verum istis non obstantibus communem illam distinctionem & veram esse censeo, & locum sibi vindicare, licet animo iniuriandi & praua intentione crimen obiiciatur: & hoc intelligo, quantum ad forum externum, vt scil. is qui talem iniuriam fecit, & conuitium dixit, non teneatur iniuriarum actione, neque puniri possit. Nam quantum ad forum internū sine dubio peccat is, qui prauam habuit intentionem, & animum iniuriandi.

In hanc sententiam venio motus authoritate d. l. 18. Certum est enim, Paulum in ea lege loqui de eo, qui habuit animum infamandi, atque adeò iniuriandi. Nam si non haberet quis animum iniuriandi, nulla esset ratio dubitandi, quin cesset actio iniuriarum, & eo nomine condemnatio. l. Si non conuitii. C. de iniuriis. l. Illud. §. Iniuria. ff. eod. Ratio dubitandi erat illa, quia is, qui aliquem infamauit, tenetur actione iniuriarum. l. Item apud Labeonem. §. Ait Prætor. ff. de iniur. Ratio autem decidendi est, quia crimina proferri in lucem publicè expedit. Hæc ratio publicæ vtilitatis rigori iuris præfertur, secundum quem puniendus est, qui alium infamauit. hoc semper supposito, quod animum iniuriandi habuerit, nam si deficit iniuriandi animus, etiam cessante ratione publicæ vtilitatis, non est locus iniuriarum actioni. Est enim accipiendum Pauli responsum de eo, qui tenebatur aliàs actione iniuriarum, consequenter de eo, qui animum iniuriandi habuit. nam sine animo iniuriandi non teneretur.

Ad argumentum sic respōdeo, prauum animū infamantis efficere quidem rem iniquam, & eum peccare, sed quia expedit, vt nocentium crimina detegantur, æquum non esse eam ob caussam,

cauſſam eum condemnari, vt reſpondit Paulus in d.l.18. Nec ad rem faciant. c. Cum miniſter. & c. Relegentes. tantum abeſt, vt huic ſentent.ę aduerſentur.

Ad l. Si non conuitij. Cod. de iniu. & l. Illud. §. Iniuria. reſpondeo, fateor iniuriarum actione teneri eum, qui animum iniuriandi habuit, ſed hoc in caſu iuris rigor, remittitur propter publicam vtilitatem, quę hoc exigit, vt delicta puniantur. l. Ita vulneratus. ff. ad l. Aquil.

Sed dices, l. Si non conuitij, loquitur de eo, qui crimen homicidij obiecerat, quod enunciari & puniri expedit. Reſpondeo, non conſtare, an nocens eſſet is, cui objiciebatur, nec conſtare, an ille fuiſſet, vel punitus, vel veſtitus ac liberatus. Ergo cum res in obſcuro ſit, ita accipiendum erit illud reſcriptum, vt Pauli reſponſo non aduerſetur, quod eſt in d.l.18. ff. de iniur.

Quod attinet ad l. Iuſtiſſimos, nihil ad rem facit, nihil continet, ex quo argumentum ſumi poſſit, eſſe puniendum eum, qui iniuriandi animo infamauerit nocentem, cuius crimina eſſe nota publicè expediat. Non credis? Non grauabor ego tibi verba adſcribere: *Iuſtiſſimos & vigilantiſſimos iudices publicis acclamationib. collaudandi damus omnibus poteſtatem, vt honoris eis auctiores proferamus proceſſus: & è contrario iniuſtos & maleficos querelarum vocibus accuſandi, vt cenſuræ noſtræ vigor eos abſumat. Nam ſi veræ voces ſint, nec ad libidinem per clientulas effuſæ, diligenter inueſtigabimus, Præfectis Prætorio & Comitibus, qui per prouincias conſtituti ſunt, prouincialium noſtrorum voces ad noſtram ſcientiam referentibus.*

Nullum verbum puto obſeruare potuiſti, quo lex indicaret puniendum eſſe eum, qui nocentem animo prauo infamauerit: Etſi enim Imperator inueſtigaturum ſe dicat, an veræ ſint voces, vel ad libidinem per clientelas effuſę, ſequiturne, eundem velle vt ij puniantur, qui nocentem infamarunt aduerſus reſponſum?

Porrò l. 2. C. quando & quib. quarta pars lib. 10. adducitur propter illa verba: *Quid enim tam durum, tamque inhumanum eſt, quàm publicatione pompaque rerum familiarium, & paupertatis detegi vtilitatem, & inuidia exponere diuitias*; quę ſanè verba neque cominus, neque eminus ſententiam noſtram oppugnant, tantum abeſt, vt eam expugnent.

CAPVT XI.

Quid ſi libello famoſo crimen alicui verum objiciatur, quod publicè expediat notum eſſe, an is qui libellum infamandi cauſſa ſcripſit, pœna condemnandus ſit capitali?

QVod Paulus ſcribit in l.18. ff. de iniuriis: *Eum qui nocentem infamauit, non eſſe bonum & æquum ob eam rem condemnari. Peccata enim nocentium nota eſſe, & oportere & expedire.* Arbitror etiam ad eos pertinere, qui libellum famoſum ſcripſerint, & moueor, quia Paulus loquitur de eo *qui nocentem infamauit.* Is autem dicitur infamare, qui *quodcunque dixerit vel fecerit, vt aliquem infamet, &c. aut ſi carmen conſcribat vel proponat, &c.* l. Item apud Labeonem 15 §. Ait Prætor. ff. de iniuriis. Idem habetur in l.5.§ Si quis librum. ff. eod. tit. & in §. Iniuria. Inſtit. eod. Authores habeo huius ſententiæ Petrum & Cynum in l. Vn. C. de libellis famoſis. Angelum in l. Lex Cornelia. §. vlt. ff. de iniuriis. Syluestrum Pierium in Summa. in verbo, Libellus.

Contrarium docuerunt Gloſ. in d.l.18. ff. de iniur. in verb. *infamauit.* Couuar. lib. 1. varia. reſol. c.11. ante n.7. Petrus Placa lib. 1. Epitomes delictorum, c.1. n.5.6 Fulgoſius in d.l. Vnica. Co. de libellis famoſis, ad quos refert ſe Menochius de arbitr. iudicum, caſu 263. ad finem. Addo ego Steph. Aufrerium in addit. ad Capellam Tholoſanam deciſ.127. & Antonium Gomez. tit. de delictis, c.6. n.1.

Fundamentum ponunt in d.l. Vnica. C. de libellis famoſis. vbi eſt edictum Valentin. & Valentis, in hæc verba: *Si quis famoſum libellum ſiue domi, ſiue in publico, vel quocunque loco ignarus repererit, aut corrumpat prius quàm alter inueniat, aut nulli confiteatur inuentum. Si verò non ſtatim eaſdem chartulas vel corruperit, vel igni conſumpſerit, ſed vim earum manifeſtauerit, ſciat ſe quaſi authorem eiuſmodi delicti capitali ſententia ſubiugandum.* Hucuſque non facit ad rem noſtram, ſed in iis ſequentibus verbis: *Sanè ſi quis deuotionis ſuæ ac ſalutis publicæ cuſtodiam gerit, nomen ſuum profiteatur: & ea quæ per famoſum libellum perſequenda putauit, ore proprio edicat, ita, vt abſque vlla trepidatione accedat. Sciens quòd ſi aſſertionibus ſuis veri fides fuerit opitulata: laudem maximam & præmium à noſtra Clementia conſequetur. Sin verò minimè hæc vera eſſe oſtenderit, capitali pœna plectetur. Huiuſmodi autem libellus alterius opinionem non lædat.*

Reſpondeo, non dicitur in hoc edicto, pœna capitali plectendum eum fore, qui vera crimina libello famoſo complexus fuerit. Apparet quidem ex verbis edicti non placere Imperatoribus eorum audaciam, qui libellis famoſis vitam alterius carpunt, & non accuſationibus in iudicio, licet vera crimina objiciant, nec alicui etiam placere debet, ſed non dicunt, tales licet vera dixerint, plectendos eſſe. Erit ergo edictum ita accipiendum in dubio, vt Pauli reſponſo in dict. l.18. non aduerſetur. Et tanto magis hæc interpretatio mihi vero ſimilis

videtur, quandoquidem ex Codice Theodosiano sumpta est lex illa vnica. C. de famosis libellis, vt patet ex l. 7. & 9. eiusdem tit. in C. Theodosiano, in Cod. autem Theod. sub eod. tit. est lex prima Imperatoris Constantini, quæ apertè statuit eos qui libellos famosos conscribunt, comprobare oportere crimina obiecta, nec tamen supplicio etiam si aliquid ostenderint subtrahendos esse. Cur Tribonianus aliique Compilatores hanc Clausulam non adiecerunt, quæ in d. l. 1. C. Theodos. continetur: *Nec tamen supplicio etiam si aliquid ostenderit subtrahatur?* Ego sic existimo, non adiecisse, ne contraria esset lex Pauli responso in d. l. 18.

At edictum monet omnes, vt accusent potius, & probent crimina præmium & laudem relaturi. Concedo, & rectè facit, nos quoque suademus & approbamus: sed non adijcit pœnam facienti contra admonitionem.

Dices, imò adijcit tacitè, quia suprà dixit capitali pœnæ subiugandum eum, qui libellum non statim corruperit. Ergo multò magis subiugandus erit is, qui composuit libellum famosum. Concedo, si falsa dixerit. Si crimina non probauerit vera esse, nam si nocentem infamauerit, æquum bonum non est condemnari eum, atque ita ex Pauli responso edicti sumendam interpretationem statuo. Scio constitutionibus ac legibus municipalibus nonnullis pœnam statui, etiamsi quis nocentem infamauerit libello famoso, sed quæro nunc ex Iustiniano iure articuli huius definitionem, non ex aliorum sanctionibus & decretis, quæ nec improbanda sunt, quò magis petulantia detrectatorum & maleuolorum hominum coerceatur.

CAPVT XII.

An liceat verbis prouocato respondere conuitium falsò dicenti: Tu mentiris?

Non licere verbis iniuriosis prouocato dicere: *Tu mentiris*, licet verum dicat, & conuitium falsum sit, docet Iulius Clarus, dicere communem esse opinionem in §. Iniuria. vers. Quæro etiam. & Villalobus in libr. comm. opinionum. vers. Actione iniuriarum tenetur. n. 27. Lancellotus Corradus tract. de Duello parte 1. q. 19. n. 11.

Fundamentum est, quia is qui dicit alicui: *Tu mentiris*, primò illatam iniuriam repellit. Deinde nouam ei infert. Facit enim eum calumniatorem, quoniam dicere, *Mentiris*, idem est, ac si dicatur, Tu scienter falsum dicis, quod calumniatoris est proprium, l. 1. §. ff. ad Turpilian. vt notat Alciatus in consil. 248. n. 5. Consequenter prouocatus excedit terminos moderatæ defensionis: quare licet mitius puniendus sit, non tamen prorsus impunè id ferre debet, quia secundùm communem Doctorum sententiam prouocatio delinquentem non excusat, licet hoc efficiat, vt mitius puniatur, teste Boerio cons. 4. n. 28 & Claro q. 60. versi. Nunc quæro.

Contrarium responderunt Speculator tit. de Aduocato. §. Iam nunc videndum. num. 3 Bartolus n. 2. Castrensis. nu. 3. in l. Quæ omnia. §. 1. ff. de procur. Albericus in 2. parte statutorum, quæst. 42. Abbas & Felynus in cap. Cùm te. de re iudic. Baldus in cons. 46. lib. 3. Decius consil. 487. n. 5 & 686. n. 14. Lucas de Penna in l. Etat. n 5. C. de peculio Castrensis militis lib. 12. Bertachinus in repertorio in verbo, Iniuriosa. nu. 63. in fine. Lancellotus Corradus de officio Prætoris in caussis criminalibus, Rub. de iniuriantibus. n. 4. Capicius decis. 58. n. 2. Alciatus cons. 363. n. 2. & 368. n. 4. Iason in l. Vt vim. num. 36. ff. de iust. & iure. Socinus iunior consil. 123. nu. 21. lib. 2. Menochius cons. 42. n. 20. lib. 1. lo. Vaudus lib. 2. quæst. 28. Andreas Geyll. lib. 2. obseruat. 100.

Argumenta sunt ista. Primum ex l. Quæ omnia. §. 1. ff. de procurat. in illis verbis: *Sed si aduersarius vel ipse procurator dicat dominum mentiri, apud Prætorem hoc finiri oportet*, hæc enim verba pertinent ad purgationem conuitij, vt infrà sequitur. ibi: *Nisi fortè purgare magis conuitium quàm procurationem exequi maluerit* Et paulò inferius ait Vlpianus: *Cæterùm ferendus est pudorem suum purgans.*

Secundum est ex l. 14. § Si libertus. ff. de bonis libert. in illis verbis: *Idem puto & si ab eo retorsit in eum penitus crimina. Ignoscendum est enim ei, si voluit se vlcisci prouocatus.*

Tertium sumitur ex sacris literis Hierem. c. 37. *Ad Chaldæos transfugis, respondit Hieremias, falsum est* & libr. 3. Regum. cap. 3. dixit meretrix, cuius filius viuebat, alteri meretrici: *Mentiris.*

Quartum ex l. Deuotum. C. de Metatis & Epidemeticis lib. 12. in illis verbis: *Nec crimen aliquod pertimescat, cùm sibi arbitrium vltionis suæ sciat esse concessum.*

Quintum est, quia dicens: *Tu mentiris*, non habet animum iniuriandi, sed se purgandi, eò quòd falsò crimen obijciatur. Constat autem iniuriarum actione non teneri eum qui animum iniuriandi non habuit. l. Si non conuitij. C. de iniu. l. Illud. ff. eod. tit.

Sextum est, quia scilicet vim vi repellere facto & re ipsa illatam, l. Vt vim. ff. de iust & iure. videtur etiam licere verbis iniuriam illatam repellere, quia est eadem ratio.

Septimum, paria delicta mutua compensatione tolluntur, l. Viro. ff. sol. matr. l. Si ambo. C. de compensat. Sed in proposita facti specie deliquit

deliquit is, qui iniuriam & conuitium intulit. Ergo compensari debet cum altero delicto prouocati, qui respondit: *Tu mentiris.*

Octauum. Iniuriarũ actio ex bono & æquo est. l. Non solùm. §.... ff. de iniur. Bonum autem & æquum non videtur, vt in eum quis actionem intendat iniuriarum, quam prius ipse iniustè prouocauit. Culpa enim penes eum residere intelligitur, qui adortus est prior, & quæ inde subsequuntur, nõ offensioni sed defensioni imputari debent. argum. l. Si ex plagis. §. Tabernarias. ff. ad leg. Aquil. l. 1. §. Cum arietes. ff. si quadrupes paupe. fec. disse dicatur.

Hanc sententiam posteriorem tot suffultam argumentorum præsidiis, tanta & tam euidenti æquitate subnixã, tot authoritatib. munitam, & ipse lubens sequor: Et pro huius confirmatione addo hanc rationem. Si in proposita facti specie prouocatus verbis iniuriosis, incideret in pœnam propter illa verba: *Tu mentiris*, istud esset, quia videntur iniuriam quandã continere, quasi calumniator sit is, & scienter falsum dixerit, qui prior conuitium dixit. Sed hoc genus iniuriæ (posita veritate, hoc est, verum esse eum qui conuitium prius dixit mẽtiri) non meretur pœnam. Ergo dicens: *Tu mẽtiris*, ei qui falsum crimen exprobrauit, pœnam non meretur.

Assumptio argumenti probatur ex l. 18. ff. de iniur. vbi Paulus respondit, eum qui nocentem infamauit, *æquum non esse ob eam caussam condemnari: Crimina enim nota esse & oportere & expedire.* Expedit ergo & oportet notam esse calumniam eius, qui verba iniuriosa dixit, expedit sciri, eum calumniatorem esse, vt puniatur, vt caueant cæteri, Ergo pœnam non meretur is, qui coarguit eum mendacij & tacitè calumniatorem dixit.

Quo argumento responsio elucet ad argumentum cõtrariæ sententiæ. Dato enim quod ea esset significatio verborũ. *Tu mẽtiris*, saltem ex moribus & loquendi vsu communi (nam nec natura verbi, nec ius nostrum talem agnoscit significationem) tamen id non obstat, quia supponimus verum esse quod illo verbo continetur, scilicet iniuriantem falsum dixisse, & consequenter calumniatorem præsumendum. Nec enim ignorantia eum excusatione dignum facit, qui antequam obiiceret crimen, inuestigare veritatem rei debuerat, nec temerè ad iniuriam desilire, quemadmodum leges dicunt, eum qui agit certum esse debere, & prius diligenter rem explorare, & tunc ad agendum procedere. l. Qui in alterius 42. de reg. iuris.

Quod verò dicebatur, prouocatum non penitus esse absoluendum, quanquam mitius puniendus sit ex communi doctorum sententia, locum habere potest in eo, qui factis prouocatus excessit modum inculpatæ tutelæ, vel in eo qui alias intulit iniurias, & cõuitia prouocanti, non autem in eo, qui crimina sibi obiecta purgauit, dicens ad iniuriantem. Tu mentiris. Hic enim ita dicit purgandi se gratia, & ea est præcipua intentio eius, non autem alterum lædendi. Quod si ea purgatio contineat tacitè quandam iniuriam, id spectandum non videtur. Nec aliter loquitur text. in c. Veniens. de iureiur. quo potissimum nititur illa communis sententia, ibi: *Alternatim conuitia inferendo:* Nec desunt qui prouocatum etiam absolutè ac in totum venia dignum putent apud Tiraquellum de pœnis legum. caussa 1. n. 12. quorum sententiam in terminis quæstionis nostræ verissimam esse non dubito.

CAPVT XIII.

Excipiens contra testes in iudicio quod sint falsarij, improbi, criminosi, &c. & non probans, an teneatur actione iniuriarum?

GRauis quoque controuersia est, an actione iniuriarum teneatur excipiens in iudicio contra testes eò quod falsarios eos esse dicat infames & improbos, &c. Et hæc non probans. Aliquibus affirmantibus teneri, aliquibus verò id negantibus. Vide Angelum, Salic. Iasonem & Baldum in l. vlt. ff. quod quisq; iuris. Oldradum cons. 53. Boerium cons. 4. n. 21. 22. Aufrer. ad Capellam Tholosanam deci. 409. Bossium tit. de iniuriis, n. 21. Clarum q. 53. vers. Caueant. Andr. Geyl. lib. 2. obseru. 101. nu. 7. vbi alios citat.

Affirmantis sententiæ fundamentum est in l. Si non conuitij, & l. Si quidem. C. de iniur. in l. Si tibi. C. de lib. caussa. in l. Si verò. §. 1. ff. qui satisd. cogan. in c. 1. de elect. li. 6 & c. Super his. de accusat. in l. 1. C. de Aduocatis diuersor. iudicio.

Negantis autem sententiæ fundamentum est in l. vlt. ff quod quisque iuris. & in l. Deferre. §. Si communem. ff de iure fisci. in l. Nulla. C. de delato. lib. 10. in l. Qui cum patu 14. §. Si patris. ff. de bonis liberto. in l. Qui ex libertate. de lib. causa. in l. Si libertus. ff. de in ius vocat. Et quia excipiens non videtur testibus crimina obiicere animo iniuriandi, sed iuris sui ac se defendendi gratia. Nemini autem iniuriam facit qui suo iure vtitur. l. Nullus. de reg. iur. & iuris executio non habet iniuriam. l. Iniuriarum §. 1 ff de iniur.

Obseruaui ego bis in collegio inclyto facultatis iuridicæ almæ Vniuersitatis Ingolstadiensis pronunciatum fuisse, non teneri actione iniuriarum eum, qui talia crimina aduersus testes opposuerit, quia scilicet animum iniuriandi non habet, sed defendendi se. Perpendi

ego aliàs pro huius ſententiæ confirmatione textu in l. Si quis de libertate 12. ff de iniuriis, vbi Caius: *Si quis de libertate aliquem in ſeruitutẽ petat, quem ſciat liberum eſſe, neque id propter vexationem, vt eam ſibi conſeruet, faciat; actione iniuriarum tenetur.* Et l. Deferre. ff. de iure fiſci, in illis verbis: *Sed communem cauſam ſibi cum fiſco quiuis deferre poteſt; nec per hoc famoſus eſt, licet in cauſa ſua non obtinuerit.* Sic & in l. Delator 44 ff. eodem. *Delator non eſt qui pro tegenda ſua cauſa gratia aliquid ad fiſcum nunciat.* Quibus legibus difficilem eſſe reſponſionem dicebat Oldradus in d. conſ. 53. in fin. nec ſe videre rationem diuerſitatis.

Ad leges pro contraria ſententia allatas ita reſpondeo. Ad l. Si non conuitij, nihil ad rem facere, quia loquitur de eo qui in rixa conuitium dixit. Ad l. Siquidem. reſpondeo, eam legem non loqui de eo, qui ſui iuris aſſerendi aut defendendi gratia auiam ſuam ancillam eſſe dixit, ſed infamandi cauſa, vt patet ex illis verbis: *Si auiam tuam ancillam infamandi cauſa reipubl. Ciuitatis Comanenſium dixit, &c.*

Ad l. Si tibi. C. de lib. cauſ. reſpondeo, eam loqui de eo, qui improbè ſeruitutis quæſtionem mouit, id eſt *per calumniam*, vt exponit Glo. ibi, at nos loquimur de eo qui ſe defendendi gratia exceptiones oppoſuit.

Ad l. Si verò §. 1. ff. qui ſatiſd. cogan. reſpondeo, non facere ad rem noſtram, nam loquitur de eo qui euidentiſſimè locupletem aut approbatum fideiuſſorem non accepit, *quia ſanè non ſine qualibet iniuria eſt*, inquit, *duci in ius eum qui ſatis idoneum fideiuſſorem det.*

Ad c. 1. de elect. lib. 6. reſpondeo, loqui de eo, qui crimina obiecit aduerſus electum, & non dicit eum teneri actione iniuriarum, ſed Eccleſiaſticis beneficiis ſuſpenſum eſſe, &c. Idem dicitur in d. c. Super his, de accuſa. vbi dicitur puniendum eſſe talem excipientem, & crimina obiicientem ſecundum arbitrium iudicis diſcreti. De eo autem qui excipiendo crimina oppoſuit, vt quis à teſtificatione vel accuſatione repellatur, & non probauit, nihil ibi decernit S. Pontifex an ſit puniendus nec ne.

Ad l. 1. C. de aduo. diuerſo. iudicio. reſpondeo, loqui de eo qui inſtituit accuſationem, contra patronum cauſę, quia pręuaricatus fuiſſet: & ait, *ſi non docuerit præuaricatum, calumniæ notaberis*, quod nil commune cum quæſtione noſtra habet.

CAPVT XIV.

In accuſatione vel inquiſitione de crimine falſi, an ſit neceſſe locum & tempus adijcere commiſſi delicti?

PAulus: *Libellorum inſcriptionis conceptio talis eſt. Conſul & dies. Apud illum Prætorem vel Proconſulem Lucius Titius profeſſus eſt, ſe Mæuiam Lege Iulia de adulterijs ream deferre, quòd dicat eam cum Caio Seio in Ciuitate illa, domo illius, menſe illo, conſulibus illis adulterium commiſiſſe. Vtique enim & locus deſignandus eſt, in quo adulterium commiſſum eſt, & perſona cũ qua admiſſum dicitur, & menſis. Hoc enim lege Iulia publicorum cauetur, & generaliter præcipitur omnibus, qui reum aliquem deferunt,* l. 3. ff de Accuſa. Idem ferè habetur in l. In cauſis. C. eod. tit.

Sed controuerſia eſt, an hæc ſolemnia quæ ad locum & tempus pertinent commiſſi delicti adhibenda ſint, etiam in accuſatione vel inquiſitione criminis falſi. Negat Gloſ. in Inſtit. de publicis iud. in princ. in verbo, *& in inſtituendo.* Baldus in c. 1. n. 20. quib. mod. feud. amittatur. Angelus de Maleficiis in verbo, Falſario. n. 57. Marſilius ſing. 163. Ferantes Garzarcus inter conſ. crimin. vol. 1. conſ. 123. D. meus Cephalus conſ. 304. n. 14. lib. 3. Menochius conſ. 100. n. 88. lib. 1.

Fundamentum ſi requiras, nullum aliud inuenio quàm illud, quod falſum occultè committatur, & idcirco acerrimam indaginem fieri oporteat, *argumentis, teſtibus, ſcripturarum collatione, aliiſque veſtigiis veritatis, nec accuſatori tantùm quæſtionem incumbere, nec probationis eidem totam neceſſitatem iniungi, ſed inter vtramque perſonam iudicem eſſe medium,* vt in l. Vbi. C. ad l. Cor. de Falſis.

Sed profectò ſi verum amamus, non eſt hoc fundamentum tanti roboris, vt à generali iuris regula falſi crimen excipiendum perſuaderi cuiquam poſſit. Nam quod crimen magis occultè perpetratur quàm adulterium? Tamen locus & menſis in eius accuſatione deſignandus eſt, vt in d. l. 3.

Quòd verò crimen falſi diligenter ex omnibus indiciis perquirendum ſit, nec vno probationis genere, & quod tota inquirendi de crimine, & illud probandi neceſſitas accuſatori non incumbat, ſed etiam iudex medius eſſe debeat, & laborare, vt detegatur, hæc, inquã, non eximunt accuſatorem ab implendis iuſtis ac ſolennibus accuſationis: quia hæc optimè cohærent ſimul, vt accuſationis libellus cõtineat locum & tempus, poſtea & accuſator & iudex diligenter probationes omnes & argumenta veritatis inquirant.

Contrarium igitur rectè docuit Egidius Boſſius in tit. de Inquiſitione, n. 50. quem ſequitur Iulius Scarlatinus conſ. 118. num. 2. inter conſ. crim. vol. 1.

His adſtipulatur d. l. 3. ff. de accuſat. etenim crimen falſi nulla lege excipitur, nullaq; ratione euidenti, aut ſaltem probabili excipiendum eſſe

ctii ostenditur. Maneat ergo sub generali legis præcepto, cuius mentio fit in d. l. 3.

CAPVT XV.

Quæ sint legitima indicia ad inquisitionem specialem, de crimine contra aliquem instituendam.

GRauis disputatio est, quæ sint indicia legitima ad formandam specialem inquisitionem de crimine contra aliquem, variæque ac diuersæ sunt doctorum sententiæ. Aliqui dixerunt iudici verè vel præsumptiuè (sic loquuntur) constare oportere eum deliquisse, de quo inquiritur. Ita Angelus de Maleficiis, in vers. Hæc est quædã inquisitio, §. 1. Alij sufficere leuia inditia & leuiora quam ad torturam. Ita Brunus de Inditiis, 2. parte, quæst. 6. n. 4. Bossius de Inquisitione, n. 61. Alij dixerunt, inditia quæ sufficiunt ad capturam multò magis sufficere ad inquisitionem. Conrad. Lancellotus pract. criminali, tit. de inquisitione, n. 34. Alij docuerunt eadem inditia requiri quæ ad torturam requiruntur. Clarus §. 20. versic. Ad formandam. Post hos Menochius lib. 1. Præsumpt. 88. inter inditia ad inquisitionem enumerat famam, grauem inimicitiam, fugam, testimonium socij criminis, assertionem offensi, in articulo mortis, & denunciationem Officialis publici.

Nouissimè doctissimus Farinacius arbitrio iudicis id remittendum censet, tit. de Inquisitione, quæst. 1. post nu. 45. vers. Propterea crederem.

Ego harum opinionum nullum in iure fundamentum inuenio, quod dignum relatu sit; & meritò id accidit, quia secundum rectã iuris rationem, nulla ex dictis sententiis consistere potest.

Existimo igitur inquisitionem specialem de delicto contra aliquem fieri non posse, nisi præcedente legitima diffamatione, & ideo cum quæritur, quæ inditia sint legitima, ex quib. inquisitio formari possit, respondendum esse, diffamationem legitimam, legitimum inditium esse, non quia si modo diffamatio præcedat, cætera inditia & argumenta nihil valeant, sed quia si legitima non præcedat diffamatio, non potest inquisitio de iure formari, tametsi alia sint inditia & probationes delicti commissi. Cõfessionem rei semper excipio, quia si adsit, inquisitio non potest impugnari, c. 1. de accusat. lib. 6. Scio quoque non reclamante reo inquisitionem factam valere omissa diffamatione, ex c. eod. tit. Fateor quoque reum interrogari posse a iudice an delictum commiserit, si grauib. inditiis & argumentis, vel semiplena probatione suspectus sit, ex iis quæ tradit S. Thomas 2. 2. quæst. 69. art. 2. sed non inde inferri potest inquisitionem ex dictis inditiis formari posse, ex D. Thomæ sententia, vt animaduertit Nauarrus ad rub. de iudiciis, n. 78. quamobrem hoc determinatè requirit, vt inditia orta fuerint ex infamia publica, qua reus laborauerit, circa crimen quod inquiritur, ad hoc, vt alij de ipso reo interrogari possint, an delictum commiserit, notauit quoque Reuerendus Pater Gregorius de Valentia, in 3. tomo disputat. 6. quæst. 13. puncto 4. vbi multa de hac materia præclarè disputat.

Sed iam confirmanda est hæc sententia nostra, quæ inditia ex sola infamia publica requirit ad inquisitionem formandam. Eam igitur confirmo textu iuris canonici, ex quo hæc inquisitionis materia potissimum descendat, & ratione quoque euidenti.

Textus est in c. Inquisitionis 21. de accus. & inquis. vbi sic legitur: *Tertia dubitationis articulus continebat, vtrũ cùm duo vel plures iurati affirmant aliquem crimen aliquod eisdem videntibus commisisse: de quo aliqua infamia non laborat, aliquam illi pœnam infligere debeatis.* Et paulò infra: *Ad hæc respondemus, nullum esse pro crimine, super quo aliqua non laborat infamia, seu clamosa insinuatio non præcesserit, propter dicta huiusmodi puniendum: quin imò super hoc depositiones contra eum recipi non debere: cùm inquisitio fieri debeat solummodo super illis, de quibus clamores aliqui præcesserunt.*

Habemus textum clarum Innocentij III. apertè respondentis infamiam requiri, & super illis solummodo inquisitionem fieri oportere, de quib. infamia præcessit. Et loquitur S. Pontifex in ea facti specie, qua duo pluresve iurati testes affirmant aliquem eis videntibus deliquisse, quæ sanè depositio non solùm ad torturam sufficit, verùm etiam ad condemnationem, si testes sint omni exceptione maiores: Nihilominus ait Pontifex Maxim. oportere, vt reus infamia laboret & clamosa insinuatione, qua cessante nec testes recipi posse, nec inquisitionẽ fieri debere: Vbi sunt ergo qui dicunt alia inditia sufficere ad inquisitionem, cùm duo vel plures iurati testes de visu, vt loquuntur, non sufficiant?

Ratio autem his accedit euidentissima, sumpta ex c. Qualiter & quando, 24. eod. tit. de accus. & inquis. Nam cùm obiici posset aduersus iudicem inquirentem, eundem esse non posse accusatorem & iudicem: Videri autem iudicem fungi accusatoris vice, dum inquirit delictum, respondet huic tacitæ obiectioni S. Pontifex his verbis: *Non tanquam idem sit accusator & iudex, sed quasi denunciante fama, vel deferente clamore officij sui debitum exequatur.* Ergo si nulla fama iudici maleficium denunciauerit,

si nullus clamor ad aures eius peruenerit, nulla erit iusta inquirendi causa: nulla ratio eum defendet, quò minus & iudicis, & accusatoris officio perfungatur, necessaria igitur diffamatio, *non quidem à maleuolis & maledicis, sed à prouidis & honestis*, vt monet S. Pontifex in d. c. Qualiter & quando 24.

CAPVT XVI.

Sitne reus definitiuè absoluendus, quando crimen ab eo commissum fuisse iudici non est probatum?

IRrepsit in iudiciis criminalibus consuetudo, vt rei de crimine accusati, vel inquisiti nunquam definitiuè absoluantur, nisi suam probent innocentiam. Nam si crimen non probetur, absoluuntur ab obseruatione iudicij, quò fit vt nouis indiciis superuenientibus iterum accusari ac deferri possint, quasi reipublicæ expediat ita fieri ad punienda scelera, & effugiendas delatorum præuaricationes. Vide Iodocum pract. crim. capit. 40. Clarum quæst. 62. vers. Forma. Bossium tit. de sentent. num. 68. Couuar. lib. 1. variar. resoluç. cap. 1. num. 8. Farinacium nouissimè titul. de Inquisitione quęst. 4. n. 27.

Sed contra leges & iustitiam hæc fieri rectè aliqui monuerunt, Iodocus vbi suprà, Antonius Gomes. ti. de Tortura reorum, n. 28. Hieronym. Magnonius decis. Lucensi 89. nu. 11. in 1. parte, quibus ego facilè consentio.

Nam regula iuris docet actore non probante reum esse absoluendum. l. Qui accusare. C. de Edendo. & hæc absolutio definitiua sententia est, quæ prætextu probationum postea repertarum restaurari non debet. l. Sub specie. C. de re iudic. Habet autem actor appellationis remedium, quo nouas apud iudicem probationes adferre potest. l. Per hanc. C. de temp. appel. si eo non vtatur, sed acquiescat rebus iudicatis, non potest reus eandem ob causam accusari, quod & indicat l. Qui de crimine. C. de accus. Et expresse declarat summus Pontifex, dũ ait: *De his criminibus de quibus absolutus & accusatus non potest accusatio replicari*. c. De his. de accusa.

Expedit quidem reip. vt crimina non remaneant impunita: sed expedit quoque vt satta recta sit rerum iudicatarum authoritas.

Non huc pertinet l. Si qui adulterij. C. ad l. Iul de adult. quia non fuit ibi lata sententia, & dato quod lata fuisset, ratio quædam specialis fuit, vt delinquens puniretur, qui falso consanguinitatis colore crimina depulerat. Sunt & alii speciales casus quibus semel absolutus iterũ accusari ob eandem criminis causam potest, quos eleganter explicat Couuar. li. 2. variar. resolu. c. 10. sed regula est in contrarium, quæ nostræ sententię optimè suffragatur: quia non loquimur de casibus, quibus specialiter à regula recessum sit.

Dices. *Graue* (inquit S. Gregorius) *satis est, & indecens, vt in re dubia certa detur sententia*. c. Graue 11. q. 3. Respondeo, si res sit dubia, laborandum esse vt clara reddatur. Torquendum reum si adsint indicia ad eruendam veritatem. Si non id patiatur personæ conditio, nõ est culpa iudicis: qui cùm de qua re cognouit, pronũciare quoque cogẽdus sit. l. De qua re. ff. de iud. absoluere reum debet, memor eius quod Vlpianus scribit ex suspicionibus neminem dampnãdum, satius esse, nocentem absoluere quàm innocentem cõdemnare. l. Absentem. ff. de pœnis. Item eius quod alibi scriptum est, probationes criminum luce meridiana clariores exigi. l. vlt. C. de probat. Delicta non esse præsumenda. l. Meritò. ff. pro socio.

CAPVT XVII.

Gratia delinquenti à Principe concessa, an ad bona extendatur confiscata?

SI Princeps delinquenti gratiam fecerit plenè restitutum videri, & idcirco bona confiscata recuperare communis est sententia doctorum, si credendum est Claro quæst. 59. vers. Quæro nunquid. & Bossio de remediis ex sola clementia Principis, n. 5. Bonacossæ lib. 1. commun. opin. ver. Gratia seu remissio. ex doctrina Bartoli in l. vlt. circa finem. C. de sentent. passis. cuius mentionem facit Iason in l. Beneficium, col. 4. vers. Perpetuò nota. ff. de constit. Princip.

Fundamentum verò est, quia beneficia Principum latissimè accipienda sunt, d. l. Beneficium, ff. de const. Princ. Huc accedit l. 1. §. Si quis vltro. ff. de quæst. ibi: *Potes itaque decreti gratiam facere*. Et rursus ibi: *Hac epistola significatur, quasi seruus damnatus si fuisset restitutus, &c.*

Verùm si consulamus legum authores & interpretes, nec veram esse dictam sententiam comperiemus, neque communem. Etenim veram non esse palam est ex eo, quod leges discrimen constituunt inter gratiam, siue indulgentiam & restitutionem: Restituere in integrum, est honoribus, ordini & cæteris omnibus restituere. l. 1. C. de senten. passis: *Indulgentia restitutio bonorum ac dignitatis vno nomine amissorum omnium est recuperatio*. l. vlt. C. eod. tit. Indulgentia verò siue gratia simplex liberat tantum à pœna, nisi specialiter bonorum restitutionem quis impetrauerit l. 2. C. de sentent. passis. l. 4. 7. eod. tit. l. 3. C. de Generali absol. l. 2. ff. eod. tit.

Commu-

Communem verò non esse perspicuum mihi videtur, quia contrarium docuerunt Lyaus & Salycetus in l. vlt. C. de sentent. passis, Angelus inter cons. crim. vol. 1. cons. 70. num. 5. Antonius Gomes. de tortura reorum, nu. 38. Boerius cons. 76. nu. 104. 107. lib. 1. Bursatus alios citans cons. 84. n. 10. lib. 1. c. 1. Rolandus a Valle alios similiter adducens cons. 45. n. 2. lib. 4. Farinacius tit. de Inquisitione q. 6. nu. 18. Peregrinus de iure fisci lib. 5. tit. 2. n. 27.

Ad l. Beneficium respondeo, illam esse regulam generalem, sed hanc esse legem specialem quæ declarat quid sit gratia & indulgentia: & quid restitutio. Specialis hæc constitutio in terminis nostris derogat regulæ generali, quia genus per speciem derogatur.

Nec iuvat, quia strictè accipienda sunt rescripta si sunt damnosa, argum. l. Nec damnosa. C. de precib. Imp. offeren.

Ad rem non pertinet l. 1. §. Si quis vltro. quia loquitur de reo innocente: Gratia decreti procul dubio plenissima est, vt bonorum restitutionem contineat, si quæ ablata essent, quia iniquum est innocentem puniri amissione bonorum.

Nec Bartoli dictum suffragatur contrariæ sententiæ, non enim dicit gratiam esse eandem cum restitutione, sed ait, in dubio si non constet an Princeps restituere, vel gratiam facere voluerit, beneficium principis latissimè interpretandum, vt contineat restitutionem: at nos loquimur in claris terminis gratiæ concessæ. Verba Bartoli hæc sunt: *Circa verò quæritur, quod banniti rebanniuntur, an istud rebannire habeat vim indulgentiæ, an restitutionis, &c. Breuiter dico quod de hoc respondeo, quod verba dubia debent intelligi, quod sonent restitutionem magis quàm indulgentiam, in §. pen. ff. de quæst. &c.*

CAPVT XVIII.

Restitutus in integrum ex gratia Principis, an recuperet pretium bonorum à fisco alienatorum?

COmmunis est & vera Doctorum sententia, restitutum in integrum à Principe ex gratia, licet bona alienata a fisco non recuperet, tamen precium, quod ad fiscum peruenit recuperare, ita Bartolus in l. vlt. nu. 7. C. de sentent. passis. Iason in l. Gallus. §. Et quid si tantùm. nu. 57. ff. de lib. & posthumis. Sfortia Oddus alios citans de restitutione in integrum, parte 2. q. 99. a. t. 5. adde Peregrinum, de iure fisci, lib. 5. tit. 2. n. 27.

Fundamentum est in l. Sed & si lege. §. Item si rem distraxit. ff. de petition. hæred. vbi patet bonæ fidei possessorem teneri quatenus ex precio rei hæreditariæ quam vendidit, locupletior factus est. Nam cum bona confiscata sunt, fiscus bonæ fidei possessor est, & loco hæredis habetur. l. Fautoris. C. ad l. Iul. de vi.

Sed valde infirmum est hoc fundamentum, Respondet enim Nellus in tract. de Bannitis, in prima parte tertij temporis, quæst. 6. dictum § Item si rem distraxit, ad casum hunc nõ pertinere, quia loquitur de restitutione, quæ iure communi fit ex iustitia, cum scilicet hæres verus omnia hæreditatis iura recuperat, quo casu bonæ fidei possessor, in quantum locupletior factus est, tenetur ex Senatusconsulto quod recensetur in l. Et non tantùm. § Præter hæc. ff. eod. tit. At in quæstione nostra de restitutione agitur, quæ fit ex gratia Principis ac proinde non tam fauorabilis esse debet, sicut quæ ex iustitia fit.

Existimo tamen iuri consentaneam esse cõmunem sententiam, quia in integrum restituere nihil aliud est, quàm honorib. ordini cæterisque omnibus restituere l. 1. C. de sentent. passis. Item, *Indulgentia restitutio bonorum ac dignitatis vno nomine amissorum omnium recuperatio est.* l. vlt. C. eod. tit. Et licet ad bona alienata non extendatur, quia gratia vni concessa, non debet alteri præiudicare. l. 2. §. Merito. ff. Ne quid in loco publ. nihil tamen proponitur, cur ad preciũ bonorum venditorum, quod ad fiscum peruenit, porrigi non debeat. Nam si bona fiscus haberet, inter omnes constat restituenda esse, cur igitur precium restituere fiscus non debeat? Certè est eadem ratio in precio, quæ in bonis ipsis: Et leges non verbis sed rebus conditæ sunt. l. 2. C. cõmu. de leg.

Contraria sententia magis placuit Alciato in d. l. Gallus. §. Et quid si tantùm. nu. 122. ff. de lib. & posthum. Et Antonio Gomes. tit. de delictis. c. 13. n. 39. nec non Nello superiùs citato, qui testatur in Italia non seruari eorum sententiam, qui restituendum à fisco precium voluerunt: idem testantur Clarus q. 59. vers. Item quæro. & Farinacius tit. de Inquisitione, quæst. 6. post n. 43. Sed nec in Germania seruari testis est Andreas Geyll. qui & in hanc contrariam sententiam propendet libr. 2. de pace publica, cap. 39. n. 21.

Fundamentum est primò in l. vlt. C. de repud. hæred. Secundò, quia gratiæ istæ ac dispensationes odiosæ sunt, & restringendæ, ne fisco præiudicent, & vt delinquentes aliquam pœnam sustineant, quò magis homines a criminibus abstineant.

Sed quod attinet ad d. l. vlt. illa ad rem non facit. Nam cùm filius abstinuit ab hæreditate, potestatem habet rursus eam adeundi, si res non sint venditæ hoc ibi constitutum est, nec quicquã habet affinitatis cum quæstione nostra, quia cùm nos dicimus, restitutionem ex gratia Principis operari, vt precium restitutus

recuperet, nemini præiudicatū volumus præterquam ipſi Principi, hoc eſt, fiſco eius. At in dict. l. vlt. fieret præiudicium aliis, ſi filius poſt res venditas admitteretur.

Ad generalia verò pronunciata, quod attinet, reſpondeo locum non habere, quandoquidem ſpecialis deciſio totum occupauit, dum interpretatur, qui ſit in integrum reſtituere: & ait. Eſſe honoribus, ordini, cæteriſq; omnibus reſtituere. l. 1. C. de ſent. paſſis & bonorum recuperationem eſſe. l. vlt. C. eod. Recuperabit igitur reſtitutus non bona, quia fiſcus ea nō habet, ſed precium eorum quod habet: Pecuniam loco rei. Poſſibile eſt enim omnes res in pecuniā conuerti, inquit l. 2. C. de conſt. pecu. Si nec rem, nec pecuniam habeat, quo modo honoribus, ordini, cæteriſque omnibus reſtitutus intelligeretur?

CAPVT XIX.

Vtrum fur puniri poſſit alibi quàm in loco delicti, ſi reperiatur cum rebus ſubtractis, an verò remittendus ad locum delicti?

Dicam quid ſentiam de ſententia Bartoli, olim & nunc etiam controuerſa circa furem, qui cum rebus ſubtractis ad alium locum ſe recepit, an poſſit vbicunque reperitur puniri, ſi prius quid alij ſentiant retulero, & argumenta cuiuſque ſententiæ pro more meo adiunxero. Exiſtimauit Bartolus in l. Si dominium. ff. de furtis, eum qui in vno loco vel prouincia furatus eſt, ſi ad alium locum, prouinciámve ſe receperit, cum rebus furto ſubtractis, ibi poſſe puniri, licet ſubditus illius loci vel prouinciæ non ſit. Bartolum ſecuti ſunt, aut certe eandem ſententiam habuerunt Paulus Caſtr. in l. Siue manifeſtus. §. 1. ff. de cond. furt. Angelus de Maleficiis in ver. Et veſtem celeſtem, verſ. Quid ſi fur. n. 16. Boerius deciſ. 218. n. 2. Folerius pract. crimin. verſ. Audiantur excuſatores. n. 64. Capicius deciſ. 104. Plotus conſ. 135. nu. 23. lib. 1. Duenas regula 378. in 5. limitatione. Marinus Laudenſis conſ. Criminali diuerſorum 61. nu. 5 lib. 1. Marianus Socinus in c. 1. n. 5 de raptorib. Afflictus in §. Iniuria. in 3. not. num. 7. de pace iuramento firman. Viuius commun. opin lib. 1. verbo, Iudex domicilij in fine. num. 12. Vilalobos commun. opin. verbo, Reus. n. 65.

Fundamentum eſt in contrectatione, nam cùm fur ipſas res contrectet, & iniuſtè detineat, videtur quodammodo nouum furtum committere aut certè delinquere, quamobrem eo in loco puniri poteſt, quia ibi quoque delinquere videtur.

Sicut hæc noua & aſſidua contrectatio facit, vt actio furti etiā mutato rei dominio competat, vt habetur in dict. l. Si dominium. ff. de furtis, & in l. Interdum. 58. ff. eod. tit. ibi *Sed & ſi perſona domini mutata eſſet altera pœna obligata*, licet non mutato domino furti pœna nō creſcat aſſidua contrectatione, quæ ſententia eſt l. 9. ff. eod. tit. Vbi notandum eſt obiter, aliter conſtitutum de condictione furtiua: nulla enim ei tantùm competit, qui dominus fuit tempore furti commiſſi, quæ cauſa eſt, vt legatario non competat. l. Sed nec legatarius. ff. de cond. furt. Actio furti facilius datur, quàm condictio furtiua, quia cōtra regulas iuris eſt, vt quis rem ſuam condicere poſſit. §. Sic itaq; Inſt. t. de actio.

Contrariam ſententiam aduerſus Bartolum ſecuti ſunt Fulgoſius conſ. 149. Baldus cōſ. 471. lib. 3. Mantua latè & diligenter Apophthegmate 603. Cepolla conſ. crim. in 78. nu. 26. Boſſius tit. de furtis. nu. 18. Practi. Papienſis in forma Inquiſitionis. ver. Contrectando. n. 3. Clarus q. 38. verſ. Tu ſcis. Couuar. Pract. q. cap. 11. n. 9. Farinacius, qui alios adducit tit. de Inquiſitione quæſt. 7. poſt n. 7.

Fundamentum eſt, quia delinquens puniendus eſt in loco, vbi deliquit. & ad eum remittendus eſt. l. Si cui. §. vlt. ff. de accuſa. §. Si quis verò comprehenſorum, in Auth. vt nulli iudicum. Igitur is qui furtum commiſit in aliqua prouincia, ibi puniendus eſt, non alibi & ad eam prouinciam remittendus eſt.

Ego hanc poſteriorem ſententiam ſequor, quia ex contrectatione rei furtiuæ non naſcitur noua actio. l. Ei qui 9. ff. de fur. nec nouum furtum l. Inficiando. §. Infans. ff. eod. Ergo non videtur in loco, ad quē fur ſe recipit, nouum furtum committere. Sed vnum eſt furtū tantùm, quod alibi commiſit: & id ſolum ſpectandum eſt, vt puniatur.

Non obſtat, quod actio furti competat nouo domino propter rei contrectationem, *veluti heredi, & bonorum poſſeſſori. & patri adoptiuo, & legatario*, vt in d. l. Si dominium. Nam ſumma ratione id conſtitutum eſt, quia is qui fuit olim dominus non agit, nec agere poteſt: & is qui in eius locum ſucceſſit, actionem habet ex perſona ſui authoris, quia ſcilicet ius authoris tranſlatum in ſucceſſorem eſt. Itaque actio bonum habet fundamentum ex parte actoris, quia dominus eſt rerum furto ablatarū. At nullum eſt in quæſtione noſtra fundamentum ratione magiſtratus loci, vbi fur inuenitur, quia delictum alibi commiſſum eſt. Et cōſequenter puniendum ab eo magiſtratu & iudice, in cuius territorio ac iuriſdictione commiſſum eſt. Non huc applicari poteſt l. Congruit. ff. de off. Præſid. quia de generali inquiſitione loquitur, nos de particulari contectendo delicto diſputamus.

CAPVT

CAPVT XX.

Possitne magistratus inquirere de crimine eius, qui subditus est ratione originis, vel domicilij, alibi tamen commisso?

COnabor etiam lucem aliquam adferre, non minus controuersæ quàm obscuræ quæstioni: Vtrum magistratus ex officio inquirere possit in subditum delinquentem extra territorium. Affirmat multis allatis rationibus, & authoritatibus Franciscus Becius cons. 93. Negat & rationes adducit simúlque authoritates Rolandus à Valle in cons. 19. lib. 2. Estque hæc res omnino dubia & controuersa valde, vt videre licet ex Claro quæst. 39. vers. Sed quæro. Antonio Gomesio de delictis, cap. 1. nu. 87. Buriato cons. 77. lib. 1. Couuar. Pract. quæst. ca. 11. n. 6. vers. His equidem authoribus. Farinacio alios plurimos citante de inquisitione, q. 7. nu. 19.

Fundamentum affirmantis sententiæ est, quia interest Reipublicæ, & illius Rectoris prouinciam suam malis hominib. expurgari, eiú que ciues & originarios etiam ob scelera alibi cõmissa puniri, ne obtenta impunitate in maiora prolabantur vitia, néve aliorum ciuium bene institutos animos corrumpant.

Fundamentum negantis est, quia inquisitio pertinet ad publicam vindictam, quæ minimè videtur competere iudici domicilij, vel originis ex eo, quod nulla iniuria illi reip. facta est ex delicto, sed potius ea reip. offensa sit, intra cuius territorium delictum commissum est.

Sed hoc tam affirmantis, quàm negantis sententiæ fundamentum nimis generale & remotum videtur. Alia magis arcta ingrediendum est via, vt ad agnitionem huius rei perueniamus.

Impp. Seuerus & Antoninus: *Quæstiones eorum criminum, quæ legibus, aut extra ordinem coercentur, vbi commissa vel inchoata sunt, vel vbi reperiuntur, qui rei esse perhibentur criminis perfici debere, satis notum est.* l. 1. C. vbi de crimine agi oporteat.

Fauet hæc lex affirmanti sententiæ, sed dices, accipiendam esse, cùm is qui crimen commisit accusatur, secus cùm de inquisitione ex officio agitur.

Respondeo, eandem esse rationem in iudice inquirente, quia non inquirit, nisi fama publica præcedat, quæ loco accusatoris est, vt in c. Qualiter & quando. de accusatio. & suprà dixi hoc lib. c. 15.

Inquisitio loco accusationis est, ideo recepta ne grauiora facinora deficientib. accusatorib. impunita remaneant. arg. l. Ea quidem. C. de Accus. d. l. 1. §. Quies. ff. de off. præfect. vrb. l. Diuus. ff. de custod. reor. l. 2. C. eod. l. Congruit. ff. de off. Præsid. l. 4. ff. ad l. Iul. pecul. l. Si quis in hoc. C. de Episcop. & Cleri. §. vlt. Nouella de collatorib. & dixi aliàs lib. 1. cap. 34. Addo nunc eiusdem sententiæ Duaren. lib. 1. anniuers. cap. 38.

Dices rursus, reos esse remittendos ad magistratum eius prouinciæ, in qua delictum cõmissum est. §. Si quis verò comprehensorum in Auth. vt nulli iud. & §. Hoc consideratur. in Auth. vt omnes obediant iudic. l. Si cui. §. vlt. l. vlt. ff. de Accusa. cuius rei quatuor insignes adfert rationes Couuar. d. c. 11. pract. nu. 3. sed ante eum Iuris. in l. Capitalium. §. Famosos. ff. de pœnis.

Respondeo, si petatur remissio argumentum esse verissimum, sic enim Imperator loquitur in d. §. Si quis verò comprehẽsorum. Ergo sententia nostra locum habebit, si non fuerit petita remissio.

Denique obiicies: Extra territorium iurisdictionem non extendi. l. vlt. ff. de iurisd. om. iu. & ideo statuta loci non ligant furem delinquentem extra territorium, vt in c. 2. de consti. lib. 6.

Respondeo, nil obstare, quia quæstio nostra est de subdito, qui reperitur in territorio iudicis inquirentis, licet alibi crimen commiserit, quo casu potest puniri in loco domicilij, vt in d. l. 1. C. vbi de crim. agi oporteat, secus si non requiratur in territorio, tunc locum sibi vindicare potest, l. vlt. Quod verò de statuto pœnali dicitur, ad rem non facit: sufficit nobis delinquẽtem puniri posse à iudice domicilij, non dicimus pœna statuti afficiendũ, quia statuta pœnam imponunt delinquentib. in territorio statuentis, non extra eius territorium. At lex generalis ligat vbique, & potestatem tribuit iudici ac magistratui subditum suum puniendi, licet alibi crimen perpetrauerit: quia persona eius spectanda est, quæ magistratui subiecta est, propter domicilium. Rectè ergò vulgò dicitur, forum sortiri quempiam ratione contractus, delicti & domicilij, vt in c. vlt. de foro cõpeten. & in c. 1. de priuileg. lib. 6.

CAPVT XXI.

Vtrum magistratus loci domicilij, qui reum criminis condemnauit, remittere eum teneatur ad magistratum eius loci, in quo delictum cõmissum fuit, vt ab eo puniatur?

SEd rursus controuersia est. Magistratus subditum suum qui alia in prouincia crimen cõmisit, vel inquisitione facta, vel accusatione instituta condemnauit, an teneatur eundem remittere ad magistratum eius prouinciæ, in qua crimen commissum est? & remittendum esse censuit Alexand. in l. A diuo Pio. §. Senten-

tiam Romæ n. 4. ff. de re iud. Imola in l. pen. ff. de pub. iud. Fulgosius in l. 1. C. vbi de crim. agi opor. Bossius tit. de foro compet. n. 48.

Fundamentum est primò in §. Si quis verò comprehensorum in Auth. Vt nulli iud. quatenus ib. sancitum est generaliter, & indistinctè reum esse remittendum *ad iudicem prouinciæ, in qua peccauit legitimis suppliciis subyciendum.* Secundò in l. Solent. & in l. Non dubium. ff. de custodia, & exhib. reo. quæ nihil ad rem faciût, quia in istis terminis non loquuntur. Tertiò in l. Capitalium. § Famosos. ff. de pœnis. Callistratus: *Famosos latrones in iis locis, vbi grassati sunt, furca figen los complurib. placuit, vt & conspectu deterreantur alij ab eisdem facinoribus, & solatiò sit cognatis & affinib. interemptorum, eodem loco pœna reddita, in quo latrones homicidium fecissent.*

Sed contrarium docuerunt Salycet. in l. 1. C. vbi de crimine agi opor. Bald. in l. Executorem n. 27. C. de execu. rei iud. Felyn. in cap. vlt. num. 11. de foro competen. Grammaticus decis. 26. nu. 5. Couuar. pract. quæst. c. 11. nu. 6. vers. Contraria sententia. Farinacius de Inquisitione, q. 7. num. 24. quibus & ipse assentior.

Fundamentum est solidum in l. 1. C. vbi de crimine agi opor. vbi textus dicit, quæstiones criminum perfici debere, *vbi commissa sunt, vel inchoata, vel vbi reperiuntur qui rei esse perhibentur.* Ergo si iudex domicilij cognoscere incepit, & pronunciauerit, nihil proponi video, cur non & exequi sententiam possit, vbi enim iudicium cœptum est, ibi perfici debet. l. Vbi cœptum. ff. de iud.

Argumentum contrariæ sententiæ locum habet, quando iudex loci delicti petiit sibi reû mitti, vt eum puniat, tunc remittendus est, vt in d. §. Si quis verò comprehensorum. At si id non petiit, & ideo iudex domicilij cognouit & condemnauit reum, magis expedire videtur, vt ipse curet suam sententiam executioni mandari, quàm vt ad iudicem loci delicti reum mittat. Aut enim ille petiit antequam quæstio criminis esset inchoata, aut non petiit sibi remitti delinquentem: Si petiit, certè remittendus fuit: si non petiit, iam res integra non est, ideóque ibi finem accipere debet, vbi cœpta est.

Non obstat quod dicit Callistratus in §. Famosos, quia expediret quidem delinquentem puniri in loco delicti commissi ob eas caussas, quas ille adfert. Sed quid si iudex loci tempestiuè non admoneat iudicem loci domicilij, vt reum ad se remittat? Nunquid caussa incepta desistere eum oportebit, aut finitam non exequi? contra l. 1. C. vbi de crimin. agi opor. dicentem, ibi, *perfici debere, vbi quæstio inchoata est?*

CAPVT XXII.

Remissio delinquentis ad iudicem loci, vbi delictum commisit, possitne fieri ac peti à iudice, qui nullam in reum iurisdictionem habet, vbi omnes iudices sunt sub eodem Principe?

FActi species hæc sit. Delictum quis commisit Mediolani, & Papiam confugit, vbi aliâs nec ratione domicilij, nec ratione originis subditus est, quæritur an iudex Papiensis requisitus teneatur reum remittere ad iudicem Mediolani. Negant Antonius Butrius, Areti. & Felynus. nu. 9. in c. vlt. de foro competen. & hanc sententiam communem esse testatur Bossius ti. de foro competen. n. 52.

Fundamentum est in c. 1. de priuilegiis li. 17. vbi patet exemptum, qui alioqui ad locum delicti remittendus est, non posse tamen remitti ab ordinario, à quo exemptus est, qui in eum nullam habet iurisdictionem.

Cæterùm affirmant Calderinus & Panorm. in d. c. vlt. n. 16 de foro competen. & alij, quos refert & sequitur Couuar. pract. q. c. 11 nu. 6. & in terminis, in quibus hanc quæstionem proposuimus, consentit etiam Bossius loco suprà annotato.

Fundamentum est in §. Audient. in Auth. de defensorib. Ciuitatum, vbi Imperator: *Audient quoque leuiora crimina, & castigationi competenti contradent, & eos qui in maiorib. criminibus capiuntur, detrudent in carcerem, & mittêt ad Prouinciæ Præsidem.*

Ad c. 1. de priuil. lib. 6. respondent, exemptû ab ordinario remittendum non esse, sed a iudice proprio, cui iure exemptionis subiicitur: quia ordinarius nullam habet in eum iurisdictionem, nisi ratione contractus vel delicti, vt ibi dicitur.

Ego iis consentio, atque ita statuo, nô à quolibet incompetente iudice fieri debere remissionem, ac peti, v. g. Clericus delinquens remittêdus est ad locum delicti: certè remissio fit non à magistratu laico, qui nullam prorsus in Clericum iurisdictionem habet, sed a iudice Ecclesiastico. Rursus si duo sint iudices Ecclesiastici, vnus competens, alter incompetens, fieri debet à iudice competente: & in iis terminis accipiêdum est c. 1. de priuileg. lib. 6.

Cæterùm in ea facti specie, quam proposui, iudex Papiêsis remittet delinquentem Mediolanum literis subsidialibus requisitus. Licet. n. iurisdictionem non habeat in delinquentem, nec ratione originis, nec ratione domicilij, nec ratione delicti. Potest tamen ac debet requisitus eum mittere ad iudicem Mediolanêsem puniêdum, quia sic iuris ordo postulat. l. Si cui. l. vlt. ff. de accusa. §. Si quis verò comprehêsorum. in Auth. vt nulli iud. Vnus iudex ac magistratus alterum iuuare debet, ne delictum remaneat impunitum, vt iuris ordo seruetur, in pû-

in puniendo reo, & vnicuique ius suum tribuatur.

CAPVT XXIII.

Sitne remissio delinquentis facienda, cùm iudex requirens petensque fieri remissionem, & iudex requisitus diuersi sunt Imperii & Principatus?

SIt hæc facti species. Delictum commissum est Mantuæ, reus criminis Ferrariam confugit, vbi alias nec originem habet, nec domicilium. Quæritur, an Ferrariensis iudex teneatur requisitus remittere delinquentem ad iudicem Mantuę? Et non teneri, communior sententia est. Vide Clarum q. 38. vers. Sed certè. & vers. Hoc tamen. Couuar. pract. quæst. cap. 11. n. 10. Rolandum à Valle cons. 60. nu. 5. & 22. 23. lib. 2. nouissimè Farinacium tit. de Inquisitione, q. 7. n. 27.

Fundamentum est in consuetudine Vniuersali: Scribit enim Couuarr. hanc sententiam communi totius orbis Christiani vsu, & praxi receptam esse vt non fiat remissio, quando iudex requirens & requisitus sunt diuersi Principatus & Imperii. Sed hæc requiruntur, vt locum habeat cōsuetudo. Primò, vt sit legitimè prescripta, quoties tam requirētis iudicis Princeps, quàm requisiti subsunt Imperialib. legibus, quæ remissionem præcipiunt. Nam tunc esset consuetudo contra legem; ideo non valet, nisi sit legitimè precepta. c. vlt. de consuet. Remissionem fieri debere ex legum præcepto, cōstat ex l. Si cui. & l. vlt. ff. de Accus. ex §. Si quis verò comprehensorum in Authen. vt nulli iudicum. & ex aliis locis.

Secundò, vt si iudex reum delinquētem non remittit, cùm puniat; nam si punire eum non possit, consuetudo hæc non valeret: quia delicta remanerent impunita contra publicam vtilitatem & iustitiam; ita docet & hanc rem explicat ex sua & aliorum sententia Couuarr. loco proximè citato, cui Farinacius consentit.

Sed ex hac opinione nascūtur duo non parui momenti incommoda. Primum est, quia nō est hæc rationabilis consuetudo, quod tamen requiritur, vt legem vincat, ca. vlt. de Consuet. Nam contra omnem iuris rationem est, vt delinquentes non puniantur: aut puniātur ab aliis quàm propriis iudicibus. Alterum incommodum est, quia doctores plerique volunt hoc in casu delinquentem puniri à iudice, qui negat remissionem. Atqui hoc fieri non potest. Si enim iudex, qui remissionem negat, nullam in reum iurisdictionem habeat, nec ratione originis, nec domicilii, nec delicti, quomodo in eum poterit animaduertere?

Respondet Farinacius, absurdum non esse, licet reus hoc in casu non puniatur, *quia non deficit ius, sed iurisdictio.* Non rectè, quia iurisdictio nō deficit iudicis, qui remissionem petit, sed fit contra ius, cùm remissio denegatur.

Melius Couuar. loco supra citato: *Igitur,* inquit, *sicut non valeret consuetudo impediens remissionem, vbi iudex requisitus delictum punire non potest, etiam non valebit, vbi iudex requirēs & requisitus sunt sub diuersis Principibus, quoties non potest delictum puniri à iudice, qui remissionem negat. Etenim vtroque casu delictum manet impunitum contra rationem naturalem, & quæ nullo tempore vsu tolli potest.*

Hæc cùm ita sint, ac certum expressumque ius sit, quo remissio delinquentium ad locum delicti præcipitur, magis est, vt credam, consuetudinem, quæ allegatur, nullius esse momēti, si præsertim agatur de homicidio, vel graui aliquo facinore, cuius impunitas propter exēplum & scandalum reipub. perniciosa foret, vt latè respondet Bernardus Plotus inter cons. criminalia, vol. 1. cons. 133. quem refert & sequitur Ioseph. Ludouicus decis. Lucensi 16. num. 26. in 1. parte.

Porrò his adiiciendum est, quod scribit Andreas Geyll. lib. 1. de pace publica. ca. 16. n. 30. & 31. ex cōsuetudine Germaniæ, reos non remitti ad locum delicti, sed in loco captiuitatis forum, & iudicium sortiri, & ibidem suppliciū subire, solere tamen in atrocioribus delictis, propter exemplum ad locum delicti precario & iure amicitiæ, & vicinitatis, atque beneuolentię fieri remissionem, idque sub antigrapho, siue literis reuersalibus, vt vocant, ipsius Magistratus ac Domini remissionem petentis, remissionem iurisdictioni remittentis, non futuram nocumento.

CAPVT XXIV.

De vagabundo an debeat remitti ad locum delicti?

EST etiam controuersia an vagabundus, qui nullam habet certam domicilii sedem, remittendus sit ad locum delicti, vt videre licet ex Petro Duena regula 378. in 4. limit. Didaco Couu. pract. q. c. 11. n. 7. Prospero Farinacio tit. de Inquisitione, q. 7. n. 13. Pro remissione facit regula generalis, quæ habetur in §. Si quis verò in comprehensorum. in Auth. Vt nulli iudicū, Cōtra remissionem l. 1. cum expositione Glossæ. C. vbi de crimine agi oporteat. Nam cùm lex dicat, criminum quæstiones perfici debere, vbi crimina commissa sunt, vel res inchoata, vel vbi reperiuntur qui commiserunt. Gloss. exemplum adfert in vagabundo, dicens, eum posse vbilibet conueniri.

Sed promptum est iura iuribus concordare

Potest vagabundus vbique puniri, qui certum non habet forum. Verum ad locum, vbi facinus admisit, remittendus est, vt ibi puniatur, si hoc petatur à iudice loci delicti. Sic delictum non est impunitum, sic crimina puniuntur, vbi sunt admissa, quod legibus tam seriò praecipitur. l. Desertorem. ff. de re militari. l. Capitalium §. Famosus. ff. de poenis. l. Si cui. l. vlt. ff. de accus. Si non petatur remissio puniri debet, vbi reperitur. d. l. 1.

CAPVT XXV.

Mandans delictum fieri, an sit puniendus in loco, in quo mandatum dedit, an in loco in quo delictum est commissum à mandatario?

Communis est doctorum sententia, quam & ipse amplector mandantem delictum committi esse puniendum in loco, in quo delictum commissum est à mãdatario, & ad eum locum remittendum esse. Vide Albericum in l. Hæres absens. §. apud Labeonem. ff. de iudiciis. Paulum Castrensem in l. Sicut proponitur. ff. de fideiussor. Marsilium sing. 404. Forum. Petrum Duennam reg. 378. nu. 3. Bossium de foro competenti, numero 109. & num. 147. Clarum quæst. 38. versic. Item quæro nunquid mandans.

Fundamentum est in d. l. Hæres absens. §. Apud Labeonem. ff. de iudiciis. Vlpianus: *Apud Labeonem quæritur, quid si homo prouincialis seruum institorem vendendarum mercium gratia Romæ habeat: quod cum eo seruo contractum est ita habendum, ac si cum domino contractum sit: quare ibi se debebit defendere.*

His postremis verbis apparet, mandatorem sortiri forum in loco contractus, idem probatur in l. Si vt proponitur. ff. de fideiussor. illis verbis: *Ita conuenit, vt in Italia solueretur intelligendum mandatorem quoque simili modo contraxisse.* Eadem ratio est in loco delicti.

Huc accedit, quia qui per alium facit, per se ipsum facere videtur. c. Qui per alium. de reg. iur. lib. 6. Hinc Vlpianus: *Deiecisse etiam is videtur, qui mandauit vel iussit, vt aliquis deiiceretur. Parui enim referre visum est, suis manib. quis deiiciat, an verò per alium.* l. 1. §. Deiecisse. ff. de vi & vi arm.

Hoc argumentum videtur mihi fortius ac firmius, quam alia quæ adferri solent ex brocardicis petita, quia sc. causa mandatis & mandatarij connexa est, non est diuidenda, ne diuersæ sententiæ vna & eadem in re proferantur, & similia: quia non magnoperè vrgent.

Contrariam sententiam habuerunt Baldus in l. Non ideo minus. C. de accus. Farinacius alios citans tit. de Inquisitione, quæst. 7. post num. 48.

Fundamentum est, quia ex hoc delicto mandantis & mandatarij diuersæ oriuntur obligationes, quarum vna non accedit alteri: ac propterea cessat ratio, ne continentia causæ diuidatur. Item connexitatis ratio cessat.

Sed non cessant aliæ rationes ex legibus petitæ, quibus probatur mandatorem sortiri forum in loco delicti, sicut sortitur in loco contractus, atque ipsum mandatorem crimen cõmisisse videri in loco, in quo à mandatario cõmissum est, quia is, qui per alium facit, per se ipsum facere videtur.

CAPVT XXVI.

Possitne quilibet iudex punire testem coram se falsum.

Imperator Zeno: *Nullum penitus cùm semel ad iudicem quemlibet licet non suum dicendi gratia testimonium fuerit ingressus, armatam fortè militiam, vel quamlibet aliam fori praescriptionem ad euadendum iudicis motum, quem vel testimonij verborum improbitas, vel rei qualitas flagitauerit, posse praetendere praecipimus.* Et paulò infrà: *Data cunctis iudicibus absque vllo praescriptionis obstaculo in testes, quorum voces falsitate vel fraude non carere perspexerint, pro qualitate videlicet delicti animaduertendi licentia.* l. Nullum. C. de Testibus.

At contra Callistratus: *Diuus Pius Claudio rescripsit pro mensura cuiusque delicti constituendum in eos, qui apud iudices instrumenta protulerunt, quæ probari non possint, aut si plus eos meruisse videatur, quàm ex forma iurisdictionis pati possint, vel Imperatori describantur, æstimaturo quatenus coerceri debeant.* l. 31. ff. ad l. Cor. de falsis.

Conciliationis gratia itum in hanc distinctionem est, iudicem ordinarium, & etiam à Principe delegatum punire falsum testem posse, licet nullam alioqui in eum iurisdictionem habeat. Delegatum autem inferioris non posse. Vide Bartolum vtrobique, Bossium tit. de falsis, num. 103. Clarum quæst. 38. vers. Sed quæro nunquid. Didacum Couuarr. pract. quæst. c. 18. n. 8.

Sed nullum in iis legibus huius distinctionis vestigium inspicere licet, nulla diuersitatis ratio inter hunc & illum delegatum adferri potest.

Rectè igitur illi docuerunt, & dictis legibus conuenientèr qui dixerunt, quemlibet iudicem, qui de crimine cognoscendi potestatem habet, illudque puniendi, animaduertere posse in testem, qui coram se falsum testificatus sit, licet testis ille fori praescriptionem habeat, hoc est, iudicem habeat proprium, apud quem conueniri, & à quo puniri debeat, & non ab aliis:

Exce-

Exceptio hæc incompetentiæ, vt loquuntur noſtri, non valet hoc in caſu: non prodeſt excipienti, quia iudex punire eum poteſt: ſuppoſito ſc. fundamento, quod crimina coercere & punire poſſit, ita vt nulla ſit exceptio, niſi propter perſonam, quæ alterius iuriſdictioni ſubiecta ſit. Ita disertè loquitur Zeno in d. l. Nullum.

Cæterùm, ſi talis ſit iudex, qui vel de crimine cognoſcere nequeat, vel non poſſit grauem pœnam irrogare, vt delicti grauitas poſtulaſſet: & vt Doctores loquuntur, reſtrictam habeat iuriſdictionem circa crimina coercenda, tunc non poſſit in teſtem animaduertere, qui coram ipſo falſum dixerit teſtimonium. Sic enim disertè Calliſtratus loquitur in d. l. 31.

CAPVT XXVII.

An clericus falſum teſtimonium dicens coram ſeculari indice puniri ab eodem poſſit?

TRiplex Doctorum ſententia eſt. Vna, clericum falſum teſtimonium dicentem coram iudice ſeculari, puniri ab eodem poſſe. Ita Gloſ. in l. Nullum Cod. de teſtib. in verſ. *Præſcriptionem*, dum ait: *Quia ſit clericus*. Cynus & Baldus ibidem, & Marſilius ad l. vl. nu. 152. ff. de iuriſd. om. iud.

Fundamentum eſt in d. l. Nullum, vbi Zeno ſtatuit, non licere cuiquam teſti allegare vllam fori præſcriptionem, quo minus à iudice puniatur, apud quem falſum depoſuerit.

Altera ſententia eſt, puniri quidem clericum poſſe à iudice ſeculari, ſed pecuniaria pœna, quia eius perſona non eſt iudici ſeculari ſubiecta, ſed res ipſius: ſicut aliàs ſi temerè coram iudice ſeculari clericus litigauerit, in expenſas condemnatur, ita reſpondit Federicus Senenſis conſil. 93. Factum tale eſt. Gulielmus de Bened. in 1. parte repet. c. Raynutius. in verbo, & vxorem, n. 434.

Tertia verior & communior ſententia eſt, non poſſe à iudice ſeculari clericum puniri, nec in perſona, nec in ære. Vide Couuar. pract. qu. c. 18 n. 8. Afflictum dec. 230 Clarum q. 38. verſ. Sed hic quæro. Farinacium, plurimos alios citantem de Inquiſitione q. 8. n. 26.

Fundamentum ſolidum ac firmum eſt, *quia nullus* clericus diſtringi & condemnari debet à iudice ſeculari, ca. Si diligenti. de foro com pet. ca. 1. de clericis coniug. lib. 6. Auth. Statuimus. C. de Epiſcopis & Clericis.

Ad l. Nullum. reſpondeo, de aliis fori præſcriptionem habentibus, eam accipiendam eſſe, quia clerici exempti ſunt à iuriſdictione laicorum, tam iure canonico quàm ciuili: quod exemptionis priuilegium non abſtulit, nec auferre voluit Imperator Zeno.

Non obſtat quod de rebus clericorum dicitur, quia nec iure id probatur: Et hic perſonæ delictum ſpectari debet, quia clericus etiamſi pœna mulctetur pecuniaria, tamen infamiam incurrit propter condemnationem, & grauem pœnam, quam infligere iudex ſecularis non poteſt, cùm clerici perſonam diſtringere & condemnare non poſſit.

CAPVT XXVIII.

An clericus, qui dimiſſo habitu clericali immiſcet ſe enormitatibus, puniri poſſit à ſeculari iudice, etiamſi à Prælato ſuo non fuerit ter monitus?

CLericum amittere priuilegium fori, atque adeò puniri poſſe à iudice ſeculari, ſi dimiſſo clericali habitu immiſcuerit ſe enormitatibus (ſic loquuntur noſtri, id eſt, homicidia, furta, vel alia grauia crimina commiſerit) licet trina monitio non præceſſerit Ordinarij ſiue Prælati ipſius, reſpondit latè Alexander de Neuo in conſil. 59. & hanc eſſe magis communem ſententiam, & conſuetudine approbatam teſtatur Clarus q. 36. verſ. Quæro modo. Boſſius de foro compet. n. 139. Chaſſanæus in Conſuetud. Burgundiæ, Rub. 1. §. 5. n. 55. & alij quos Farinacius citat tit. de Inquiſitione, q. 8. n. 54.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex c. Perpendimus, de ſente. excomm. vbi *quidam Sacerdos pro eo quod ſe filium Regis falsò nominare præſumpſit, & armis acceptis ſeditionem fecit, à comite iuſſus eſt fuſtigari, qui poſtea eius mandato traditus patibulo expirauit.* Et S Pontifex reſpondit, quia talis Sacerdos *non propulſando, ſed inferendo iniuriam fuit occiſus, non videtur nobis quod interfectores eius propter hoc ad obtinendam abſolutionem Apoſtolicam ſedem adire cogantur, &c.*

Et licet videatur S. Pontifex loqui de Excommunicatione canonis, *ſi quis ſuadente diabolo* 17. q. 4 tamen reſpondent huius ſententiæ authores, illud reſcriptum pertinere etiam ad priuilegium fori, primò, ex illis verbis quibus dicitur, cum clericum à Comite iuſſum fuiſſe fuſtigari, & mandato eiuſdem patibulo traditum expiraſſe. Hæc enim iudicialiter fiunt. Ergo ille clericus amiſerat fori priuilegium, quia Comes erat laicus. Secundò, quia, ſi permiſſum eſt laicis, talem clericum occidere citra pœnam excommunicationis, multò magis permiſſum iudici videtur eum legitimè & cauſa cognita per ſententiam morti adiudicare.

Secundum argumentum est ex c. 1. de Apostatis, vbi Alexander III. *Praeterea clericos qui relicto ordine clericali & habitu suo, in apostasia tanquam laici conuersantur, si in criminibus comprehensi teneantur, per censuram Ecclesiasticam non praecipimus liberari.* Hoc in loco nulla fit mentio trinae monitionis, quae praecedere debeat, sicut nec in d.c. Perpendimus.

Tertium est ex cap. Ex parte 27. de priuileg. vbi Honorius III. Anglorum Reginae ita rescripsit: *Ex parte tua fuit propositum, quod nonnulli literati quos nec habitus, nec tonsura clericos profitentur, in terra tuae iurisdictioni subiecta degentes, cum deprehenduntur in aliquibus foris factis, vt iurisdictionem tuam eludant, & debitam pro delicto vltionem euadant, assumunt, seu etiam resumunt tonsuram abiectam seu habitum clericalem, licet antè pro laicis ab omnibus haberentur. Ne igitur tonsura vel habitu sic resumpto malitia foueatur: si tuam iurisdictionem exerceas in eiusmodi delinquentes, qui sine tonsura & habitu in delicto fuerint deprehensi, aequanimiter duximus tolerandum: cum malitiis hominum indulgeri non debeat, sed potius obuiari.*

Sed contrariam sententiam, nimirum trinam monitionem requiri, vt priuilegium clericale in proposita facti specie amittatur, secuti sunt Io. Andr. & Antonius Butrius in d.c. Perpendimus. de senten. excommu. Couuar. Pract. q. cap. 32. n. 2. Alexan. cons. 8. li. 1. Roland. à Valle cons. 4. n. 31. lib. 1. Follerius pract. crim. vers. Audiantur excusatores, nu. 47. Alios citat Farinacius loco annotato.

Argumenta sunt ista. Primum ex cap. In audientia 25. de senten. excomm. ibi: *Huiusmodi clerici si à praelatis suis tertiò commoniti militaria noluerunt arma deponere, de priuilegio clericorum, subsidium aliquod habere non possunt.*

Secundum ex c. vl. de vita & honest. cleric. ibi: *Mandamus quatenus si tales tertiò à te commoniti ab huiusmodi non resipuerint, sed praetermissis diuinis officiis negociationibus institerint supradictis, cum eo facto priuilegium abyciant clericale, &c.*

Tertium argumentum est ex cap. Contingit 45. de sent. excomm. in illis verbis: *Verùm quia priuilegium meretur amittere, qui permissa sibi abutitur potestate, ac frustrà legis auxilium inuocat, qui committit in legem; volumus & mandamus, vt tales si tertiò à te commoniti se, ipsos contempserint emendare, illius efficiantur immunitatis extorres, &c.*

Quartum est ex c. 1. de vita & honestate clericorum, lib. 6. ibi: *Et tertiò moniti non resipuerint, careant omni priuilegio clericali.*

Alij distinctionem adhibent inter clericos in sacris constitutos, & clericos in minoribus ordinibus positos: istos priuilegium clericale amittere absque trina monitione dicunt, illos non item, vt tradit Couuar. loco superius annotato.

Sed praeterquam quod nullo iuris testimonio confirmari haec distinctio potest, repugnat quoque verbum, *Sacerdos*, quod habetur in d.c. Perpendimus.

Ego, vt paucis me expediam, posteriorem sententiam, quae trinam requirit monitionem, probabiliorem esse iudico: quia diuinis clara sunt testimonia, quae pro eius confirmatione allata sunt.

Ad argumenta prioris sententiae ita respondeo. Quod attinet ad c. Perpendimus. de sent. excom. respondeo, rescriptum S. Pontificis ibi hoc tantum velle, quod interfectores Sacerdotis ad Apostolicam sedem adire non cogantur, ad obtinendam absolutionem: Sic enim verba expressè sonant, & rationem adfert textus, quia *talis Sacerdos non propulsando, sed inferendo iniuriam fuit occisus.*

Non obstant illa verba, quibus dicitur, Sacerdotem illum à Comite iussum fuisse fustigari, & in patibulo expirasse: quoniam hęc non fuerunt iudicialiter, & iudiciorum ordine seruato acta: neque ratio dubitandi in proposita erat, quod Comes qui laicus erat, de crimine Sacerdotis cognoscere, illúmque punire voluerit: sed an propter violentas manus in clericum iniectas in excommunicationem incidisset, à qua non nisi per sedem Apostolicam absolui posset, iuxta cap. Si quis suadente diabolo 17. quaest. 4. & respondit S. Pontifex non incidisse, nec propter hoc cogi sedem Apostolicam adire.

Non obstat quod dicebatur, eandem imò etiam maiorem rationem esse in iudice, qui secundùm iuris ordinem de tali crimine sacerdotis cognoscit: quia id meritò negari potest. Etenim cum clericus, iniuriam inferendo, seditionem excitando, & bellum contra Principem vel dominum alium secularem (sicut accidit in illa facti specie) non est tempus, nec occasio remittendi clericum ad suum iudicem, vt ibi puniatur: sed si dominus cum occiderit excusatione aliqua dignus est: quantum ad hoc saltem, vt non incidat in excommunicationem, c. Si quis suadente. Sed iudex & magistratus secularis commodè & facilè potest clericum delinquentem ad suum ordinarium iudicem remittere: nec enim ipse iudex in vllo discrimine vitae & bonorum suorum est constitutus, ex clerici delictis & criminibus, sicut in altero casu supradicto, quare eum remittere debet ad suum iudicem puniendum, nisi priuilegio clericali ceciderit: Cadit autem priuilegio clericali cùm tertiò monitus à praelato suo non emendat se.

Ad c.

Ad c.1. de Apostatis. respondeo, non hoc in eo textu contineri, quod nunc in controuersiā venit: nimirum clericum amittere priuilegium clericale, sine vlla monitione, si fuerit in criminibus comprehēsus sine habitu & tonsura clericali. Sed ait S. Pontifex, eos *per censuram Ecclesiasticam non præcipimus liberari.* Non vult S. Pōtifex ei succurrere, vt liberetur: *Indignum est enim eis ab Ecclesia subueniri, per quos constat in Ecclesia scandalum generari.* c.2. Ne Clerici vel Monachi, &c.

Vtrum autem ii, qui talem clericum comprehendunt, & manus violentas in eum iniiciunt, excommunicationem incurrāt, non decidit eo in loco S. Pōtifex. Non vult tales clericos iuuare, non tamen permittit ibi secularibus eos apprehendere tanquam exutos omni priuilegio clericali. Nam si exuti essent omni clericali priuilegio, hoc dixisset S. Pontifex, & nulla fuisset ratio dubitandi, an per censuram Ecclesiasticam essent liberandi. Ratio autem dubitandi erat, quia retinebant adhuc priuilegium clericale, cùm fortè ter moniti nō fuissent, sed tamen S. Pontifex respondit, *per censuram Ecclesiasticam non præcipimus eos liberari,* quia sc. indigni sunt, quibus ab Ecclesia subueniatur: si non potuisset Ecclesia eis subuenire propter amissionem priuilegij. quia sc. iudicis secularis potestati prorsus subiecti essent, id S. Pontifex dixisset: & nulla fuisset ratio dubitandi, atque implorandi Ecclesiasticæ censuræ.

Ad c. ex parte. de priuilegiis. respōdeo, nulla ibi monitione opus fuisse propter malitiam clericorum, qui vt delictorum pœnas euaderent, habitum & tonsuram clericalem sumebant & resumebāt. Eos à Regina puniri æquo animo S. Pontifex tulit, vt non videretur malitiæ clericorum indulgere, sed potius, vt par erat, obuiare; quod proinde non temerè trahendum erit ad alios casus diuersos.

CAPVT XXIX.

Clericus propter enormissimum crimen an sit degradandus, & tradendus curiæ seculari, licet incorrigibilis non sit.

CLemens III. Pontifex Max. *A nobis fuit ex parte tua quæsitum; vtrum liceat Regi vel alicui seculari personæ iudicare Clericos cuiuscunque ordinis, siue in furto, siue in homicidio vel periurio, seu quibuscunque fuerint criminibus deprehensi. Consultationi tuæ taliter respondemus; quod si Clericus in quocunque ordine cōstitutus in furto, vel homicidio, vel periurio, seu alio crimine fuerit deprehensus legitimè, atque conuictus, ab Ecclesiastico iudice deponendus est. Quid si depositus incorrigibilis fuerit, excommunicari debet, deinde contumacia crescente anathematis mucrone feriri. Postmodum verò si in profundum malorum veniens contempserit, cùm Ecclesia non habeat, vltra quid faciat, ne possit esse vltra perditio plurimorum, per secularem comprimendus est potestatem: ita quod ei deputetur exilium, vel alia legitima pœna inferatur.* c.10. de iudiciis.

Antequam ergo tradatur curiæ seculari, hoc requiritur, vt sit incorrigibilis. Sed excipiūtur aliqui casus, in quibus clericus tradi potest curiæ seculari, licet incorrigibilis non sit, vt in crimine hæresis, c. Ad abolēdam. de hær. in falsante literas Apostolicas, ca. Ad falsariorum. de crim. falsi. & in crimine assassinij. c.1. de homicidio, lib. 6. de quo respondit D. Tib. Decianus cons. 82. lib. 2. Rectè ergo & iuri canonico conuenienter ij mihi dicere videntur, qui dicunt extra casus exceptos Clericum non esse tradendum curiæ seculari, nisi sit incorrigibilis, quāuis enormissimum crimen admiserit. Ita docuerunt Decius in ca. At si Clerici. circa finem de iudiciis. Berous ibid. n. 181. Diaz. pract. crim. c. 90. Bossius tit. de foro competenti. n. 136. Placa in Epitome delictor. lib. 1. c. 12. n. 43. Couar. lib. 2. variar. resol. c. 20. n. 7. Vilalobus ver. Clericos. n. 82. Banacossa commu. opi. libr. 1. vers. Clericus si per insidias.

Sed contrarium docuerunt Abbas Panorm. in d. c. At si Clerici. num. 39. de iud. Ancharanus cons. 158. Felyn. in cap. 1. n. 49. de constit. Guido Papæ q. 121. alios citat Farinacius tit. de inquisitione, q. 8. nu. 8. vbi post Clarum & quosdam alios remittit hanc rem arbitrio iudicis: quod mihi non placet, cùm à iure id decisum sit, vt patet ex d. c. 10. de iudiciis. & ex aliis textibus allegatis.

Huius contrariæ sententiæ argumenta sunt ista. Primum est, Clericus tradendus est curiæ seculari, quando Ecclesia non habet vltra quid faciat, vt inquit S. Pontifex in d. c. 10. de iud. Sed Ecclesia nihil habet, quid faciat in tam enormi crimine, quia nō habet vllam pœnam dignam. Ergo Clericus tradendus est curiæ seculari.

Respondeo, tunc dicitur Ecclesia non habere quid vltra faciat, quando adhibuit omnia remedia, vt corrigeretur: & Clericus incorrigibilis est, ita loquitur d. cap. 10. Hoc igitur in casu habet Ecclesia, quid faciat, nimirum, vt Clericum in carcerem coniiciat. c. Vt famæ. de sent. excomm. c. Nouissimus. §. 1. de verb. sig. Item vt eum deponat, vt in d. cap. 10. postea si erit incorrigibilis, tradetur curiæ seculari puniendus.

Secundum argumentum est, quia tunc traditur curiæ seculari, cùm periculum est, ne sit perditio plurimorum, vt dicit textus in d. c. 10. Sed quando Clericus tam graue scelus com-

EA

mitti, periculum tale est. Igitur tradendus est curiæ seculari.

Respondeo, negando maiorem, quia nõ est tantum periculum, sicut quando Clericus est incorrigibilis. Nam potest fieri, vt post facinus admissum pœnitentiam agat & resipiscat: quę spes non ita affulget, vbi in profundum malorum venit, & factus est incorrigibilis.

Tertium argumentum, quia ob crimen falsi tradi potest curiæ seculari, vt in d. c. Ad falsariorum. de crimine falsi. Ergo multò magis ob aliud crimen grauius.

Respondeo, negando consequentiam: licet enim alia crimina multa sint grauiora quàm falsi crimen, non tamen in eis quicquam speciale constitutum est: nec licet nouis constituere; quia odia sunt restringẽda potius quàm amplianda. c. Odia. de reg. iuris. lib. 6. & interpretatione leniẽdæ sunt potius pœnæ, quam exasperandæ. l. Interpretatione ff. de pœnis.

Quartum argumentum sumitur ex ca. Nouimus. de verb. sig. ibi: *Propter hoc vel aliud flagitium graue, &c.*

Respondetur, accipiẽda esse illa verba de flagitio graui, propter quod aliàs iure constitutum est, Clericum esse degradandum, & curiæ seculari tradendum: Neque enim ibi noui aliquid statuitur: sed tantum explicatur, quomodo tradendus sit Clericus curiæ seculari & degradandus. Aut certè illa verba accipienda sunt, data incorrigibilitate secundum text. in d. c. 10. de iud.

Quintum argumentum sumitur ex ca. Si quis laicus. 22. qu. 5. sed intelligitur, si Clericus sit incorrigibilis, vt indicant illa verba: *Nisi per dignam pœnitentiæ satisfactionem emendauerit,* quæ procul dubio etiam ad Clericos, de quibus postea fit mentio, extendenda sunt, ne melioris sint conditionis Laici quàm Clerici.

Cætera argumenta pauca sunt & leuia, quæ rectè refellit Decius in d. c. At si Clerici.

D. Præceptor meus Tiberius Decianus in cons. 82. lib. 2. mentionem facit Cõstitutionis cuiusdam Pauli III. Pontificis Maximi, qua concedit licentiam iudicibus secularibus (assistere tamen etiam iudice Ecclesiastico) cognoscendi crimina Clericorum atrociora. Sed eam constitutionem non vidi, quæ procul dubio seruanda erit, si extat.

CAPVT XXX.

Vsurarum crimen, an sit merè Ecclesiasticum, an verò mixti fori?

CVm quæritur, an vsurarum crimen sit merè Ecclesiasticum, an verò mixti fori, tam videlicet Ecclesiastici, quàm secularis, tres præcipuæ sunt Doctorum senten. Vna, merè Ecclesiasticum esse. Altera, mixti fori esse. Tertia, distinguendum fore inter quæstionem iuris & facti, nam quæstionem iuris à solo Ecclesiastico iudice decidendam, quæstionem verò facti decidi posse etiam à iudice seculari. Vide Gloss. & Doctores in cap. Cum sit generale. de foro competen. & in Clem. Dispendiosam de iudi. Natt am cons. 198 num. 15. Rolandum a Valle consil. 75. lib. 1. Beroum consil. 107. num. 19. lib. 3. Federicum Senensem consil. 61. Decium cons. 18. Lapum allegatione 56. & 70. Clarum § Vsura. vers. Infertur & vers. Hoc ca[illegible] & q. 37. vers. Quæro igitur. Couarr. in Epitome de sponsalibus. 2. parte. cap. 8. nu. 5. lib. 2. variar. resol. cap. 3. Cacheranum decis. Pedemont. 197. Lupum in tract. de vsuris commen. 4. § 4. n. 66. Menochium de arbitr. casu 398. num. 4. Nauarr. ad cap. Nouit. de iudiciis not. 6. corollario 12. plurimos alios citat Farinacius diligentissimus author tit. de Inquisitione, quæst. 8. num. 154. 155.

Fundamentum eorum qui docent, merè Ecclesiasticum esse, primò est in Clem. Dispendiosam. de iud. vbi cognitio & caussa vsurarum connumeratur inter alias caussas Ecclesiasticas. Secundò, in quibusdam textibus iuris canonici, quibus hæc res mandatur iudicib. Ecclesi. cap. 1. & 2. & c. Præterea. de vsuris. Tertiò, quia iure ciuili vsuræ non sunt prohibitæ, nisi modus à lege præscriptus excedatur. l. Eos. & tot. tit. C. de vsuris.

Alterius autem sententiæ, quæ defendit crimen istud esse communis fori, fundamentum est in c. Post miserabilem. de vsuris. vbi S. Pontifex secularibus iudicibus mandat, vt de vsuris iudicent. Secundò, quia nullus textus iuris canonici proferri potest, quo eiusmodi cognitio secularibus iudicibus fuerit interdicta: nec vlla suppetit ratio, cur interdici debeat. Tertiò, quia nouo iure Iustiniani videntur etiam prohibitæ vsuræ ex Nouella de Ecclesiasticis, tit. Quatenus, ibi Iustinianus quatuor Concilia approbauit, quibus vsuræ prohibentur.

Tertiæ porro sententiæ fundamentum est, quia vbi quæstio facti est, ibi nihil impedit iudicem secularem, quò minus cognoscat, cum longè remotum sit factum a iure Ecclesiastico iure ac spirituali, secus vbi quæstio iuris pertinet, quia illa Ecclesiastica est, & ad animæ salutem pertinet, quamobrem videtur etiam ab Ecclesiastico iudice definienda.

Ego magis probo sententiam eorum, qui dixerunt, quæstionem hanc mixti fori esse, eamque seruari vidi in locis, in quibus versatus sum: quia etiam Principes seculares puniunt vsurarios, & meritissimo iure. Rectè enim S. Gregorius Nissenus hom. 4. in Ecclesiastem:

Fœnus

Fœnus qui aliud latrocinium & parricidium nominauerit, non procul ab eo, quod decet, aberrauerit. Quid enim refert an clanculum perfossis muris prædonis more aliena habeas, & prætereuntis cade te eorum, quæ habebat dominum constituas, an fœnoris necessitate acquiras ea, quæ ad te non pertinent?

Mouet autem me potissimum, quod etiam iure ciuili saltem tacitè prohibitæ sunt vsuræ. quia Iustinianus in Nouella de Ecclesiasticis titulis seruari iussit decreta Concilij Nicæni, in quo vsuræ prohibitæ fuerunt, vt refertur in ca. Quoniam 47. dist. Si enim prohibentur iure ciuili, cur non & magistratus secularis, qui iuris ciuilis custos est, & executor, punire inobedientes poterit, atque adeò cognoscere caussam vsurariæ prauitatis?

Non obstat quod dicitur quæstionem vsurarum referri inter Ecclesiasticas caussas & quæstiones: & iudices Ecclesiasticos de eis cognoscere; quoniam non negamus, etiam ad iudices Ecclesiasticos cognitionem istam pertinere, quia diximus mixti fori esse. Non est iure canonico huius rei cognitio prohibita secularibus iudicibus. Non est merè Ecclesiastica quæstio, & hoc sufficit, vt & ad seculares iudices pertinere quoque videatur.

CAPVT XXXI.

De clerico & Laico simul crimen committentibus, an ab Ecclesiastico iudice ambo puniendi sint, & iudicandi, an quilibet à suo iudicandi?

Antiqua, celebris, & sæpe agitata controuersia est, an si Clericus & Laicus simul commiserint aliquod delictum, ambo à iudice Ecclesiastico iudicandi sint, atque puniendi, an verò quilibet à suo iudice.

Ad Ecclesiasticum iudicem duntaxat totam huius caussæ cognitionem pertinere, docuisse dicit olim Antonius de Prato, quem non legi, in l. 1. ff. quæ sentent. sine appell. rescind. & hanc sententiam secuti sunt complures alij, quos commemorat Menochius de arbitr. casu 37. n. 13. Illustrissimus Cardinalis Albanus cons. 13. & alij à Farinacio nouissimè citati tit. de inquisitione, q. 8. n. 156.

Sed contrariam sententiam plurimi alij habuerunt, vt percipere licet ex Didaco Couuar. pract. q. c. 34. Aymone Crauetta cons. 233. Osasco, dec. Pedemontana 103. n. 10. Ant. Gomes. tit. de delictis, c. 10. n. 6.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia iudex Ecclesiasticus est dignior, & ideo trahit ad se iudicem laicum, tanquam minus dignum: Et quia ratione continentiæ multa sunt constituta, quæ aliàs non permitterentur. cap. Per tuas. de arbitris. c. Quanto. de iudi. c. Quod in dubijs. de consecratio. Eccles. c. Sacris. de sepul. cap. Non ex memus. 13. q. 2. l. Quæ religiosis. ff. de rei vind. l. Si alieni. ff. de solut. l. Si communem. ff. Quemadmodum serui. amitta. l. Eum qui ædes. ff. de vsucap.

Huc accedit continentiam caussæ diuidendam non esse. l. Nulli. D. de iud. Quod fieri videtur, si iudex Ecclesiasticus & secularis separatim cognoscant.

Denique fieri posset, vt diuersæ proferrentur sententiæ in vno eodémque negotio, si diuersi iudices constituerentur. Quod absurdum videtur.

Sed profectò fundamentum hoc non videtur satis firmum. Primò, quia tex. in c. Per tuas. de arbitr. nihil aliud dicit, nisi caussæ spiritualis arbitrum constitui posse laicum, simul cum Clerico. Cætera iuris canonici loca nihil prorsus ad hanc quæstionem conferunt. Iuris ciuilis loca loquuntur de rebus indiuiduis: de quibus hic non agitur. Consequentia illa bona non est, Dignior est iudex Ecclesiasticus. Ergo tantùm ipse cognoscere debet. Bona esset collectio, si vnus tantùm iudex hac in re constituendus esset, vel Ecclesiasticus, vel secularis, tunc potius Ecclesiasticus, tanquam dignior, eligendus foret: sed non versamur in his terminis: Nihil enim prohibet, quò minus vterque iudex cognoscat: Ecclesiasticus quantum ad personam Clerici: secularis quantum ad personam laici.

Continentia caussæ hic nulla est: quia diuersæ sunt personæ delinquentes. l. Item Mela. §. Sed & plures. l. Ita vulneratus. in fi. ff. ad l. Aqu. nec alterius caussa & persona alteri annexa est. Neque de his rebus agitur, de quibus ad eundem iudicem eundum sit secundum l. 1. & 2. ff. de quibus reb. ad eundem iudicem eatur.

Absurdum verò nullum est diuersas proferri sententias, cùm de caussa agatur diuersarum personarum, vt patet ex c. Interrogatum 2. q. 5. ex l. Si quis vxori. in princ. ff. de furtis. ex l. Probius. ff. de incendio, ruina, naufragio.

Fundamentum posterioris sententiæ est in iuris regula notissima, quæ mandat Ecclesiastico iudici cognitionem caussarum Clericorum, & seculari iudici Laicorum. ca. Clerici. ca. Cùm ab homine. de iudic. cap. 2. Si diligenti. de foro compet. c. Si Clericus. c. Licet. eod. tit.

Hoc fundamentum videtur mihi firmissimum: quare nihil proponi video, cur à iuris regula in hac facti specie recedamus, quam posterior sententia pro se habet apertam.

CAPVT XXXII.

Pœna constituta in l. Quisquis. Cod. ad legem Iul.

liam Maiestatis, an locum habeant in eos qui Principes inferiores offendunt?

DE crimine læſæ Majeſtatis quinque ſunt præcipuæ atque celebriores controuerſiæ, quas totidem capitib. expediam, Iuſtinianeum ius, non cuiuſque Principis leges ſequendo vel mores. Prima eſt, an pœnæ conſtitutæ in l. Quiſquis. Cod. ad legem Iuliam Majeſtatis, locum habeant in eos qui Principes inferiores lędere conantur, aut etiam offendunt. Sunt quatuor Doctorum ſententiæ diuerſæ. Prima eſt, locum habere. Secunda, locum non habere. Tertia, diſtinguendum inter inferiores Principes, qui ſuperiorem recognoſcunt, & eos, qui non recognoſcunt. Quarta, diſtinguendum eſſe inter ipſum delinquentem & filios eius: Quoad ipſum delinquentem pœnæ locum fore, ſecus autem quoad filios eius. Videas Clarum in §. læſæ Majeſtatis. Rolandum à Valle conſil. 88. libr. 2. Petrum Gregorium Tholoſanum ſyntagmate iuris, par. 3. libr. 35. ca. 3. celebre conſilium Socini ſenioris 275. lib. 2. Gomeſ. tit. de delictis, ca. 2. Gigantem in ſuo tractatu in 1. par. q. 29. & q. 61. Cepolam conſ. 17. Menochium conſ. 99. Marcum Antonium Peregrinum de iure fiſci, libr. 4. tit. 5. nu. 24. iſti plurimos alios citant, ex quibus authorum catalogum conficere quis poterit pro ſuo arbitratu.

Qui putant locum habere eaſdem pœnas in propoſita facti ſpecie, in hanc ſententiam adducuntur duobus potiſſimùm argumentis. Primum eſt, quia huiuſmodi pœnæ conſtitutæ ſunt aduerſus eos, *qui de nece virorum illuſtriũ, qui conſiliis & conſiſtorio* Imperatoris *interſunt: Senatorum etiam vel cuiuſlibet, poſtremò qui Imperatori militat, cogitauerit.* d. l. Quiſquis. Ergo multò magis locum habere debent aduerſus eos qui de nece Principum inferiorum cogitauerint: quia iſti digniores ac nobiliores eſſe videntur, quàm ſenatores & Conſiliarij Cęſaris.

Verùm hoc argumentum nihil mouet. Nam dato quod ſint digniores, pœna tamen extendi non debet ad eos, qui lege non ſunt comprehenſi. Lex enim eam pœnam ſtatuit, qua is qui de nece talium virorum cogitat, Imperatorem ipſum offendit. *nam & ipſi*, inquit, *pars corporis noſtri ſunt*, in d. l. Quiſquis. Hæc autem ratio locum non habet in aliis Principibus, qui conſiſtorio Imperatoris non interſunt, nec Imperatori militant: Neque enim ij pars corporis eius dici poſſunt.

Alterum argumentum eſt, quia Principes inferiores in ſua ditione idem ius eandémq. poteſtatem habere videntur, quam Imperator in ſuo imperio. Ergo ſi quis eos offenderit idem crimẽ committit, ideóq. eadem pœnã ſubire tenetur.

Sed vt antecedens concedatur, negari meritò conſequens poteſt: quia lex clara eſt: de crimine lęſæ Majeſtatis loquitur commiſſo aduerſus Imperatorem, & conſiliarios, & ſenatores eius, eóſque qui ipſi militant Imperatori. Iſti autem nec tantam habent dignitatem, quantam Imperator habet: nec ipſius Majeſtati æquiparandi ſunt: nec Imperatoris ſunt conſiliarij, vel ſenatores, nec ei militant.

Fundamentum eorum qui diſtinguunt inter Principes Superiorem recognoſcentes & non recognoſcentes, in eo eſt poſitum, quod in Principibus qui Superiorem non recognoſcũt, argumenta iam allata locum habere videntur, non autem in eis qui Superiorem recognoſcũt; quia horum ſtatus & maieſtas lõgè minor eſt.

Sed vt maximè ſit verum, quod aſſeritur diſcrimen, non tamen rectè infertur eaſdem pœnas locum habere, cùm agitur de crimine commiſſo in Principes qui Superiorem agnoſcunt: quia vt iam dictum eſt, argumenta illa facilè poſſunt confutari.

Eorum autem qui diſtinguunt inter ipſum delinquentem & liberos, eius firmamentum eſt: quia quantum ad filios attinet, ſeuera valde ac rigoris plena eſt lex, cùm filij non deliquerint: & pœna ſuos authores tenere debeat: l. Sãcimus. Cod. de pœnis (qua lege corrigi l. Quiſquis, docuit Budæus & malè, ſicut oſtendit Duarenus lib. 2. diſputationum, ca. 24.) Quamobrem non videtur ad alios caſus extendenda, qui eadem lege comprehenſi non ſint.

Hæc ſententia in hac parte ſummam habet rationem: ſed in altera parte, quæ ad perſonam delinquentis pertinet, nullo ſatis firmo nititur argumento.

Ergo eorum ſententia probabilior videtur, qui negant pœnas dictæ l. Quiſquis locum habere in eos, qui crimen committunt aduerſus inferiores Principes. Hanc ſententiam ego amplector, & ſecutus ſum, cùm ex facto res proponeretur. Fundamentum eſt ſolidum, quia d. l. Quiſquis. non loquitur de his Principibus: Noſtrum non eſt leges extendere ad diuerſas perſonas & caſus: præſertim in odioſis & pœnalibus. Hîc que maximè afferri poteſt vulgatum illud: Quod lex non dicit, nec nos dicere debemus. Nouam legem condere non veterem interpretari videmur, ſi eam ſic noſtra interpretatione ad alios producamus, de quibus ea non ſtatuit. Ita iuri conſentaneum puto, ſaluo melius æquius ſentientium iudicio.

CAPVT XXXIII.

Quando ob crimen læſæ Maieſtatis memoria defuncti damnari poſſit

VLpianus: *Extinguitur enim crimen mortalitate, nisi quis forte Maiestatis crimine reus fuerit, &c. Plane non qui, quis legis Iuliæ Maiestatis reus est, in eadem conditione est, sed qui perduellionis reus est hostili animo aduersus Rempub. vel Principem animatus. Cæterum si quis ex alia caussa legis Iuliæ Maiestatis reus sit, morte crimine liberatur.* l. vltim. ff. ad l. Iul. Maiest. Idem in §. Publica. Insti. de pub. iudic.

Igitur non recte docuerunt, qui defuncti memoriam damnari responderunt, ob crimen commissum in alios Principes inferiores, velut Cepolla cons. 17. Berous cons. 61. lib. 1. & alij quos refert Peregrinus, de iure fisci lib. 4. titul. 5. post num. 26. quia nulla est lex, tale aliquid dicens. Nulla ratio suppetit. Iuris regula obstat. Nec odia extendi oportet, sed potius restringi.

Non recte etiam illi, qui id locum habere voluerunt in eos, qui crimen admiserunt in Principem vel Rempub. nemini subiectam, quorum mentionem facit Peregrinus vbi supra num. 24. quia nulla lex est, nulla ratio quæ hoc suadet.

Non etiam recte qui dixerunt, defuncti posse memoriam damnari, qui aduersus officiales Cæsaris, eliquiticiusq. Magistratus; quia non est lex hoc statuens. Non enim hoc euincit l. Quisquis C. ad l. Iul. Maiest. quia non recte infert poenas & grauiores poenas statuit. Ergo & defuncti memoriam posse damnari. Notandum cum est ipen, eod titulo; *Meminisse oportebit, si quis contra Maiestatem Imperatoris commissum dicatur, etiam post rei mortem id crimen instaurari solere.* Idem in l. vlt. Nullum verbum de offendentibus Officiales & Magistratus ibi, sed de his qui contra Maiestatem Imperatoris crimen committunt.

Non mouet Henrici constitutio in extrauag. qui sint rebelles, quia hoc tantum vult rebellem esse, qui contra officiales in his quæ ad commissum eis officium pertinent, aliquid moliuntur. Sed nihil dicitur de memoriæ damnatione.

Recte igitur docuerunt & iuri conuenienter qui dixerunt, in istis duobus casibus tantum defuncti memoriam damnari posse, cum quis contra Imperatorem vel remp. hoc est, Romanum Imperium, hostili animo fuerit animatus vel aliquid machinatus. Bartolus in extrauag. qui sint rebelles, in verbo, rebellando. Angelus consil. 223. Socinus senior consil. 275. lib. 2. Decius consil. 410. n. 16. alios citat Peregrinus lib. 4. de iure fisci, tit. 5. numer. 27. quibus adde Andream Geyll. lib. 1. de Pace publica, cap. 20. num. 10. & cap. 19. numer. 14. eod. lib. D. meum Decianum tractat. criminali lib. 7. cap. 39. numero 38.

CAPVT XXXIV.

In casibus in quibus ob crimen læsæ Maiestatis defuncti memoria damnari non potest, an publicari bona possint?

PEperit hanc controuersiam Vlpianus in l. vlt. ff. ad leg. Iul. Maiestat. sic dicens: *Extinguitur enim crimen mortalitate, nisi quis forte maiestatis crimine reus fuerit. Nam nisi hoc crimen à successoribus purgetur, hereditas fisco vindicatur. Plane non qui, quis legis Iuliæ Maiestatis reus est, in eadem conditione, sed qui perduellionis reus est hostili animo aduersus rempublicam vel Principem animatus. Cæterum si quis ex alia caussa legis Iuliæ Maiestatis reus sit, morte criminis liberatur*, iuncta l. vlt. C. eod. tit. dum ibi dicitur, *memoria eius damnetur, & eius bona successoribus eripiantur.*

Videntur his legibus hæc duo coniungi, defuncti memoriæ damnatio, & bonorum publicatio. Consequenter si defuncti memoria damnari non possit, nec eiusdem bona confiscari poterunt: hoc est, post delinquentis mortem confiscari non poterunt, ita hanc rem intellexisse videntur Angelus in cons. 223. Ruin. cons. 3. nu. 11. lib. 5. Angelus Aret. in §. Publica nu. 3. Instit. de pub. iud. Isernia in c. 1. tit. quæ sint regalia, in verbo, *committentium*, col. pen. vers. Quæri consueuit. Cepolla cons. 17. col. 2. vers. Et ideo videtur. Hieron. Gigas de crimine læsæ Maiestatis lib. 1. tit. Qualiter in crimine læsæ Maiestatis procedatur, q. 2. n. 5. Rolandus à Valle cons. 1. n. 2. lib. 2.

Contrarium Menochius respondit in cons. 99. numer. 31. cum multis sequentibus, lib. 1. is respondit, hæc simul connexa non esse. Damnare memoriam scribit nihil aliud esse, quam nomini perpetuam infamiæ notam inurere. Plus esse damnare memoriam, quam bona publicare, ideo non recte sic inferri. Memoria damnari non potest; igitur nec bona publicari possunt: quia à maiori ad minus valet argumentum affirmatiue, non autem negatiue.

Sed pace tanti viri Vlpianus loquitur de sola bonorum publicatione, & ait, *non quisquis legis Iuliæ Maiestatis reus est, in eadem conditione est, sed qui perduellionis reus est, &c.* vt scilicet hæreditas fisco vindicetur, vt supra dixerat. Sic & in l. 20. ff. de Accusat. Modestinus scribit, poenam ademptionis bonorum non transire aduersus hæredes, *excepto repetundarum & maiestatis iudicio, quæ etiam mortuis reis quibuscum nihil actum est, adhuc exerceri placuit. vt bona eorum fisco vindicentur.* Exercetur iudicium contra defunctum, non vt condemnetur: nec enim mortuus

damnati poteſt: ſed vt pronuntietur eum delictum commiſiſſe: vt ſcilicet bona eius publicentur. Et hæc eſt procul dubio damnatio memoriæ defuncti, cuius fit mentio in l. vlt. C. ad l. Iu. Maieſtatis, vt poſt alios quos citat declarat Peregrinus de iure fiſci lib. 4. tit. 5. n. 43.

Cùm igitur Vlpianus in d. l. vlt. ff. ad legem Iuliam Maieſtat. nullam aliam faciat mentionem damnationis memoriæ defuncti, quàm ratione confiſcationis bonorum: Et expreſsè dicat, bona confiſcari tantummodò eius, qui perduellionis reus eſt: nec contrarium dicatur in d. l. vlt. C. eod. tit. non ſatis perſpici poteſt, quo pacto bona confiſcari poſſint, poſt mortem committentis crimen læſæ Maieſtatis in alio capite, quàm perduellionis, quia in aliis capitibus morte crimen extinguitur: nec hæreditas fiſco vindicari poteſt ex mente Vlpiani. Non video quid ad hæc reſponderi poſſit. Non enim nitimur eo argumento. Memoria defuncti damnari non poteſt: igitur nec bona confiſcari poſſunt. Sed alio argumento vtimur. Morte crimen extinguitur, excepto crimine læſæ Maieſtatis, &c. ob quod etiam poſt mortem delinquentis iudicium inchoari poteſt, vt reo conuicto (vel vt Vlpianus loquitur, niſi hoc crimen à ſucceſſoribus purgetur) hæreditas fiſco vindicatur. Hoc autem accipiendum eſt in perduellionis reo, qui aduerſus Principem vel Remp. hoſtili animo fuerit animatus: *Cæterùm ſi quis ex alia cauſſa reus legis Iuliæ Maieſtatis ſit, morte criminis liberatur.* Ergo extra crimen perduellionis bona confiſcari poſt mortem delinquentis non poſſunt. Ita mihi ſanè videtur.

CAPVT XXXV.

Controuerſia inter Dynum & Bartolum, an ob crimen læſæ Maieſtatis ipſo iure bona confiſcentur?

Ipſo iure confiſcari bona, in crimine læſæ Maieſtatis olim docuit Dynus ad l. Imperator. ff. de iure fiſci. cuius ſententiam multi probarunt, Lucas de Penna, in l. 1. C. de petitio. bono. ſublatis, Boerius deciſ. 277. n. 12. Iulius Clarus in §. Læſæ Maieſtatis. Menochius conſ. 99. nu. 160. li. 1. D. meus Decianus in tractatu criminali lib. 7. cap. 40. n. 6.

Fundamentum eſt in l. Ex iudiciorum 20. ff. de Accuſ. illis verbis: *Adeò vt Diuus Seuerus & Antoninus reſcripſerint, ex quo quis aliquid ex his cauſis crimen contraxit, nihil ex bonis ſuis alienare aut manumittere eum poſſe.* Et in leg. vltim. C. ad l. Iul. Maieſt. in illis verbis: *Nam ex quo ſceleratiſſimum quis conſilium cepit, exinde quodammodo ſua mente punitus eſt. Sic & Diuus Seuerus & Antoninus conſtituerunt, ex quo quis tale crimen contraxit, neque alienare neque manumittere eum poſſe: nec ei ſoluere iure debitorē magnus etiam Antoninus reſcripſit.* Et in l. Quiſquis. C. eodem tit. ibi: *Bonis eius omnibus fiſco noſtro addictis.*

Sed contrarium docuit Bartolus in d. l. Imperator. ff. de iure fiſci. quem ſecuti ſunt Paulus Caſtrenſis, Ludouicus Romanus, Baldus, Imolenſis, Aretinus, Iaſon, Boſſius, Grammaticus, & Gigas, quos refert & ſequitur Peregrinus de iure fiſci lib. 5. tit. 1. nu. 171. Addo ergo doctiſſimum iuxta & elegantiſſimum doctorem Antonium Fabrum con ecturarum iuris lib. 7. ca. 20. Illi docent huiuſmodi crimē committentem amittere bonorum ſuorum adminiſtrationē, quia nec ea alienare, nec donare poteſt: nec ſeruos manumittere, ſed dominium retinere, & ideo ipſo iure bona ipſius nō confiſcari, ſed condemnatoriam ſententiam requiri: legéſque pro confirmatione prioris ſententiæ allatas de tali amiſſione adminiſtrationis loqui, non autem de amiſſione dominij.

Fundamentum ponunt in l. Quæſitum 15. ff. qui & à quib. manumiſſi. Paulus: *Quæſitum eſt an is qui maieſtatis crimine reus factus ſit, manumittere poſſit, quoniam ante damnationem dominus eſt? Et Imperator Antoninus Calphurnio Critoni reſcripſit ex eo tempore, quo quis propter facinorum ſuorum cogitationem, iam de pœna ſua certus eſſe poterat, multò plus cogitatione & ſcientia delictorum, quàm damnatione ius dandæ libertatis eum amiſiſſe.*

Reſpondet D. Decianus, rationem quidem dubitandi fuiſſe, quia delinquens dominus eſt ante damnationem, ſed rationem decidendi fuiſſe, *quia ſi poſt damnationem non poterat manumittere, quia ſcilicet non erat dominus: ergo multò plus poſt cogitationem & conſcientiam delicti: quia voluit inferre, ſi ideo per ſententiam amittit dominium, quia iam certus eſt, quod eſt priuatus, quia ſententia facit notorium, ergo multò magis certum eſt ex propria ſua conſcientia, quæ falli non poteſt: Et ſic coniungendo rationem dubitandi cum ratione decidendi, ex deciſione ipſi fateri neceſſe eſt, quod ſicut per damnationem amittit dominium, ita & amittit antè poſtquam cogitauit delinquere: alias non fuiſſet ſoluta ratio dubitandi, quæ erat, quod ante condemnationem dominus eſt. Nam ſi voluiſſet dicere rationem deciſionis eſſe, quia aliud eſt amittere dominium, aliud amittere adminiſtrationem, ſimpliciter dixiſſet, manumittere non poteſt, licet dominus remaneat vſque ad ſententiam.* Sic D. Decianus.

Mihi probabilior videtur poſterior ſententia. Primò

Primò, quia disertè Paulus scribit in d. l. Quæsitum, reum læsæ Maiestatis dominum esse ante damnationem. Ergo non sunt ipso iure bona confiscata, quia tunc dominus esset fiscus, non ipse reus læsæ Maiestatis.

Secundò, quia si ipso iure dominium bonorum reus læsæ Maiestatis amitteret: inanis esset dubitatio, an posset alienare vel manumittere, nec erat opus ei bonorum administrationem interdicere.

Tertiò, nam sciendum est, post contractum crimen capitale, itritas fieri alienationes bonorum si postea secuta sit condemnatio, quasi videantur factæ in fraudem fisci, cum non sine suspicione pœnæ fieri possint. Et illud est quod Martianus scribit in l. 8. ff. de Manumissio. Ex rescripto diui Pij, *libertates ab eo qui iam lege Cornelia damnatus esset, aut futurum prospiceret vt damnaretur, seruis datas non competere*, quia videlicet in fraudem fisci datæ videantur, condemnatione scilicet postea secuta: nam si condemnatio secuta non sit, donationes factæ valent, quæ est sententia l. Post contractum. ff. de donatio.

Hæc autem distinctio an secuta sit condemnatio necne, locum nō habet in crimine læsæ Maiestatis: quia condemnatio semper fit etiam mortuo delinquente, cum cætera crimina morte extinguantur, & hæc est sententia l. 20. ff. de Accus. & l. vlt. C. ad l. Iul. Maiestat. Hinc Papinianus: *Perfectæ donationes esse non possunt post crimen perduellionis contractum, cum heredes quoque teneat*. l. Donationes 31. §. vlt. ff. de donatio. Ex quibus perspici potest, eas leges non hoc velle, reum criminis læsæ Maiestatis ipso iure dominium bonorum suorum amittere: sed administrationem, quia bona sua donare non potest: nec alienare: nec seruis libertatem dare. Ratio est, quia iam conscientia delinquentis eum certum facit, fore vt cōdemnetur: nec morte condemnationem euadere possit. Ergo in fraudem fisci bona sua alienare non potest, l. In fraudem. ff. de iure fisci, in terminis nostris tex. expressus in l. Quisquis. §. Emancipationes. C. ad l. Iul. Maiestat. ibi: *Quas ex eodem tempore qualibet fraude, &c.*

Ex quibus responsio patet, tam ad leges pro sententia priore allegatas: nam earum sensus est quem dixi, quam ad argumentum D. Deciani. Nam quod scribit Paulus in d. l. Quæsitum 15. ff. qui & a quibus manumissi, &c. *Ex eo tempore quo quis propter facinorum suorum cogitationem, iam de pœna sua certus esse poterat, multo plus cogitatione & scientia delictorum, quàm damnatione ius dandæ libertatis eum amisisse*. hoc, inquam, Pauli responsum ex Imperatoris Antonini rescripto congruit cum eo rescripto, cuius mentio fit in d. l. 8. ff. de manumissio. *Libertates ab eo qui iam lege Cornelia damnatus esset, aut futurum prospiceret, vt damnaretur, seruis datas non competere.* In crimine verò læsæ Maiestatis, reus prospicere semper potest se condemnatum iri, quia etiam post mortem condemnatur memoria eius, & bona hæredibus auferuntur, vt in d. l. vlt. C. ad l. Iul. Maiest. in l. vlt. ff. eodem tit. & in d. l. 20. ff. de Accus. Amittit enim reus bonorum suorum administrationem, ne in fraudem fisci, ad quem peruentura sunt aliquid agat. l. In fraudem. ff. de iure fisci. Sed antequam condemnatus sit, dominus est, vt in d. l. Quæsitum. Ratio enim dicendi in ea lege est, quam dixi, non autem quia dominium reus criminis amiserit ante damnationem: quia si amisisset, nulla ratio dubitandi erat, cur ei interdicta esset bonorum suorum administratio, ac serui manumissio.

Porrò, quòd Menochius d. cons. 99. num. 160. scribit ex d. l. 20. ff. de Accus. non requiri sententiam condemnatoriā in crimine læsæ Maiestatis, quia textus dicit: *Non alias transeunt aduersus heredes pœnæ bonorum ademptionis, quàm si lis contestata & condemnatio fuerit secuta, excepto repetundarum & maiestatis iudicio.* Id, inquam, parum obstat, quia non rectè infertur, condemnationem non requiri in crimine læsæ maiestatis: nam requiri probat tex. in d. lege Quæsitum. ff. qui & à quib. manumissi. &c. sententia legis est, post mortem rei perduellionis iudicium exerceri posse aduersus hæredes, vt bona fisco vindicentur. Eo iudicio conuinci reum oportere, & damnari eius memoriam indicat l. vlt. C. ad l. Iul. Maiestat. ibi: *vt conuicto reo memoria eius damnetur, & eius bona successoribus eripiantur.* Eripiuntur igitur bona successoribus, & fisco vindicantur reo conuicto, & sententia damnationis memoriæ eius secuta: secus si ab hæredibus crimen purgetur, vt in l. vlt. ff. eod. tit. Quod si reus criminis non sit mortuus, procul dubio condemnandus erit: nec de eo loquitur d. l. 20. ff. de Accusat.

Sic etiam interpretor verba l. Quisquis. C. ad l. Iul. Maiestat. *bonis eius omnibus fisco nostro addictis*, vt non ipso iure publicationem bonorum inducant, sed post condemnationē; quia ante damnationem dominus est. dict. l. Quæsitum.

CAPVT XXXVI.

Vtrum hæreditates, quæ filiis rebellium deferuntur fisco applicentur?

IMPERATOR Arcadius in lege Quisquis. §. Filij. Codice ad legem Iuliam Maiestatis, sic ait: *Filij verò eorum quibus vitam Imperatoria specialiter lenitate concedimus*

Fundamentum est, quia licet confessio æquipolleat sententiæ, non tamen æquiualet rei iudicatæ, hoc est, sententiæ quæ nulla appellatione suspensa sit. Vt autem pœna confiscationis locum habeat aduersus successores defuncti, etiam condemnati, necesse est, vt sententia appellatione suspensa non fuerit: nam si appellationem reus interposuerit, & ea pendente mortuus fuerit, confiscationis quæstio cessat iuxta distinctionem l. 3. C. si pend. app. mors interuenerit.

Atque ex distinctione d. l. 3. Prosper Farinacius loco annotato existimat in proposita quæstione, locum esse bonorum confiscationi, reo confesso vel conuicto, si de crimine agatur, propter quod bona confiscantur expresse, secus autem si tacitè & in consequentiam bona confiscentur: Nam eo casu quo etiã post condemnationem rei quæstio bonorum publicationis extinguitur, morte ipsius rei appellatione pendẽte, multò magis extingui debet ante sententiam siue condemnationem, licet reus fuerit confessus vel conuictus.

Ego verò absque distinctione ista, & omisso etiam argumento Gomezij existimo, non esse locum confiscationi bonorum aduersus hæredes reo defuncto ante sententiam, licet reus confessus fuerit vel conuictus: Mouet me ratio ista, quia nulla est lex hoc dicens. nec satis mirari possum, cur in re tam graui & odiosa (sicut confiscatio bonorum est) legibus sententiam requirentibus, vt ademptioni bonorum locus sit aduersus hæredes rei delinquentis, nos interpretatione nostrâ quasi nouam quandam legem inducere tentemus, si non expresse, saltem tacitè legibus contrariam, idem iuris cùm reus confessus vel conuictus est: At lex ait, *si condemnatio fuerit secuta.* Hic non est condemnatio secuta, ergo morte crimen extinguitur, & confiscatio bonorum cessat. lex requirit condemnationem, quia per eam ius fisco acquisitum est in bonis damnati. Reo ipso audito, & defensionibus eius, totâque re diligenter cognita ab eo qui sententiam tulit. sed si ante cõdemnationem is moriatur, pœna est extincta. l. Defuncto. ff. de pub. iud. Rectè, nam ipse condemnari non potest, mortua sententia non potest in mortuum ferri. l. vlt. ff. quæ sentent. sine appella. rescindan. Damnari eius memoria non potest, nisi reus fuerit perduellionis l. vlt. ff. ad l. Iul. Maiest. Iniustum non videtur aduersus hæredes pronunciare, defunctum crimen commisisse, vt eis bona auferantur: quia non possunt hæredes tam facilè innocentiam rei demonstrare aduersus confessionem eius vel testes, sicut reus ipse potuisset. Expectanda igitur sententia condemnationis est, vt bona hæredibus adimantur in publicis criminibus exceptis iis, quæ à Modestino commemorantur in d. l. 20. ff. de accusa. etsi quæ alia aliis legibus excepta sunt.

CAPVT XXXVIII.

Ad l. Si diutino: ff. de pœnis. vtrum pœna sit minuenda, vbi à patrato scelere multum tempus intercessit?

MOdestinus: *Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit: aliquatenus pœna eius subleuanda erit*, l. 25. ff. de pœnis.

Hic triumphabunt, qui Accursio, Bartolo & sequacibus bellum indixerunt, quia non intellexerunt quid sit *in reatu esse longo tempore.* Docuerunt enim huius legis authoritate minuendam esse pœnam ei, qui crimen admisit, si longum tempus præterierit. Vide Tiraquellum de pœnis legum temperandis caussa 39. Antonium Goines. tit. de delictis, c. 1. num. 7. Clarum q. 60. vers. Præterea potest. Afflict. decis. 187. Rolandum à Valle cons. 63. n. 10. lib. 3. Grammaticum cons. 39. n. 1.

Contra Alciatus lib. 2. parergon. cap. 19. Corasius lib. 2. Miscellaneorum. c. 20. Budæus in annotationibus ad hanc legem, quos secutus est Couuar. lib. 2. resol. cap. 9. num. 2. *Reatum esse statum & conditionem, in qua rei sunt, donec vel absoluantur vel cõdemnentur, olim inter eos relati in conspicua & miseranda calamitate erant capillo submisso, quem non antea fas erat rescindere, quàm omnium sententiis absoluerentur squalore, & illuuie confecti, promissa barba, habitu sordido, pannoso, & vt Budæus ait, misericordiæ aucupatore.*

Rectè hoc sanè recentiores docuerunt. Illud non rectè, mea quidem sententia: *Grauius vlciscenda crimina, quæ diu impunita fuerunt, tarditatémque vltionis grauitate compensandam esse.* Non rectè, inquam, cõtra Accursium, Bartolum & cæteros antiquiores ita recẽtiores docuerunt, quia sic antiquiores dicunt minuendam esse pœnam ob temporis diuturnitatem in delictis momentaneis, quæ scilicet semel perpetrata sunt, secus in criminibus *successiuis*, id est, in quibus quis diu perstiterit, veluti est hæresis, adulterium, & similia, in quibus quò diutiùs quis persistiterit, eò grauiùs coercendus est, quia diuturnitas temporis non minuit peccatum, sed auget, *tantoque sunt grauiora crimina, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam.* c. Non debet de cons. ang. & affini. cap. vlt. de consue. c. Cùm haberet. de eo qui duxit in matrim. C. Non satis. & cap. Cùm in Ecclesia. de simonia. cap. Sicut nobis. in fine de regularibus cap. Si huma. 24. quæstione prima. Præclarè Celsus in l. Inficiando. §. Infans. ff. de furtis: *Et quid tam ridiculum est, quàm meliorem furis conditionem*

esse propter continuationem furti existimare? Atque huc spectant quæ recentiores attulerunt, ad probandum grauiùs esse punienda crimina, quò diutius impunita manserunt, tarditatemque vindictæ grauitate compensandam.

In delictis autem semel commissis, quæ in hoc proposito nostro Doctores momentanea appellarunt, dixerunt veteres, minuendam esse pœnam, summa quidem ratione & æquitate, si videlicet ex eo tempore, quo crimen quis admiserit, vitam suam ac mores correxerit, & virtutis argumentum præbuerit. Nam *pœna constituitur in emendationem hominum*, vt inquit Paulus in l. Si pœna. ff. de pœnis. Ergo si emendatio conspicitur, non videtur pœna esse necessaria, sed ne iustitia offendatur statui poterit, veruntamen mitior & clementior ob specimen virtutis editum. Ergo recentiores verba legis fideliter & rectè explicarunt. Veteres autem veram solidámque doctrinam attulerunt. Tam hos quàm illos conuenit imitari, ne verba negligamus, & ne verbis nimium intenti veras plærásque sententias contemnamus.

CAPVT XXXIX.

Condemnatus in contumaciam vigore statutorum, quibus contumax pro confesso & conuicto habetur, an sit admittendus ad nouas defensiones?

DVæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ hac de re. Prima, condemnatum hũc non esse audiendum, sed sententiam exequendam: ita Bartolus ad l. Diuus Adrianus num 4. ff. de custodia & exhibit. reor. & in l. 1. ff. de requiren. reis. Bossius tit. Banniti quid amittant. nu. 19. 20. Clarus quæst. 40. vers. Quæro nunc.

Fundamentum est, quia lata sententia iudex functus est officio suo, nec potest eam retractare. l. Quod iussit. ff. de re iudic. & quia contumax pro confesso & conuicto habetur ex forma statuti, ideo probatio in contrarium non admittitur, quasi hoc certum sit contumacem delictum commisisse. Et huic sententiæ in terris Ecclesiæ adstipulatur expressè constitutio Pij V. Pont. Max.

Altera est sententia, audiendum esse condemnatum hunc, si velit suam innocentiam demonstrare. Ita Angelus, Salycetus, Castrensis, Alexander, Iason, & Decius in l. Si is qui C. qui testa. facere possũt, sequitur Menochius de arbitrar. casu 416. n. 37. Rolandus à Valle cons. 60. lib. 2. Natta in cons. 444. lib. 2. Mynsingerus Centuria 2. obseruat. 88. & quam plurimi alij, quos refert & sequitur Prosper Farinacius tit. de inquisitione, quæst. 11. num. 6. quibus addo Andr. Geyll. de arrestis Imperij, ca. 10. nu. 23. & Marcum Antoniũ Eugenium in cons. 20.

Sed nullum video satis solidum fundamentum huius sententiæ ex Iustinianeo iure (licet Caroli V. Constitutio criminalis, art. 155. huic sententiæ adstipuletur) etenim adfertur primò l. 2. C. qui testam. facere poss. in illis verbis: *Eiusque innocentia liquidis probationibus commendari potest à te*, quod sane argumentum nullius est momenti, quia non ibi agitur de reo iam condemnato per sententiam iudicis.

Secundò adfertur l. Diuus Adrianus. ff. de custodia & exhib. reor. & l. Annus. ff. de requiren. reis. quibus similiter respõderi potest, eas non loqui de reo condemnato, sed annotato.

Tertium argumentum, quia iudex debet de innocentia rei quærere. l. Si non defendantur. ff. de pœnis. sed responderi potest, id esse accipiendum ante sententiam, non postea.

Quartum argumentum est, quia vera cõfessio prætextu erroris reuocari potest. l. 1. §. Si quis vltro. ff. de quæst. Ergo multo magis ficta quæ vigore statuti inducitur.

Responderi potest, argumentum locum habere ante sententiam, non post.

Quintum argumentum est, quia sententia hoc in casu lata est ex probationibus non veris sed fictis, quia scilicet contumax habetur pro confesso & conuicto. Ergo retractari potest. argum. l. Si quis adulterij C. ad l. Iul. de adult.

Respondeo, in ea lege ita specialiter cõstitutum fuisse in odium eius, qui cognationis prætextu crimen depulerat: ac proinde ad alios casus diuersos non facilè trahendum est.

Sextum, quia exceptio innocentiæ nũquam videtur exclusa Respõdeo, id verum esse ante condemnationem.

Septimum argumentum est, quia sententia retractatur, quæ lata est ex falsis probationibus toto tit. C. si ex falsis instru. &c. Sed probationes falsæ sunt, si reus probet innocentiam suam. Ergo, &c. Respondeo, si falsi testes vel instrumenta proponerentur, argumentum militare: sed hic non loquimur in iis terminis, sed quando contumax vigore statuti pro confesso & conuicto habetur.

Octauum argumentum est, quia si non admittatur reus ad nouas defensiones, accidere potest, vt innocens puniatur, quod absurdum & iniquum est. l. Absentem. ff. de pœnis.

Respondeo, absurdum quidem esse, vt innocens damnetur, & puniatur, sed authoritas rei iudicatæ rescindi non debet.

Quid ergo concludendum? Respondeo in ditione S. Pontificis seruandam esse super hoc latam constitutionem Pij V. addita interpretatione M. Antonii Eugenij d. consil. 20. quia S. Pontifex illam admisit, vt nimirum ex rescripto ipsius Principis condemnatus audiatur & ad

& ad nouas defenſiones admittatur.

In Imperio autem Romano ſeruanda erit Caroli V. Conſtitutio, cuius mentionem facit Myſingerus d. Centur. 2. obſeru. 88. vt nimirū condemnatus audiatur, ſi velit innocentiam ſuam probare.

Quòd ſi hæc quæſtio ex Iuſtiniano iure decidenda ſit, non erit opus multum laborare, quia deciſionem habemus ex l. 1. §. Si quis vltiò ff. de quæſtio. in illis verbis: *Sed præſes prouinciæ eum quem damnauit, reſtituere non poteſt, cum nec pecuniariam ſententiam ſuam reuocare poſſit. Quid igitur? Principi eum ſcribere oportet, ſi quando ei qui nocens videbatur, poſtea ratio innocentiæ conſtiterit.* Idem docet l. Diui fratres, ff. de pœnis. l. Moris eſt. §. Sed enim. ff. eodem, & in l. Acta 45. §. 1. ff. de re iudicata.

Ergo ſi condemnatus petat ſe admitti ad nouas defenſiones, non debet iudex exequi ſententiam, ſed tantiſper differre, donec Principi ſcripſerit, & ab eo reſcriptum acceperit, an velit eum admittere ad nouas defenſiones.

CAPVT XL.

Stante ſtatuto, vt contumax in delictis pro confeſſo & conuicto habeatur, vt condemnari poſſit, quæ requirantur probationes?

TRes animaduerti doctorum ſententias hac de re. Vna eſt, requiri veras & legitimas probationes, ex quibus contumax conuincatur, ita Marſilius in pract. crimin. in §. Poſtquàm nu. 48. & in l. Vn. nu. 129. C. de raptu virginum. Boſſius ti. de requiren. reis. n. 1. & ti. Banniti quid amittant. num. 18 plurimos alios citat Farinacius tit. de inquiſitione, quæſt. 11. num. 16.

Fundamentum eſt in l. Raptores. C. de Epiſco. & Cleri & in l. Vnica. C. de raptu virgin. in illis verbis: *Poſt legitimas & iuri cognitas probationes.* & in c. Deus omnipotens 2. q. 1. vbi S. Pōtifex ait: *Nullum ante veram iuſtamque probationem iudicare aut damnare debemus.*

Sed hoc fundamentum nullius planè momēti eſt, quia dictæ leges non loquuntur in iis terminis, cùm videlicet contumax habetur pro cōfeſſo & conuicto: ſed loquuntur ſecundum iuris communis regulas, quibus procul dubio legitimæ probationes requiruntur.

Secunda opinio eſt, requiri ſaltem indicia, quæ ad torturam ſufficiant, ita viſus eſt ſentire Natta conſ. 594. n. 14. lib. 3. Franciſcus Becius conſ. 11. n. 7. 8.

Sed nullum hæc ſententia ſolidum fundamētum habet, quia ſi contumax vigore ſtatuti pro confeſſo & conuicto habetur, non video cur opus ſit alia quærere indicia, quæ ad torturam ſufficiant.

Tertia igitur ſententia eſt vera & approbata, ſufficere hoc in caſu indicia legitima ad inquirendum, Nam inquiſitione legitimè formata, ſi reus citatus non compareat, & contumax ſit, pro confeſſo & conuicto habebitur, ac proinde condemnari poterit. Ita Ioan. Plotus conſ. 72. num. 16. inter conſ. crimin. lib. 2. & ita deciſum fuiſſe à Rotæ Romanæ auditoribus Farinacius teſtatur loco annotato. Huicque ſententiæ adſtipulari videtur Pij V. Conſtitutio, contra contumaces edita anno VI. ſui Pontificatus, Idibus Septembris, in illis verbis: *Si tamen legitimis præcedentibus indicijs ad inquirendum promulgata fuerint, &c.* Atque ita ſentio.

CAPVT XLI.

Vtrum etiam minor 25. annis comprehendatur in ſtatuto, quo cauetur, vt contumax in delictis habeatur pro confeſſo & conuicto, & condemnari poſſit?

DE ſtatuto quo conſtitutum eſt contumaces pro confeſſis & conuictis haberi, ac proinde condemnari poſſe per ſententiam definitiuam, nihil dicam amplius, ſi vnā hanc cōtrouerſiam explicauero, an & minores 25. annis eo ſtatuto teneantur. Non teneri ſcribit Albericus ad l. Cùm & minores num. 7. C. ſi aduerſus rem iudi. & in tract. ſtatutorum. parte 3. q. 84. Auguſtinus Ariminenſis ad Angelum de Maleficiis, in ver. *Qui dominus iudex videns inquiſitos, &c.* n. 4. Rolandus à Valle conſ. 68. n. 31. li. 2. & conſ. 94. n. 32. lib. 4. & multi alij, quos refert & ſequitur Farinacius ti. de inquiſitione, q. 11. 26.

Argumenta ſunt iſta. Primum, quia minores 25. annis excuſantur à dolo præſumpto. l. 1. §. vlt. ff. de eden. Ergo nō incidunt in pœnam ſtatuti, de quo agitur, niſi ſint in dolo vero, vt puta, ſi citati dixerint ſe comparere nolle.

Secundum argumentum eſt, quia minores 25 annis excuſantur in delictis commiſſis in omittendo. l. 2. C. ſi aduerſus delictum. l. Minoribus. C. de his quib. vt indignis Sed tale eſt hoc delictum contumaciæ, quia peccāt minores nō comparendo. Ergo excuſandi ſunt, nec incidūt in pœnam ſtatuti.

Tertium argumentum eſt, quia ſtatuta, quę pœnam ſtatuunt contra vel præter ius commune, minores 25. annis non comprehendunt. c. 2. de delictis puero. Sed tale eſt ſtatutum, de quo agitur, quia contra ius commune eſt, vt abſens condemnetur, licet contumax ſit vltra

relegationem. l. Abſentem. ff. de pœnis. Ergo minores non tenentur eiuſmodi ſtatuto.

Quartum argumentum eſt, quia etiam in criminalibus minores 25. annis non habent legitimam perſonam ſtandi in iudicio ſine curatoribus, l. 4. C. de auth. præſtand. Ergo ſaltem eo caſu, quo curator interuenerit, condemnari non poſſunt. Nec obſtat ſtatutum hoc, quia interpretationem ex iure communi recipit. l. 2. C. de Noxalib. vt nimirum curatoris authoritas interueniat in iudicio criminali.

Contrarium reſponderunt Baldus ad l. 1. C. de confeſſis. Natta conſ. 540. 541. 542. Menochius conſ. 100. num. 120. lib. 1. Dom. meus Decianus conſ. 8. n. 176. lib. 1. Dom meus Cephalus conſ. 304. n. 126. lib. 3. Iſti docent, etiam minores 25. annis contineri hoc ſtatuto, & condemnari poſſe, etiam abſque curatoris præſentia & authoritate.

Argumenta hæc ſunt. Primum, quia ſtatutum hoc punit contumaces, habendo eos pro confeſſis. Sed minores 25. annis poſſunt eſſe contumaces. l. Minor etiam quaſi contumax. ff. de minor. l. Si minor. ff. de bonis author. iud. poſſid. Ergo etiam minores 25. tali ſtatuto comprehenduntur.

Secundum argumentum eſt, quia minores 25. annis comprehenduntur in ſtatutis generaliter loquentibus. c. Conſtitutis. de in integrum reſtit. Ergo & huiuſmodi ſtatuto comprehendi debent.

Tertium argumentum eſt, quia cùm minor eſt contumax & non comparet in iudicio citatus ob cauſſam criminalem, non poteſt à curatore defendi. l. pen. §. Ad crimen. ff. de pub. iud. Ergo fruſtrà curatoris authoritas hoc in caſu interuenerit, & deſiderari videtur, quia ſcilicet nihil operatur.

Quartum argumentum eſt, quoniam in delictis minoribus 25. non ſuccurritur. l. Auxilium §. In delictis. ff de minoribus. l. Si ex cauſa. §. Nunc videndum. ff. eod. tit. l. 1. C. ſi aduerſus delictum.

Hæc poſterior ſententia videtur mihi probabilior, quia ſi minor ætas non excuſat in delictis (niſi interdum ad minuendam pœnam,) conſequens eſt, minores delinquentes his ſtatutis obligari, ſicut alij maiores obligantur: quandoquidem in delictis nihil plus iuris habent minores quàm maiores, vt dixi.

Poterit tamen minoribus ob contumaciam cõdemnatis facilius ac promptiùs in integrum reſtitutio concedi, vt videlicet ad nouas defenſiones admittantur.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, hic non agi de dolo præſumpto, ſed de vero, hoc eſt, de crimine à minore commiſſo, propter quod contumax pro confeſſo & conuicto habetur.

Ad ſecundum reſpondeo non hic agi de delictis, quę in omittendo conſiſtunt, ſed in committendo, quia minor crimen cõmiſit: ob quod condemnatur. Nec enim contumacia minoris cauſſa eſt proxima vt condemnetur, ſed delictũ perpetratum: Facit authoritas ſtatuti, vt habeatur pro confeſſo & conuicto: aduerſus quam legem non eſt minor reſtituendus, quia legis auxilium non meretur, qui in legem committit: Alia ratio eſt de eo, qui ob ætatem, vel ruſticitatem Prætori editionem iniungenti non obtemperauit, vt in d. l. 1. §. vlt. ff. de eden. Noſtro enim in caſu præceſſit delictum minoris dolo commiſſum, quódque excuſationem non meretur, niſi eo fine vt leuior quandoque pœna ſtatuatur.

Ad tertium argumentum reſpondeo, negando propoſitionem illam, quæ aſſumitur ex c. 2. de delictis puerorum. Nam hoc ibi non dicitur. Loquitur S. Pótifex de puero decem annorum, & ait: *In pueris relinqui solere multum, quod in aliis proucctioris ætatis humanæ leges dicunt ſeuerius corrigendum*, quod quomodo ad hoc applicari poſſit, vt minores 25. annis ſtatutis huiuſmodi non comprehendantur, non intelligo.

Ad poſtremum argumentum reſpondeo, d. l. 4. non loqui de minoribus, qui ſunt contumaces.

CAPVT XLII.

Pater an poſſit iniuriam, filiofamilias factam, remittere eo inuito?

EXpediamus nos ab hac cõtrouerſia duabus conclusionibus. Prior ſit: iniuriam filio irrogatam, pro qua competit actio prætoria, pater etiam inuito filio remittere poteſt: qua remiſſa filio actio non competit. Vlpianus: *Filiofamilias iniuriam paſſo, ſi præſens ſit pater, agere tamen nõ poſſit propter furorem, vel quem alium caſum dementiæ, puto competere iniuriarum actionem. Nam & hic pater eius abſentis loco eſt. Planè ſi præſens agere nolit, vel quia diſſert, vel quia remiſit, atque donat iniuriam, magis eſt, vt filio actio non detur*, l. Sed ſi vnius 17. §. Filiofa. ff. de iniuriis.

Altera concluſio eſt. Iniuriam filiofa. irrogatam, pro qua actio datur ex lege Cornelia, pater remittere non poteſt, quia actio filio cõpetit, non patri, nec conſenſus patris requiritur, vt filius agere poſſit. Vlpianus: *Illud quæritur, an pater filiofamil. iniuriam paſſo ex lege Cornelia iniuriarum agere poſſit? & placuit non poſſe, de eaque re inter omnes conſtat: Sed patri quidem prætoria iniuriarum actio competit: Filio verò legis Corneliæ. In lege Cornelia filiusfamil. agere poteſt ex omni cauſſa: nec cauere debet reum ratam patrem habiturum.* l. 5. §.

l. 5. §. illud. ff. de iniuriis atque huc pertinet etiam l. 8. ff. de act. & obligat. vbi dicitur, filium suo nomine iniuriarum agere posse.

Non rectè igitur docuerunt, qui absolutè dixerunt patrem remittere posse iniuriam filio illatam, quia id non habet locum, vbi actio ex lege Cornelia descendit, cùm illa actio non patri, sed filio competat: quomodo igitur remitteret pater actionem, quam non habet?

Non rectè quoque mea sententia docuerunt, qui absolutè negarunt, patrem remittere posse iniuriam factam filio eo inuito. Nam contrarium in actione iniuriarum prætoria manifestè decisum est in d. §. Filiofam.

Nec mihi probatur corũ interpretatio, qui illum textũ sic accipiunt, vt patris remissio non tollat actionem iniuriarum, sed suspendat eius exercitium: Hoc enim repugnat & verbis textus, & rationi eius. Verbis quidem, quia textus negat filio actionem dari, non autem dicit, suspendi actionis exercitium: Rationi quoque legis contentanea non est ea interpretatio, quoniam si pater actionem habet, & non filius, cur eam remittere & donare non possit?

Non obstat argumentum, quod sumitur ex iure nouo, quo constitutum est, patrem non posse aduentitia bona filij alienare. l. 1. C. de bonis mater. l. Cùm oportet. C. de bonis quæ liberis: Non posse hæreditatem filio delatam repudiare. l. vlt. C. de bonis quæ liber. neque legatum vel fidecommissum. l. Remittente. C. de iure delib. l. Ex repudiatione. C. de fideicõmissis. l. 2. de repud. bonor. possess.

Quoniam hęc longè diuersa sunt ac dissimilia. In bonis quidem ita constitutum est. Non in actione iniuriarum: neque nostrum est leges veteres Imperatorum Constitutionibus nequaquam sublatas, nostra nimis subtili interpretatione per consequentiam tollere & abrogare, sed eas relinquere intactas debemus atque in suo robore: sicut multæ aliæ manent: licet earum ratio posterioribus constitutionibus sublata sit. Et hoc est illud frequentissimum apud doctores axioma, non esse inducendam legum correctionem, nisi expresse cautum sit.

Non rectè denique docuerunt, qui dixerunt patrem non posse remittere iniuriam filio irrogatam ab aliquo adiuncto siue cognato, ex l. Lucius. ff. sol. matr. ex l. Papin. & l. Filius. ff. de in off. testam.

Nam dictæ leges hoc non dicunt: & in suis casibus & cancellis restringẽdæ sunt, puta cùm de querela inofficiosi testamenti agitur, & de aliis ibi comprehensis, quibus etiam annumerari potest, quod habetur in l. Inter liberos, §. Filiusfamilias. ff. ad l. Iul. de adult.

Accipe nunc doctorum catalogum, qui de hac quæstione scripserunt. Maranta de ordine iudicior. 6. parte, versic. Secunda principalis quæstio. n. 36. Azo & Hostiensis in Summa, tit. de Iniur. Placa in Epitome delictorum cap. 6. 19. Clarus quæst. 58. vers. Quæro, nunquid pater. Pinellus ad l. 1. n. 105. C. de bonis maternis in 3. parte. Franc. Marcus decis. 677. in 1. parte, Bossius tit. de pace, n. 16. Ascanius Clemens in tract. de patria potestate, effectu 8. Farinacius tit. de Accusatione, q. 14. n. 36.

CAPVT XLIII.

Possitne minor 25. annis cum authoritate tutoris vel curatoris pacem facere, absque decreto iudicis?

COmmunis est & vera sententia, adultum ac impuberem absque decreto iudicis, authoritate tutoris sui vel curatoris interueniente, pacem inire posse cum suis aduersariis. Ita respondit Abbas Panormitanus in cons. 108. li. 2. refert & sequitur Clarus q. 58. ver. *Quæro, an tutor.* Antonius Gomesius tit. de Homicidio n. 66. & quamplurimi alii apud Farinacium ti. de Accusatione q. 15. n. 5.

Fundamentum hoc mihi firmissimum videtur, quia impuberes & adulti, cùm suorum tutorum & curatorum authoritate celebrare possunt omnes contractus absque decreto iudicis excepta bonorum immobilium alienatione, de qua in ti. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, & in tit. C. de prædiis minorum, cur ergo tàm salutarem, tàm laudabilem, Deóque gratam & reipublicæ vtilem transactionem ac pacem non rectè inire poterunt?

Malè igitur contrarium docuit Petrus Placa, in epitome delictorum cap. 45. num. 7. Iodocus in patrocinio pupillorum, tit. de tutorum & curatorum munere, cap. 10. num. 7. Simoncellus de decretis lib. 2. tit. 6. Inspect. 16. nu. 137. & alii quos commemorat Farinacius loco annotato.

Nec argumenta eorum me deterrẽt. Primum est, quia in transactione requiritur decretum iudicis. l. non solùm. C. de prędiis minor. Hæc est autem transactionis species.

Respondeo, in transactione decretum requiri, quoties vrbana vel rustica alienantur: sic loquitur l. Non solùm. C. de præd. min. Hic verò nec vrbana, nec rustica prædia alienantur: sed præceptum Dei colitur: *Diligite inimicos vestros, &c.*

Secundum est, quia in generali administratione non venit potestas donandi. l. Filiusfam. ff. de donatio. Sed remissio iniuriarum est species donationis. Ergo non permissa tutori & curatori.

Reſpondeo, nec donationem hanc eſſe, de qua loquitur lex contraria, tum quia iniuriarum actio in bonis noſtris non eſt: magis enim vindictæ quàm pecuniæ habet perſecutionem l. 2. §. Emancipatus. ff. de colla. bono. tum quia minor nil amittit, imò lucratur multum remittendo iniuriam, & liberando ſe ab omnibus periculis, quæ ob inimicitias incurrere poteſt. Quamobrem minor non habet in integrum reſtitutionis auxilium cùm iniuriam remittit l. Auxilium. ff. de minorib. & tutoribus. & curatoribus etiam permiſſum eſt donare cùm expedit. l. Cùm plures 13. §. Cùm tuto. ff. de admi. tuto. Expedit autem iniuriam remittere, vt dixi.

Tertium argumentum eſt, quia non poteſt alienari prædium etiam exiguum minoris, ſine iudicis decreto, toto tit. ff. de reb. cor. Ergo multò minùs remitti poteſt iniuria, & ſuper ea tranſigi.

Reſpondeo, negando conſequentiam: Hæc enim diſſimilia ſunt, & in pace facienda multum lucri facit minor, dum diuinæ obtemperat voluntati, & quietem ſibi ac tranquillitatem quærit.

Quintum argumentum eſt: quia videtur eſſe dedecus inultam iniuriam relinquere. l. Miles §. Socer. ff. ad l. Iul. de adult.

Reſpondeo, nec legem illam hoc dicere, nec ſententiam hanc Chriſtiano viro dignam, nec ſi Iuriſconſultorum mille extarent reſponſa, iis obtemperandum, ſed diuino præcepto. l. Sancimus. C. de ſacroſanct. Eccleſ.

Nec tamen dicimus, ex præcepto diuino teneri, quem remittere abſolutè actionem iniuriarum, & pacem facere cum inimicis ſuis, ſed hoc Theologis diſcutiendum relinquimus. Hoc dicimus, non lædi minores, nõ iacturam facere vllam ob pacem initam & remiſſam iniuriam, ac proinde valere, minoreſque obligari, nec eam reſcindere poſſe ætatis prætextu, & auxilio reſtitutionis in integrum.

CAPVT XLIV.

Vtrum pace rupta à minore 25. annis, quam iniuit cum authoritate curatoris, pœna committatur per ſtipulationem promiſſa?

SI pacem minor annis 25. cum authoritate curatoris inierit pœna adiecta, & eam violauerit, oritur cõtrouerſia, an pœna committatur. Negare videntur Baldus, Iaſon, Alciatus ad l. Pactum curatoris, C. de pactis, & alij quos refert Thobias Nonius inter conſ. criminalia, vol. 1. cõ. 152. n. 11. & Ludouicus Romanus ibidem con. 155. n. 9. Abbas Panormitanus conſ. 208. circa finem lib. 2. & alii à Farinacio citati, tit. de Accuſatione q. 5. n. 53.

Fundamentum ſtatuunt ex l. Si minor 25. §. 1 ff. de Minoribus Paulus: *Minores ſi in iudicem compromiſerunt, licet tutore authore ſtipulati ſint, in integrum inſtitutionem aduerſus talem obligationem iure deſiderant.* Gloſſ. in verſ. *Stipulati ſunt ſcilicet pœnam*, inquit. Ex quo annotarunt pœnæ obligationem minori eſſe damnoſam.

Sed oportebat aliam ſequentem Gloſſam perpendere in verb. *iure deſiderant*, quæ declarat, quo modo minor læſionem ibi ſentiat, ſic dicens: *Apparet læſio quod ab eo appellari non poteſt. l. 1. C. de arbitr. & de euictione non agitur. l. Si dictum. §. 1 ff. de Euictionibus.*

Ex quibus verbis colligitur, nõ idcirco minorem lædi, quia tutor pœnam ſtipulatus ſit, ſed quia compromiſſum aufert minori appellandi beneficium & actionem de Euictione. Itaque per compromiſſum læditur minor, non per ſtipulationem pœnæ.

Ergo cùm remiſſio iniuriarum, reconciliatio, & pax non patrimonii eueſionem, ſed virtutis opinionem inducat, cùm ſit Deo grata, Reipublicæ ſalutaris, & vtilis ipſi minori, nihil proponi video, cur pœnæ adiectio non valeat: & ſi valet, cur non committatur. Deberétne minor impunè pacem frangere & violare, quod crimen proditionis eſt ſpecies? Non ſuccurritur minoribus in delictis l. Auxilium. ff. de minor.

Quare contrariam ſententiam abſque omni hæſitatione amplector, in quam inclinat Decius in d. l. Pactum curatoris. C. de pactis, & quam probauit Collegium Aduocatorum Curialium Prouinciæ Marchiæ, vt patet in 1. vol. conſil. crim. diuerſ. conſ. 150. n. 33. cum ſequentibus, & alius conſultor in conſ. ſequenti 151. n. 44. latiuſque Farinacius loco ſuperius annotato, qui iuſtè etiam negat reſtitutionem in integrum minori eſſe concedendam hoc in caſu. quia læſus non eſt vt patet. aduerſus doctiſſimi iuxtà & diligentiſſimi doctoris Sfortiæ Oddi ſententiam de reſtit. in integrum, parte 2. q. 85. art. 7. num. 58.

CAPVT XLV.

An iudex, cuius arbitrio pœna remiſſa eſt, mortis pœnam imponere poſſit?

AVſim affirmare hanc diſputationem de pœna iudici arbitraria, an extendi ad mortem poſſit, aut in cõtrouerſia poſitam non eſſe, aut ſi quæ cõtrouerſia eſt, eam facilè componi poſſe. Etenim authores quidam commemorãtur, qui aiunt pœnam extẽdi poſſe vſque ad mortem, & qui negant, tùm à Maranta diſputatione 3. tùm à Gomeſio de iniuria cap. 6. num. 8. & ab aliis ſexcentis, quos nouiſſimè Fari-

Farinacius refert, tit. de delictis & pœnis q. 17. num. 34. & ſeq. ſed omnes in hanc ſententiam conueniunt, tunc pœnam mortis decerni poſſe, cùm delicti atrocitas & grauitas id poſtulauerit, aliàs ſecus: Quis autem dubitauerit hanc omnium mentem fuiſſe? Ergo nulla controuerſia eſt.

Si tamen quis aliter exiſtimauerit, is facilè intelliget hac adhibita diſtinctione, omnem ſedari contentionem poſſe. Nec aliter accipiendas eſſe leges, quæ vel in hanc, vel illam ſententiam adferri ſolent.

Nam l. Saccularij. §. Sunt quædam. ff. de extraord. crim. l. 1. & 2. C. de his qui latrones occulta Item l. lex Iulia. §. Hodie. ff. ad l. Iuliam repetund. arbitrium extendunt vſque ad mortem, quia delicti grauitas id poſtulat.

Contrà verò arbitrium iudicis reſtringitur in l. 1. ff de furib. balnear. in l. 1. §. Expilatores. ff. de Effractoribus. quia qualitas criminis ſic exigit.

Cur igitur omni controuerſia omiſſa non auſcultamus legibus noſtris, tam ſæpe ac tam disertè admonentibus? Hodie licet ei, *qui extra ordinem de crimine cognoſcit, quam vult ſententiam ferre vel grauiorem, vel leuiorem, ita tamen, vt in vtroque moderationem* non excedat. l. Hodie ff. de pœnis? *Reſpiciendum eſſe iudicanti, ne quid durius aut remiſſius conſtituatur, quàm cauſa depoſcit.* l. Reſpiciendum ff. eodem. *Aut facta puniri vt furta cædeſque: aut dicta, vt conuitia, & in fide aduocationes: aut ſcripta vt falſa & famoſi libelli, aut conſilia, vt coniurationes, & latronum conſcientia: quoſque alios ſuadendo iuuiſſe, ſceleris eſt inſtar. Sed hæc quatuor genera conſideranda eſſe ſeptem modis, cauſa, perſona, loco, tẽpore, qualitate, quantitate, euentu.* l. Aut facta. ff. eod. Idem probatur in l. Etſi ſeuerior. Cod. ex quibus cauſis infam. irroge. in l. Quid ergo. § Pœna grauior. ff. eod. in l. Non omnes. ff. de re milit. & alibi.

CAPVT XLVI.

Plura delicta eiuſdem generis eodem tempore commiſſa, puta plures percuſſiones, an ſint pluribus coercenda pœnis?

SI quis vno eodémque impetu pluries aliquem percuſſerit, ex qualibet percuſſione pœnam lege conſtitutam, quaſi ſint plura delicta ſuſtinebit, ſecundum Bartolum in l. Nunquam plura. ff. de priuatis delictis nu. 4. Albericus ibidem, & Socinus ſenior in conſ. 62. n. 9. lib. 1. Clarus q. 84. verſ. Scias etiam.

Fundamentum eſt in d. l. Nunquam plura, vbi Vlpianus: *Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, vt illius impunitas detur.* Sed hoc in caſu concurrunt plura delicta, eodem tẽpore, id eſt, plures percuſſiones vel vulnera, Ergo omnia ſunt punienda.

Contrarium docuerunt Angelus in l. Nunquam plura. Plac. in epitome delictorum c. 1. numer. 17. Couuar. var. reſol. lib. 2 cap. 10. nu. 8. iſti docuerunt, vnam pœnam tantùm ſtatuendam, ſed grauiorem propter delicti iterationem.

Fundamentum eſt in l. Illud. §. vlt. ff. ad l. Aquil. vbi Caius: *Si idem eundem ſeruum vulnerauerit, poſtea deinde occiderit: tenebitur, & de vulnerato, & de occiſo. Duo enim ſunt delicta, aliter atque ſi quis vno impetu plurib. vulneribus aliquem occiderit: tunc enim vna erit actio de occiſo.*

Non enim quidquam refert, inquit Couuar. *quod percuſſus ex pluribus percuſſionibus fuerit occiſus, quaſi omnes percuſſiones ad eundem effectum fuerint repetitæ, nempe ad occidendum, nam idem procul dubio erit dicendum, vbi percuſſus occiſus non fuerit, nec percuſſor eundem actum iterauit ad homicidium, ſed tantum ad percutiendum, cùm inibi apud Iuriſconſultum non conſtet, ad eundem effectum repetitos fuiſſe actus: Potuit enim homicidium contingere præter percutientis voluntatem, & nihilominus idem Iuriſconſultus reſpondiſſet.*

Tertia fuit ſententia Iacobi de Arena in l. Apud Labeonem. §. Cõuitium. ff. de iniur. diſtinguendum eſſe, an lex vel ſtatutũ loquatur in perſonam, pœnam ſcilicet ſtatuendo ſimpliciter, in percutientem ſeu vulnerantem, & tunc vnum eſſe delictum, iuxta poſteriorem hanc ſententiam, an verò loquatur in rem, vt puta ſtatuendo pœnam pro qualibet percuſſione & vulnere, & tunc plura eſſe delicta, ſicut prior ſententia docet. Hanc diſtinctionem ſecutus eſt Couuar. loco proximè citato nu. 8. verſ. *Quarto præmiſſo ſtatuto?*

Ego poſteriorem ſententiam cum diſtinctione iſta Iacobi Arenarij ſequor, quam & ſecutus eſt Farinacius tit. de delictis & pœnis, quæſt. 22. n. 10 Nec poſſum adduci vt credam propter hanc ſententiam fore, *vt totus mundus deſtruatur*, ſicut Bartolus aſſeuerat in dict. l. Nunquam plura. Eſt enim hæc ſententia rationi & æquitati conſentanea: quia delictum eſt vnum tantùm, atque vnius generis, ſed ſæpius iteratum, ac proinde maiori animaduerſione dignum. Nec obſtat l. Nunquam plura, quia nõ huc pertinet ſententia illius legis, quod patet ex verbis ſequẽtibus, quibus exempla proponuntur plurium delictorum, quæ licet non reſtringant, declarant tamen regulam. *Qui igitur* (inquit Vlpianus) *hominem ſurripuit & occidit, quia ſurripuit furti, quia occidit, Aquilia tenetur:* Et rurſus: *Idẽ dicẽdũ ſi rapuit, & occidit.*

Nec aliter sonant cætera exempla, quæ iurisconsultus adiungit, vt planè sit perspicuum ad nostram hanc facti speciem eius responsum non pertinere.

CAPVT XLVII.

Confiscatis bonis filijfamil. propter delictum an etiam peculium aduentitium confiscetur?

Videri forsitan possit inanis hæc quæstio hodierno iure considerato, quo (excepto Majestatis crimine) Imperator Iustinianus bona damnatorum in fiscum deferri vetuit, & ascendentibus ac descendentibus vsque ad tertium gradum reseruanda esse constituit. Sed non est inanis profectò moribus consideratis, quibus & bona confiscari receptum est, & ab eis ascendentes ac descendentes excludi, præterquàm à legitima eorum portione. Est igitur controuersia, si filiusfa. scelus aliquod admiserit propter quod legibus constituta sit pœna bonorum confiscationis, an bona materna cæteráque aduentitia, quæ habet patre superstite, in fiscum deferenda sint, vel patri potius debeantur, tam quoad proprietatem, quàm quoad vsumfructum.

Communior sententia est, patri esse reseruanda non autem infiscanda, vt responderunt post Bartolum & alios Socinus iunior in cons. 77. n. & lib. 2. Ruinus in cons. 24. lib. 5 Rolandus à Valle cons. 56. n. 10. lib. 1. Couuar. variar. resol. lib. 2. c. 8. nu. 7. Menochius de recuperanda poss. remedio 9. n. 65. M. Antonius Peregrin. de iure fisci lib. 5 tit. 1. n. 128. Farinacius tit. de delictis & pœnis, q. 24. n. 5.

Argumenta sunt ista. Primum ex l 3. Cod. de bonis damnatorum, vbi rescriptum est, non publicari peculium castrense. Ergo multò minus aduentitium publicabitur, sed pater illud obtinebit. Alexander Imper. *Si filius tuus cùm esset in potestate, in insulam deportari meruit: peculium eius nec quod in castris acquisiuit, vel quod ei militaturo donasti auferri tibi debet.*

Secundum est ex l 3. §. Sed vtrum. ff. de minorib. in illis verbis: *Licet aliquo casu peculium ad filium spectet: vt puta si patris eius bona à fisco propter debitum pecuniarum occupata sunt; nam peculium eius ex constitutione Diui Claudij separatur.*

Si peculium profectitium reseruandum est filio patris bonis à fisco occupatis, igitur & contra peculium aduentitium reseruandum patri, bonis filij occupatis à fisco.

Tertium argumentum sumitur ex l. vlt. §. Filiis. C. de bonis quæ libe. & l. 2. Co. de castrensi peculio, lib. 12. vbi cautum est, non licere filiofam. bona alienare, in quibus pater vsumfructum habet, & non licere alia bona præterquam castrensia alienare sine consensu patris. Ergo nec potest delictum committendo ea in fiscum transferre.

Quartum sumitur ex l. Cùm ancillis C. de incestis nuptiis, in illis verbis: *Omnibus bonis eius ciuitatis, cuius curialis fuerat mancipandis, si patria potestate fuerit liberatus, nullosque habeat liberos, vel parentes, vel etiam propinquos, qui secundum legum ordinem ad eius successionem vocentur.*

Contrarium respondit Petr. Paulus Parisius cons. 157. libr. 4. & multi alij qui tam a Menochio, quam a cæteris recentioribus commemorantur, locis superiùs annotatis, isti respōderunt, bonorum istorum proprietatem confiscari, vsufructu parenti reseruato.

Argumēta sunt ista. Primum ex l. Si postulauerit §. Iubet lex. ff. ad l. Iul. de Adult. in illis verbis: *Proinde in communem partem publicamus: in proprio cuius vsusfructus alienus est, nudam proprietatem.*

Secundum est ex l. Quinque legibus, cum l. seq. ff. de bonis damnato. illis verbis: *Et omnes omnino maritus actiones saluas habet contra fiscum.* Idem igitur & de patre statuendum putant, vt nimirum salua sit ei actio ratione vsus fructus.

Tertium argumentum est, quia confiscantur propter delictum etiam minoris 25. annis bona licet alienari non possint l. Clarum. C. de autho. præstanda. Ergo etiam filiifam. bona confiscari poterunt, licet alienari nequeant sine consensu.

Postremum argumentum est, quia pater iudicati actione de peculio tenetur l. 3. §. idem scribit. ff. de peculio, Ergo in proposito casu non potest filij peculium occupare, sed fisco tradere tenetur.

Mihi magis placet prior sententia, nō ex secundo, vel tertio, vel quarto argumento, sed ex primo duntaxat. Cætera enim nihil mouent, quia ad secundum argumētum responderi potest. l. 3. §. Sed vtrum. non loqui de bonorū confiscatione propter delictum, nec de bonorum confiscatione filii. Ad tertium verò, filium quidem alienare non posse bona, in quibus pater vsum fructum habet: & consequenter bona cōfiscari non posse: scilicet quoad patris vsumfructum: non quoad proprietatem filij, quia nihil vetat confiscari proprietatem bonorū vnius, saluo vsufructu alterius, vt patet ex d. l. Si postulauerit. §. Iubet. ff. de Adulteris. Ad quartum verò respondetur text. in dict. l. Cum ancillis nihil prorsus ad rem facere.

Primū itaque argumentum ex d. l. 3. C. de bonis damnator. firmissimum est. Nam prius legum, quod filiusfam. in castrensi peculio constitutiones dederunt capitis diminutione amittunt,

tunt, perinde ac ſi moriantur inteſtati ſuperſtite patre. Quare filiifam. capite minuti caſtrenſe peculium pater occupat iure ſuo, vt ſuum, vt annotauit Cuiac. in Cod. recitationibus. ad tit. de bonis damnator. Eadem eſt ratio peculii aduentitij, hoc eſt, extra caſtra quæſiti. Olim pleno iure patris erat. Conſtitutionibus autem filiifam. hoc ius tributum eſt, vt proprietatem habeat. l. 1. C. de bon. matern. l. Cùm oportet. C. de bonis, quæ liberis. Filius itaque capite minutus, propter delictum omne priuilegium tributum amittit: Conſequenter peculium eius pater occupat iure ſuo, tanquam ſuum, quemadmodum ſi inteſtatus filius mortuus ſit. l. 2. ff. de caſtrenſi peculio.

Argumenta contrariæ ſententiæ nullius planè momenti ſunt, quia quod attinet ad l. Si poſtulauerit. §. Iubet. ff. de adult. illa lex non loquitur de filiofam nec de illius peculio: & nihil aliud probat, quam confiſcari poſſe proprietatem vnius, ſaluo manente vſufructu alterius: quod & nos concedimus. Sed negamus id locum habere in peculio filiifamilias, de quo agitur: quia illud pater occupat ſuo iure, non autem fiſcus.

Eadem reſponſio ad ſecundum argumentum accommodari poteſt.

Tertium verò argumentum nihil mouet: quia non ideo confiſcari bona filij negamus, quòd alienari non poſſint, ſed quia pertinent ad patrem filio capite minuto.

Poſtremum autem argumentum ex l. 3. §. Idem ſcribit ff. de peculio. loquitur in actione iudicati, quando filius condemnatur in certam quantitatem in iudicio. Tunc pater tenetur de peculio, quod non facit ad rem, de qua agitur, quia non de certæ quantitatis condemnatione agimus, ſed de omnium bonorum confiſcatione, quæ longè differunt.

CAPVT XLVIII.

Quid ſi tale ſit peculium aduentitium, vt vocant filiifam. in quod nullum pater habeat vſumfructum, an veniat in bonorum confiſcatione filiifamilias?

SEd rurſus controuertitur, quid ſi pater nullum in peculio filii habeat vſumfructum, an in confiſcationem bonorum veniat propter ipſius filiifam. delictum. Nonnulli exiſtimarunt venire. Gigas de crimine læſæ maieſt. lib. 2. tit. de pœnis committentium crimen læſæ Maieſt. quæſt. 11. & alii quos citat Peregrinus de iure fiſci, lib. 5 tit. 1. num. 128, qua in re Menochius dubius eſt de recup. poſſ. rem. 9. num. 86. & ſeq.

Fundamentum eſt, quia vbi pater nullum habet vſumfructum, filiofam. permiſſa eſt alienatio. l. vlt. §. Filiis., C. de bonis quæ lib. Ergo etiam confiſcatio locum habere poteſt. Eſt enim quædam alienatio in fiſcum ex delicto proueniens.

Contraria ſententia & verior & communior eſt, (excepto crimine læſæ Maieſtatis, de quo præclara extat deciſio Pedemont. Olaſchi 94.) nimirum in confiſcationem bonorum filiifam. ob delictum non venire peculium aduentitium, licet pater nullum in eo habeat vſumfructum. Sic reſpondit Ruinus in conſ. 24. n. 11. 12. lib. 5. Socinus iunior conſ. 77. n. 10. lib. 2. Clarus qu. 78. verſ. Sed quid in aduentitiis? Peregrinus vbi ſuprà. Farinacius tit. de delictis & pœnis, q. 24. n. 6.

Fundamentum eſt, quia filiusfam. teſtari non poteſt de huiuſmodi peculio, licet nullum in eo pater vſumfructum habeat, vt deciſum eſt in l. pen. C. qui teſta. facere poſſ. Ergo nec poteſt venire in bonorum confiſcationem.

Sed hoc planè infirmum eſt argumentum, quoniam, vt rectè monet D. Menochius, ideo filiusfam. de tali peculio teſtari nequit, quia patria poteſtas impedimento eſt: quæ quidem patria poteſtas ſola impedimento non eſt, quominus filius bona ſua ob delictum amittat.

Hæc igitur veriſſima ſententia probatur ex l. 3. C. de bonis damnato. & ex ratione quam in præcedenti capite adieci. Nam ſi peculium caſtrenſe non venit in bonorum confiſcationem, in quo certum eſt, patrem nullum habere vſumfructum, conſequens eſt, nec aliud peculium, quod caſtrenſe non eſt, confiſcationi obnoxium eſſe: quia eadem eſt ratio. Huc accedit quod in præcedenti capite dicebam, patrem iure ſuo occupare peculium filij, quando ob capitis diminutionem omne priuilegium conſtitutionibus ei conceſſum amittit: quod & ad huiuſmodi peculium, in quo pater nullum habet vſumfructum, rectè accommodari poſſe, non eſt ambigendum.

CAPVT XLIX.

De caſtrenſi peculio filiifam. an veniat in confiſcationem bonorum?

SEd de caſtrenſi peculio, an hodierno iure confiſcari debeat, controuerſia eſt non parua. Nam illud confiſcari non poſſe cenſuerunt quamplurimi, tàm veteres, quam recentiores, quos refert & ſequitur Clarus quæſt. 78. verſ. *Quæro etiam quid in peculio caſtrenſi?* Couuarr. lib. 2 variar. reſol. cap. 8. n. 7. Menoch. de recu. poſſeſſ. rem. 9. n. 69. 70. M. Anto. Peregrinus de iure fiſci, lib. 5. tit. 1. num. 130. omnium latiſſimè Farinacius tit. de delictis & pœnis, q. 24. nu. 11.

Contrarium autem docuerunt Angelus & Romanus ad l. Si filiusfa. ff. de damno infecto. Nellus in tract. De bannitis in 1. parte 2. temporis, q. 25. Antonius Gomeſ. variar. resol. tit. de seruitutib. c. 15. n. 15. verſ. *Sed his non obstantibus.* alios citant Peregrinus & Farinacius locis annotatis.

Prioris sententiæ fundamentum eſt in l. 3. C. de bonis damnator. vbi hæc quæſtio apertè deciditur.

Poſterioris autem fundamentum eſt, quia filiusfam. in caſtrenſi peculio pro patrefamilias habetur, ac poteſt illud alienare, ſicut dominus liberè ac abſolutè. l. 2. C. ad Macedon. l. Cum oportet verſ. *Exceptis.* C. de bonis quæ lib. l. 2. C. de caſtrenſi peculio libr. 12. Ergo & delinquendo poteſt illud amittere, fiſco nimirum occupante.

Ad l. 3. C. de bonis damnat. reſpondent, illam eſſe accipiendam ſecundum antiqua tempora, quibus filiusfa. non habebat hæredem, ſed pater iure peculij omnia occupabat. l. 2. ff. de caſtrenſi peculio. Hodierno iure hæredem habet, & filio defuncto pater ſuccedit tanquam hæres, vt in Nouella de hæred. lib. ab inteſtato venien. Igitur ſi ex delicto pœnam confiſcationis incurrat, non habebit patrem ſucceſſorem, ſed fiſcum, qui omnibus aliis præfertur.

Ego priorem ſententiam & communiorem, & æquiorem eſſe non dubito, & ſequor. quia licet circa ſucceſſionem bonorum filiifam multa ſint immutata: tamen remanſit incorrecta d. l. 3. Et ſanè hoc ſæpenumero obſeruaui, antiquas leges in aliqua parte correctas fuiſſe poſterioribus Conſtitutionibus Imperatorum, & in aliis partibus ſuum vigorem obtinere, vt & Cuiacius notat lib. 8. obſer. c. 11. & dixi lib. 1. controuerſ. c. 8. circa finem. Excipio Maieſtatis crimen propter l. Quisquis. C. ad l. Iul. Maieſt. Puto enim in eo crimine confiſcari peculium caſtrenſe. Ex his quæ tradit Octauianus Cacher. deciſ. Pedem 94.

CAPVT L.

Publicatis ob delictum patrisfam. bonis, an publicetur vſusfructus, quem habet iure patriæ poteſtatis in bonis filij.

E Contrario controuertitur, an publicatis bonis patrisfamilias ob delictum ab eo cõmiſſum, publicetur vſusfructus, quem ille habet in bonis aduentitiis filii ſui. Affirmant publicari Antonius Gomeſius poſt alios quos adducit, c. 15. tit. de ſeruitutibus. n. 18. & Placa in Epitome delictor. lib. 1. c. 22. nu. 39. vbi & alios commemorat.

Fundamentum eſt in l. Si poſtulauerit. §. Iubet. ff. ad leg. Iul. de adult. illis verbis: *Proinde in communi partem publicamus, in proprio cuius vſusfructus alienus eſt nudam proprietatem; in quo tantum vſumfructum habuit reus, magis eſt, vt perceptio vſusfructus ad fiſcum incipiat pertinere.*

Huc accedit ratio: Nam etſi vſusfructus alienari non poſſit: tamen eius commoditas & fructuum perceptio alienari poteſt. l. Arbo 10. §. Vſufructuarius. ff. de vſufruct. Ergo & confiſcari, arg. l. Imperatores. ff. de iure fiſci.

Contrarium docet Gigas de crimine læſæ Maieſt. lib. 2. tit. de pœnis committentium crimen læſæ Maieſt. q. 13. n. 4. Bal. in d. l. 3. C. de bonis quæ lib. Corneus con. 208. ad finem. lib. 3.

Fundamentum eſt, quia vſusfructus morte vſufructuarii finitur: neque tranſit ad extraneum hæredem. §. Finitur. Inſtit. de vſufruct. Fiſcus verò eſt loco extranei hæredis.

Tertia eſt ſententia ſic diſtinguens, aut paterfam. propter delictum & condemnationem amittit libertatem vel ciuitatem; atque adeo patitur maximam vel mediam capitis diminutionem: & tunc vſusfructus finitur, & ad dominum reuertitur, & vt noſtri loquuntur, conſolidatur cum proprietate. §. Finitur. Inſt. de vſufr. l. Corruptionem. C. eod. tit. Conſequenter confiſcari non poteſt. Aut non patitur talem capitis diminutionem; & tunc ad fiſcum transfertur. arg. d. l. Si poſtulauerit. §. Iubet ff. de adult. Ita Baldus in d. l. Corruptionē n. 7. & alii quos refert & ſequitur Peregrinus de iure fiſci. lib. 5. tit. 1. n. 129. Farinacius qui & alios citat, tit. de delictis & pœnis, q. 24. n. 33.

Huic poſtremæ ſententiæ, ac præclaræ diſtinctioni calculum adiicio meum. Conciliantur enim opiniones legesque legibus concordantur, & omnis difficultas tollitur.

CAPVT LI.

In bonorum confiſcatione ob delictum ſecuta, an bona futura comprehendantur?

NVllus eſt antiquorum interpretum, vel eorum qui de iure reſponſa ediderunt, aut criminales materias explicarunt, qui non docuerit ſimpliciter & abſolutè in bonorum confiſcatione ob delictum ſecuta, bona futura, hoc eſt, quæ poſt ſententiam acquiſita ſunt, non contineri, neque ad fiſcum pertinere. Vide Bolſium tit. de bonor. confiſcatione num. 15. & nu. 66. Antonium Gomeſ. tit. de confiſcatione bonor. num. 1. Pinellum ad rubr. de bonis mater. num. 3. Peregrinum de iure fiſci. lib. 5. tit. 1. nu. 132. Farinacium tit. de delictis & pœnis, quæſt. 25. n. 138.

Fundamentum eſt in l. Si mandauero tibi. §. Is cuius. ff. mandati in illis verbis: *Quia publicatis bonis quicquid poſtea acquiritur, non ſequitur*

quitur fiſcum. & in l. Eius qui. §. 1. ff. de teſtam. ibi: *Bona quoque, quæ tunc habuit, cum condemnaretur, publicabuntur.* & in l. Certa forma C. de iure fiſci: *Parentibus hæredes exiſtere eos non oportere, nulla legis ſanctione ſtatutum eſt.*

Sed quomodo, quæſo, hæc ſententia tam generaliter poſita cohærere poteſt. cùm l. 2. Co. de bonis damnato. Imperator Alexander: *Deportari nec earum quidem rerum, quas poſt pœnam irrogatam habuerint, hæredem habere poſſunt, ſed & hæ publicabuntur.*

Gloſ. tres adfert ſolutiones in dict. §. Is cuius. Prima, d. §. Accipiendum eſſe de confiſcatione facta ob illicitam negociationem. At l. 2. Co. de bon. damnat. accipiendam de confiſcatione ob delictum ſecuta. Altera ſolutio eſt ex Azone in vtroque caſu condemnatum retinere poſtea quæſita, ſed in illis hæredem non habere, quia eo mortuo pertinent ad fiſcum. Tertia ſolutio eſt, legem Pandectarum correctam eſſe ab Imperatore in d. l. 2.

Rectius meo iudicio Cuiacius obſeruat. libr. 6. c. 33. poſt deportationem acquiſitam mortuo deportato ad fiſcum pertinere: quia deportatus eſt capite minutus, & hæredem habere non poteſt. Poſt relegationem autem & publicationem bonorum, quæſita in fiſcum non tranſire, quia relegatus ex teſtamento, vel ab inteſtato hæredem habet.

Atque ita conciliandas eſſe contrarias has leges. Nam l. Si mandauero. §. Is cuius non loquitur de deportato; quem conſtat capite minui, quia ciuitatem amittit. Ergo intelligi debet de eo, cuius bona publicata ſunt ſine capitis diminutione: vt ſi quis relegatus ſit cum bonorum publicatione, vel confiſcatus ſit ex cauſſa adminiſtrationis & muneris publici, iux. l. 3. C. de ſent. paſſis, quæ conciliatio non procul abeſt à prima ſolutione Gloſſæ, & mihi maximè placet. Quare hæc notanda eſſe puto, ſi de eo agatur, qui noſtro tempore fuerit banditus cum publicatione bonorum, quia ciuitatem Romanam amittit, teſte And. Geyll. lib. 2. de pace publica, cap. 12. n. 5. vel qui aliam pœnam loco deportationis paſſus ſit: quandoquidem deportationis pœna non eſt amplius in vſu: ſed eius loco alia pœna iudicis arbitrio imponitur, vt declarat Menoch. de arbitr. caſu 530. Sic, inquam, erit de tali condemnato ſtatuendum: vt bona quæſita poſt condemnationem retinere poſſit, ſed in eis hæredem non poſſit habere, quia eo defuncto ad fiſcum tranſeunt.

CAPVT LII.

Si ante ſtatuto, quo pater tenetur ex delicto filij condemnati vſque ad legitimam portionem, an id procedat cùm filius in contumaciam condemnatus eſt?

MVltò hoc caput Italis meis, apud quos talia ſtatuta vigent, vt viuens pater filij ob delictum condemnati fiſco portionem legitimam inferre teneatur. Nam Germanis paruo ſanè vſui eſſe poterit, quia alio iure vtuntur. Exiſtimat Bartolus in l. Cùm filiusfam. ff. de verb. obl. ſi ſtatuti verba reſpiciant condemnationem: puta ſi dicatur patrem pro filio condemnato cogendum legitimam ſoluere, tunc fiſco legitimam eſſe præſtandam, licet filius in contumaciam condemnatus ſit. Idem docuere Baldus & Salycetus in l. 1. Co. Ne filius pro patre. Et eſt communis opinio, teſte Alexandro in d. l. Cùm filiusfam. n. 6. Clarus q. 86. verſ. Intellige. Bertazolus conſ. 83. n. 13. lib. 1.

Fundamentum autem eſt, quia verba ſtatuti requirunt condemnationem. Sed filius condemnatus eſt, Ergo ſeruandum eſt ſtatutum, quo pater legitimam ſoluere tenetur: nec refert quod in contumaciam condemnatus ſit: quia ſatis eſt eum condemnatum eſſe, vt verba ſtatuti locum habent, quæ de condemnato loquuntur. Sic & Vlpianus in l. 35. ff. de noxalib. ſcribit. Etſi condemnatus ſit filius, quem ſc. nemo defendit, ex cauſſa delicti patrem de peculio teneri.

Sed contrarium alij complures docuerunt, Socinus ſenior in d. l. Cùm filiusfam. n. 10. Felynus in cap. Cùm Bertoldus nu. 22. de re iudi. Thobias Nonius conſ. 94. n. 10. 11. & alij quos refert & ſequitur Farinacius tit. de delictis & pœnis, q. n. 178.

Fundamentum eſt primò in l. 55. ff. de euict. Vlpianus: *Si ideo contra emptorem iudicatum eſt, quod defuit, non committitur ſtipulatio: Magis enim propter abſentiam euictus videtur, quàm quod malam cauſſam habuit.* Secundò, in l. Si proluſorio. §. 1. ff. de appellat. Vlpianus: *Quoties hærede non reſpondente ſecundum aduerſarium ſententia datur: reſcriptum eſt, nihil nocere neque legatis, neque libertatibus.* Tertiò, in l. vn. §. Si procurator. ff. ſi quis ius dicenti non obtemperauerit. ibi: *Si procurator meus, vel tutor, vel curator ius dicenti non obtemperauerit, ipſe punitur, non dominus vel pupillus.*

Ex iis enim legibus colligitur, vnius contumaciam alteri non obeſſe: & ſententiam contra vnum latam, propter eius contumaciam alteri non obeſſe.

Hæc poſterior ſententia æquior eſt, & ſtatuti ſummum rigorem nonnihil moderatur: Iuri conſonam interpretationem continet: Meritò priori ſententiæ, quæ verbis tantùm ſtatuti nititur præferenda erit.

CAPVT LIII.

Emphyteuſis Eccleſiaſtica, quæ ex pacto tranſire

... an in confiscatio-nem ... veniat?

EMphyteusim non confiscari, licet ita sit ab Ecclesia concessa, vt ad extraneos hæredes transire possit, Iulius Clarus existimauit. §. Emphyteusis, quæst. 29. Sed contrarium docuit Bossius tit. de bonorum publicatione num. 60. Vtrique non desunt adstipulantes, vt videre licet ex Farinacio tit. de delictis & pœnis, q. 25. numer. 54. 55. 56. Peregrino de iure fisci lib. 5. tit. n. 70. & ex traditis per Bursatum consil. 199. libro 2.

Fundamentum Clari est, quia conditio Ecclesiæ effi ceretur deterior propter fisci potentiam, & eius priuilegia: nec vlla fere esset spes caducitatis: nec credendum est, eam fuisse voluntatem Ecclesiæ rem concedentis in Emphyteusim, vt ad fiscum transiret.

Et dato quod transire ad fiscum possit, dubitandum non videtur, quin Ecclesiæ sit permissum, rem intra biennium vindicare ex Nouella Iustiniani de alienatione & emphyteusi. § 1. sic enim ait: *Si verò contigerit, quamlibet rem ex aliquo prædictorum locorum venerabilium Emphyteutico iure datam aut Imperialem domum, aut in sacrum nostrum ærarium, aut in Ciuitatem aliquam, aut in Curiam, aut in aliquam venerabilem aliam domum peruenire: licentiam præbemus Ordinatoribus venerabilium locorum, à quibus à principio Emphyteusis facta est, mox vt peruenerit in vnam prædictarum personarum ipsa Emphyteusis, manifestare suam voluntatem intra biennium, & aut ab his derelinqui eandem rem ad quos peruenit & annuam pensionem, quæ pacto continetur, inferri, aut hoc recipere Emphyteusi soluta, eo quod hoc sibi prodesse existimant.*

Fundamentum verò Bossij est, quia talis Emphyteusis transire potest ad extraneum hæredem, Ergo & ad fiscum, quia is loco extranei hæredis habetur.

Ad tex. d. Nouellæ §. 1. respondet, id quod ibi dicitur, locum non habere, quando Emphyteusis concessa est in perpetuum, vt & ad extraneos hæredes peruenire possit, hoc autem fit, quando concessa est adhibitis iuris solennitatibus, vt patet ex eadem Nouella in §. Licentiam. vbi Iustinianus: *Licentiam igitur damus prædictis venerabilib. domibus, non solùm ad tempus Emphyteusim facere immobilium rerum sibi competentium, sed & perpetuò hac eis Emphyteutico iure volentibus dari.*

Ego vidi aliquando pacto expressè conuentum in inuestituris (vt vocant) rerum Emphyteuticarum, in perpetuum concedi alicui, & quibus dederit, ita tamen, vt eas alienare ac transferre non possit in militem, aut fiscum, vel Ecclesiam, vel alium potentiorem. Si eiusmodi pactum intercesserit, non puto ad fiscum transire posse, nec in bonorum confiscatione contineri.

Cessante pacto magis est vt credam, transire posse per confiscationem: quia fiscus est loco hæredis extranei, & in extraneum hæredem res transire potest.

Quod autem Clarus dicebat, de Ecclesiæ præiudicio ego non intelligo, quale sit præiudicium hoc, cuius ratio sit habenda. Nam fiscus est soluendo. Nec plura habet priuilegia, quàm Ecclesia: nec iis priuilegiis Ecclesiæ nocere potest; quia tenebitur canonem soluere, & alia præstare, quæ cæteri priuati tenentur. Fiscus enim vtitur iure priuatorum, præterquam in casibus exceptis: Nec mouet igitur spes caducitatis quæ obijcitur: quia etsi ad fiscum non transeat, æquè exigua spes caducitatis est, cum Emphyteusis perpetua sit, & ad hæredes extraneos transitoria: Semper enim ferè hæres est aliquis ei, qui aliud bonorum relinquit.

Illud maximi momenti est, quod dicebatur etsi ad fiscum transeat, posse nihilominus Ecclesiam intra biennium rem vindicare ex Nouella de alienatione & Emphyteusi § 1. Sed dicendum est, eam constitutionem pertinere ad Ecclesiam Constantinopolitanam, non autem ad alias Ecclesias. Repugnet quantum velit Alexander in l. Si fistula. §. Si de vectigalib. n. 39. ff. de damno infecto. & Bursatus d. cons. 199. lib. 2. n. 6.

Hoc enim demonstro satis manifestè ex verbis dictæ Nouellæ. Nam post verba illa superiùs relata, quæ habentur in dict. § 1. ante §. Licentiam, sic Imperator scribit: *Et hæc quidem super his quæ maioris Ecclesiæ sunt, & prædictarum venerabilium domorum, quæ sunt in hac regia Ciuitate, vel eius circuitu adhærentium disposuimus. In aliis verò sanctissimis Ecclesiis & Monasteriis, & c. seu reliquis venerabilibus domibus, quæ in omnibus Prouinciis nostræ Reipub. posita sunt, &c. consequenter definire prauidimus: Licentiam igitur, &c.*

Ex quibus verbis apparet, totam superiorem constitutionem, in qua ea pars, qua de agitur, continetur, ad Ecclesiam Constantinopolitanam pertinere, quæ verò Imperator subdit pertinere ad cæteras Ecclesias. Itaque præclarè Cuiacius ad Nouellam 120. *Id est singulare in Ecclesia maiore Constantinopolitana, & aliis religiosis ædibus, quæ sunt intra eam vrbem, vel intra territorium eius, vt prædiorum suorum perpetuam Emphyteusim, vel etiam permutationem prædiorum inuicem facere non possint:* Et post pauca: *Id etiam est singulare in eis, vt post contractam Emphyteusim cum Fisco, vel Imperatore, vel Republica,*

vel

vel Curia, vel cum alio venerabili loco possint permittere, intra biennium

Et re vera ita eſt, legas Nouellam illam de alienatione & emphyteuſi, quæ eſt 7. ſecundum quam tranſlationem, videbis ſtatim initio de Eccleſia Conſtantinopolitana ſic ſtatutum eſſe, in alijs verò Eccleſijs aliter conſtitutum, in §. Licentiam, ſicut & ipſemet Imperator paulò ante d. §. Licentiam, apertè declarat, vt patet ex verbis quæ ſuperius retuli. Quamobrem non video fundamentum vllum, quo eorum ſententia nitatur, qui dixerunt priorem partem dictæ Nouellæ, ad omnes Eccleſias pertinere, non autem ad Eccleſiam Conſtantinopolitanam tantùm: Et facilè adducor ad ſuſpicandum, eos aut non legiſſe, aut certè non rectè expendiſſe (quandoque enim bonus dormitat Homerus) totam eam conſtitutionem.

CAPVT LIV.

De confiſcatione bonorum ob delictum, quanto temporis ſpatio exceptione præſcriptionis oppoſita euitari poſſit

VIdeo controuerſiam eſſe inter Doctores circa tempus præſcribendi aduerſus fiſcum, ob delictum occupare volentem condemnati alicuius bona. Nam aliqui ſpatium annorum quinque conſtituunt: Alij viginti. Alij triginta. Alij quadraginta. Vide Bartolum in l. 2. C. de vectigalibus. Abbatem & Felynum in c. Cùm nobis. de præſcript. Boſſium tit. de bonorum publicatione nu. 78. Thobiam Nonium con. 105. Peregrinum de iure fiſci, lib. 6. tit. 8. n. 36. Antonium Gomeſiū tit. de confiſcatione. nu. 5. Farinacium tit. de Inquiſitione, q. 10. n. 82. & tit. de delictis & pœnis, q. 25. nu. 158. cum ſeqq.

Pro quinquennio adferunt l. 2. C. de Apoſtatis malè: quia non de confiſcatione loquitur, ſed de actione intra quinquennium exercenda, contra teſtamentum apoſtatæ, ibi: *Ea que gratia teſtari minimè potuiſſe confirmat intra iuge quinquennium, &c.*

Item adfertur l. 2. C. de vectiga. & commiſ. non rectè, quia loquitur de rebus, quæ in commiſſum inciderunt propter vectigal non ſolutum, nos autem de bonorum omnium confiſcatione ob delictum quærimus.

Item adfertur l. In cognitione, ff. ad Syllan. Non placet, quia loquitur *de cognitione aperti aduerſus Senatuſconſultum teſtamenti eius, qui à familia ſua occiſus dicentur.*

Pro triginta annis adfertur regula l. Sicut. l. Omnes. C. de Præſcript. 30. vel 40. annor. Non placet, quia in cauſis fiſcalibus alio iure, vtimur. l. In omnibus. ff. de iure fiſci.

Pro annis quadraginta adfertur c. 2. §. 1. de Præſcrip. lib. 6. rectè, in illa tacti ſpecie de qua S. Pontifex reſpondit, nimirum cùm de confiſcandis hæreticorum bonis agitur.

Pro annis viginti adfertur l. In omnibus ff. de. iure fiſci rectè. Sic enim ait lex: *In omnibus fiſci quæſtionibus, exceptis cauſſis, in quibus minora tempora ſeruari ſpecialiter conſtitutum eſt, viginti annorum præſcriptio cuſtoditur.*

Sed hic minora tempora conſtituta non ſunt, ergo viginti annorum cuſtodienda præſcriptio eſt.

Item adfertur l. Querela. C. ad l. Cor. de falſis. rectè. Sic enim Diocletianus: *Querela falſi temporalibus præſcriptionibus non excluditur, niſi viginti annorum exceptione, ſicut cætera quoque fere crimina.* Iunge doctiſſimi Peregrini argumentationem: *Si de delicto cognoſci poteſt, vſque ad annos viginti quoad condemnationem in perſona, multò magis quoad condemnationem in rebus, quia condemnatio in rebus acceſſoria eſt. & quia perſonæ ſunt digniores rebus.*

CAPVT LV.

An in criminibus iudex poſſit incipere à captura perſonæ nullis præcedentibus indicijs?

IVdicem in criminibus incipere à captura perſonæ poſſe, etiam nullis indiciis præcedentibus, multi quidem dixerunt, ſed nemo hactenus probare potuit, id iuri noſtro conſentaneum eſſe. Sic dixerunt Baldus in l. 2. C. qui Cautiones, & in l. Conſentaneum. n. 11. C. quomo. & quando iudex. Marſilius ſing. 93. incip. iudex licet ſine indictis, & alib. alios citat. Farinacius, titul. de carcerib9 & carceratis q. 27. n. 115.

Adfertur l. conſentaneum. C. quom. & quando iudex, vbi Gloſſ. dicit, citationem fieri & re & verbo, & hoc per ordinarium tantùm, adducit text. in §. Si verò etiam quidam in Authent. de exhiben. reis, & Bartolus ibidem notat ex dicta Glo. *ordinarium poſſe capere perſonam quando vult,*

Adfertur etiam cap. Si clericus. de ſentent. excommun. lib. 6. Et quod hæc ſit generalis conſuetudo, teſte Paulo Caſtrenſe in conſ. 327. nu. 1. lib. 2.

Sed l. conſentaneum nihil ad rem facit: nec loquitur de criminibus, nec de captura: legatur Tex. in §. Si verò etiam quidam. loquitur de reo exhibendo. tanquam periuro, & penè ſui accuſatore per fugam facto. Quod attinet ad cap. Si clericus, agitur quidem ibi de clerico in carcerem coniecto, ſed nullum verbum, quod in carcerem conijci poſſit, non præce-

dentibus indicijs. Denique Conſuetudo quæ adfertur irrationabilis eſt, & non valet. c. vlt. de Conſuet.

Contrariam igitur ſententiam veriſſimam eſſe non dubito, quam ſecuti ſunt Clarus q. 28. ver. Scias autem. Rolandus à Valle in conſ. 17. libr. 3. in principio, alios citat Farinacius loco proximè citato, vbi hanc ſententiam ſequitur. Fundamentum eſt indubitatum. Nam cur deberet aliquis capi & in carcerem conijci, niſi ſuſpectus eſſet de delicto commiſſo? Hoc ſanè maximam iniuriam irrogat, maximúmque præiudicium: quod nemo ſanæ mentis negaret. Ergo cùm delictum non ſit præſumendum, ſed probandum, non video quo modo iudic hoc ſit permiſſum, vt ſtatim accuſatione audita, vel denunciatione, ſeu querela abſque vllis legitimis ſuſpicionibus atque indicijs, debeat aliquem capiendum, & ad carceres deducendum curare. Qui hæc tentare voluerit, me certè conſentientem non habebit, ſed non vllum alium forſitan inueniet rectè ſentientem.

CAPVT LVI.

Quæ ſint indicia legitima ad capturam rei in criminibus?

GRatis etiam laborant in definiendo, quæ ſint indicia legitima ad capturam rei in criminibus. Alijs ſolam ſuſpicionem ſufficere affirmantibus. Alijs leuia quædam indicia. Alijs diffamationem. Alijs qualem qualem informationem. Alijs denique totam hanc rem in arbitrium prudentis iudicis conijcientibus. Hæc enim poſtrema ſola ſententia vera eſt. Vlpianus: *De cuſtodia reorum proconſulem exiſtimare ſolere, vtrum in carcerem recipienda ſit perſona, an militi tradenda vel fideiuſſoribus committenda, vel etiam ſibi. Hoc autem vel pro criminis, quod obijcitur, qualitate, vel propter honorem, aut propter ampliſſimas facultates, vel pro innocentia perſonæ, vel pro dignitate eius qui accuſatur facere ſolet.* l. 1. ff. de cuſto. & exhib. reor.

CAPVT LVII.

An iudex teneatur actione iniuriarum, ſi aliquem iniuſtè in carcerem conieceerit?

NOn puto iudicem actione iniuriarum conueniri poſſe, propterea quòd aliquem abſque iuſta cauſſa in carcerem coniecerit: ſed alter tamẽ puniendũ exiſtimo, iudicis arbitrio. Monet me quod Vlpianus ſcribit in l. Iniuriarum 13. § 1. ff. de iniurijs: *Is qui iure publico vtitur, non videtur iniuriæ faciendæ cauſſa hoc facere. Iuris enim executio non habet iniuriam.* Et paulò infra: *Quæ iure poteſtatis à magiſtratu fiunt ad iniuriarum actionem non pertinent.* Et quod reſpondit Paulus: *Quod reipublicæ venerandæ cauſſa ſecundum bonos mores fit, etiamſi ad contumeliam alicuius pertinet, quia tamen non ea mente magiſtratus facit, vt iniuriam faciat, ſed ad vindictam magiſtratus publicè reſpiciat, actione iniuriarum non tenetur.* l. Quod reipub. ff. eod. tit. Ita docuit Pariſ. de Puteo in tract. Syndicatus, in verbo *Captura*, cap. 2. incip. *Quia plerunque officiales.* nu. 5. Farinacius ſequitur tit. de carceribus & carceratis q. 27. n. 137.

Contrarium docuerunt alij magis communiter Baldus in l. Per diuerſas. C. mand. Caſtrenſis & Iaſon in l. 4. §. quis condemnatus. n. 22. de re iud. Iodocus tit. de Citatione reali. Rolandus conſ. 17. nu. 1. lib. 3. & 18. nu. 5. & 56. n. 16. eodem libro, alios citat Farinacius vbi ſupra n. 135.

Fundamentum eſt primò in l. 32. ff. de iniur. Vlpianus: *Nec magiſtratibus licet aliquid iniurioſè facere. Si quid igitur per iniuriam fecerit magiſtratus, vel quaſi priuatus, vel ſi fiducia magiſtratus iniuriarum poteſt conueniri.*

Reſpondeo, Vlpianum loqui de magiſtratu, qui animum habet iniuriandi, quo caſu fateor cõueniri poſſe actione iniuriarum. Sed quæſtio noſtra debet accipi, cùm dubium eſt, an magiſtratus animo iniuriandi aliquem iniuſtè in carcerem coniecerit, tunc dicimus, iniuriarum actione conueniri non poſſe, ex ea videlicet ſola ratione, quòd iniuſtè fecerit. Nam ſi conſtaret eum hoc feciſſe animo iniuriandi, ſine dubio tenebitur actione iniuriarum.

Secundò fundamentum eſt in l. Fallaciter. C. de abolitionib. illis verbis: *Et reus aliquid iniuriæ in ſcriptionibus illatæ tolerauerit, id eſt, ſi vel carceres ſuſtinuerit, &c.* Reſpondeo, verbum *iniuria* ibi accipi pro eo quod non iure fit, vt in Inſtit. de iniur. §. 1. Non enim dubitandum eſt, quin magiſtratus dicatur iniuriam facere ei, quem iniuſtè ad carcerem mittit: ſed nos loquimur hic de contumelia, quæ actionem iniuriarum parit: Et dicimus magiſtratum non videri contumeliæ cauſſa facere in dubio: & ideirco iniuriarum actione non teneri. Si tamen iniuriandi animum habuerit, aliter reſpondemus, quia tunc tenebitur iniuriarum actione.

Tertiò, fundamentum eſt in l. Si verò. §. 1. ff. qui ſatiſd. cogan. ibi: *Quia ſanè non ſine qualibet iniuria eſt, duci in ius eum qui ſatis idoneum fideiuſſorem det.*

Reſpondeo, Caium loqui de iniuriarum actione aduerſus eum, qui fideiuſſorem locuples tem, & pro rei qualitate ſatis idoneum non accepit

accepit, non autem contra magistratum. Ideo nihil obstat.

CAPVT LVIII.

An hosti sit fides seruanda à priuatis data?

HÆc controuersia, an fides hosti seruanda à priuatis hominibus interposita, lucem nonnullam adferet ad alias duas controuersias quæ sequentur. Duæ sunt contrariæ doctorum sententiæ, quarum altera affirmat, altera verò negat fidem esse seruandam. Vide Bartolum in l. 5. ff. de pactis, Zasiū in q. 3. de Iudæis. Duarenum in l. 1. ff. de Pactis. Alciatum in libel lo de singulari certaminē c. 44. Placam in Epitome delictorum c. 37. Didacum Couuar. in Epitome de sponsalib. 2. parte, c. 3. § 4. n. 14.

Affirmantis sententiæ fundamentum est primò in regula generali, quā dicitur fidem seruādam esse. l. 1. ff. de pactis. l. 1. ff. de constituta pecunia. Secundò in c. Noli 23. q. 1. vbi S. Augustinus apertè scribit, etiam hosti fidem seruandam. Tertiò in l. Nam & Seruius ff. de neg. gestis, vbi dicitur: *Cùm à Lusitanis tres capti essent, & vnus ea conditione missus, vt pecuniam pro tribus afferret, & nisi redisset, vt duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reuerti noluisset, & ob hanc caussam illi pro tertio quoque pecuniam soluissent, æquum esse Prætorem in eum reddere iudicium.*

Negantis autem sententiæ fundamentum est. Primò in l. 1. §. Non fuit. ff. de dolo. ibi: *quoniam veteres etiam bonum dolum dicebant: & pro solertia hoc nomen accipiebant, maximè si aduersus hostem latronemve quis machinaretur.* Secundò in l. 25. ff. de capt. & postl. reuer. vbi I. C. *Nihil interest quomodo captiuus reuersus sit vtrum dimissus, an vi fallaciave potestatem hostium euaserit.* Tertiò in c. Dominus noster 23. quæst. 2. vbi S. Augustinus: *Cùm autem iustum bellum susceperit, vtrum apertè pugnet, an ex insidiis, nihil ad iustitiam interest.* Quartò in l. 2. C. de commer. & mercato. vbi Gratianus Imperator ad Tatianum scribens, præcipit aurum barbaris non solum nō præberi, sed etiam quod apud eos inuentum fuerit, *subtili ingenio auferri debere.* Quintò in l. 5. ff. de re militari, vbi I. C. *Qui captus cùm potuerat redire, nō redit, pro transfuga habetur.*

Mihi prior sententia magis placet, quia probabilioribus nititur argumentis, quibus addo historiam Marci Aquilij, cuius meminit l. 5. ff. de captiuis.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, testimonium illud Vlpiani accipiendum esse de insidijs, quæ stratagemata dicuntur, quibus aduersus hostem vti permissum est.

Ad secundum respondeo, nihil interesse, quomodo captiuus reuersus sit, vtrum dimissus an vi vel fallacia potestatem hostium euaserit: accipiendum esse quoad ius postliminij. Hoc enim duntaxat sufficit eum ab hostibus rediisse, modò animum habeat remanendi in Ciuitate, vt in lege allegata dicitur.

Ad tertium respondeo, permissum esse, vt supra etiam dixi, aduersus hostes insidiis vti, & hoc probat argumentum, sed sententiam nostram non offendit.

Ad quartum respondeo, hæc esse dissimilia. Fidem hostibus datam seruare vel non seruare: & aurum hostibus non præbere, sed auferre: nihil sanè commune habent.

Ad quintum respondeo, nihil aliud eo probari, quam si quis possit, cùm captus est, ad suos redire & nolit, quia videlicet malit apud hostes manere, pro transfuga habendum esse. Meritò: sed nihil hoc ad quæstionem, de qua agitur: an fides hosti sit seruanda.

Vnus restare videtur scrupulus, quia promissio hosti facta videtur rescindenda propter metum captiuitatis. l. 4. ff. de eo quod met. caussa. Respondeo, id locum non habere, quando captiuitas & seruitus est iusta. l. Si mulier, ff. eodem tit.

CAPVT LIX.

Saluum conductus à Principe concessus exbannitis, ob grauissima delicta, sitne seruandus?

NE pluribus lectorem morer, existimo, saluum conductum à Principe datū exbannitis seruandum esse: quia graue est fidem fallere. l. 1. ff. de Pactis. l. 1. ff. de constitut. pecun. & alibi, vbi dicitur, nihil tam conueniens esse naturali æquitati, quam fidem datam seruari.

Nec me ab hac sententia communioribus doctorum suffragiis munita deterrēt, quæ grauissimi aliquot authores, quorum nomina inferius dabo, pro contraria sententia stabilienda, in medium attulerunt.

Primum, quia hæc datur esse fragilis cautio. argum. l. Qui ita. §. 1. ff. ad Trebel. quod non aliam ob caussam contingere videtur, nisi quia non cogatur quis seruare eiusmodi cautiones.

Secundò, quia seruare hujusmodi promissiones & cautiones contra publicam vtilitatem pugnare videtur, quæ hoc exigit, vt delicta puniantur. l. Ita vulneratus. ff. ad l. Aquil.

Tertiò, quia fides hostibus seruanda non sit.

Quartò, ex l. Cùm pater § Titio. de l. 2. illis verbis: *Nec videtur dolo fecisse, cum fraudem excluserit.*

Quintò, ex § Neque, in Nouella, de mādatis

Princip. Sic enim Iustinianus ait: *Neque autem homicidis, neque adulteris, neque virginum raptoribus, delinquentibus terminorum custodiet cautelam, &c.*

Sextò, quia cum talibus exbannitis & condemnatis nulla videtur posse obligatio contrahi, nec enim sunt capaces obligationum tanquam hostes, & veluti transfugæ.

Septimò, quoniam exempla extant grauissimorum Principum, qui tales cautiones datas non seruarunt.

Authores sunt multi apud Petrum Placam in epitome delictorum cap. 37. Herculanum de cautione de non offenden. c. 37. n. 10 Horatium Lucium inter cons. crim. li. 1. cons. 167. Iacobum Nouellum pract. crim. regu. 182. in 2 fall. Paridem à Puteo tract. Syndicatus in verbo, Saluus conductus, c. 1. nu. 2. Angelum de maleficiis. in verb. *Quod fama publica præcedente*, n. 6. Mandosium in pract. commissionũ, tract. de signatura gratiæ. rub. de saluo conductu. Mynsing. cent. 1. obseru. 82.

Respondeo ad primum, Iurisconsultum non loqui de fragilitate cautionis, eam ob caussam quod seruari non debeat: sed quia aliquando vel non sufficit propter inopiam eius, qui se obligat, vel alias ob causas: non autem propterea, quod non teneatur qui promisit eam seruare: alioqui superuacaneæ forent cautiones omnes ac fideiussiones: quod absurdum est dicere.

Ad secundum respondeo, vtilitati quidem publicæ aduersari delictorum impunitatem: sed tamen si princeps eam promiserit, debere eam seruare: quemadmodum seruare tenetur: vbi ex gratia pœnam condonauit.

Ad tertium respondeo, negando id quod asseritur, nimirum fidem hostibus seruandam non esse: Nam contrariam sententiam in præcedenti capite approbauimus.

Ad quartum respondeo, aliud esse fraudem excludere, quod permissum est, aliud fidem violare, quod graue ac turpe est.

Ad quintum respondeo, sententiam Iustiniani in dicta Nouella hãc esse, templorum immunitatem homicidis, adulteris, & similibus præstandam non esse: id patet ex verbis sequentibus, quæ sic se habent. *Sed etiam inde extrahes, & supplicium eis inferes, &c.* Rectè Cuiacius in expositione dictæ Nouellæ: *Si iudicium est criminale, non seruatur ius asyli, exempli caussa, sicariis, adulteris, raptoribus virginum, vt hac Nouella continetur, &c.* Quanquam aliter iure canonico sit constitutum, vt habetur in tit. de Immunitate Ecclesiarum.

Ad sextum respondeo, iure quidem ciuili nullam cum istis hominibus obligationẽ contrahi, sed loquimur nunc de fide data, ex quo oritur naturalis obligatio, cuius procul dubio isti sunt capaces.

Ad septimum, ab exemplis petitum, respondet doctè, clarè & sufficienter D. Menochius in cons. 100. n. 223. lib. 1.

Dixi hanc esse communiorem sententiam, & probo ex Gregorio Magalotto in tract. de saluo conductu, decis. 19. Bursato cons. 177. n. 27. li. 2. & 345. n. 25. lib. 4. Bertazolo cons. 359. lib. 2. Farinacio tit. de carceribus & carceratis q. 29. in principio.

CAPVT LX.

Frangens fidem publicam, hoc est, offendens eum qui à Principe saluum conductum habet, an incidat in crimen læsæ Maiestatis.

VLpianus: *Maiestatis crimen est quod aduersus populum Romanum, vel aduersus securitatem eius committitur* in l. 1. ff. ad legẽ Iul. Maiestatis.

Rectè Budæus exponit *securitatem*, id est, tranquillitatem & pacem, & Duarenus lib. 2. cap. 22. disputationum. Malè hinc nostri, qui pro fide publica accipiunt, quam vulgò saluum conductum appellamus, inde colligunt, in crimen læsæ Maiestatis incidere eum qui offendit eos, qui à Principe saluum conductum habent, sicut & Bursatus annotauit in cons. 216. nu. 24. lib. 2.

Saluus conductus est fides publica: securitas Latinè loquentibus est animi tranquillitas, & pax cõtraria curæ & anxietati: Si quis ergo populi Romani pacẽ, trãquillitatem turbauerit, is reus est læsæ Maiestatis. Qui offendit eũ qui publica fide tutus est: nõ offendit Principis Maiestatem, vel populi Romani trãquillitatem & pacem: sed hominem priuatum offendit: Facit contra Principis voluntatem, contra mandatũ eius: sed læsæ Maiestatis reus non est, alioqui omnes qui leges Principum, qui eorum mandata violauerint, statim erunt læsæ Maiestatis rei: quod absurdum est dicere. Si tamẽ proponatur fidem publicam violari in contemptum Principis, eoque animo, vt Principi iniuria inferatur, tunc affirmare non verebor legi Iuliæ Maiestatis locum esse, vt rectè Bossius explicat de crimine læsæ Maiestatis n. 10.

CAPVT LXI.

An possit iudex, vt reus fateatur delictum, impunitatem ei promittere, & postea confessum cõdemnare ac punire?

CElebris est sententia Dominici à S. Gem. licere iudici delinquenti promittere impunitatem

ratem & liberationem, vt delictum fateatur. eúmq. poſtea confeſſum condemnare ac punire in cap. Nos in quenquam 2. q. 1. Nam pro huiuſmodi ſimulationibus pugnare videtur iudicium Salomonis in cap. Afferte. de Præſumpt. & quod ſcriptum eſt ob publicam vtilitatem permiſſam eſſe ſimulationem. in c. Vtilem. 22. quæſt. 2. Sequitur Felyn. in d. c. Afferte. de Præſumpt.

Sed nihil promiſit Salomon, cùm dixit, *Afferte mihi gladium*: nec vſpiam dicitur licere mentiri, & fidem non ſeruare, & ſub fide publica quemquam decipere: imò repugnat l. 1. ff. de pact. l. 5. ff. eod. l. 1. ff. de conſt. pecun. l. 1. C. de his qui ven. ætat. impetra. Ergo contraria ſententia verior, quam ſecutus eſt Decius cum aliis qui annotationes in eum ſcripſerunt, ad l. ea eſt natura. de reg. iur. Io. Imolenſ. conſ. 109. Marſil. ſing. 101. n. 4. Thomas Grammaticus in q. 5. poſt deciſiones, Petrus Placa in Epitome delictorum cap. 37. n. 5. Couuar. lib. 1. reſolut. c. 2. non procul à fine. Nil moror diſtinctionem Blanci in pract. crimin. §. datis defenſionibus num. 50.

Non obſtat, ſi dicatur, promiſſionem factam impunitatis non valere: quia iudex hanc poteſtatem non habet, & contra publicam vtilitatem fieri ſeruando huiuſmodi promiſſiones. Publicam verò vtilitatem præferendam eſſe priuatæ.

Nam reſpondeo, non licere quidem iudici hæc promittere: ſed tamen ſub fide publica neminem eſſe decipiendum: Nec idcirco delictum impunitum eſſe relinquendum contra ius & publicam vtilitatem: quia poterit reus & condemnari & puniri, ſi in ea confeſſione perſeuerauerit, vel aliis modis ab eo commiſſum probatur delictum, vel teſtibus, vel aliis argumentis. Ex confeſſione illa *ſic extorta dicimus condemnari & puniri non poſſe.*

Nec aſſentior iis, qui pœna extraordinaria ex ſola illa confeſſione non confirmata, nec reuocata, reum eſſe puniendum ſtatuunt, Menoch. de arbitr. caſu 367. nu. quia id iure non probatur. Nouiſſimè legi Binsfeldium egregiè confutantem argumenta Bodini, quibus probare conatur reum eſſe puniendum, & iudicibus hæc mendacia ac deceptiones eſſe permiſſas in tractat. de confeſſionibus maleficorum, in 7. concluſ. in 3. dubio.

CAPVT LXII.

Iudex an poſſit concedere ſaluum conductum bannito vel condemnato?

NE diu lector animi pendeat in hac graui, & variis doctorum ſententiis implicita quæſtione, exiſtimo iudicem nequaquam poſſe concedere ſaluum conductū bannito vel condemnato: ſed hoc ius Principi ſoli competere. Marcianus: *Et nemo poteſt commeatum remeatumve dare exuli, niſi Imperator ex aliqua cauſa.* l. Relegati. ff. de pœnis.

Alij dicūt poſſe, primò ex l. Is qui reus cum Glo. ff. de publicis iudi. Vlpianus: *Inchoatas planè delationes ante damnationem implere eis & poſt damnationem permiſſum eſt.* Gloſſ. ibi: *Sed quomodo non cum ſ. abiit in ciuitate?* Dic *quod interim permittitur ei ſtare in Ciuitate?*

Reſpōdeo, hæc eſſe diſſimilia; inchoatam accuſationem ante damnationem proſequi, & condemnatum in Ciuitate recipere cum fide publica ne puniatur: vt de nouo delicti ipſius vel alterius cognoſcatur.

Cùm nondum ex Ciuitate abiit, nec executioni mandata eſt ſententia, nil mirum ſi differri poſſit executio. argum. L. Prægnantis. ff. de pœnis. l. Ad beſtias. ff. eodem. At exulem admittere, commeatum ei dare, & remeatū, hoc eſt, veniendi ac recedendi poteſtatem, id verò non eſt iudici permiſſum, ſed ſoli Principi, vel ei qui loco Principis eſt.

Secundò, quia iudex ſtudere debet omni conatu, vt veritatem inueniat l. 2. C. ſi contra ius, &c. c. Iudicantem 30. qu. 5. Veritas autem facilius inuenitur ex præſentia rei. nam magna ſumitur coniectura ex vultu, ex animi motu, ex conſtantia & trepidatione. l. De minore. §. Tormenta. ff. de quæſtio. Ergo reo ſaluus conductus eſt concedendus, vt veniat. Sic enim veritas cognoſceretur.

Reſpondeo, concedo totum: ſed dico ab eo eſſe ſaluum conductum concedendum, qui poteſtatem habet, hoc eſt, à Principe. Hæc enim eſt quidem iuſta cauſa, ſed requiritur poteſtas quoque, quam nego iudices habere.

Tertiò, quia in ea re bonum publicum vertitur propter defenſionem innocentis. l. Seruum quoque. §. Publicè. ff. de procurat. Iudex ergo hanc ſecuritatem concedere poteſt propter bonum publicum.

Reſpondeo, argumentum probare concedendam eſſe ſecuritatem ab eo qui poteſtatem habet, ſed non à iudice, quia is non poteſt ſibi poteſtatem arrogare, quam non habet ſub colore publicæ vtilitatis. Quare & Principi eum ſcribere oportet, ſi quando ei, qui nocens videbatur, poſtea ratio innocentiæ conſtiterit. l. 1. §. vlt. ff. de quæſt.

Alij negant ſecuritatem dari poſſe bannito & condemnato, aiunt autem rectè dari nondum condemnato. Boſſius poſt Salycet. in tit. de citationibus n. 39.

Sed nulla legum authoritate, aut ratione probant alterum membrum diſtinctionis, quo aſſerit eſſe ſecuritatem poſſe dari. Quis enim poterit iudex legum executor aut miniſter? in cuius

potestate facti quæstio est, non pœnæ persecutio l.1.ff. ad Turpil. tales gratias impertiri, quæ ex Principis clementia pendent.

Alij distinguunt, an reus condemnatus facilè apprehendi possit vel non: priore casu negant securitatem dari posse. Posteriori autem affirmant. Sed vltimum membrum distinctionis iure non probatur.

Alij distinguunt, verùm talis sit caussa quæ possit per procuratorem agi, vel non sit talis causa. Priori casu negant dari posse securitatem. Posteriori affirmant.

Sed hæc distinctio eadem laborat probationis inopia: nec enim vllo iuris testimonio comprobatur.

Alij denique distinguunt, an subsit iusta caussa vel non subsit concedendi huiusmodi securitates. Sed refellit hanc sententiam Martianus, quem initio adduxi, cùm ait, neminem posse, nisi Imperatorem, ex aliqua caussa exuli commeatum vel remeatum dare, in d.l. Relegati, ff. de pœnis. Non distinguit inter temporalem & perpetuam securitatem, ne quis ea distinctione confidat. Ergo & iusta caussa requiritur, & Principis consensus.

En Doctores. Bartolus in d.l. Is, qui reus. ff. de pub. iudi. Marsilius §. Aggredior. n. 104. Iason in l. Conuocationum. n. 4. ff. de pactis. Blancus pract. crim. §. Datis defensionib. n. 15. Clarus q. 32. vers. Sed hic quæro. Menochius de arbit. lib. 1. q. 81. & 92. & casu 337. & cons. 110. nu. 197. D. Tib. Decianus cons. 96. lib. 3. Afflict. decis. 4. Grammaticus voto 25. Farinacius tit. de carceribus & carceratis, q. 29. nu. 81. cum seq. vbi etiā refert Pontificias constitutiones, quibus in ditione Ecclesiastica iudices dare prohibentur huiusmodi securitates.

CAPVT LXIII.

Si iudex concesserit saluum conductum exbannito seu condemnato, cum de iure non posset, an seruare fidem teneatur?

Controuertitur quoque, an si iudex dederit bannito seu condemnato saluum conductum, cùm de iure non posset, teneatur fidem seruare. Aliqui enim affirmant, aliqui negant. Vide Salycet. ad l. Cùm indulgentia C. de sentent. passis. Menoch. de arbitr. quæst. 81. nu. 12. & casu 336. n. 27. & nu. 33. Farinacium tit. de carceribus & carceratis, q. 29. nu. 95. Ego affirmanti sententiæ calculum præbeo, quia nemo decipiendus est sub fide publica, vt dixi capite præcedenti. Fundamentum contrariæ sententiæ est idem, quo nituntur ij, qui negant seruandam esse fidem hostibus & exbannitis, quod retuli fusiùs, & confutaui suprà cap. 58.

CAPVT LXIV.

An effringens carceres mortis pœnam incurrat?

Vlpianus: *De his qui carcere effracto euaserint, sumēdum supplicium, Diui fratres Æmilio Tironi rescripserunt. Saturninus etiam probat, eos, qui de carcere eruperunt, siue effractis foribus, siue conspiratione, cum cæteris qui in eadē custodia erant, capite puniendos.* l. 1. ff. de effractoribus. l. Milites. §. Eius fugam ff. de re militari. l. Si quis aliquid. 38. §. Miles. ff. de pœnis.

Sed controuersia est, an pœna capitalis intelligatur esse mors ac vltimum supplicium, vel ciuitatis amissio. Nam *appellatio capitalis mortis, vel amissionis Ciuitatis intelligenda est.* l. Licet 103. de regul. iur.

De morte accipiendam censuerunt Marsilius in §. Attingam. num. 36. Bossius tit. de carcerato nu. 5. ibi: *Maximè, quia leges loquuntur de capite naturali.* Placa in Epitome delictorum, c. 10. n. 26. alios citat Farinacius ti. de carceribus & carceratis, quæst. 30. num. 3. Duarenus ad ti. de effractoribus. Quibus adstipulatur verbum *supplicij*, quo Vlpianus vtitur, & criminis admissi grauitas.

Cæterùm illam pœnā capitalem de mitiori accipiendam esse, puta exilij seu amissionis ciuitatis, authores sunt Petrus Duennas reg. 393. in 9. limit. Vrsillus ad Afflictum deci. 404. n. 16. Bursatus cons. 346. n. 32. lib 4. & alij quos refert & sequitur Farinacius vbi suprà, nu. 4. Quibus addo Ludouicum à Peguera decis. 1. Concilij Cathaloniæ ad finem.

His adstipulatur l. Interpretatione. ff. de pœnis, & vulgaris doctr. Glos. in l. 1. C. Ne Christianum mancipium. Nec obstat verbum *supplicium*, quia mortem tunc significat, cùm adiicitur, *vltimum*. l. Vltimum. ff. de pœnis, vel *summum*. l. Capitalium. ff. eod.

Ego benigniori sententiæ calculum præberē meum, nisi viderem eos qui carceres effringūt Maiestatem ipsius magistratus contemnere, & plerunque constitutionibus cauēri hoc crimen mortis pœna mulctandum.

CAPVT LXV.

Fugiens ex carcere effracto, an videatur fateri delictum, & tanquam confessus sit damnandus?

Callistratus: *In eos qui cum recepti essent in carcerem conspirauerint, vt ruptis vinculis, & effracto carcere euadant: amplius quam caussa ex qua recepti sunt, reposcit, constituendum est. Et quamuis innocentes ex crimine*

crimine inueniantur, propter quod impacti ſunt in carcerem: tamen puniendi ſunt. l. 13. ff. de cuſtodia & exhib. reorum.

Gloſſ. in ver. *Puniendi. Non aperit*, inquit, *qua pœna, ſed videtur referre ſe ad pœnam eius criminis, pro quo erat ibi: vt ſic habeatur pro confeſſo: Ad quod eſt in Auth. de collat §. Prohibeamus.*

Eandem ſententiam ſecuti ſunt Bartolus ibidem, & in tract. de carcere. Angelus de Maleficiis in verbo, *Quod fama publica*, n. 81. Marſilius §. Attingam. n. 44. Grammaticus con 57. n. 3. Menochius de arbit caſu 301. nu. 5. & de Præſump. lib. 1. Præſump. 89. n. 45 Rolandus à Valle conſ. 7. nu. 8. lib. 1. Maſchard. de probationi. vol. 1. concl. 466. n. 1. & conclu. 498 n. 16. eodem li & concluſ 820. nu. 1. lib. 2. Franciſcus Becius conſ. 70. n. 23.

Sed nec text. quem Gloſſ. adducit ad rem facit: nec Calliſtrati verba hanc interpretationem admittunt. Primò, quia cùm non aperiat, qua pœna ſint puniendi tales effractores, non licet nobis inferre, eſſe puniendos pœna crimini conſtituta, propter quod in carcerem coniecti ſunt. Secundò, quia pœna eorum, qui carcerem effringunt, & euadunt, capitalis eſt, vt in l. 1. ff. de effractoribus, & alibi, vt in præcedenti capite dixi: non igitur eſt pœna eadem, quæ crimini impoſita eſt. Tertiò, nam Calliſtratus dicit, puniendos eſſe etiam eos, qui ex eo crimine, propter quod in carcerem coniecti fuêre, innocentes ſunt: Quomodo autem pro confeſſo habere poſſumus innocentem, eùmque tanquam nocentem condemnare? Quartò, quia hæc eſt perſpicua Iureconſulti ſententia, eos qui effractis carcerib. effugiunt, puniendos eſſe amplius, hoc eſt, grauius, quàm cauſſa expoſcit, ob quam in carcerem miſſi fuerunt. Licet enim ob leuem fortè cauſſam carceri eſſent incluſi; tamen effracturæ carceris crimen & fugæ graui pœna coercendum eſſe. Imò & puniendos eſſe, licet fuerint innocentes, ex eo crimine propter quod in carcere detinentur: quia ſcilicet effractionis carceris atque euaſionis crimen ipſum per ſe pœnam meretur.

Contrariam igitur ſententiam habuerunt Albericus in d. l. In eos. Cumanus conſi. 105 Boerius deciſ. 215. num. 22. Duennas reg. 392. in prima ampl. Anton. Gomeſ. de captura reor. nu. 11 Burſatus conſ. 346. n. 31. 32. 35. lib. 4. Bertazolus conſi. 34. nu. 1. & 35. n. 15. alios citat Farinacius, eandem & ipſe ſententiam ſecutus ti. de carcerib. & carceratis, q. 30. n. 8. & ſeqq. quibus addo Ludouicum de Peguera deciſ. 1. Concilij Cathaloniæ, & Ioan. Vaſ. dum quæſt. iuris lib. 2. cap. 2. vbi malè iudicio meo ſcribit ex l. 1. §. vl. ff. de effractoribus. *Tenuioribus ex hac cauſſa, non vltra operis publici pœnam, honeſtioribus nõ vltra relegationis irrogandam eſſe*, quia text. in d. §. vlt. non de carcerum effractorib. loquitur, ſed de furibus qui effringunt, vt latrocinentur, vt patet ex verbis præcedentibus. Nam quantum attinet ad carcerum effractores iam dixerat Iuriſconſultus initio ipſius legis pœnam eſſe capitalem.

CAPVT LXVI.

Controuerſia circa conciliationem l. 1. ff. de effractorib. & l. 1. In eos ff. de cuſtodia & exhib. reor. de fugiente ex carceribus.

Calliſtratus in l. In eos. ff. de cuſtodia & exhib. reor. hoc tantùm vult, puniendos eſſe eos, qui carceri mancipati conſpirant, vt ruptis vinculis & effracto carcere aufugiant. Vlpian. autẽ in l. 1. ff. de effract. effractorib. pœnam capitis eſſe reſpondit. Ergo nulla opus eſt conciliatione, quia non diſſentiunt. Alter ait puniendos, alter genus pœnæ declarat, capitis eſſe dicens.

Malè ergo qui vt eas leges conciliarent, dixerunt, Calliſtratum loqui de eis, qui tentarunt fugam ex carceribus, ſed non fugerunt. Vlpianum verò de illis, qui fugam tentarunt ex carceribus & euaſerunt.

Non placet: licet enim Calliſtratus expreſsè non faciat fugæ & euaſionis mentionem, tamẽ non eſt credendus loqui de ſolo conatu ad euadendum.

Minùs probatur eorum ſententia, qui dixerunt, ita conciliari hæc reſponſa, vt contra fugientes ruptis carcerib. duplex pœna ſtatuatur, nimirum capitis, iuxta Vlpiani reſponſum, & pœna quæ impoſita crimini eſt, cuius cauſſa in carceres miſſi ſunt, qui eis effractis aufugerũt, quia ſcilicet pro confeſſis habentur. Malè, quia vna eſt pœna capitis expreſsè ab Vlpiano cõmemorata: Pœna illa confeſſi nulla eſt, vt dixi, cap præcedenti.

Authores, ſi quis ſcire cupit, ſunt Alberic. in d. l. In eos. & Angelus Boſſius tit. de carcer. n. 5. Bertazolus conſ. 35. n. 15. Marſilius §. Attingam, nu. 44. Menochius caſu 301 num. 5. Maſchard. de probationib. lib. 2. concl. 820. n. 9. Farinacius titu. de carceribus & carceratis, quæſt. 30. n. 20. & 21.

CAPVT LXVII.

In pœnam in eos conſtitutam, qui fracto carcere euadunt, an incidant ij, qui in palatio aut alio certo loco detenti, oſtio perfracto effugiunt?

Controuertitur etiam, an ſi quis non in carceribus detineatur, ſed in Prætorio vel alio honeſtiori loco, & inde aufugiat

foribus perfractis, an eadem pœna plectendus sit, qua ij plectuntur, qui effractis carceribus euadunt, iuxta l. 1. ff. de effractoribus. Negat Iason post alios in repet l. Admonendi. num. 174. ff. de iureiu. quia in pœnalibus non fit extensio, cùm odia restringenda sint: & interpretatione molliendæ sint pœnæ potiùs quàm exasperandæ ex locis vulgaribus. Lex autem pœnam capitis in eos statuit, qui carceribus effractis euadunt.

Sed profectò hæc extensio non est, sed iusta quædam interpretatio: nam quid refert, an frangantur carceris fores vel Prætorij, aut alterius domus, quæ pro carcere assignata est? Eadem est ratio. Ergo idem ius esse debet: Domus: Prætorium iudicis loco carceris habetur: Nec lex imposita verbis est, sed rebus.

Contrariam igitur sententiam amplector, quæ communior est. Vide Boetium decis. 215. n. 15. Menoch. de arbit. casu 301. nu. 9. Duennam reg 392. in 4. ampl. Farinacium tit. de carceribus & carceratis, quæst. 30. num. 50. vbi alios citat.

CAPVT LXVIII.

Fideiussor de tuto carcere (vt vocant) sub pœnis, an incidat in pœnam, si principalis aufugiat, eo in casu, quo iniustè detinebatur?

Fideiussorem in proposita facti specie non incidere in pœnam, tradit Lucas a Penna in l. si quis decurio. n. 6. C. de decurionibus li. 10. quē refert & sequitur Grammaticus cons. crim. 51. n. 7. & alios citans Farinacius tit. de carceribus & carceratis, q. 30. n. 61.

Sed contrarium respondit Hyppolitus Riminaldus in cons. 135. nu. 21. lib. 2. qui motus est authoritate Bossij male intellecti in tit. de carcerato fideiuss. committen. nu. 49. sicut ostendit doctus vir ac diligens Farinacius loco superius annotato. Nullum præterea in legibus fundamentum habet.

Verùm superior sententia, quæ fideiussorem excusat, negátque in pœnam incidere, fundamentum habet satis firmum. Non tenetur fideiussor, si principalis non tenetur. Nam fideiussoris obligatio accessoria est, & non potest in duriorem caussam obligari, quàm principalis. l. Græce. §. illud ff. de fideiussor. Sed principalis qui detinetur aufugiendo, nullam pœnam incurrit, cùm scilicet iniustè detinetur. Potest enim impune aufugere, argum. l. Vis eius. C. de probation. & ibi Bartolus ac cæteri hoc affirmant: éstque communis omnium sententia. Ergo nec fideiussor in pœnam incurrere debet, ne durior sit eius quàm principalis caussæ, & obligatio, argum. l. Fideiussor obligari. ff. de fideiusso. Et vt exceptio iniusti carceris, quæ principali prodest, etiam fideiussori prosit. argum. l. Fideiussoris. in fi. ff. de Pactis.

CAPVT LXIX.

Quæ sit pœna eximentis iustè detentum in carceribus ex caussa criminali?

Qui confessum in iure reum, & propter hoc in vincula coniectum emiserit, reus est læsæ Maiestatis l. 4. ff. ad Iul. Maiest. Maleficæ artis reum, qui legum seueritati & debitæ subtraxerit quæstioni, vltimum supplicium non euadit. l. vl. C. de Maleficis & Mathemat. Raptorem qui eximit, pœna decem librarum auri mulctatur. §. Arripian. & §. vlt. in Authent. vt omnes obediant iud. prouin. Sed quid aliis casibus?

Communis sententia est eximentem eadem afficiendum pœna, qua is afficiendus erat qui detinebatur in carcere. Vide Barto. in l. Sed & si eximendi § Item si quis. ff. Ne quis eum qui in ius vocatus est vi eximat. Iasonem ad l. 1. §. Quod Prætor. nu. 12. ff eod. Alex. cons. 35 n. 5. lib. 2. Menochium de arbitrariis casu 301. nu. 16. Malchardum de probationibus volum. 1. concl. 266. n. 16.

Fundamentum est in l. 1. C. de his qui latrones: & c. Valentinianus: *Eos qui secum alieni criminis reos occultando eum eamve sociauerunt, par ipsos & reos pœna expectet.*

Sed hoc in casu pœnam esse arbitrariam post Ioan. Fabrum, quem citat in § Pœnales. n. 7. Instit. de actio existimat Farinacius tit. de carceribus & carceratis, q 30. n. 93.

Mouetur hac ratione, quia absurdum esset, ob leuissimum aliquod crimen in carcerem cōiectum eximentem, non maiori pœna teneri, quàm is teneretur, qui exemptus est: cùm turbet iurisdictionem iudicis.

Ad l. 1. C. de his qui latrones, respondent eam legem loqui de iis qui latrones occultant vel sociant: non autem de iis qui eos è carceribus eximunt. Et eandem legem ipse perpendit in secundo responso, dum ait: *Latrones si quis sciens susceperit, & eos offerre iudicibus supersederit, supplicio corporali, aut dispendio facultatum, pro qualitate personæ, & iudicis æstimatione plectetur.*

Ego communem sententiam veriorem puto, eámque confirmo ex l. Ad Commentariensem. C. de custodia reorum. vbi Imperator Valentinianus de Commentariense verba faciens, cuius culpa reus aufugit ex carceribus, decernit, eum eadem pœna teneri, *Qua obnoxius docebitur fuisse qui fugerit.*

Ad primum argumentum respondeo, non videri absurdum, quod eximens teneatur eadē pœna,

pœna, nisi effringat carcerem, vel occasionem det aliis quoque in carcere existentibus euadendi. Non debet ex leuissimis causis iudex quempiam in carcerem conicere. Et rarò accidere potest, eum qui ex talibus causis coniectus in carcerem fuerit à quopiam eximi, cùm statim liberandus sit.

Ad secundum fateor, turbari iurisdictionem iudicis: veruntamen pœna non debet esse grauior delicto. Quanquam fateor, rectè statui posse, vt maiori pœna tales eximentes afficiantur, si ita res exigat, vel quia frequenter ista committantur: vel alias ob causas iustas. Disputatio nunc est duntaxat de eo, quod iure communi statutum est.

Ad responsionem datam ad l. 1. C. de his qui latrones. replicari potest, licet illa lex de eximente eum, qui in carceribus est, non loquatur, tamen eandem esse rationem in eximente, quæ in occultante delinquentem: Nam eximens delinquentem ipsum occultat, associatque & iuuat ad euadendum.

Quod attinet ad 2. partem d. l. 1. illa de receptatoribus loquitur, ac proinde ad rem propositam non rectè adducitur.

CAPVT LXX.

Eximens iniustè captum, vel in carceribus detentum, an puniendus sit?

NEquaquam puniendum eum esse, qui captum iniustè, in carceribus detentum exemerit, authores sunt Bossius tit. de captura, nu. 45. & ante eum Alexander in l. Sed eximendi. Ne quis eum qui in ius vocatus est vi eximat. Iason ad l. 1. §. Quod Prætor n. 12. ff. eod. tit. Clarus q. 29. vers. *Sed quid si ille.* Menochius de arbit. casu 301. nu. 24. Rolandus cons. 49. nu. 13. lib. 4. Farinacius tit. de carceribus. & carcera. q. 30. n. 113.

Fundamentum est primò in l. 1 §. Offilius. ff. Ne quis eum qui in ius vocatus est, &c. Vlpianus: *Offilius putat locum huic edicto non esse, si persona, quæ in ius vocari non potuit, exempta est, veluti parens, patronus, cæteræque personæ, quæ sententia mihi verior videtur. Et sanè si delinquit qui vocat, non delinquit, qui patronum vi eximit.*

Secundò, quia iudici de facto, id est, iniquè aliquid facienti, & contra ius permissum videtur resistere. arg. l. Prohibitum. & l. Defensionis C. de iure fisci. lib. 10. & quasi vim vi repellere. l. Vi vim. ff. de iust. & iure.

Contrarium docet Alexander in cons. 35. n. 5. lib. 2. Albericus in l. 1. ff. Ne quis eum qui in ius vocatus est.

Fundamentum est, quia licet eximens non teneatur ex edicto illo, *Ne quis eum qui in ius vocatus est, vi eximat*, quoad interesse partis: tamen quia magistratus iurisdictionem contemnit, & vim facit, non videtur impunè id ferre oportere.

Ego autem sic puto distinguendum. Aut quis eximit eum qui capi, vel in carcerem duci non potuit: quia scilicet iudex non est competens, vel aliam ob causam, & tunc nullam pœnam incurreret, ita loquitur Vlpianus in d. l. 1. §. Offilius.

Et licet Vlpianus loquatur de ciuili actione ex edicto illo, tamen eadem est ratio quoad criminalem accusationem: quia scilicet talis eximens non *delinquit*. Et quia permissum est, resistere hoc in casu iudici de facto vim facienti.

Aut eximit quis captum iniustè, effringêdo carceres: & tunc puniendus est. Nam si permissum cuiquam, non est etiam innocenti ruptis carceribus effugere. l. In eos. ff. de custodia & exhib. reor. multò minùs aliis eximere sic frangendo carceres permissum censeri debet.

Non obstat, quod Farinacius loco annotato scribit, aliud esse, innocentem esse, aliud non iustè & ritè in carcerem coniectum, & ideo innocentiam rei detenti non excusare eximêtem, sed capturam iniquam contra iuris ordinem excusare.

Nam respondeo, nullam esse rationem differentiæ: imò videtur maiori excusatione dignus is qui innocens est, quàm is qui contra vel præter iuris formam in carcerem compactus est, qui fortasse innocens alioqui est. Et magis peccat iudex innocentem detrudêdo in carcerem, quàm nocentem ordine iuris non seruato. arg. l. Absentem. ff. de pœnis.

Aut quis eximit in carcere detentum, absque fractione carceris eum, qui poterat quidê in carcerem detrudi, sed per calumniam detrusus est: & puto in pœnam incidere, quia non est officium eximentis iudicare de iusta vel iniusta detrusione in carcerem, sed iudicis, qui calumniatorem puniet, aut si ipse absque accusatore id fecerit ex officio, punietur. Atque applicari non incongruè potest, quod Paulus scribit in l. 4. ff. Ne quis eum, qui in ius vocatus est. vi eximat. *Item si quis eum qui per calumniam vocabatur exemerit: constat eum hoc edicto teneri.*

CAPVT LXXI.

Pœna fracti carceris, an teneatur is qui iniustè coniectus in carcerem fuit?

NOn est hic controuersia inter doctores, sed obscuritas quædam, meritò auferenda, ne quis impingat. Callistratus scribit eos esse puniendos, qui cùm in carcerem recepti essent, coniurationem cum aliis fecerunt, vt

fracto carcere euaderent, licet innocentes fuerint. l. In eos. ff. de custodia & exhib. reor. Ergo malè docent, qui dicunt iniustè coniectum in carcerem impunè posse carceres frangere & aufugere. Marsilius §. Diligenter. nu. 50. & §. Attingam. n. 37. Clarus quæst. 21. ver. Tertio autem modo. Menoch. de arbit. casu 301. nu. 14. & de Præsumpt. lib. 1. Præsumpt. 89. nu. 43. & 49. Grammaticus cons. 51. nu. 6. & alii quos commemorat Farinacius, tit. de carcerib. & carceratis q. 30. n. 120.

Malè itaque, qui ita simpliciter & absolutè docent: nam contrarium Callistratus respondit, cùm dixit, etiam innocentes plectendos esse. Constat enim innocentes iniustè in carcerem detrudi.

Rectius ergo docuerunt, qui innocentes pœnam effracti carceris euadere dixerunt, duob. concurrentibus. Primum est, si non seruato iuris ordine fuerint in carcerem coniecti. Alterum si mortem probabiliter metuant. Nam ignoscendum est ei, qui quoquo modo conatur sanguinem suum redimere. l. 1. ff. de bonis eor. qui sibi mortem consci.

Et iudici de facto procedenti licet resistere. l. Prohibitum. C. de iure fisci libr. 10. Ita rectè monuerunt Couuar. lib. 1. variar. resol. c. 2. n. 12. Ripa ad l. Admonendi. n. 71. ff. de iureiur. Duenas reg. 393. in 4. lim. Farinacius loco annotato n. 131. & seq.

CAPVT LXXII.

Sola fractura carceris absque conspiratione, an capitali sit pœna coercenda?

PEruasit error in hac materia effracti carceris, non esse locum pœnæ legibus constitutæ, nisi conspirauerit effugiens cum aliis, qui sunt in carcere, ex verbis illis Callistrati in l. In eos. ff. de custodia & exhib. reor. *In eos qui cum recepti essent in carcerem, conspirauerint, &c.* Vide Petrum Duenam reg. 392. in 6. limit. Clarum quæst. 21. vers. *Tertio modo.* Roland. a Valle cons. 72. n. 46. lib. 1. Menoch. de Præsumpt. lib. 1. Præsumpt. 89. n. 45. alios refert & sequitur Farinacius, tit. de carceribus & carceratis quæst. 30. n. 166.

Errorem hanc sententiam continere manifestum est ex l. 1. ff. de effractoribus, vbi Vlpianus scribit: *De his qui carcere effracto euaserint, sumendum supplicium Diui fratres Æmilio Tironi rescripserunt.* Hic nulla conspirationis mentio fit. Pergit textus: *Saturninus etiam probat, eos, qui de carcere eruperint, siue effractis foribus, siue conspiratione, cùm cæteris qui in eadem custodia erant, capite puniendos.*

Vlpianus non requirit conspirationem, sed alternatiuè loquitur, *siue effractis foribus, siue conspiratione,* quo modo Baldus etiam rectè loquitur in cons. 32. n. 1. lib. 3. & Marsil. in §. Attingam post n. 45.

Nec mouet quod aliqui respondent, alternatiuam *siue* resolui quandoque in coniunctiuam *Et.* Dato enim quod aliquando ita sit, non tamen efficitur, idem esse in hac lege, cùm superiora Vlpiani verba clarè euincant, fracturam solam carceris puniendam esse supplicio.

Rectè ergo monet Boerius decis. 215. nu. 22. circa finem, post alios quos citat, etiam sine cōspiratione, eos, qui aufugerunt carcere effracto puniendos esse.

CAPVT LXXIII.

Lictores, qui ex mandato iudicis aliquem iustè capiunt, an possint resistentem impunè occidere?

ASsentior iis, qui docent, officiales publicos malefactorem resistentem, ne capiatur, impunè occidere posse, argumento sumpto ex l. Si seruus. C. de his qui ad Eccle. confug. in illis verbis: *Sed si armorum fiducia resistendi animum insania impellente conceperit: abripiendi extrahendique eum, domino, quibus id potest efficere viribus concedatur. Quòd si illum etiam configi in concertatione pugnaque cōtigerit, nulla erit eius noxa, &c:* Ita docent Bart. Bald. Salycet. & omnes alij ibi. Clarus q. 29. in princ. & alij quos sciens prætereo.

Verùm non assentior iis, qui docent hæc habere locum, licet officiales modum inculpatæ tutelæ excedant, ita Amadæus tract. Syndicatus n. 100. Grammaticus decis. 41. Bossius de captura, n. 12.

Nullum enim video huius sententiæ fundamentum: imò in contrarium pugnat iuris ratio. Si enim vim vi repellere non licet, nisi cū moderamine inculpatę tutelę. l. 1. C. vnde Vi. cum omni iure permissum sit, aliòquin aggressorem interficere. l. Vt vim. ff. de iust. & iure. l. 1. C. ad l. Corn. de Sicariis. consequens est, nec licere officialibus aliquem resistentem occidere, nisi cum moderamine inculpatæ tutelæ.

Atque ita docent Imola in l. Ex consensu. §. Eum qui ff. de Appellat. Boerius decis. 178. in fine. Iodocus in pract. crim cap. 15. tit. de citatione reali, num. 28. Farinacius tit. de carceribus & carceratis quæst. 32. num. 41. quos & ego sequor.

CAPVT LXXIV.

An impunè liceat lictoribus publicis vulnerare, vel occidere malefactorem fugientem ne capiatur, si aliter eum capere non possint?

NEc iuri nec rationi consentanea mihi eorum sententia videtur, qui dixerunt, licere vigilibus seu lictoribus insequentibus malefactorem, vt eum capiant, fugientem interficere impunè, aut vulnerare, ita Baldus in l. vlt. n. 5. C. de exhib. reis. Augustinus ad Angelum de malef. in verbo, *fama publica precedente*, n. 54. Grammaticus decis. 41. Bocrius decis. 170. nu. 7. Antonius Gomez. tit. de delictis, c. 9. n. 6.

Non videtur, inquam, iuri consentanea hæc sententia, nec rationi, quia fundamentum habet in l. si seruus. C. de his qui ad Eccles. confug. vbi text. loquitur de eo qui armis siue armorum fiducia resistit. Is verò qui fugit, non dicitur armis resistere, vt patet, sed pedibus, nec pugnat cum lictore, sed fuga sibi salutem quærit.

Rationi iuris aduersatur, quia lictores hoc in casu non sunt in discrimine vitæ constituti, ideò si fugientem occidant, non videntur seruare moderamen inculpatæ tutelæ, quare puniendi sunt, nisi fugiens talis sit qui potuerit impunè offendi, sicut plerumque banniti possunt, vel mandatum habuerint à iudice & magistratu reum capiendi, & ad carceres ducendi vel viuum, vel mortuum, tunc enim excusari debent. Atque ita Farinacio, rectè monenti subscribo, tit. de carceribus & carceratis quæst. 32. num. 44.

CAPVT LXXV.

Fideiussor sub certa pœna de præsentando reum, an incidat in pœnam, quando reus ob aliam caussam accusatus est: sed nondum condemnatus?

NOn incidere in pœnam fideiussorem de præsentando, vt vocant, cùm reus ob aliam causam condemnatus est, responsum Iureconsulti habemus in l. Sed etsi quis. ff. si quis cautio. illis verbis: *Dixerit aliquis, quid ergo hæc exceptio damnato proderit? Sed respondebitur fideiussoribus eius esse necessariam, &c.*

Sed verùm idem respondendum sit, si reus non damnatus, sed accusatus sit? Ad hanc quæstionem Vlpianus respondit in eadem lege, §. 1. *Illud* (inquit) *sciendum est, eum qui idcirco non stetit, quia capitis reus factus est, in ea caussa esse, vt exceptione vti non possit. Damnato enim datur.* Atque ita ibi notant Bart. Alex. & Angel. quibus ego consentio.

Alij contrarium docent, sufficere accusationem, vt fideiussor excusetur à pœna, Marsilius ad rubr. de fideiussori. q. 19. num. 71. Horatius Lucius inter cons. crim. cons. 63. num. 15. lib. 1. Thob. Nonius cons. 103. n. 3. D. meus Cephalus cons. 187. lib. 2. Farinacius alios citans atque distinguens, tit. de carceribus & carceratis qu. 34. n. 54.

Fundamentum est, quia accusatus de proximo, vt loquuntur, condemnandus, pro condemnato habetur. Item quia promissio fideiussoris intelligi debet rebus sic stantibus: non autem immutatis, ex noua caula delicti. Nec enim verisimile est, si de hac caussa fuisset cogitatum, fideiussorem promissurum fuisse. Item quia fideiussor non est in mora, cum reum præsentare ac sistere non potest, cùm sit de nouo crimine accusatus, ac proinde nolit comparere, ne condemnetur.

Sed quis non videt hasce rationes nil valere contra textum iuris expressum? Fideiussor non excusatur, quia reus damnatus non est. Damnato reo capite vel exilio, exceptionem habet, quia illum sistere nequit; At si non damnatus, sed accusatus est, potest illum sistere: Ergo si non sistat tenebitur, & pœna committetur.

Non habetur pro damnato, quia se defendere potest. Nec mutatio talis contingit, quæ impediat rei exhibitionem: Potuissétque fideiussor de hoc casu facilè cogitare: & cùm generaliter reum exhibere promiserit, cogitasse etiam videtur. Nulla est difficultas, quominus reum exhibere possit: Nam condemnatus non est, sed tantum accusatus.

Dices, non potest is qui dimissus est ex carceribus, cum fideiussore de se præsentando à iudice vocari, nisi noua indicia superuenerint: illa enim relaxatio innocentiam rei arguit, vt declarat optimè Bossius, ti. de sententiis, n. 61. Ergò frustrà fideiussor iubetur eum præsentare ac exhibere. Respondeo, quæstionem hanc esse accipiendam in terminis habilibus, cùm scilicet iudex sibi reum exhiberi petit iusta ex caussa.

CAPVT LXXVI.

Fideiussor qui promisit reum præsentare sub pœna toties quoties à iudice fuerit requisitus, an pœnam incurrat, si reus in carcerem coniectus aufugiat?

FIdeiussorem in pœnam incidere, si reus aufugiat ex carceribus, si promiserit adiecta pœna toties eum exhibere iudici, quoties requisitus fuerit: nec requisitus reum ita aufugientem præsentauerit, authores sunt Lucas de Penna ad l. Si quis decurio. n. 12. C. de decurio. lib. 10. Angelus ad l. 2. §. Qui exhibendi. nu. 6. ff. de custod. reor. Marsilius ad rub. de fideiusso. qu. 16. n. 161. Bossius tit. de carcerato fideiusso. relaxan. nu. 35.

Fundamentũ est in verbis stipulationis, quia scilicet fideiussor promisit *toties quoties, &c.* Ergo licet semel præsentauerit, non est libera-

rus. Nec enim sufficit vna præsentatio; vt est communis sententia doct. Alexan. Castr. Iasonis & aliorum in l. Duobus. §. 1. ff. de iureiu.

Sed hoc fundamentum verbis stipulationis innixum, non videtur mihi satis firmum: quia non tam verba stipulationis spectanda sunt, quam totius rei æquitas, & iuris ratio. Si fideiussor requisitus semel iudici reum præsentauit, & iudex reum in carcerem coniecit, nonne satisfecit obligationi? Deberetque ipse fideiussor obligatus esse ad custodiendos carceres, ne aufugeret, aut ob negligentiam custodis pœnam luere?

Contrariam igitur sententiam amplector, quam amplexi fuere Afflictus decis. 130. vbi testatur bis ita fuisse iudicatum in consilio illo regio. Cagnolus ad l. Quod te. n. 24. ff. si cer. pe. Thobias Nonius cons. 103. n. 9. 10. Hieronymus Gabrielius cons. 181. n. 15. Farinacius accuratus doctor tit. de carceribus & carceratis q. 34. n. 95.

CAPVT LXXVII.

Fideiussor qui intra certum tempus sub pœna promisit reum præsentare iudici; an incidat in pœnam, si non præsentauerit, cum interpellatus non fuit ad præsentandum?

Requirendum esse fideiussorem, vt in pœnam incidat ad exhibendum reum authores sunt quam plurimi, quibus complures alii contradicunt. Vide Antonium Gomes. tit. de captura reorum, n. 9. cap. 9. Paulum Cast. cons. 190. lib. 2. Roland. à Valle cons. 58. nu. 14. lib. 1. Cacheranum decis. 48. *Cum pater.* Farinacium tit. de carceribus, & carceratis, quæst. 34. n. 125. & seqq.

Fundamentum requirentium interpellationem fideiussoris, ad reum præsentandum, vt pœna committatur, est primò in l. Si pœnam. ff. quando dies legati cedat. ibi: *Et tunc pecuniam deberi, cum interpellatus fundū non dederit, &c.*

Secundò, in l. Fideiussor obligati, §. vlt. ff. de fideiussor. ibi: *Verisimile est id actum, vt cum appellatus reus non soluisset, fideiussor teneretur.*

Tertiò, in l. vlt. C. vt intra certum tempus criminalis quæstio terminetur. ibi: *Scientibus iudicibus eorumque officiis, quod si litigatoribus admonentibus ipsi litis introductionem, vel examinationem distulerint: pœna vicenarum librarum auri ferientur.*

Sed profectò non multum valet hoc argumentum. Nam duæ priores leges non loquuntur, vbi certum tempus & certa pœna stipulationi adiecta est, lex autē tertio loco citata, ideo interpellationem iudicis requirit, quia iudex non potest causam expedire intra tempus a lege constitutum, nisi partes instent pro expeditione, & caussam instruant: lex punire voluit eo in casu iudicis negligentiam, cùm videlicet non vult caussam expedire. Nulla autem iudicis est negligentia, cùm partes litigantes non instant, nec illum admonent.

Quare in proposita quæstione nulla opus esse interpellatione, vt pœna committatur, magis est verendum. Primum ex l. Magnam. C. de contrah. & commit. stip. ibi, vbs Iustinianus. *Sancimus vt si quis certo tempore facturum se aliquid vel daturum stipuletur, vel stipulator voluit, promiserit & adiecerit, quod si statuto tempore minimè hæc perfecta fuerint, certam pœnam dabit: sciat minimè se posse debitor ad eutandam pœnam adiicere, quod nullus eum admonuit: sed etiam citra vllam admonitionem eidem pœnæ pro stipulationis tenore fiet obnoxius, cum ea quæ promisit ipse in memoria sua seruare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere.*

Secundò, ex l. Traiectitiæ. ff. de act. & oblig. ibi: *Consultus respōdit eius quoque temporis, quo interpellatus non esset, peti posse pœnam: amplius etiamsi omnino interpellatus non esset, &c.*

Tertiò, ex l. Sancimus. C. de fideiussor. illis verbis: *Sed competere quidem post tempus elapsum omnino pœnalem actionem, &c.*

Illud non negauerim, moram posse purgari post elapsum tempus, vt ibi dicit. [illegible] sed nunc de moræ purgatione quæstio non est, verùm de interpellatione fideiussoris an necessaria sit, & patet ex prædictis necessariam non esse.

CAPVT LXXVIII.

Fideiussor de reo præsentando toties, quoties fuerit quæsitus, an liberetur bina præsentatione facta.

Qui promisit reum præsentare iudici toties, quoties fuerit requisitus, bina præsentatione facta liberatur, ne res in infinitum procedat argum. l. Fideicommissa, §. Si quis alicui decem. de leg. 3. ibi: *Non enim onerandus est hæres vt in infinitum quoties perduxerit, restituere ei tantundem debeat, &c.* Et l. Qui bona. §. vl. ff. de damno infecto. ibi: *Neque enim in infinitum obligatus esse debet stipulatione, &c.*

Atque ita docuerunt Angelus in l. 3. §. Qui exhibendi. nu. 6. ff. de cust. reor. Romanus cons. 15. n. 5. Ma[illegible] §. Quoniam. n. 12. Afflictus decis. 46. nu. 4. alios citat Farinacius de carceribus & carceratis qu. 34. n. 163.

Contrarium alij multi docuerunt in l. Si finita, ff. de damno infecto. Imola, Roma. & Alexand. Iason. in l. Duobus. §. Si ei qui, num. 19. ff. de iureiur. Bossius de carcerato fideiusso. committen. num. 35. Rolandus consi. 21. num. 11. lib. 2. consil. 58. numer. 2. lib. 1. Hieronymus à Monte quæst. 28. num. 7. Franciscus Marcus decis. 797. num. 7. parte 2. quibus & ipse assentior.

Fundamen-

Fundamentum eſt ſolidum, quia verba ſtipulationis hoc important, *toties quoties &c.* vt non ſemel tantum vel bis fiat exhibitio rei, ſed toties quoties ſit opus. Non eſt igitur recedendum a claris verbis ſtipulationis, l. Semper in ſtipulationib. de reg. iur. l. quicquid aſtringendæ. de verb. oblig. l. Continuus. §. Cùm ita. eod. titulo.

Non obſtant leges pro contraria ſententia allatæ, quia in his terminis non loquũtur, quibus verba diſponentis infinitatem important: ſed loquuntur cùm voluntas eſt obſcura: nec tamen clarè expreſſa, vt in quæſtione noſtra.

CAPVT LXXIX.

Inſtrumentum ſi falſum eſſe probetur in aliqua parte, an in totum præſumatur?

INſtrumentum Notarii quod in aliqua parte falſum eſſe probatur, in totum præſumi falſum authores ſunt multi apud Gabrielem lib. 7. com. concl. tit. de maleficiis, concl. 1. apud Menochium de Præſumpt. lib. 5. Præſumpt. 21.

Fundamentum ponunt primum in l. Si aliquid 12. C. de ſuſceptorib. & arcar. libr. 10. ibid. *Nemo eorum ſemel de interuerſione conuictus, id rurſus officium gerat, in quo ante deceſſit. &c.*

Secundò in reg. Semel malus, ſemper præſumitur malus, in eodem genere mali.

Sed vt rectè Alciatus monet reg. 2. Præſum. 7. verſ. Quartò intellige: hæc iuris regula eſt accipienda reſpectu temporis futuri. Vt puta ſi quis ſemel eſt calumniatus in futurum calumniari præſumitur. l. Si cui. §. Iiſdem. ff. de accuſ. Item ſi miles malè ſe geſſit in militia, præſumitur & in futurum malè ſe geſturum. l. Nõ omnes. §. A barbaris ff. de re militari.

Cæterùm reſpectu temporis præſentis aliter dicendum eſt. Nec enim ex eo, quod inſtrumentum in aliqua parte falſum eſt, idcirco Notarius præſumendus eſt, commiſiſſe in omnibus falſitatem, ſic enim omnia ipſius inſtrumenta iam facta præſu merẽtur eſſe falſa, quod dictu eſt abſurdum.

Quod autem attinet ad l. Si aliquid. illa nõ facit ad rem hanc, quia nihil aliud probat, niſi Notarium, qui ſemel de falſo conuictus eſt, non poſſe officium illud gerere. Sed non inde infertur, omnia, quę geſſit & ſcripſit, falſa eſſe præſumenda.

Alii dixerunt, ſi dolo Notarii falſum ſit inſtrumẽtum in vna parte, in totum vitiari. Bartolus ad l. Si ex falſis. in prima lect. circa finem C. de tranſact. quem alii ſecuti ſunt apud Gabriel. & Menochium loco annotato.

Fundamentum eſt in d. l. Si aliquid. C. de ſuſcepto. & arcariis. lib. 10. ſi enim alia inſtrumenta notarius conficere non poteſt, & confecta non valerent; multò minus valere debet inſtrumentum illud, in quo falſitas commiſſa fuit.

Sed reſponderi poteſt in ea parte, in qua falſitas deprehenditur, nil valere inſtrumentum, nec etiam inſtrumenta, quæ poſtea idem Notarius conficiet, vllam vim obtinere poſſe, quia ſcilicet non poteſt amplius officium exercere notariatus, ſicut bene probat d. l. Si aliquid, ſed in aliis partibus inſtrumẽti, in quibus falſitas non apparet, ſicut & in reliquis iam ab eo confectis inſtrumentis non rectè colligitur, ea nil valere.

Nec obſtat, quod dicitur, probitatem Notarii eſſe quid indiuiduum, & ex ea fidem inſtrumentorum pẽdere. Nam fieri poteſt, vt Notarius in vno committat falſitatem, in altero verò probè & fideliter ſe gerat. Hoc quidem facit falſitas deprehẽſa, vt in futurum non ſit ei fides adhibẽda, quia ſemel malus, &c. ſed non in præteritum valet hæc præſumptio: ne fides inſtrumentis iam factis, & in quibus nulla falſitatis ſuſpicio eſt, temere abrogetur.

Alii igitur voluerunt, inſtrumentum in aliqua parte falſum, non tamen falſum in aliis partibus præſumi. Aretinus in d. l. Si ex falſis. C. de tranſ. & multi alii allegati à Menochio & Gabrielio.

Iſtis ego planè aſſentior, niſi, verbi gratia, talis ſit falſitas in vna parte, quæ per ſe totam fidem inſtrumento adimat: vt puta ſi ſcriptum ſit, Actum fuiſſe in vno loco, cùm alio in loco fuerit actum. Sic enim totum falſum apparet.

Mouet me illa ratio, quia non eſt hoc iure cautum, nec ſatis iuris rationi conſonum, vt quod in vna parte nullum & vitioſum eſt, in alia quoque parte vitioſum eſſe præſumatur. Delicta non ſunt præſumenda. Dolus non eſt præſumendus, ſed potius error. Et nõ ſi in vna parte dolus eſt, idcirco ſequitur etiam alia in parte adhibitum cenſeri. Iuuari poteſt hoc argumentum ex l. Iubemus. C. de teſtam. illis verbis: *Quod ſi non fuerit obſeruatum, & nomen hæredis, vel hæredum non fuerit manu teſtatoris ſcriptũ, vel voce coram teſtibus nuncupatũ hoc teſtamentũ ſtare minimè patimur, vel in tota hæredum nomina fuerint prætermiſſa vel in eius hæredis inſtitutione, cuius nomen neque manus teſtatoris ſignificauit.* Pertinet autem hoc ad rem noſtram, quia inferiùs dicit Imperator: *Scituris tabellionibus, & iis qui conficiendo inſtrumenta procurant, quod ſi aliter facere auſi fuerint, pœnam falſitatis non euitabunt, quaſi doloſè in tam neceſſaria cauſſa verſati.*

Sic dicimus teſtamentum vitiari, quoad hæredis inſtitutionem, cætera firma manere, Authen. Præterea. C. de liberis præteritis. Et gene-

raliter: *Vtilis per inutile non vitiatur.* l. 1. §. Sed si inutilis ff. de verb. oblig.

CAPVT LXXX.

Vtrum fiscus in integrum restituatur, sicut minores 25 annis?

De sententiis contra fiscum latis cautum est, vt ex causa intra triennium retractari possit: Et post triennium, si præuaricatio arguatur, vel manifesta fraus probetur. l. Vn. C. de sententiis contra fiscum latis. lib. 10.

Sed an in integrum restituatur, in cæteris, sicut minores 25. annis, controuersia est. Affirmat Guido Papa, ex stylo tamen & consuetudine decis. 302. *Vtrum fiscus.* & Afflictus post Albericum, quem citat decis. 340. nu. 3. Gellius Vgo cons. 48. n. 5. Bossius de fisco & priuilegijs eius n. 11. Alios citat doctissimus Oddo de restit. in integr. parte 1. quæst. 3. n. 23. quibus adde Peregrinum de iure fisci, lib. 6. tit. 2. n. 10.

Fundamentum est in eo positum, quia fiscus regitur per suos administratores & curatores, quemadmodum Respubl. & minores 25. annis. Ergo sicut minores, & respubl. restituuntur, si fuerint læsi ex contractibus curatorum, & administratorum. l. respub. C. ex quib. cau. maio. l. 2. 3. & 5 C. si tutor vel curator interuenerit. ita & fiscus restituendus videtur.

Sed contrarium docuerunt Petrus, Cyn. Paul. Castr. & Alberic. in d. l. Respub. C. ex quib. cau. maio. nec non etiam Fulgosius, & alij quos citat Oddus loco annotato.

Fundamentum est, quia hoc non reperitur iure cautum; licet enim minoribus id concessum sit, & Reipub. non tamen sequitur, etiam fisco concessum videri.

Et hæc sententia verior mihi videtur: quia priuilegia non sunt multiplicanda. l. Ius singulare. de legibus. l. 1. ff. de constit. Principis. Et quod contra iuris rationem in aliquo casu constitutum est, non debet ad alios casus produci. l. Quod verò. ff. de legib.

Et sanè non debemus nos plus fauere fisco, quàm Imperatores ipsi, quorum intererat, fauere voluerint. Nusquam legitur, fiscum iure minoris vti circa in integrum restitutionem potuissent Imperatores id constituere, cùm non constituerunt. manifestum est eos noluisse, fiscum tot priuilegia habere.

Et aliqua etiam ratio diuersitatis est inter fiscum, eiusque administratores, & minores, vel Rempubl. quia in Republ. complures sunt minores & pupilli, meritò in integrum restituitur: sicut & minores, qui per ætatis lubricũ sæpè decipiuntur. l. 1. ff. de mino. At cum Princeps maior est, & fiscus habet suos administratores, & curatores ætate maiores & peritos, nulla est ratio cur ad instar Reipub. vel minoris restituendus sit. Certè ætatis fauor cessat quo præcipuè inductus est Prætor ad concedendum restitutionis auxilium. Nec enim illa est in integrum restitutionis ratio, quod alicuius res ab alijs administrentur. Nam si esset hæc ratio, omnes maiores 25. annis in integrum restituendi essent: quorum res administrantur ab alijs, puta procuratoribus, Officialibus, Ministris & negotia gerentibus. Quod nemo dixerit.

CAPVT LXXXI.

An fiscus in pœnalibus restituatur in integrum?

Fiscum in integrum restitutionem in pœnalibus posse implorare aduersus sententiam, quæ reum vel absoluit, vel mitiori pœna condemnauit, quàm delicti grauitas postularet, authores sunt multi apud Antonium Gabrielium, lib. 7 com. concl. tit. de maleficiis, concl. 15. quibus addi potest Peregrinus de iure fisci, lib. 7 tit. 4. n. 1.

Fundamentum est in l. Vn. C. de sentent. cõtra fiscum lat. lib. 10. vbi sancitum est generaliter, sententias contra fiscum latas retractari posse.

Sed contrarium responderunt quamplurimi alij apud Sfortiam Oddum parte 1. de rest. in integrum, quæst. 3. art. 13. n. 85. quibus & ipse assentior.

Fundamentum est in l. Auxilium. ff. de minoribus. Triphoninus, *Auxilium in integrum restitutionis executionibus pœnarum paratum non est. Ideoque iniuriarum iudicium semel omissum repeti non potest, &c.*

Si minor 25. annis non restituitur in pœnalibus. Ergo nec fiscus: non enim fiscus, maius habet in hac re priuilegium quàm minores. Igitur si à sententia non appellauerit, non potest in integrum restitui, sicut nec minores possunt.

Non obstat l. Vnic. quia de sententiis latis contra fiscum, retractandis generaliter loquitur, nos autem specialiter de sententiis latis in caussis pœnalibus, in quibus cum paratum auxilium in integrum restitutionis minoribus non sit, multò minus fisco paratum esse debet. Specialis igitur regula generali preferenda videtur, quia generi per speciem derogatur.

CAPVT LXXXII.

Vtrum sola inimicitia cum occiso sit sufficiens indicium ad torturam?

Solam inimicitiam indicium esse sufficiens ad torturam, authores sunt Specula. tit. de Præsumpt. §. Species. n. 5. Romanus in l. 1. §. Si

§. si quis in villa. in l. not ff. ad Syllan. Angelus de maleficiis verl. Fama publica præcedente. n. 29 Calcaneus conf. 63 nu. 2 Felynus in ca. Affert num. 12. de præsumpt. B. unus de indiciis & tortura, part. 1. q. 3. n. 29. Gratus consil. 136. n. 24. lib. 1 Io. de Amicis consl. 51. nu. 7. Mantua. consl. 52. & 57. lib. 1.

Fundamentum est, quia ab inimico omne malum expectandum est. ea. Repellatur. de accus. l. Si inimicitiæ. ff. de his quib. vt indig. l. 1. §. Cùm quis. ff. de quæst.

Sed hæc suspicio nimis remota est, Indicia verò ad torturam debent esse propinqua, verisimilia, grauia, certaque & vigentia. l. Milites. §. Oportet. C. de quæst.

Alij igitur verius censuerunt, inimicitiam solam non sufficere, sed alia adminicula requiri. Clarus quæst. 21. ver. Inimicitia. Alios quam plurimos citat Antonius Gabrielius lib. 7. commu. conclus. tit. de Maleficiis, conclus. 18. quibus adde Menochium de Præsump. pt. lib. 1. Præsum. c. 89. nu. 50. & me quoque locium adiunge.

CAPVT LXXXIII.

Vtrum frater admittendus sit in testem pro fratris sui defensione in caussis criminalibus?

GRauis quoque, nec silentio inuoluenda controuersia est de fratris testimonio, an idoneum sit pro fratris defensione in caussis criminalibus, multis asserentibus, multisque etiam negantibus. Vide Antonium Gabrielium lib. 7. commu. conclus. tit. de Maleficiis, concl. 12.

Qui admittendum censuerunt, fundamentum collocarunt in cap. Literas. de Præsumpt. perpendendo in illa fact. specie fratris testimonium pro defensione siue excusatione non admitti, quia fuerat sibi contrarius: prius enim adue sus fratrem suum testificatus fuerat eum hæreticum asserendo. Ergo caussa illa contrarietatis cessante, satis valeret fratris pro defensione testimonium.

Sed quis non videt, quàm infirmum hoc sit argumentum? Fratris testimonium in illa facti specie non admittitur: *Quia vel mendacium prius dixit in fratrem asserendo illum hæreticum, vel periurium postea commisit in Deum, purgando illum de hæresi quorum vtrumque reddit illum valde suspectum*, vt Sanctus Pontifex ibi declarat.

Cessantibus istis suspicionibus, atque adeò extra illam facti speciem, in qua frater prius contra fratrem deposuerat, non dicit S. Pontifex fratris testimonium esse admittendum, vel idoneum esse, pro defensione fratris: vel non esse admittendum: Nihil enim aliud dicit. Ergo id ex aliis legibus est definiendum, quæ sic se habent: *Etiam iure ciuili domestici testimonij fides improbatur.* l. 2. C. de testib. l. pen. ff. eod. tit. Meritò sanè. *Nam propinquitatis & consanguinitatis affectio veritatem impedire solet*, vt dicebat Calixtus Papa in cap. Accusatores 11. 3. q. 5. Huic neganti sententiæ subscribendum esse censui.

CAPVT LXXXIV.

Testis si in iudicio contraria ex interuallo temporis deposuerit, an sit credendum priori vel posteriori depositioni?

EST controuersia inter Doctores de teste, qui ex interuallo non corrigendi erroris gratia contraria deposuerit in iudicio, cui sit depositioni fides adhibenda: an priori, an posteriori, an neutri? Priori fidem esse habendam communior est sententia. Vide Couar. variar. resolut. lib. 2. cap. 13. n. 8. Mynsingerum Cent. 2. obseru. 86. Menochium de arbitr. iud. casu 108. nu. 10. Gabriel. lib 7. commu. conclu. tit. de Maleficiis concl. 19.

Fundamentum est in c. Sicut nobis. de testib. in illis verbis, non enim testimonium prædictorum (*cùm periuri sint*) *est in hoc casu aliquatenus admittendum.* Non vult S. Pontifex admitti testimoniũ, quod est cõtrarium priori testimonio, quia testis cõtraria deponens, periurus est: Ergo priori testimonio standum est.

Contrarium, nempe nec priori, nec posteriori depositioni fidem esse habendam, docuerunt Antonius Butrius in cap. Cùm in tua. de testib. Bald. in l. Gesta. C. de re iud. & quidam alij, quos refert Mynsingerus d. obseru. 86.

Fundamentum est in l. Eos. ff. ad l. Cornel. de fals. *Eos qui inter se diuersa testimonia præbuerint quasi falsum fecerint præscripto legis Cornelia teneri pronunciatum est.* & in c. Præterea. de testib. cogn. ibi: *Quorum testimonia si quandoque non studiosa, sed in proferendo errauerint & se incontinenti correxerint, reprobari non debent: secus autem erit, si correctioni sua interposuerint interuallum.*

Ego video neutram sententiam satis firmo innixam esse fundamento. Nam quod attinet ad prioris sententiæ fundamentum in ca. Sicut nobis. responderi potest, licet secundum testimonium priori contrarium in illa facti specie reprobetur, non tamen dicitur, priori adhibendam esse fidem, vel non adhibendam. Caussa enim ibi erat decisa, & lata sententia diuortij, quæ proinde rescindi non potest, nisi de corruptione testium aliter cõstiterit, quam per eorum depositionem. Non loquitur ibi S. Pontifex in terminis, quando lata sentẽtia non est, an scilicet iudex priori depositioni fidem

ha.ere debeat, vel non debeat habere. Fieri enim potest, & concedi, posteriorem depositionem authenticam non esse: Sed non inde efficitur priori esse fidem adhibendam.

Quod verò attinet ad posterioris sententiæ fundamentum, responderi potest, testem sic variantem esse quidem tanquam falsarium puniendum: sed non propterea fidem ei prorsus abrogandam esse: quia fieri potest, vt falsum dixerit in posteriori testificatione, & in priori meram veritatem.

Similiter ad c. Præterea, responderi potest testimonium posterius ex interuallo non esse admittendum, & hoc S. Pontificem velle, non autem priori testimonio fidem abrogare.

Igitur in hac quæstione ego sic statuo & concludo. si proponatur talis facti species, in qua timor subornationis esse possit: quia scilicet publicatæ fuerint attestationes, & nonnihil suspicionis sit, testem sic variantem fuisse à litigatoribus subornatum, tunc priori depositione standum esse. Et ita loquitur Guido Papa decis. 546.

Cessante autem subornationis timore, veluti si testis sit in carcere, nec potuerit verisimiliter loqui cum litigatoribus, existimo hanc rem arbitrio iudicis esse committendam. an magis primæ vel secundæ depositioni testis fidem habere velit, ex personarum & negotiorum circumstantiis & qualitatibus, & hoc ex regula generali text. in l. 3. § Tu magis. ff. de testibus.

CAPVT LXXXV.

Testis si contrarium testimonium dixerit in iudicio, ei quod extra iudicium dixerit, cui sit fides adhibenda?

SI testis extra iudicium aliquid deposuerit, deinde in iudicio examinatus contra ium fuerit testificatus, controuersia est, an priori depositioni vel posteriori magis credendum sit. Breuiter Bartolus in l. Eos. nu. 4. ff. ad l. Cor. de falsis. apertè scribit, testem hunc vt falsarium esse puniendum, ex quo indicat neutri depositioni credendum esse: sequitur Ancharanus in Clem. 2. de testibus, non procul à fine, Capella Tholosana, decis. 376. & alij apud Antonium Gabrielium, lib. 7. comm. concl. tit. de Maleficiis, concl. 31.

Fundamentum ponit in d. l. Eos. in illis verbis: *De impudentia illius qui diuersa duobus testimonia præbuit, cuius ita anceps fides vacillat, quin crimine falsi teneatur, nec dubitandum est.*

Sed non constat, an Iureconsultus ibi loquatur de testimoniis in iudicio prolatis, vel extra iudicium. Deinde non rectè infertur testem esse puniendum, vt falsarium. Ergo neutri depositioni esse fidem habendam, quia falsitas potest committi in secunda tantum depositione, non autem in prima vel contra, ita vt iudex ex rerum & personarum circumstantiis facilè animaduertere possit, alterum ex duobus testimoniis verum, alterum falsum esse. Debet ergo tunc sequi, quod verisimilius est.

Præclarè enim Arcadius: *Sed quod naturæ negotij conuenit: & quod inimicitia & gratia suspicione caret:* (credendum est) *confirmabitque iudex motum animi sui ex argumentis, & testimoniis, quæ rei aptiora, & vero proximiora esse compererit.* l. Ob carmen. §. 1. ff. de testib.

Alij magis communiter dixerunt, posteriori testimonio in iudicio prolato magis credendum esse, latè authores citat Gabrielius loco proximè citato, & post eum Menochius de arbitr. iud. casu 108. n. 12.

Fundamentum est, quia posterius testimonium in iure prolatum, iuramento firmatum est: maiorem authoritatem ac fidem ei tribuere videtur maiestas ipsa Prætoris.

Sed certè quantum testis huiusmodi authoritatis acquirit, ex colore iudicij tantùm leuitatis contrahit ex contrario testimonio, extra iudicium prolato, ita vt videatur neutri testimonio fidem esse habendam.

Nam argumentum probat: si credendum sit alterutri testimonio, vel iudiciali, vel extraiudiciali, magis credendum fore iudiciali, quia dignius est, firmius, ac maiori cum deliberatione prolatum: Sed difficultas est, an sit ambobus testimoniis fides suo tribuenda propter contrarietatem.

Concludo ego totam hanc rem boni viri, hoc est, iudicis arbitrio esse committendam, arg. l. 3. §. Tu magis l. Ob carmen. §. 1. ff. de testibus.

CAPVT LXXXVI.

Vtrum sciens coniurationem contra Principem vel Rempub. & non eam reuelans, puniendus sit.

HÆc est celebris illa iuris quæstio, olim inter Bartolum & Baldum controuersa in qua complures dixerunt, animam Bartoli in inferno cruciari, non satis, vt existimo, considerate ac prudenter. Docuit Bartolus, scientem & non reuelantem crimen contra Principem committendum puniri debere eadem pœna mortis, in l. Vtrum. ff. ad l. Pompeiam, de Parricid. & alibi. Baldus autem respondit, tunc puniendum fore qui conscius est, cùm probare potuit verum esse quod sciebat.

Atque hinc controuersia orta est, ac disputatio inter Bartoli ac Baldi sectatores, an indistinctè puniendus sit is, qui sciuit & non reuelauit, an verò cum hac distinctione, si delictum probare

probare potuit. Authores vtriusque sententiæ recensent latè Antonius Gabrielius lib. 7. communium conclusionum, tit. de Maleficiis, concl. 17. & post eum Iulius Clarus q. 87. & nouissime post hos Menochius, de arb. tr. iudic. uir. casu 351.

Pro distinctione adfertur primò tex. in clem. 2 de hæreticis in illis verbis: *Quod si taliter ea scituerint, ut ea probare valeant, si sit opus hac prælatis inquisitorum, & commissariorum eorundem ad quos id pertinebit, renunciare sollicitè debebunt.*

Secundò, adfertur l. Nostris. §. C. de calumniatoribus: ibi: *Quod postea singuli vniuersique cognoscant, non licere in eo, quod non possit ostendi iudicum animos commoueri.*

Tertiò, adfertur l. 3. C. ad l. Iul. Maiest. vbi: *Si quis alicui maiestatis crimen intenderit; si aliis manifestis indiciis accusationem suam non potuerit probare, cum eo qui huiusmodi temeritatis reus deprehenditur, illum quoque tormentis subdi oportet.* Nemo autem in tale periculum, vt torqueatur, tenetur se subiicere. Ergo nemo tenetur crimen læsæ Maiestatis detegere, si illud probare non potuerit.

Fundamentum verò contrariæ sententiæ, quæ non admittit hanc distinctionem, positum est in legibus quibus dicitur conscios puniri: nec id additur, si videlicet probare potuerint, & non solum in crimine læsæ Maiestatis, sed etiā in aliis criminibus, atrocibus tamen, l. Quisquis § Id quod. C. de l. Iul. Maiest. leg. 3. fortè. ff. de pœnis, ibi: *Magisque e so puniendos qui tamdiu contineuerint, quod pro salute Principis habere se dicere iactant.* l. 2. l. Vtrum ff. ad l. Pompeiā de Parricidiis. l. 1. §. Occisorum. ff. ad Syllan. l. Vn. C. de raptu virginum.

Placet mihi in hac controuersia distinctio communiter recepta ex Alciato ad l. 4. §. Cato. in 4. not. ff. de verb. oblig. & Cagnolo in l. Culpa caret n. 21. de regul. iuris, distinguendum esse inter accusationem, ac simplicem denunciationem. Neminem teneri accusare de crimine læsæ Maiestatis alium, licet sciat illum reum esse, nisi id probare possit: Et ita accipiendam esse l. 3. C. ad l. Iul. Maiest. quæ reuera de accusatore loquitur, quemadmodum etiam loquitur l. Nostris. C. de calumnia. & omnia alia similia iuris loca, si quæ adferuntur pro distinctione illa, in his terminis accipienda sunt. Cæterum, denunciare simpliciter Principi vel reip. vt caueat: nec se ad probandum astringere, ad instar accusatoris omnes qui sciunt tenentur, quod sanè probant leges allatæ contra distinctionem: & ratio iustitiæ etiam dictat: atque ita sentio.

CAPVT LXXXVII.

Maleficorum bona sintne confiscanda?

INter viros doctos iurisque peritos controuersum vidi, an maleficorum bona confiscanda sint. Mouet, quoniam inter omnes constat, crimen hoc admixtam quandoque hæresim habere, ergo eisdem, quibus hæreticis, pœnis coërcendum videtur, vt post Grillandum ab eo citatum dicebat Menochius de arbitr. iud. casu 388. nu. 4. Clarum autem est, hæreticorum bona esse confiscanda, etiam filiis extantibus, ex Auth. Gazaros. C. de hæreticis, & c. Vergentis. de hæreticis, vbi summus Pontifex rationem adfert dicens: *Cum enim secundum legitimas sanctiones reis læsæ Maiestatis punitis capite, bona confiscentur eorum, filiis suis vita solummodo ex misericordia conseruata, quanto magis qui aberrantes in fide verum Dei filium Iesum Christum offendunt, à capite nostro, quod est Christus, Ecclesiastica debent districtione præscindi, & omnibus bonis temporalibus spoliari, cum longè sit grauius æternam quàm temporalem lædere maiestatem?*

Verùm istis nil morantibus existimo in hoc crimine, quod maleficium vocamus, locum nō esse bonorum confiscationi, nisi vt infrà dicam quod & Binsfeldius docuit de confessionibus Maleficorum in 12. Præludio. Quod sanè intelligo descendentibus vel ascendentibus extantibus vsque ad tertium gradum, secundum Iustiniani Nouellam 134. vltim. titu. de Vicariis & locum tenentibus, vel secundum veterem translationem in Auth. vt nulli iudicum. §. vlt. Vel etiam fratribus & collateralibus extantibus vsque in tertium gradum, vt in Auth. Bona damnatorum. C. de bonis damnatorum, secundum tamen ea quæ dixi lib. 1. cap. 35. in 1. parte controuers.

Istis extantibus, vt dixi, non puto locum esse confiscationi in crimine isto quod maleficiū dicimus & moueor ex dicta Iustiniani Nouella, in qua pœnam confiscationis sustulit, excepto crimine læsæ Maiestatis: *Sancimus,* inquit, *eos qui in criminibus accusantur, in quibus leges mortem aut proscriptionem definiunt, si conuincantur aut condemnentur, eorum substantias non fieri lucrū iudicibus, aut eorum officiis, sed neque secundum veteres leges fisco eas applicari: sed si quidem habeant descendentes & ascendentes vsque ad tertium gradum eos habere, &c. In maiestatis verò crimine condemnatis veteres leges seruari iubemus.*

Ex hac Nouella habemus sublatam esse cōfiscationem in crimine maleficij, quia solum crimen læsæ Maiestatis excipitur. Olim pœnam confiscationis habuisse locum in maleficos certum est, quia malefici pœna mortis afficiebantur, l. 3. 4. 5. 6. & toto ferè tit. C. de malef. & Mathematicis, conuenienter legi diuinæ: *Maleficos non patieris viuere.* Exodi 22. in consequentiam autem pœnæ mortis bona confiscari, solita docet l. 1. ff. de bonis damnatorum.

Cum igitur [illegible] bonorum publicatio confiscationis pœna in omnibus criminibus, excepto maiestatis crimine, & consequenter etiam in crimine de quo agitur, si vi elicet extent descendentes vel ascendentes, vt dixi: videtur mihi ex hoc loco argumentum fortissimum oriri: non esse confiscanda bona maleficorum, si liberos vel ascendentes superstites relinquant. Nam nullibi video contrarium esse constitutum, vel iure canonico, vel ciuili, post Iustinianum: nec eos munere legislatoris fungi oportet, sed interpretis atque doctoris.

Non obstat quod dicitur de hæresi, quandoque huic crimini admixta, nã concedo admixtam quandoque esse, & sortilegia ac maleficia nonnunquam hæreticalia esse, vt docet c. Accusatus. §. Sanè. de hæreticis. lib. 6. sed nego idem tunc esse statuendum, quod de ipsa hæresi constitutum est. Nego tunc punienda esse maleficia eodem modo quo hæresis punitur: atque id asseuerantibus nequaquam assentior, donec id melius ostenderint.

Nam malefici comburi solent iuri & rationi conuenienter, vt dixi: Nec si pœnitentiã agant, ad Deum reuertentes, diabolicis eiuratis commerciis eis ignoscitur: sed puniuntur, vt notum est, tam ex Caroli V. constitutionibus, quàm etiam iure communi: Pœnitentia enim post commissum delictum non excusat à pœna. l. Qui ea mente. ff. de furtis, tradit Clarus q. 16. vers. *Item quæro.* & quæst. 60. vers. *Fui quandoque interrogatus.*

Sed in crimine hæresis aliter est constitutum: Nam si hæreticus pœniteat, & velit abiurare suam hæresim, ac reuerti ad fidem Catholicã, congruámque exhibere satisfactionem, pœnas iure impositas hæreticis euitat. cap. Ad abolendam. de hæreticis, & est communis omnium sententia, Claro teste in §. Hæresis. vers. Sed quæro.

Si ergo malefici puniendi sunt, vt hæretici, consequens est eis pœnam mortis remittendã, post congruam pœnitentiam & satisfactionẽ, consequenter etiam pœnam confiscationis bonorum, sicut hæreticis remittitur. Sed maleficis constat pœnam non remitti etiam pœnitentibus. Ergo non hæretici puniuntur.

Dices, maleficis pœnitentibus pœnas non remitti, quia non sunt simpliciter hæretici, sed quandoque homicidia committunt, & multa damna inferunt contra bonum publicum & pacem: sed quatenus hæretici sunt, remitti eisdẽ pœnas posse legitimè pœnitentibus: sicut aliis hæreticis remittuntur. Consequenter si non pœniteant, esse puniendos etiam confiscatione bonorum, sicut in hæresi constitutum est.

Respondeo, id verissimum esse, & rectè dici ac concludi posse: si in maleficium hæresis sapiat manifesta, quo casu hæreticæ prauitatis inquisitores cognoscere posse docet text. in c. Accusatus. §. Sanè. de hæret. lib. 6. & maleficus non pœniteat: sed obstinatus perseueret in eo crimine: sanctissima Ecclesiæ Sacramenta recipere nolit: nec peccata confiteri, tunc sicut viuus comburi debet, vt & hæretici comburuntur, vide Binsfel. tractat. de confess. malef. in 7. concl. Dubio 4. post Couuar. lib. 2. variar. resol. c. 10. n. 10. ita etiam confiscari potest, atque adeò bona ei possunt auferri rectè & legitimè etiam filiis extantibus, vel ascendentibus, sicut & hæreticis auferuntur.

Sed cum maleficus ad Deum reuertitur & confitetur, ac recipit Ecclesiæ Sacramenta, pœnitétque anteactæ vitæ, non puto eius bona esse confiscanda, si ascendentes vel descendentes vsque ad tertium gradum relinquat: sicuti nec hæreticis confiscantur pœnitentibus, vt dixi.

Obiter autem notandum est, in hoc proposito comburendi maleficos, Constantinum in l. 6. C. de malef. & mathematicis. illis verbis, *feralis pestis absumat*, hoc supplicij genus intellexisse, quod obseruauit Petrus Faber, vir eruditissimus libr. 2. semestrium cap. in fine, adducto Pauli testimonio lib. 5. sententiar. cap. 23.

Quibus ita se habentibus tres conclusiones ex dictis possunt excipi. Prima, maleficorũ bona confiscanda esse, si nullos ascendentes vel descendentes vsque in tertium gradum relinquant, siue hæresis admixta sit, vel non.

Secunda, non esse confiscanda, si relinquant ascendentes vel descendentes vsque in tertium gradum, vbi maleficium hæresim admixtam non habet.

Tertia, vbi crimen habet hæresim admixtam, distinguendum esse, vtrum malefici pœniteãt, & abiurata hæresi ad fidem Catholicam reuertantur, congruamque satisfactionem exhibeant, an verò obstinati sint & non pœniteant, priore casu pœnam confiscationis, quæ tanquam hæreticis imponeretur, remittendam esse. Posteriore casu non item, licet ascendentes vel descendentes vsque in tertium gradum extent.

CAPVT LXXXVIII.

Testimonium socij criminis an faciat indicium ad inquisitionem, in casibus non exceptis?

CVm vtroq; iure constitutũ sit, de se confessos ne interrogari quidem de aliorum conscientia posse. l. vlt. C. de accus. c. 1. de confessis, existimo ego si interrogentur, nullum eos facere indicium ad inquisitionem, quãdoquidem nullũ sit hoc testimoniũ contra legis

legis, ſcripta prolatum, ex leg. l. Non dubium. C. de legibus.

Atque ita docuerunt Fulgoſius conſi. 136. & conſi. 173. Decius conſ. 189. n. 8. Ruinus conſ. 146. n. 8. 9. & 147. n. 2. lib. 5. Iaſon conſ. 22. nu. 1. lib. 1. Gozadinus conſ. 2. n. 21. Marſilius pract. crim. §. Diligenter. n. 67. Boërius q. 319. nu. 1. Grammaticus conſ. 21. n. 1. & conſ. 38. n. 20. Menochius de arbitr. caſu 474. n. 24.

Sed contrarium reſponderunt Baldus in cõſ. 95. lib. 1. Blancus de indiciis nu 389. qui eiuſdem ſententiæ commemorat Hoſtienſ. Ioann. Andr. Panor. & Anchar. in c. 1. de confeſſ. Clarus q. 21. verſ. Retenta igitur. Boſſius malè pro contraria ſententia citatur ſolitus, titul. de indiciis, n. 182. nouiſſimè Ludouicus à Peguera decil. Cathaloniæ 5. poſt n. 30.

Fundamentum eſt, quia omnis denunciator, quantumuis infamis ac vilis, indicium facit ad inquiſitionem.

Adfertur etiam Glo. in c. Interrogatum 2. q. 5. quæ adducit tex in c. Significaſti, de adul.

Sed & Baldus citauit in hanc rem l. Qui vltimo. ff. de pœnit. in fine, & non deſunt qui pro hac ſententia inducunt tex. in d. c. 1. de confeſſis.

Hæc omnia ſic expedio. Nego quemlibet teſtem infamem aut vilem de iure indicium eſſe legitimum ad inquirendum. S. de facto ita ſeruatur, nil ego id moror.

Aio tex. in c. Significaſti. de adult. nihil ad rem facere, nec tex. in l. Qui vltimo. Nam vltima verba quibus Baldus nititur hæc ſunt: *Sæpe etiã ideo ſeruari ſolent poſt damnationem, vt ex his in alios quæſtio habeatur.* Intellige in caſibus à iure permiſſis, vt exponit ibi Glol.

Nego rectè induci ad hanc rem tex. in c. 1. de confeſſis, quia apertè dicit, de ſe confeſſum non poſſe de aliis interrogari: Et licet poſtea ſubiiciat. *Si tamen eos infamia huiuſmodi laborare cognoueris ſingulis eis, &c. purgationem iniungas,* tamen hinc non rectè colligitur, ſocium criminis indicium facere ad inquiſitionem. Potuit enim fama aliunde oriri, quam ex ſocio criminis.

Nam & nos fatemur, ſi alia indicia adſint, iudicem rectè inquiſitionem incepturum.

CAPVT LXXXIX.

Mendacium rei examinati, an ſit indicium ad torturam ſufficiens?

MEndacium rei à iudice examinati eſſe indicium ad torturam ſufficiens complures aſſeruerunt, Bartolus in l. De minore. §. Plurimum. nu. 3. & in l. vltim. nu. 3. ff. de quæſt. Romanus conſ. 8. nu. 1. 2. Angelus de maleficiis, in verſ. Fama publica. n. 105. Marſilius §. Diligenter. nu. 74. Socinus ſenior conſ. 54. nu. 13. lib. 3. multos alios citat Menochius de Præſump. lib. 1. q. 89. n. 67.

Fundamentum eſt primò in l. De minore. §. Tormenta. ff. de quæſt. illis verbis: *Nam & ex ſermone, & ex eo qua quis conſtantia, qua trepidatione quid diceret, vel cuius æſtimationis quiſque in ciuitate ſua eſt, quædam ad illuminandam veritatem in lucem emergunt.*

Secundò in l. Vnus § Teſtes. ff. eod. titu. vbi Iureconſultus: *Teſtes torquendi non ſunt conuincendi mendacij, aut veritatis gratia, niſi cum facto interueniſſe dicuntur.*

Tertiò in c. Literas de Præſump. illis verbis: *Nos verò prædictum G. ſuſpectum de hæreſi vehementer habuimus: tum quia quod antè dixerat, poſtea ſe dixiſſe negauit: tum quia vel mendaciũ prius dixit in fratrem, aſſerẽdo illum hæreticum, vel periurium poſtea commiſit in Deum, purgando eum de hæreſi, &c.*

Sed contrarium reſponderunt complures alij. Grammaticus conſ. ciu l. 59. nu. 8. & voto 30. n. 16. Ioannes de Amicis conſ. 234. n. 3. alios citat Menochius vbi ſuprà.

Fundamentum eſt, quia hoc indicium valde remotum eſt, & poteſt eſſe mendacium in re leui, & quæ non pertineat ad ſubſtantiam negocij de quo agitur. Item, quia licet contraria dicere propter ſalutem. argum. l. Nemo. ff. de except. & l. 1. ff. de bonis eor. qui ſibi mortem conſci.

Tertia eſt ſententia Blanci in tract. de indiciis, n. 269. Aut contrarietas rei ex qua mendacium oritur, eſt circa ea quæ pertinent ad ipſius defenſionem, aut circa alia. Poſteriore caſu mendacium eſt indicium ad torturam, priore non item.

Quarta eſt ſententia Iulij Clari quæſt. 21. verſ. Mendacium. hanc rem arbitrio prudentis iudicis eſſe committendam, quia legibus definita non eſt.

Et huic poſtremæ ſententiæ magis eſt vt aſſentiar. Prudens ergo iudex conſiderabit omnes facti & perſonarum circumſtantias, & mendacij qualitatem diligenter expendet: & aliquando reum torturæ ſubiiciet, aliquando non ſubiiciet, prout ei magis videbitur æquum.

Nil moror quæ pro ſententia priori adferuntur. Nam l. De minore. §. Tormenta. non dicit ob mendacium torquendum eſſe reum: Nec id etiam dicit l. Vnius §. Teſtes. loquitur enim de teſte contraria dicente, qui procul dubio torquendus eſt ad eruendam veritatem, de reo principali non loquitur.

Nihil etiam obſtat c. Literas. de Præſum. quia fateor in ea facti ſpecie reum fuiſſe torturæ ſubiiciendum, quia graues erant ſuſpiciones contra eum, ex periurio, & mendacio. & erat men-

dacium respiciens substantiam negocij agi ba rurque de crimine grauissimo. Non sic est statuendum temere in mortuis casibus, in quibus reus mendacij conuincetur: sed totum arbitrio prudentis iudicis committendum.

Nihil etiam mouet quod pro altera sententia adfertur, licere cuipiam pro salute contraria dicere. Nam l. Nemo. ff. de except. loquitur de reo, cui permissum est diuersis vti exceptionibus: non recte ex hoc infertur licere reo à iudice examinato, mentiri, aut si mentiatur, non recte interdum conijci, mendacem reum delictum commisisse. Nihil etiam obstat l. 1. ff. de bonis eor. qui mortem sibi consci. quia non sequitur, licet cuilibet quacunque ratione sanguinem suum redimere, ergo & mentiri, & ex tali mendacio torqueri reus non potest.

CAPVT XC.

Assertio vulnerati in articulo mortis, an faciat indicium ad torturam?

AFfirmant indicium esse ad torturam sufficiens, vulnerati assertionem in mortis articulo, Angelus in l. Si quis in graui. §. si quis moriens. ff. ad Syllan. Marsil. sing. 7. n. 16. Grammaticus cons. 57. n. 13.

Fundamentum est, quia nemo præsumitur esse immemor salutis æternæ, præsertim mortis tempore. l. vlt. C. ad l. repetund. Consequenter non præsumitur mentiri, & alicui velle iniuriam facere, quinimò experientia docet plerunque tempore mortis eos, qui malè vixerūt, ad Deum conuerti, & mandare vsuras malè extortas restitui, & alia facere, quæ ad animæ salutem pertinent.

Negant Alex. cons. 14. nu. 5. lib. 3. Iason in l. 1. n. 19. Comm. de legatis. Petrus Placa in epito. me delictor. lib. 1. c. 1. n. 35. Clarus q. 21. vers. Assertio vulnerati, Menochius de Præsump. lib. 1. q. 89. n. 79.

Fundamentum est in d. l. Si quis in graui. §. Si quis moriens. ff ad Syllan. vbi Vlpianus: *Si quis moriens dixisset à seruo vim mortis sibi illatam esse, dicendum est, non esse credendum domino, si moriens hoc dixit, nisi potuerit & probari.*

Huic posteriori sententiæ calculum adiicio lubens, quia vsu forensi recepta est, & satis probabili nititur argumento. Si enim talis assertio morientis præstaret argumentum sufficiens ad torquendum, id Vlpianus non reticuisset: nec tam latè, & absolutè non esse credendum pronunciasset.

Ad argumentum respondeo, non esse quidem præsumendum, morientem vel mentiri: Veruntamen nec quemquam esse quæstionibus subiiciendum, nisi certis argumentis & indiciis in lege d. ca. ut l. Milites. §. Oportet. C. de quæst. non est autem satis certum ac probabile hoc indicium ex assertione morientis, vt patet ex d. §. Si quis moriens.

CAPVT XCI.

Stante statuto quo fur pro tribus furtis suspendi iubetur, an si committat vnum tantum furtum, sed magnum, eadem pœna plectendus sit?

FVrem laqueo suspendi oportere pro trib. furtis sæpe co. stitutionibus cauetur prouincialibus, sed nunc in controuersiam vocatur, an & fur sit suspendendus sit propter vnum maximum furtum?

Affirmant Baldus in Auth. Sed nouo iure. C. de seruis fugitiuis. Angelus de Maleficiis, in vers. *Et vestem cœlestem*, n. 13. Panormit. in cap. Inter alia. nu. 31. de Immu. Eccle. & hanc sententiam in Hispania consuetudine receptam testatur Diaz in pract. crimin. cap. 84. & in regno Cathaloniæ Ludouicus a Peguera, decis. 27. num. 8.

Fundamentum est in l. Si is qui tres. §. vlt. ff. de excusatio. tutor. vbi dicitur, sicut tria onera tutelarum excusant à tutela, ita & vnam tutelā magnam excusari, quæ scilicet magnum & amplum patrimonium continet. Item, quia in atrocioribus permissum sit iura transgredi. arg. l. 1. C. de precibus Imp. off. & l. Si quis filio exhæredato. §. Hi autem omnes. ff. de iniusto, rupto & irrit. testam.

Non placet, nec sententia, nec fundamētum eius. Nam quis non videt hæc esse longè dissimilia? tres tutelæ excusant, & vna magna fungitur vice trium tutelarum, quia tutor æquè in illa vna occupatur, atque in tribus tutelis paruis, aut mediocribus. Sed alia ratio est statuti punientis trina furta pœna mortis. Namque illud proculdubio respicit ad furandi consuetudinem, iterationémque delicti: quare in vno licet magno furto talis consuetudo non apparet, ac delicti iteratio.

Illud verò brocardicum nil moratur, in atrocioribus permissum esse iura transgredi, scilicet id verum est concurrentibus iis facti circumstantiis, quæ commemorantur in legibus allegatis. Aliis in casibus seruandæ sunt leges, nec cuiquam permissum est eas transgredi.

Contrariam igitur sententiam verbis statuti consentaneam & rationi magis probo, quam probarunt Aretinus, Salycetus, Fulgosius Castrensis, in d. Authen. Sed nouo iure. Codic. de seruis fugitiuis. Antonius Gomez. tit. de furtis. num. 7. Rolandus à Valle cons. 51. num. 43. lib. 1. Farinacius de delictis & pœnis. quæst. 24. num. 3.

CAPVT XCII.

Vtrum fures, qui de ſe confeſſi ſunt, poſſint interrogari de ſociis?

FVres, qui de ſe confeſſi ſunt, interrogari poſſe de ſociis & receptatoribus, docuit expreſſè Bartolus in l. Repeti. §. Is qui. ff. de quæſtio. quem ſecutus eſt Alexander in conſ. 69. n. 8. lib. 2. Ludouicus a Peguera deciſ. Cathaloniæ 37.

Fundamentum eſt in l. Diuus. ff. de cuſtodia & exhib. reor. illis verbis: *Sed & caput mandatorum extat, quod Diuus Pius, cùm Prouinciæ Aſiæ præeſſet, ſub edicto propoſuit, vt Ireneearcha cùm apprehenderint latrones, interrogent eos de ſociis & receptatoribus, &c.*

Adfertur in eandem ſententiam l. Prouinciarum. C. de feriis. ſed non hoc dicit. Item ratio hæc adfertur, quia congruit officio Præſidis expurgare Prouinciam malis hominibus, ac proinde interrogare debet furem de ſociis, cum præſertim talia furta ſunt, quæ ſine ſociis committi non ſolent, vt ſcilicet alij quoque puniantur.

Contrarium reſpondit Marſilius conſil. 22. numer. 17. Rolandus a Valle conſil. 61. num. 26. lib. 1. & ante eos Salycetus in l. vlt. C. de accuſatio.

Fundamentum eſt in l. Repeti. §. 1. ff. de quæſtio. & in l. vlt. C. de accuſatio. quibus legibus apertè conſtitutum eſt de ſe confeſſos interrogari non poſſe de aliis: Et idem habetur in cap. 1. de confeſſis: Et licet aliqua excipiantur crimina, tamen crimen furti exceptum non eſt.

Ego puto opiniones conciliari poſſe hoc modo, vt prior locum habeat in latronibus: Sic enim apertè loquitur l. Diuus. Poſterior autem in furibus, de quibus id cautum non eſt. Ita Federicus Scotus in conſ. 1. num. 45. lib. 3. tomo 2. & Menochius de arbitr. caſu 474. nu. 20. quæ ſententia mihi quoque placet. Latrones diſtinguuntur a furibus in l. Cùm duobus. §. Damna. ff. pro ſocio. Sunt latrones graſſatores, raptores, prædones, viarum obſeſſores. Fures autem qui clam abripiunt, vt notum eſt. De latronibus ſcriptum eſt in l. Diui. §. Latrones. ff. de pœnis. Latrones famoſos furca ſuſpendi oportere in locis, vbi graſſati ſunt. De furibus extat Iuſtiniani conſtitutio, in hæc verba: *Pro furto autē nolumus quodlibet membrum abſcindi aut mori, ſed aliter eum caſtigare.* Nouella 134. circa finem, ſiue ex Iuliani tranſlatione in Authent. vt nulli iudicũ. §. vlt. Ex quibus apparet, latum eſſe diſcrimen inter fures & latrones. Quarta id, quod de latronibus cautum eſt, non eſt ad fures producendum. Nec mouet, quod dicitur Præſidis officio congruere, vt malis hominibus prouincia expurgetur: Nam id debet curare & exequi ſecundum modos iure permiſſos. Iura autem non permittunt eos qui de ſe confeſſi ſunt, de aliis interrogari, niſi in criminibus exceptis. Inter crimina verò excepta furtum non continetur, ſed latrocinia: Ergò maneat hęc diſtinctio inter fures & latrones.

CAPVT XCIII.

Homicida ex propoſito & animo deliberato, an gaudeat Eccleſiaſtica immunitate ſi confugiat ad Eccleſiam?

GRauis ſanè ac difficilis diſputatio hæc eſt de homicidis ex propoſito, ſiue vt vocant animo deliberato, an gaudeant Eccleſiaſtica immunitate. Variè enim iuris interpretes hac de re conſtat & ſenſiſſe & docuiſſe, vt videre licet ex Alexandro conſ. 145. lib. 7. Boërio deciſ. 109. Guidone Pap. deciſ. 121. Couuar. variarum reſol. lib. 2. cap. 20. Iulio Claro q. 30. verſ. Fundus eſt. D. Tiberio Deciano in tract. crim. lib. 6. c. 28. n. 15. tomo 2.

Fundamentum eorum, qui putarunt non gaudere, eſt in Nouella Iuſtiniani de mandatis Principum. § Neque ibi Iuſtinianus: *Neque autem homicidis, neque adulteris, neque virginum raptoribus, delinquentibus terminorum cuſtodies cautelam, ſed etiam inde extrahes, & ſupplicium eis inferes. Non enim talia delinquentibus parcere competit, &c. Deinde templorum cautela non nocentibus, ſed læſis datur à lege, &c.*

Fundamentum autem eorum, qui putarunt gaudere iſtos immunitate Eccleſiarum, eſt in c. Inter alia. de immun. Eccleſ. vbi S. Pontifex reſpondit: *Si liber quantumcunque grauia maleficia perpetrauerit, non eſt violenter ab Eccleſia extrahendus, niſi publicus latro fuerit, vel nocturnus depopulator agrorum, &c.*

Ad Nouellam conſtitutionem Iuſtiniani reſpondent illam ſpectandam non eſſe, ſed ius canonicum, quia immunitas hæc reſpicit Eccleſiarum fauorem & priuilegia, de quibus S. Pontifex liberam habet diſponendi facultatem, non autem Imperator.

Et nominatim de homicidis, quod ab Eccleſia non ſint extrahendi, probatur in c. vlt. de immun. Eccleſ. quoniam ibi S. Pontifex reſpondit, eos qui in ipſis Eccleſiis vel aliis cœmiteriis homicidia committere non verentur ſub ſpe immunitatis Eccleſiarum, non debere gaudere immunitatis priuilegio. Ex hoc enim probatur, homicidas alioqui gaudere Eccleſiarum immunitate: ſi enim nunquam gauderent Eccleſiarum immunitate, fruſtra ij

eximerentur, qui talia committunt, sperantes se per Ecclesiam, ad quam confugerint, defendi.

Sed rursus qui priorem tuentur sententiam quæ negat hos immunitate gaudere, adferunt ex iure canonico textum in c. 1. de homicidio, vbi dicitur: *Si quis per industriam occiderit proximum suum, vel per insidias, ab altari meo euelles eum, vt moriatur.*

Sic enim textum accipiunt, vt velit eos, qui animo deliberato aliquem interficiunt, non gaudere immunitate Ecclesiarum, hócque indicare illa verba, *per industriam.*

Contrà verò alij contrariæ sententiæ propugnatores eundem textum perpendunt: & retorquent, existimantes hoc velle, homicidas extrahendos esse ab Ecclesia, quoties proditio interuenerit, quod significari dixerunt insidiarum nomine: Proditionis autem species multas Felynus commemorat in commentariis d. cap.

Et dato quod proditionis qualitas necessaria non sit, insidias tamen requiri asseuerant: Quare si quis absque insidiis animo licet præmeditato, hoc est, dolosè, & ex proposito aliquem occiderit, illis verbis nequaquam contineri opinantur.

Ego existimo, priorem sententiam, quæ negat istos gaudere immunitate Ecclesiarum, probabiliorem esse.

Primò, quia iuri Ciuili consentanea est, quo certum est homicidis hanc immunitatem esse à Iustiniano ademptam. Licet enim ius Canonicum spectandum sit, & iuri Ciuili præferendum: tamen nullibi quicquam expressè constitutum apparet iure Canonico, contra Imperatoris legem, & nota est omnis iuris Pontificij ac Cæsarei concordia, nisi contra sit expressè cautum, vt in c. 1. & 2. de noui ope. nunciat.

Secundò, quia text. in c. 1. de homicidio, immunitatem hanc ei adimit, qui per industriam occidit. Occidere autem per industriam is videtur, qui ex proposito & animo, vt vocant, deliberato ac præmeditato occidit. Nihil est enim aliud per industriam aliquid facere, quàm data opera, & ex proposito.

Tertiò, quia is qui animo deliberato quempiam vult occidere & occidit, sine dubio vitæ illius insidias parat, tempus scilicet & locum exspectans, vt eum commodè aggredi & occidere valeat.

Quartò, quia hæc est sententia text. in d. c. 1. de homicidio, euellendum esse ab altari eum, qui ex proposito hominem occiderit. Id ita demóstro. Sumitur ex cap. 21. Exodi, vbi sic habetur: *Qui percusserit hominẽ volẽs occidere, morte moriatur. Qui autẽ nõ est insidiatus, sed Deus illũ tradidit in manus eius, constituam tibi locũ, in quẽ fugere debeat. Si quis per industriã occiderit proximum suum, & per insidias, ab altari meo euelles eum, vt moriatur.*

Primò loquitur de eo, qui volens, hoc est, ex proposito, vt nunc loquimur, occidit, & iste debet mori. Secundò de eo, qui non est insidiatus, id est, qui non ex proposito occidit: & iste gaudet immunitate. Tertiò, quia poterat dubitari, an primus, qui scilicet volens occidit proximũ suum, per industriam & insidias, immunitate gauderet, ibi respondetur, non gaudere.

Id clariùs confirmari potest ex Deut. c. 19. vbi sic dicitur: *Qui percusserit proximũ suum nesciẽs: & qui nullũ contra eum odium heri aut nudius tertius habuisse cõprobatur, ad vnam trium vrbium confugiat & viuat.* Postea sic dicitur: *Si quis autẽ odio habẽs proximum suum, insidiatus fuerit vitæ eius, surgénsque percusserit illum, & mortuus fuerit, & aufugerit ad Ciuitatẽ perfugij, mittẽt seniores, & eripient eum de loco effugij.*

Quibus verbis apparet, ignorantiam opponi insidiis: & quod in Exodo dicitur, qui non est insidiatus: in Deuteronomio dicitur, qui percusserit insciens. Quod in Exodo dicitur: *Qui percusserit volẽs,* in Deut. dicitur: *Si quis odio habens, insidiatus fuerit.* Ex quo apparet, nihil aliud insidias & industriam significare, quàm voluntatem deliberatam occidendi.

Quintò, quia ita hanc rem explicarunt magis communiter Doctores, vt testatur Couuar. loco superiùs annotato. n. 7. vers. *In his praesertim casibus,* licet ipse contrariam sententiam fuerit amplexus.

Sextò, quia sic exponunt locum Exodi Abulensis & alij apud Lippomanum in Cathena, vbi scribit, secundum septuaginta interpretes hanc esse sententiam d. c. 21. Exodi: *Si quis autem proximum suum fuerit aggressus, vt occidat,* & fugiat, &c.

His non obstat c. Inter alia. de immun. Eccl. etsi enim eo in loco non excipiantur homicidæ ex proposito, de quib. nunc disputauimus, tamen excipiuntur in d. c. 1. de homicidio secũdum veriorem & communiorem interpretationem.

Similiter nec obstat c. vlt. eod. tit. Et si enim ex eo textu inferri possit, homicidas regulariter immunitate Ecclesiastica gaudere, tamen id non expressè ibi dicitur: sed colligi potest argumentis tantùm & coniecturis. Argumenta verò & coniecturæ non valent aduersus claros textus, & alia manifesta loca. Quinimò decet obscuriora loca ex clarioribus lumen accipere, ac interpretationem.

Præterea concedimus, homicidas gaudere Ecclesiastica immunitate, si non ex proposito animóque deliberato crimen admiserint, & hoc

& hoc inferri poteſt ex d.c. vlt.

Poſſet etiam probabiliter addi, eum qui homicidium commiſit, & ſtatim ad Eccleſiam cõfugit, videri illud cõmiſiſſe ſpe fretum immunitatis Eccleſiæ, ac proinde eo priuilegio indignum cenſeri, vt in d.c. vlt. Namq; ita eſſe præſumendum in dubio, ſcriptum reliquerunt Alciatus de Præſumpt. reg. 3. Præſump. 33. Menoc. de Præſump. lib. 5. Præſump. 10. in fine.

CAPVT XCIV.

Quid ſit merum Imperium.

VLpianus: *Merum Imperium eſt habere gladij poteſtatem, ad animaduertendum in facinoroſos homines, quod etiã poteſtas appellatur.* l. 3. ff. de iuriſd. om. iud.

Controuerſia eſt, an ſit hæc vera definitio ſiue deſcriptio meri Imperij, an verò exemplum aliquod ipſius meri Imperij, & quidem antiqui Gloſſatores docuerunt exemplum eſſe, non definitionem vel deſcriptionem generalem. Eandem ſententiam ſecutus eſt Bartolus & reliqui ferè omnes antiquiores, Angelo excepto, quibus videri poteſt aſſentiri Cuiacius li. 21. obſer. c. 30. dum ſcribit, merum Imperium hîc per exempla definiri, non autem exactè.

Angelus enim exiſtimauit eſſe definitionem meri Imperij, & hanc ſententiam ſecutus Longauallius in commentariis d.l. 3. nec non Alciatus lib. 2. paradoxor. c. 7. Coraſius lib. 3 Miſcellaneor. c 17. Duarenus in commentariis eiuſdẽ legis. Gregorius Tholoſanus in ſyntagm. li. 47. cap. 13.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia ſi definitio eſſet, deberet conſtare ex genere, & differentiis. & conuerti cum ſuo definito, ſed hæc non conuertitur. Nam multa alia ſunt meri Imperij præter gladij poteſtatem, vt puta dãnare aliquem in metallum, deportare, relegare, aliiſque pœnis afficere puta ſecuri, laqueo vel fuſtibus. l. Aut damnũ ff. de pœnis. Legem condere, creare tabelliones, ſpurios legitimos facere. Mitto enim ridiculum argumentum Cagnoli, de poteſtate puniendi etiam animali ex c. Mulier 15. q. 1.

Fundamentum verò poſterioris ſententiæ eſt: Primò, quia Vlpianus vſus eſt verbis denotantibus definitionem meri Imperij, nõ autem exemplum aliquod, ſic enim ait: *Merum imperium eſt, &c.* Secundò quia in hac definitione nil deſiderari poteſt. Deſcribit enim clarè quid ſit merum Imperium, niſi quis ſubtiliter omnis eam ſecundum Dialecticorum regulas velit examinare, quod ſi fieret, vix vlla eſſet Iuriſconſultorum definitio, quæ conſiſtere ac defendi poſſet.

Hæc poſterior ſententia mihi quoque placet. Cum enim Vlpianus dixit, Merum imperium eſſe gladij poteſtatem, deſignare voluit ſummam partem meri Imperij, quia plerunque hæc ſola eripiendæ vitæ ratio permittitur ei qui habet merum Imperium l. Aut damnum §. 1. ff. de pœnis. Alioquî verò omnem aliam grauiorem facinorum coercitionem complectitur, veluti damnationem in metallum, deportationem, bonorum publicationem. l. Solent. ff. de off. proconſulis. & iudicij publici exercitationem lege delegatã. l. 1. ff. de off. eius, cui mãd. eſt iuriſd. Eſt enim in ſumma merum Imperium coercendorum facinorum poteſtas, lege data atque finita. l. 1. C. qui non poſſunt ad libertatem peruenire.

Quæ omnia ſi rectè perpendantur argumenta, illud facilè dilui poterit, quod dicebatur multas alias pœnas vltra gladij pœnam ad merum Imperium pertinere. Hoc ſciebat optimè Vlpianus, ſed à digniori & maiori parte voluit definitionem ſumere. Appellatur enim gladij poteſtas l. Nemo poteſt. de regul. iur. l. Solet. ff. de off. proconſ. ſed tamen omnem aliam grauiorẽ coercitionem continet, vt patet ex d. l. Solet. ibi: Nemo enim poteſt gladij poteſtatem ſibi datam, vel cuius alterius coercitionis, ad alium transferre.

Multò verò minus obſtat illud argumentum, quod veteres attulerunt, legem condere, creare Notarios, &c. ad merum Imperium pertinere, nec gladij poteſtate contineri. Nam & Alciatus, & Zaſius, & alij recẽtiores rectè ſummáque ratione negant, hæc pertinere ad merũ Imperium. Nec quiſquam hactenus id probare aggreſſus eſt. Pertinent enim ad Principis iura regalia, vt vocant, quæ Principi ſunt reſeruata, non autem ad merum Imperium, quod Magiſtratibus conceſſum eſt. Nec Senatus Præfectus prætorio legis condendæ poteſtatem habuit, ex eo quod merum Imperium haberet, ſed propter ſummam dignitatem & authoritatem quam habebant, vt egregiè Zaſius explicat in d. l. 3. n. 16.

CAPVT XCV.

Quid ſit mixtum Imperium.

APparabo hic menſam ex alienis ferculis variarum epularum cupidis lectoribus, non ſine apophoretis ex ære meo quæſitis. Eorũ partes erunt, quod magis placuerit accipere, omniáque boni conſulere.

Vlpianus: *Mixtum Imperium eſt, cui etiam iuriſdictio ineſt, quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit.* l. 3. ff. de iuriſdictione.

Veteres hanc rem ſic explicarunt cõmunioribus ſuff. agiis, Mixto Imperio ineſſe iuriſdi-

ctionem in specie sumptam, non in genere: Nam in genere sumpta iurisdictio etiam mero Imperio inest: Eidem mixto Imperio inesse etiam Imperium merum. Imperij naturam participare, quia officio iudicis nobili exercetur. Iurisdictionis autem, quia ad priuatam vtilitatem exercetur. Et ideo mixtum Imperium nil aliud esse, quàm iurisdictionem, quæ officio iudicis nobili tractatur, & ad priuatam vtilitatem spectat.

Post hos Alciatus lib. 2. Paradox. cap. 8. *Distinctionem eam nobilis & mercenarij officij apud veteres non obseruatam fuisse, sed Prætoris officium dici, quod in mixto Imperio versatur, id est, circa coercitionem vel executionem, quæ etiam in bonorum possessione danda necessaria erat, vt Parergon lib. 4. ostendi.* (Est cap. 3. lib. 3. Parergon.)

Ioan. Corasius lib. 3. Miscellaneor. c. 17. *Definitur mixtum Imperium ab Vlpiano, vt sit illud cui iurisdictio inest. Similitérque Papinianus hoc mixtum Imperium cohærere iurisdictioni tradidit in l. 1. §. vltim. ff. de offic. eius. Vtriusque autē Iurisconsulti verba ita me authore explicanda sunt. In pecuniariis caussis, in quibus exercetur iurisdictio, mixtum quoque versatur Imperium, quod non aliò spectat, quàm vt priuatorum controuersiæ finem accipiant, pertinaciúmque & cōtumacium ceruicositas ac proteruia cōpescatur, coerceatúrque iure suo cuique conseruato l. fi. de offic. eius. & ita adhærere iurisdictioni, eidémque subministrare mixtum Imperium dicitur. Manifestum quoque hinc fit, Imperium mixtum aliud esse nihil, quàm authoritatem & potestatē quādam decernendi, dandi, dicendi, addicendi, coercendi in pecuniariis caussis, citra tamen litis controuersiæ decisionem. Tunc enim esset iurisdictio, quæ tamen vt effectum habeat, faciliúsque explicari possit, mixto Imperio ius dicens vtitur, dict. l. fin. Consistit autem propriè in danda bonorum possessione mixtum Imperium, non item iurisdictio. Licet enim ciuile sit negotium, quia tamen nō inter duos ius redditur, sed vni petenti Prætor decernit, Imperio vtitur nō iurisdictione: quæ tum propriè consideratur, cùm inter litigatores ius dicitur. Est tamen præter dationem bonorum possessionis alia multa reperire, in quibus licet propriè mixtum Imperium non consistat, eiusdem tamen Imperij magis quàm iurisdictionis naturam redolent l. Iubere. de iurisdict. om. iud. &c.*

Franciscus Duarenus lib. 1. anniuers. disput. c. 53. *Notandum est Prætorem Romæ creatum fuisse, vt ius diceret in vrbe de caussis negotiisque priuatis, non vt animaduerteret in facinorosos homines, quod vel Consuls quidē licuisse scribit Pomponius tit. de orig. iuris lib. 1. Pandect. Populus enim cuius summa potestas erat quoties animaduersio necessaria videbatur, quæsitores siue quæstores constituebat, qui aduersus facinorosos inquirerent, idque extra ordinem, cùm nullo Magistratu fungerentur, vt ego plerisque refragantibus censeo. l. 2. de orig. iu. Non tamen his finibus vsquequaque circumscripta fuit potestas huius Magistratus, vt nihil aliud quàm iudicibus à se datis, ius æquitatémque præscriberet, quemadmodùm diximus: Nam bonorum possessionem dare poterat secundum tabulas, vel contra tabulas; restituere in integrū, modicè coercere, & alia quædam exequi, quæ in Imperio magis consistere videntur, quàm iurisdictione. l. 1. l. Iubere. ff. de iurisdiction. l. 2. de in ius vocand. l. Ea quæ ad Municipalem, vt constat ex Ciceronis orationibus in Verrem. Et hoc quidem Imperiū ideo dicitur mixtum, quia iurisdictioni admixtū & coniunctū est, pertinétque omnino ad officium ius dicentis, adeò, vt qui quis habet iurisdictionem, idem hoc quoque Imperium habeat: & qui hoc Imperio vtitur, ius dicentis officio fungi existimetur, qua ratione transferri dicitur mandata iurisdictione.*

Iacobus Cuiacius lib. 21. obseru. c. 30. *Mixtū Imperium est potestas quæ iure proprio Magistratui competit. l. 1. de offic. eius, vel cui iurisdictio cohæret, adhæret, inest. Cuius in l. 3. duo proponūtur exempla. Vnum, quod cōsistit in danda bonorum possessione honorariis successoribus: namque ij tantùm dare possunt bonorum possessionē secūdum tabulas, vel contra tabulas: vel vnde legitimi, vel quam aliam, qui Imperium mixtum habent. Dare bonorum possessionem est Imperij mixti, & iurisdictionis, igitur vel Hermanopulo authore 1. Epit. tit. 4. Alterum consistit in dando iudice, &c.*

Antonius Faber li. 4. coniecturarum, c. 4. *Mixtum Imperium id esse scribit Vlpianus, cui etiā iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit, quibus verbis decepti veteres omnes, & quod magis mirum videri debeat, recētiores plerique iuris magistri existimarunt, Vlpiani sententiam illam esse, vt dare bonorum possessionem mixti sit Imperij, non iurisdictionis. Aliqui id iurisdictione esse vident, neque negare possunt, nouam opinionem induxerūt, & mixti Imperij: sed iurisdictionis esse scripserūt, in quo errāt longè grauius, mixtum Imperium cū iurisdictione confundentes: neque fieri potest, vt hoc principio posito quicquam in eo tractatu intelligāt. Etsi enim mixtum Imperium est, cui iurisdictio inest; aliud tamen mixtum Imperium est, aliud iurisdictio, neque mixti Imperij esse potest, quod iurisdictionis est, aut contra. Dare igitur bonorum possessionem iurisdictionis tantùm est, non etiam*

Imperij

Imperij mixti. Aut ſi datio bonorum poſſeſſionis iuriſdictionis non eſt quid, obiecro, iuriſdictionis eſſe poteſt: Omne ſiquidem ius, quod in danda bonorum poſſeſſione verſatur, ex Prætoris edicto eſt. Et cùm dici ſoleat Prætoris iuriſdictionem in eo potiſſimùm conſiſtere, vt ius ciuile vel corrigat, vel temperet, vel confirmet. l. Ius autem 7. §. 1. de iuſt. & iur. certum eſt introducta eſſe à Prætore bonorum poſſeſſiones iuris veteris, tùm corrigendi, tùm confirmandi gratia, quemadmodum in principio tituli de bonorum poſſeſſionibus Iuſtinianus ſcribit. Vt non malè dici poſſit, Prætoriæ iuriſdictionis potiſſimam ferè partem in danda bonorum poſſeſſione conſiſtere. At maximum imperiu m iuriſdictio non eſt, ſed modica duntaxat coercitio, ſine qua iuriſdictio nulla eſſe poteſt. l. vl. de off. eius. Propter quam cauſſam dicitur à Paulo iuriſdictioni cohærere, in §. vlt. l. 1 ff. eod. Eodē planè ſenſu, quo Vlpianus in d. l. Imperium ſcribit iuriſdictionem mixto Imperio ineſſe. Nec audiendi ſunt, qui Imperium mixtum, cui iuriſdictio ineſt, ſeparant ab Imperio mixto, quod iuriſdictioni cohæret, ſeu quod ineſt iuriſdictioni. Vtrumque enim omnino idem eſt: ſicut Imperium mixtum nullum eſt, cui iuriſdictio non inſit. Idque apertè Vlpianus docet in d. l. Imperium, cùm mixti imperij veram & propriam definitionem illam tradit: Mixtum imperium eſt, cui iuriſdictio ineſt, ad differentiam meri imperij, quod non tuendæ iuriſdictionis gratia exercetur, ac per ſe ſtat, & in delictis vindicandis totum conſiſtit. Sed iſtos idem error duxit qui cæteros. Cùm enim ex d. l. vlt. de off. eius. viderent imperium nō merum, ſed mixtum aliud non eſſe quàm modicam coercitionem, ſine qua iuriſdictio nulla eſt, nec coercitionem vllam cernerent in datione bonorū poſſeſſionis, in qua tamen imperium mixtum ab Vlpiano conſtitui putabant, non aliter ſe ex ea difficultate euoluere potuerunt, quàm commentitia illa duplicis imperij mixti diſtinctione. Neque ſanè vnquam quis ſe euoluere poſſit, qui in recepta lectione defendenda pertinax eſſe velit. Nam mixtum imperium in danda bonorum poſſeſſione conſiſtere Vlpianus apertè ſcribit. Optio nobis relinquitur, an à recepta lectione, an potiùs à certiſſimis principiis iuris recedere velimus. Ego hoc nolo, illud malo. Nec tamen ſubtiliſſimi viri emendationem probo, qui Vlpianum vult ſic ſcripſiſſe, aut ſcribere debuiſſe. Quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit, iuriſdictio eſt. Iuriſdictio eſt etiam iudicis dandi licentia. Ferè enim ineptus eſt ille loquendi modus, neque ſic explicari poteſt, vt quod imperium in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit, iuriſdictio ſit, cùm vel fatente illo in danda bonorum poſſeſſione imperium nullum conſiſtat, & ſi imperium aliquod eſſet, iam mixtum imperium diceretur non iuriſdictio. Probabilius ergo eſt in illis verbis. Quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit, erratum eſſe, & legendum, qua pro quod, nato errore ex vtriuſque ſyllabæ & notæ ſimilitudine & affinitate. Atque ità Vlpiani ſententia eadem erit, quæ ſecundum Goueani emendationem; ſcilicet donationem bonorum poſſeſſionis imperij mixti non eſſe, ſed iuriſdictionis, &c.

Accipe nunc lector, quę pollicitus ſum apophoreta. Prima concluſio. Mixtum imperium non conſtituitur ex mero imperio & iuriſdictione, ſed ex imperio & iuriſdictione, nihil eſt enim aliud mixtum imperium, quàm imperium cum iuriſdictione coniūctum: quod propterea dicitur mixtum, quia ſcilicet ei iuriſdictio admixta eſt, non autem ſimplex eſt purum merum: quale eſt ius gladij, & poteſtas animaduertendi in facinoroſos homines: illud enim nullam aliam habet mixtam iuriſdictionem, ſed in ſola maleficiorum cognitione & punitione conſiſtit.

Secunda concluſio. Mixtum imperium non eſt iuriſdictio, ſed iuriſdictio ei ineſt: quomodo enim idem poteſt eſſe cum iuriſdictione, ſi iuriſconſultus ait, ei iuriſdictionem ineſſe? Nunquid ſibi ipſi aliquid ineſſe poteſt? Quod ineſt alteri, certè differt ab eo, nam accidit ei.

Tertia concluſio. Mixtum imperium non eſt ſine iuriſdictione. Nam Vlpianus dicit ei iuriſdictionem ineſſe. Nec iuriſdictio eſt ſine mixto imperio, vt conſtat ex l. 1. §. vlt. & l. vlt. ff. de off. eius. cui mand. Itaque licet aliquis conſiderare poſſit modicam coercitionem per ſe, & abſtrahere illam ab ipſa iuriſdictione, tamen nunquam eſt mixtum imperium, niſi ſimul adiunctam habeat iuriſdictionem. Si quis abſtraxerit coërcendi poteſtatem à iuriſdictione, ille conficiet merum imperium, non mixtū, quia merum imperium nihil eſt aliud quàm poteſtas coercendi, &c. Mixtum autem habet adiunctam iuriſdictionem.

Quarta concluſio. Mixtum imperium, cui iuriſdictio ineſt, licèt conſiſtat in multis aliis, tamen potiſſimùm dicitur conſiſtere in danda bonorum poſſeſſione, quia iubere cauere, & in poſſeſſionem mittere imperij magis eſt, quàm iuriſdictionis. l. Iubere. ff. de iuriſdict. Eſt enim bonorum poſſeſſio executionis cuiuſdam ſpecies, cùm ſit ius perſequendi retinendique patrimonij; ff. de bono. poſſeſ. Quapropter alibi ſic ſcriptum eſt, vt poſſeſſio bonorum detur, vel ſi cui damni infecti non caueatur, vt is poſſidere iubeatur. l. pen. §. 1. ff. de officio eius cui mand. Itaque imperio hac in re opus eſt, quia executionem continet.

Quinta concluſio. Nec propterea negamus in poſſeſſionē mittere iuriſdictionis eſſe. Nam conſtat id prætorem ex ſua iuriſdictione facere,

re, sed quia executionem habet adiunctam, & imperio eget, ideo imperii magis quam iurisdictionis esse dicitur, d.l. iubere. Imperii hoc est mixti, cui scilicet iurisdictio inest: quod miror eruditissimum Fabrum non satis expendisse.

Dices, nónne is qui merum habuit imperium, iurisdictionem habere dicitur, cùm ius & ipse reddat, & dicat de criminibus & pœnis? Respondeo, latissimè accipiendo iurisdictionem, id rectè dici, argum. l.1. ff. de offic. eius, ibi: *Iurisdictionem suam mandant*, vt dixi supra libr. 7. cap. 69. Sed hic iurisdictio sumitur strictè & propriè, prout est separata a mero imperio: quod in sola gladii potestate consistit. Ita, inquam, Vlpianus accipit in d.l.3. ff. de iurisdict. Quid autem sit iurisdictio, sic accepta in sequenti capite dicetur.

Ex his patet, nec textum Vlpiani esse corrigendum, & quæ sit Vlpiani sententia, cùm dixit mixtum imperium esse, cui iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit.

CAPVT XCVI.

Quid sit Iurisdictio?

VLpianus in dict. l. 3. ff. de iurisd. omn. iud. sic ait: *Iurisdictio etiam est iudicis dandi licentia.*

Veteres ita hunc locum exponunt, vt constituant iurisdictionem simplicem separatam à mero & mixto imperio, non quia possit esse sine modica coercitione, quod est mixtum imperium, sed quia sit tertia species a mero & mixto imperio realiter distincta. Rectè meo quidem iudicio.

Præclarè Duarenus in hunc tit. *Nam non hic principaliter definit* Vlpianus, *quid sit iurisdictio, sed eam, cui mixtum imperium adhæret, quasi dicat, qui iurisdictionem habet, potest ea, quæ sunt mixti imperii, sed etiam dare iudicem potest*: quod confirmare poterat ex l.1. ff. de iurisd. om. iu.

Et alibi in commentarium ad tit. de pactis. l. Iurisgentium, & lib. 1. anniuers. cap. 53. optimè declarat, Prætorem solitum non fuisse priuatas caussas iudicare, sed iudicem dare, qui accepta formula, & præscripto quodam iuris de facto tantùm cognosceret, licet quandoque iudicaret, & cognosceret ipse magistratus certarum personarum & caussarum fauore, l. 1. ff. de extraordin. cog. l. 1. ff. de rei vind. & alibi. Eiusdem sententiæ mihi fuisse videtur eruditissimus Brissonius, in lexico iuris, verbo iurisdictio, dum scribit: *Iurisdictionis autem exemplum definit Vlpianus esse, quod in danda bonorum possessione consistit, item iudicis dandi licentiam.*

Sed Alciatus contra lib. 2. paradoxorum c. 8. Iurisconsultum in d. l. 3. *solum de mero mixtoque imperio loqui, mixtumque ita definire, cui etiam iurisdictio inest, vt in bonorum possessione, & in iudicis dandi licentia: nam in ea quoque sicut in bonorum possessione iurisdictio est, quæ circa mixti imperii exequuntur. Dictio itaque* licentia *in eo contextu sextum casum respicit, licet præpositio in adiecto non præponatur, &c.* Sic Alciatus.

Alciatum sequitur Bellonus, tanquam præceptorem suum lib. 3. supputationum c. 4.

Eiusdem sententiæ fuit Cuiacius lib. 21. obs. c. 30. *In l. 3. de iurisd.* inquit, *duo proponuntur imperii genera, merum & mixtum. Duo sunt in ea termini tantùm, merum imperium & mixtum imperium, non tres, vt plerique opinantur, merum & mixtum imperium & iurisdictio simplex, quia nulla est iurisdictio simplex vel nuda, sine imperio, cuius vi ad effectum perducatur, quod ex hac etiam societate, atque iunctura, qua iurisdictioni connexum est, mixtum appellatur. Quamobrem mixtum imperium & iurisdictio res vna & eadem est, nec quicquam vindicatur imperio mixto, quod non possit, & debeat etiam vindicari iurisdictione & contrà: quæ enim commixta sunt, & simul commeant semper.*

Mihi magis placet sententia & expositio veterum, ac Duareni tres terminos in d.l. ab Vlpiano declarari. Merum imperium, Mixtum & iurisdictionem.

Primò, quia hæc sententia verbis legis consentanea est, & nullam continet absurditatem.

Secundò, quia Vlpianus dicit: *Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia*, quæ autem expositio hæc est, verbum *licentia* esse in texto casu in ablatiuo? quasi dixerit, iurisdictio est in licentia dandi iudicem: nónne verissimum est, cum qui iurisdictionem habet, iudicem dare posse?

Tertiò, nam Vlpianus non dicit, mixtum imperium esse licentiam dandi iudicem, sed ait, iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia. Cur ergo volumus detorquere verba, & sic inuertere, vt quod de iurisdictione scriptum est, ad mixtum imperium trahatur.

Fateor mixtum imperium adiunctam habere iurisdictionem, Fateor & nullam esse iurisdictionem sine imperio, hoc est, modica coercitione quæ ad imperium pertinet. Sed nego quod hinc infertur. Ergo iurisdictio & imperium vnum & idem est. Nunquam ego didici id quod alicui inest, quod simul cum altero iunctum & connexum est, idem esse realiter cum eo. Anima & corpus in viuente simul sunt coniuncta, nec animal esse potest, nisi manente illa coniunctione, quia separatio mortem inducit. Nemo tamen dixerit

dixerit animam & corpus idem esse, vel animal esse idem quod corpus, vel idem quod anima, est enim compositum ex anima & corpore. Sic & mixtum imperium compositum est ex imperio & iurisdictione. Non igitur est idem quod iurisdictio, nec iurisdictio est idem quod imperium.

Sed hoc ostendam ex iure ipso. Ait lex: *Ius dicentis officium latissimum est. Nam & bonorum possessionem dare potest, & in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores: constituere, iudices litigantibus dare.* l.1. ff. de iurisd. omn. iud.

Hic sunt duo, iurisdictio & imperium. Iurisdictio est in iure reddendo, in iudicib. dandis, &c. Imperium versatur in executione ipsa. Nisi enim is, qui iurisdictionem exercet, imperium habeat, & coërcitionem, qua exequi possit suam iurisdictionem, nulla est iurisdictio, & inanis. Quamobrem in l.2. ff. eodem. dicit Iabolenus, cui iurisdictio concessa est, ei quoque videri concessa, sine quibus iurisdictio explicari non potest.

Non est igitur idem imperium quod iurisdictio, sed illi inest, & illam iuuat, vt iurisdictio rectè expediatur. Rursus nec iurisdictio idem est quod imperium, quia illa consistit in cognoscendo & iudicando, imperium autem in iis quæ pertinent ad executionem & expeditionem ipsius iurisdictionis. Si enim nullum magistratus imperium haberet, inanis esset iurisdictio. Et hoc erat discrimen inter iudicem olim & magistratum; quod iudex datus erat priuatus nullam iurisdictionem habens, sed notationem tantùm sine imperio. l.5. ff. de re iud. Idcirco iubentur magistratus exequi sententias iudicum a se datorum. l. A diuo Pio. ff. de re iud. Ita sentio, si malè, viri docti me admonebunt, vt spero.

CAPVT XCVII.

Quæ sit sententia l.1. ff. de officio eius, cui mandata est iurisdictio.

Papinianus: *Quæcunque specialiter lege, vel senatusconsulto, vel constitutione Principum tribuuntur mandata iurisdictione non transferuntur. Quæ verò iure magistratus competunt, mandari possunt: Et ideo videntur errare magistratus, qui cùm publici iudicij habeant exercitionem, lege vel Senatusconsulto delegatam (veluti lege Iulia de adulteriis, & si quæ sunt similes) iurisdictionem suam mandant, &c.* leg.1. ff. de officio eius, cui mandata est iurisdictio.

Bartolus quem alij frequentioribus suffragiis secuti sunt in explicatione huius legis, sic ait: *Causæ meri & mixti imperij conceduntur maioribus iudicibus specialiter, & expressè, & in priuilegium, & ideo non possunt delegari, nisi in casu absentiæ. Causæ verò iurisdictionis infimæ committuntur, & competunt cuilibet magistratui, & delegari possunt.*

Sed huic expositioni obstat. Primò, quòd Papinianus non loquitur de causis meri & mixti imperij, sed generaliter loquitur de omnibus his, quæ specialiter lege vel Senatusconsulto, &c. committuntur. *Secundò*, quia non est verum quod asseritur, mixti imperij causas delegari non posse: vt in cap. sequ. ostendam. *Tertiò*, quia nullum verbum facit de maioribus magistratibus, nec de priuilegio eorum. *Quartò*, quia nullam etiam mentionem facit causarum, quæ sunt iurisdictionis infimæ, sed de his quæ iure magistratus competunt, i. de his quæ eo ipso quod magistratus est, more maiorum expedire potest: quæ non sunt tantùm minimæ seu infimæ iurisdictionis. *Postremò*, quoniam ex verbis ipsis manifestum est, Papinianum discrimen constituere inter ea quæ specialiter committuntur, & quæ iure magistratus competunt. Quę specialiter conceduntur non possunt delegari, quæ iure magistratus competunt delegari possunt: & hanc esse veram ac germanam sententiam Papiniani.

Exemplum est præter causas meri imperij, de quibus mentionem facit Papinianus, primò in l.2. ff. eod. tit. Vlpianus: *Mandata iurisdictione à Præside non potest consilium exercere is cui mandatur.* Cur ita? quia specialiter hoc consuli in vrbe & Præsidibus Prouinciarum, extra vrbem lege Ælia Sentia mandatum erat, vt scil. consilium præberet minori 25. annis manumittere volenti. l.1. ff. de off. consulis. §. eadem leg. Instit. quib. manumittere non licet. Vlpianus in fragmentis apud Cuiacium. tit.1. vbi Vlpianus ait: *In consilium autem adhibentur Romæ quinque Senatores, & quinque Equites Romani, in Prouincia viginti recuperatores ciues Romani.*

Alterum exemplum suppeditat eadem l.2. illis verbis: *Si tutores vel curatores velint prædia vendere, causa cognita id Prætor vel Præses permittat: quod mandauerit iurisdictionem, nequaquam poterit mandata iurisdictione eam quæstionem transferre.* Cur ita? quia specialiter hæc cognitio lege tributa fuit Prætori Romæ, ac Præsidi in prouinciis, l.1. ff. de rebus eorum, ibi: *Tunc Prætor Vrban. vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione æstimet quæ possint alienari.*

Tertium exemplum est ex l. Cùm hi. ff. de transact. vbi senatusconsultum continetur, quo cauetur transactionem de alimentis testamento relictis non aliter valere, quàm si Prætore authore facta sit. Prætor ergo & Prouinciæ Præses, mandare ex hac causa iurisdictionem non potest. d. l. Cùm hi. §. Sed nec mandare.

Quartum exemplum eſt ex l. 8. ff. de tutorib. & curatorib. datis ab his. Vlpianus: *Nec mandante Præſide alius tutorem dare poteſt*, quia Præſidi nominatim id à lege commiſſum erat. §. 1. Inſtit. de Attiliano tuto. c.

Excipitur cognitio de remouendis ſuſpectis tutoribus, quæ ſpecialiter data eſt Romæ prætori, & in Prouinciis, Præſidibus earum, & legato proconſulis, vt in Inſtit. de ſuſpectis tutorib. verumtamen mandari poteſt propter vt. litatem pupillorum. l. Cognitio. 4. ff. de off. eius cui mand.

Ita hanc legem rectè explicarunt Alciatus lib. 1. Paradoxorum, cap. 1. Vaconius à Vacuna lib. 6. declarat. onum iuris, ca 75. Io. Longouallius ad l. Imperiũ. ff. de iuriſd. om. iud in §. *Venio ad tertium articulum*. Iacobus Cuiacius in operibus poſthumis ad Papinianũ. nec dubito quin alij recentiores eruditi viri idem ſcripſerint, licet ego non alios legerim. Iſti alia adferunt exempla, ſed mihi iam ad finem properanti digitum ad fontes intendiſſe ſat eſt.

CAPVT XCVIII.

An mixtum imperium delegari poſſit?

MIxtum imperium delegari poſſe, tam perſpicuè iuris proceres reſpõderunt, vt mirandum profectò ſit, tot interpretes repertos, qui contrariam ſententiam ſuaſerint.

Paulus notat, Imperium quod iuriſdictioni cohæret, mandata iuriſdictione trãſire, quod verius eſt. Ita reſpondit Papinianus in l. 1. § vlt. ff. de off. eius cui mand. eſt iuriſd. Imperium autem quod iuriſdictioni cohæret, mixtum eſt, teſte Vlpiano l. 3. ff. de iuriſd. om. iud.

Idem Paulus in l. vlt. ff. eod. titul. ſic ſcribit: *Mandata iuriſdictione priuato etiam imperium quod non eſt merum, videtur mandari.* Quid eſt imperium quod non eſt merum, niſi mixtum?

Sed præter hæc duo iuris teſtimonia aliud extat magis luculentũ in l. 4. ff. eod. tit. vbi Macer. *Vt poſſeſſio bonorum detur, vel ſi cui damni infecti nõ caueatur, vt is poſſidere iubeatur, aut ventris nomine in poſſeſſionem mulier, vel is cui legatum eſt, legatorum ſeruandorum cauſa in poſſeſſionem mittatur, mandari poteſt.*

Si mixtum imperium in danda bonorum poſſeſſione cõſiſtit Vlpiani teſtimonio in l. 3 ff. de iuriſd. om. iud. Et mandari poteſt cauſa bonorum poſſeſſionis, vt Macer reſpondit, quid vlterius deliberandum eſt, an cauſæ mixti imperij demandari poſſint?

Nec valet illa reſponſio, delegari poſſe cognitionem cauſæ bonorum poſſeſſionis, non ipſam miſſionem & executionem. Nam quis hoc dicit? Quid eſt mandari poſſe, *vt poſſidere iubeatur, vt in poſſeſſionẽ mittatur*, niſi ipsã cognitionem, & actualem immiſſionẽ? Atque ita rectè docuerunt Alciatus lib. 2. parad. cap. 1. Lõgouallius ad l. Imperium. de iuriſd. omn. iud. Fulgoſius & multi alij: Bartolus & alij magis communiter contra, ſed iis condonandus eſt error iſte, & gratię ſunt propter alia quàm plurima habendæ, quæ ſcriptis reliquerunt, præclara, & iuri & æquitati, & moribꝰ noſtris conſentanea? Duo ſunt præcipua eorum argumenta. Nam leuiora miſſa facio.

Primum eſt in l. 1. ff. de off. eius. Exiſtimarũt enim hoc ibi velle Papinianum, cauſas meri & mixti imperij delegari non poſſe, propterea quòd maioribus magiſtratibus in priu legium & expreſſè ſint conceſſæ.

Et vt dixi in cap. præcedente, non hoc vult Papinianus: ſed cauſas quæ ſpecialiter legibus, vel ſenatuſconſultis, vel conſtitutionibus principum tribuuntur, delegari non poſſe, quæ verò iure magiſtratus competunt, delegari poſſe. Hæc interpretatio verbis conſentanea eſt ipſius Papiniani, & aliis Iuriſconſultorum reſponſis, vt latius expoſui.

Alterum argumentum eſt, quia omnia quæcunque plenam cauſæ cognitionem requirunt, delegari non poſſunt l. Nec quicquam. §. Vbi decretum. ff de off. proconſulis & leg. l. Omnia quæcunque. de reg. iuris. Sed cauſæ mixti imperij requirunt plenam cognitionem, Ergo delegari non poſſunt.

Reſpondeo, hic eſt alius error pace antiquorum de iuriſprudentiæ ſtudio optiriè meritorum. Nam ſententia dictarũ legum eſt, vbi decretum neceſſarium eſt, quia ſolebant partes per ſupplices libellos petere, vt illud interponeretur, & magiſtratus libello ſubſcriberet, dicit lex non id poſſe fieri, quia *vbi decretum neceſſarium eſt, per libellum id proconſul expedire nõ poteſt.* Exẽplum eſt in l. 6. C de prędiis & aliis reb. min. vbi Imppp. Carus, Carinus, & Numerianus. *Minorũ poſſeſſionis venditio per procuratorem delato ad Pretorẽ vel Præſidem prouinciæ, libello fieri non potuit: Cùm ea res rectè cõfici aliter non poſſit, niſi apud acta cauſis probatis, quæ vẽditionis neceſſitatem inferant decretum ſolenniter interponatur.*

CAPVT XCIX.

An merum imperium iure canonico delegari poſſit?

CVm iure ciuili apertè conſtitutũ ſit, neminem poſſe gladij poteſtatem, quam ipſe habet, alii demãdare. l. ſoler. ff. de off. procon. l. Nemo poteſt gladij. de reg. iur. l. 1. ff. de off. eius. nec contrarium palã iure canonico

ſtatutum

ſtrutum ſit, non video qui [illegible] del ea annis, iure canonico merum imperium poſſe delegari. Sed argumenta contrariæ ſententiæ diluenda ſunt.

Primum eſt ex cap. In Archiepiſcopatu de raptoribus. ibi: *Cum autem exceſſus huiuſmodi Rex Siciliæ tibi, & aliis Epiſcopis commiſerit puniendos,*

Reſpondeo. Regem ibi delegare, non magiſtratum, & cui dubium, quin Rex delegare poſſit gladij poteſtatem? Debet étne ipſe tot negotiis & curis implicitus cauſas meri imperij audire ac definire?

Secundum eſt ex cap. Aqua, de cõſecratione Eccl. vel altaris. Reſpondeo, nihil ibi dici de mero imperio.

Tertium eſt in c. vlt. Ne clerici vel monachi lib. 6. vbi clarè dicitur, Epiſcopos delegare poſſe cauſas ſanguinis, quæ procul dubio ad merum imperium pertinent.

Reſpondeo, rationem hanc eſſe, quia Epiſcopis eas agitare non licet, vt ibi dicitur. Et inter omnes conſtat, magiſtratum quoque ſecularem eiuſmodi cauſas delegare poſſe, cum ipſe impedimento aliquo, abſentiæ puta, vel infirmitatis eas expedire non poteſt. l. 1. ff de off. eius.

Quartum eſt ex clem. 1 de hæreticis. Reſpondeo, de crimine hæreſis ita ibi conſtitutum eſſe, at non facilè trahendum ad alias cauſas, nec dicitur etiam abſolutè ac generaliter tales cauſas delegare poſſe. ſed loquitur textus de delegato Epiſcopi ſede vacante.

Quintum eſt cap. licet. de officio Vicarii lib. 6. & c. Si Epiſcopus. de off. ordin. eod. libr. vbi patet Epiſcopum delegare poſſe cauſas criminales.

Sed hoc ius locum obtinet in Vicariis Epiſcoporum, qui & ordinarii vocantur. Neque enim Epiſcopi poſſent eiuſmodi cauſas expedire. Datur illis iure canonico facultas Vicarium conſtituendi, & locum tenentem, non tamen licet ex hoc inferre, iure canonico permiſſum eſſe generaliter meri imperij cauſas delegare.

Sextum argumentum eſt ex cap. vlt. de off. iudicis ord. illis verbis: *His quibus ex officio in certis caſibus competit illos abſoluere, qui pro violenta manuum iniectione incidunt in canonem ſententia promulgata, licet aliis huiuſmodi abſolutionẽ committere, cùm viderint expedire.* Et hoc argumentum eò fortius eſt, quoniam hæc poteſtas ſpecialiter quandoque Epiſcopis tributa eſt, c. Mulieres. c. De monialibus. c. Perueniat. c. Quod de his. c. vlt. de ſent. excommunicat.

Reſponderi poteſt, id ex cauſa ipſa permiſſum eſſe, propter fauorem animæ, quod verba illa indicant, *cùm viderint expedire.* Noſtra diſputatio & quæſtio eſt, an liceat abſque cauſa vlla cauſſas meri Imperij delegare ſecundum ius canonicum: quod certè meritò negari poteſt.

CAPVT C.

Quæ ſit pœna abacti partus.

CVm quæritur, quæ pœna ſit abacti partus, in promptu eſt diſtinctio veterum. Aut partus animatus, aut inanimatus eſt. Priore caſu pœna eſt capitalis, poſteriore non item. Accurſ. Bart. & alii ad l. Diuus. ff. de extraord. cog. Gomez var. reſol. lib. 3. c. 3. n. 3. Placa in Epitome del. [illegible] lib. 1. c. 20. n. 5. Oſaſcus deciſ. 60. Clarus q 68. poſt principium. Cuiacius nouiſſimè lib. 19. c. 9. obſer.

Contrariam ſententiam nimirum indiſtinctè pœnam extraordinariam arbitrio iudicis imponendam docuit Menochius de arbit. caſu 357. & nouiſſimè Antonius Teſſaurus dec. 12.

Diſtinctionis fundamentum eſt in c. Moyſes 32. q. 2. & in c. Sicut ex literarum. de homicid.

Mitioris autem ſententiæ firmamentum eſt in l. Cicero. ff de pœnis, & in l. Diuus. ff de extraord. crim. & in l. Si mulierem. ff ad l. Cor. de ſicar. quibus legibus pœnam exilii conſtitutam eſſe conſtat, niſi mulier corrupta pecunia ab hæredibus ſecundis partum ſibi medicamentis abegerit: tunc enim pœna capitalis eſt, vt habetur in d. l. Cicero.

Et ratio eſt, quia *partum nondum editum homo non rectè fuiſſe dicitur.* l. 9 ff. ad l. Falcid.

Et ſanè hæc poſterior ſententia iuri Cæſareo valde conſentanea videtur. Prior iure Canonico defendi poteſt, quo iure is, qui partum abiicit, homicida dicitur. c. Conſuluiſti 2. q. 5. & tradit Tertullianus in Apologetico: *Homicidij feſtinatio eſt,* inquit, *prohibere naſci, nec refert, natam quis eripiat animam, an naſcentem diſturbet. Homo eſt, & qui eſt futurus, & fructus hominis iam in ſemine eſt.*

Notandum autem eſt, ſanctum Auguſtinũ in d. c. Moyſes 32. q. 2. qui illam diſtinctionem inuexit ex c. 21. Exodi, ſecutum fuiſſe ſeptuaginta interpretum tranſlationem, quæ ſatis fauet ſuprà dictæ diſtinctioni; quod & Cuiacius annotauit loco proximè citato. Quare aberrãt gratis D. Menochius & Teſſaurus, vt oſtendãt, in Exodo eam diſtinctionem non haberi. Verum eſt, ſecundum alias tranſlationes; non ſecundum ſeptuaginta interpretum verſionem.

CAPVT CI.

Quæ ſit pœna ſtupri violenti?

NOn aſſentior Gloſſæ & Scriptori Sed quæro, aſſerẽti pœnam mortis eſſe conſtitutã

in ſtuprum violenter commiſſum. Nec Boſſio idem dicenti tit. de coitu damnato, nu. 29. & alijs, qui ſunt. Nam ſecundum ius noſtrum commune (licet cum Caroli V. conſtitutione ſancitam eſſe pœnam capitis) non eſt pœna capitalis. Pœna ſtupri violenti eſt legis Iuliæ de vi publica. l. 3. ff. ad l. Iul. de vi pub. Pœna legis Iuliæ de vi publica eſt aquæ & ignis interdictio. l. Qui dolo. § vlt. ff. eod. In cuius locum deportatio ſucceſſit. l. 3. ff. ad l. Iul. pecul. Noſtris moribus pœna arbitraria eſt, vt tradit Menoch. de arbit. caſu 394.

Fundamentum ſententiæ, quam cenſeo repudiandam, eſt in §. Item lex Iulia. Inſtitut. de pub. iud. ibi: *Sed eadem lege etiam ſtupri flagitium punitur, cùm quis ſine vi vel virginem vel viduam, &c. ſtuprauerit.*

Non licet argumentari ergo ſi cum vi, pœna mortis eſt, niſi raptus interuenerit, vt eod. tit. §. Si autem per vim. & in l. Vnica. Cod. de rapt. virgin.

Non etiam iuuat dictam ſententiam l. 1. ff. de extraord. crim. quia accipienda eſt de ſtupro commiſſo cum raptu. Eſt enim raptus, ſiue quis inuitam mulierem abduxerit, ſiue eam artibus malis ſolicitauerit & corruperit, vt docet Imperator in l. Vn. C. de raptu virg. ibi: *Siue volentibus, ſiue nolentibus, &c.* Et rurſus ibi: *Niſi etenim eam ſolicitauerit, &c.* De his malis artibus loquitur d. l. 1. ff. de extr. crim. ibi: *aut mulierem puellamve interpellauerit, &c.*

CAPVT CII.

Sitne vis publica, cùm quis alium armatus aggreditur?

EXiſtimo lege Iulia de vi publica eum teneri, qui armatus in loco publico aliquem aggreditur. Authoribus vtor Thoma Gram. conſ. 43. & 55. Claro quæſt. 83. verſ. *Vim publicam.* & argumento l. 3. ff. ad leg. Iul. de vi pub. *Eadem lege tenetur* (ait textus) *qui pubes cum telo in publico fuerit.*

Ratio eſt, quia omni armorum metu offenditur ac perturbatur publica ſecuritas.

Aliam videtur ſententiam habuiſſe Bartolus in l. Si criminis. C. eod. tit. dum ſcribit: *Iniuriam factam perſonæ, ita demùm cadere in crimen publicum legis Iuliæ de vi, ſi fiat coadunatis hominibus.*

Eandem ſententiam defendit latè Antonius Teſſaurus deciſ. 35. motus ex leg. 3. in fin. & l. Qui cœtu. ff. ad leg. Iul. de vi publ. & l. qui dolo. ff. eod.

Præterea argumentatur ab etymologia. Vocatur enim publicum quaſi populicum, ergo vt vis dicatur publica, coadunatis hominibus eſt opus.

Præſertim vero cùm hodie, inquit, non ita telorum portatio prohibita ſit, immò a ſolos ſeruos Imperator Leo & Anthemius eam prohibitionem reſtrinxerint. l. vlt. C. ad l. Iul. de vi publ.

Sed iſta nihil mouent. Nam quod attinet ad l. Si criminis. illa loquitur de eo, qui conuocatis hominibus vim facit, quo quis verberetur & pulſetur, vt patet ex illis verbis: *Sed quoniam à Faſcinulo etiam te verberibus affectum aſſeueras, ſi hominibus conctis hoc fecerit, ſi legis Iuliæ de vi priuata reum deferendum putaueris, apud Præſidem age, &c.*

Is autem, qui talia facit, incidit tàm in legẽ Iuliam de vi publica, quàm de vi priuata. Nam in l. Qui dolo ff. ad l. Iul. De vi pub. ſic ait Vlpianus: *Hac lege tenetur & qui conuocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur & pulſetur.*

Incidit & in legem Iuliam de vi priuata, ſicut patet ex l. 2. ff. ad leg. Iul. de vi priuata, vbi eadem verba repetuntur a Scæuola dicente, *ea lege* (Iulia de vi priuata) *tenetur, qui conuocatis hominibus, &c.*

Malè igitur Bartolus ex eo textu colligit, ad vim publicam coadunationem hominum requiri, quia etſi coadunati ſunt homines, vt quis pulſetur & verberetur, tamen locus eſt legi Iuliæ tam de vi publica, quàm priuata.

De vi publica, quia publica pax turbatur ob vim ita coadunatis hominibus illatam. De priuata, quia a perſona priuata & non publica vis facta eſt.

Non obſtant aliæ leges, quæ coadunationẽ exigunt, quia non negant vim publicam committi ſine hominũ coactione & coadunatione.

Argum. ab etymologia nil eſt, quia ſpectatur hic turbatio publicæ pacis, quæ ſequitur ex armorum motu, etiam coadunatis hominibus.

Non eſt reſtricta armorum prohibitio ad ſolos ſeruos, nec hoc vult l. vlt. immò priuatis hominibus prohibitum eſſe armorum vſum, cõſtat ex l. Vn. C. Vt armorum vſus, lib. 11. lateq; reſpondit Rolandus conſ. 3. lib. 2.

Illud notatu dignum eſt, ſi vtriuſque legis crimina obiecta ſunt, mitiorem legem, hoc eſt, priuatorum eſſe ſequendam. l. ſi præſes. 32. ff. de pœnis.

Amplius, hæc ita eſſe iuri conſona arbitror cum exceptione, niſi abſurdum illud ſequeretur, cuius meminit Grammaticus conſ. 43. Puta ſi maiori pœna is afficeretur ex lege Iul. de vi publica, qui armatus hominem aggreſſus eſſet, quàm qui vulneraſſet, ex l. municipali vel conſuetudine loci. Nam ex hoc tacitè colligi poſſet aggreſſionem cum armis, ad legem Iul. de vi pub. nequaquam pertinere voluiſſe eos, qui Ciuitati præſunt, & in qua talis conſuetudo vel ſtatutum vigeret.

CAP.

CAPVT CIII.

De methodo seruanda in iure Ciuili perdiscendo, de interpretum & Doctorum delectu, & de aliis quæ in eo studio vtilia sunt & necessaria.

Coronidis loco controuersiam hic tractabo, nec ab instituto meo alienam, &, vt spero, vtilem & gratam omnibus futuram, qui Iurisprudentiæ studio nauant operam, de studendi methodo, de interpretibus legendis, déque iis omnibus, quæ ad hæc studia promouenda & adiuuanda pertinent, maximéque conducunt.

Vt autem in hac disputatione de methodo, conuenientem & ipse methodum adhibeam, tractabo tria capita. Primum continebit, quid ipse de tota hac disputatione sentiam. Secundum occurret omnibus argumentis & obiectionibus, quæ contra sententiam meam adferri possunt. Tertium cōplectetur peculiaria quædam præcepta, quibus & quæ vitia præcauenda sint, facilè cognosci poterit, & quæ maximè obseruanda & sequenda sint.

Existimo ego, quod attinet ad primum caput, Si quis veram ac solidam iuris cognitionē assequi velit, post bene percepta iuris elemēta, quę preclara illa Iustiniani œconomia in Institutionibus traduntur, eum & iuris textū diligenter, & vtriusq; factionis & classis interpretes, & Doctores legere, tractare oportere, nocturnáque versare manu, versare diurna. In altera factione & classe cōstituo Accursium, Bartolum, Baldum, Salycetum, Paulum Castrensem, Angelum, Fulgosium, Alexandrum, Iasonem, Decium, Ruinum, Ripam, Franciscum Aretinum, Socinos, Corneum, & si qui sunt alij. Non tamen omnes (quia id vix fieri potest) legi volo, sed præcipuos saltem. Nec enim ignoro eruditissimi Alciati iudicium hac de re lib. 2. Parergon cap. 42.

In iure primas comparatus cæteris
Partes habebit Bartolus.
Decisiones ob frequentes Actio
Baldum forensis sustinet.
Non negligenda maximè est tyronibus
Castrensis explanatio.
Opinionum totius symplegadas
Superabis Alexandro duce.
Ordinis Iason, atque lucis nomine
Videndus est properantibus.
His si quis alios addiderit interpretes,
Onerat, quàm honorat veriùs.

In altera classe pono Budæum, Alciatum, Duarenum, Cuiacium, Corasium, Connanum, & si qui sunt eiusdem farinæ alij.

Hanc meam sentētiam testimonio Illustrissimi & reuerendissimi Cardinalis Bologneti, qui in vtroque interpretum genere proculdubio versatus fuit, & summa cum laude Iurisprudentiam docuit, & illustrauit, in primis confirmo. Sic enim ille in disputationibus de lege, iure, & æquitate, cap. 1. *Quapropter ego semper hac in re quoddam quasi temperamentum adhibendum esse duxi, vt qui ad veram & solidam eruditionis gloriam contendat, neque (quod aiunt) in vllius verba sibi iurandum existimet, vlliúsve authoritati tantum tribuat, quin ab eius erratis liberè recedat: neque contrà vi, que adeò quemquam contemnat, ex his præsertim qui aliquo in honore habentur, vt eo fructu se ipsum fraudet, qui sæpe etiam ex librorum non optimorum lectione referri solet. Cùm enim non omnia omnibus data sint, sed alia in re alium præstare liquidò videamus, perfectius id esse necesse est, quod quis non duorum tantum, aut trium, sed multorum imitatione consecutus fuerit. Multi multorum libri sententia mea sunt euoluendi, sed in his, vt non damnanda omnia, sic non omnia imitanda. Damnantur eo nomine Accursiani, quòd persæpe ob bonarum literarum ignorationem iis in rebus hæsitent, ac diutissimè persistant, quæ non modò infructuosæ sunt, sed planè pueriles atque irridendæ. Esto, sint hac in re (vt verè sunt) maximè reprehendendi. At eruntne propterea cætera omnia, quæ ab ipsis traduntur, aspernanda, atque omittendæ quæstiones omnes copiosissimè ab his disputatæ, quarum pleraque eiusmodi sunt, vt singularum explicatio integros ipsos titulos facilè illustrare possit?*

Et paulò antè: *Non is certè ego sum, qui contendere velim, Bartolum & eiusdem farinæ alios, quibus passim iudices tantùm tribuunt, vt vix ab eorum sententiis audeant recedere, perfectos homines fuisse, vt eam, quam penè suo iure sibi vendicare videntur veræ eruditionis laudem promeruisse. Neque enim inficiari possum, inscitè illos multa tractasse, ac permultis in locis (quamquam non tam ingenij culpa, quàm ob seculi illius imperitiam) errore lapsos esse. Veruntamen illud semper affirmauero, iniquiorem iudicem esse, qui eos nulla in re prorsus laudandos existimat. Videntur enim mihi cùm aliis de causis, tum eo nomine præsertim meritò condemnari debere, quòd in legibus explicandis non simplici ac nuda verborum interpretatione contenti, responso illi quodcunque sibi proponunt explicandum, totam plerumque materiam accommodant, variéque dispersa in hac Iustiniani quasi farragine colligunt in vnum, atque ordine semper aliquo, quicunque tandem is sit, in certa capita distribuunt. Huc accedit, quod si qua offendunt, obscuriora ea propositis ab vtraque parte argumentis fusiùs prosequuntur, & quantum in ipsis est, moribus nostris accommodant. Quæ res iudicio meo*

ad iuris diſceptationes momenti plurimum habet, ad quas procul dubio multo inſtructior accedet, qui aſſiduis diſputationibus aſſuetus, ex iis antea didicerit, quo pacto tenebris obducta ſeruatur veritas, & ab aduerſariorum calumnia defendatur.

Et paulò pòſt: *Ab hac verò laude longè ab-ſunt, video omnes ferè alterius (vt ita dixerim) factionis interpretes. nam vel ſi politius leges explanent, ac plerunque etiam (vt negari non poteſt) multò & ſolidius & eruditius, quippe in bonarum artium ſtudiis magis verſati, ad hanc legum diſciplinam ſolent inſtructiores accedere: tamen adeò ieiunè id faciunt, vt qui omnes illorum commentarios ad certam aliquam legem percurrerint interpretationes, præter ſolum illius legis ſenſum nihil aliud videantur aſſecuti. Cùm enim alienis forſan libris, plus quàm deberent, operæ ponant, non eum quem neceſſe eſſet in legum interpretatione laborem ſuſcipiunt. Itaque materias anguſtè atque exiliter tractant. Quæſtiones verò omnes planè contemnunt, non eas modò quæ verè inanes ac futiles ſunt (nam eiuſmodi multas eſſe fateor) ſed inſigniores etiam illas, quæ rebus obſcuriſſimis ſplendorem maximum afferre poſſunt, publicisque ferè in omnibus gymnaſiis ac quotidianis diſputantium cœtibus non immeritò celebrantur.*

Sed præter illuſtriſſimi & reuerendiſs. huius Cardinalis & Alciati teſtimonia alia ſanè non deſunt idonea, omnique exceptione maiora. Etenim eandem in hoc iuris ſtudio rationem iniuiſſe conſtat complures alios, qui doctiſſimis ſcriptis editis, maximam ſibi laudem quæſierunt: Inter alios Didacum Couarruuiam, Martinum Nauarrum, Andream Tiraquellum, Iacobum Menochium adnumerare placet. Hi & veterum, quos Accurſianos vocant, & recentiorum reconditæ literaturæ commentaria & ſcripta viſitarunt, tam ſedulò, tamque ſeriò, vt eorum ſuccum non deglutiiſſe modò, verùm etiam in carnem & ſanguinem ſuum conuertiſſe videantur.

Sed quid teſtibus vtor ſingularibus, cùm in promptu ſint totius ferè Europæ præiudicia ac teſtimonia? Academiarum dico totius Italiæ, Hiſpaniæ, Germaniæ, in quibus Accurſianos Doctores primum ſibi locum vendicaſſe omnibus conſtat? Quid Academiarum? imò & omnium Supremorum iudiciorum Tribunalia idem ſentiunt, atque ipſius Imperialis iudicij, & (quod familiam ducit) Pontificis Maximi auditorium? Cuius rei fidem faciunt Rotæ Romanæ deciſiones, & Imperialis Cameræ obſeruationes, Andreæ Gayll. & Myſinger. ſi vt Philoſophi & Rhetores docent, id probabile exiſtimandum eſt, quod videtur pleriſque viris ſapientibus ac prudentibus: noſtra hæc ſententia, quam tot ſapientiſſimi viri ac Principes ſequuntur, probabilis procul dubio exiſtimari debet.

Si conſuetudinis vſúſque longæui non vilis eſt authoritas, ſi inueterata conſuetudo pro lege cuſtoditur, ſi minimè ſunt mutanda, quæ interpretationem certam ſemper habuerunt, vt non ſemel Iureconſulti noſtri reſponderunt, non video cur alia ſit nunc ingrediendum via, vt ad Iuriſprudentiæ cognitionem perueniamus, quam ea, in qua tot præſtantiſſimorum virorum tamdiu impreſſa veſtigia conſpiciuntur.

Sed age non ſemper authoritatibus certemus, rationem quoque in conſilium aduocemus. Quis leges prima fronte contrarias conciliare; Priores ex poſterioribus interpretari; Rationes cuiuſque intelligere, Eas ad vſum, ad mores noſtros accommodare, quæſtiones difficiles explicare, doctrinam vberrimam ac ſolidiſſimam conſequi ſine iſtis interpretibus, tam breui, tam facilè poterit?

Hinc deciſiones ex iis conflatæ. Hinc conſilia edita. Hinc communes opiniones. Hinc tractatus multi emanarũt, quibus nunc Iuriſprudentia maximè docetur, ratióque facillima reperta eſt iuſtum ab iniuſto ſegregandi, & ius ſuum vnicuique tribuendi.

Quamobrem ſi iis acceſſerint alterius claſſis interpretes docti eruditique, & verborum iuris, & hiſtoriarum, & antiquitatis periti, nihil certè amplius deſiderari poterit. Non ſunt iſti tanti æſtimandi, propter verborum elegantiam & eruditionem, vt cæteros veruſtiores abiiciamus. Nec rurſus tanti ſunt antiquiores faciendi, vt iſtos negligamus, in vtroque extremo (in quo ſanè multos peccare video) vitium eſt, periculum eſt. Medio tutiſſimus ibis.

Sed iam ſecundum caput aggredior, argumẽta ſoluturus, quæ aduerſus hanc ſententiam adferri poſſunt.

Primum ſumi poteſt ex tribus maximis vitiis, quæ Franciſcus Duarenus obiecit Accurſianis doctorib. Primũ eſt, Latini ſermonis ignorantia & barbaries. Alterum, quòd nullam artem, nullamque methodum docendi obſeruẽt. Tertium, quòd diſputationibus ſuis ſophiſticen perpetuò admiſceant.

Quod attinet ad primum, negari certè non poteſt, eos barbarè plerunque & minus congruè locutos eſſe, verumtamen illud vitium erat ſeculi illius, & non tam ſpectandum eſt quàm bene quis loquatur, quam verùm bene ſentiat. Magis enim amare decet indiſertam prudentiam, quàm imperitam loquacitatem.

Carpit Pōponius noſter Celium Antipatrũ, quòd plus eloquentiæ, quàm iuris ſcientiæ operam

operam dedisset: Quo nomine reprehensus etiam fuit à Scæuola Sulpitius cùm ei dixit: *Turpe esse viro nobili ac patritio, ius in quo versaretur ignorare.*

Hincque etiam proditum est, Trebatium in iure Casellio fuisse peritiorem, Casellium contrà, Trebatio eloquentiorem; Cæterùm Caselli scripta non reperiri, Trebatij autem plura, quòd scilicet digniora sint responsa illa, quæ profundam redolent iuris peritiam, quam quæ fucatum quoddam verborum ornatum continent.

Quod verò dicitur, eos nulla arte, nulla methodo in docendo vti, vereor ne non ita sit. Sunt quidem aliqua quandoque ab eis loco minus congruo tractata & explicata: sed quis est ex omni parte perfectus?

Tertiũ quod obiicitur planè insulsum est, & in veteres illos interpretes minimè conuenit, sed fortassis in aliquos recentiores ambitiosos nimis, qui summam ingenij laudem esse iudicant, omnium sententias petulanter euertere: quod certè Bartolus & reliqui eiusdem farinæ doctores non fecerunt.

Secundum argumentum sumi potest ex his quæ tradit Bartholomæus Faius, in præfatione ad Connanum, cùm dixit, confusaneum, ineruditum, ac redundans cùm scribendi, tùm profitendi iuris genus scilicet antiquorum, a recentioribus Iureconsultis repudiari, neque iniuria cùm in eo assequendo laborantes haud multum ab his differre videantur, qui metalla vestigant, quibus immensos mõtes perforare, ingentem terræ vim eruere magis impensis ac laboribus necesse est, priusquàm vel ad plumbum veniant qui argentum quærunt, ac plerũque spe delusi, impensam atque operam se perdidisse, perquàm grauiter ferunt indignantúrque.

Respondeo, hæc gratis obiici, eadémque facilitate qua affirmantur, negari meritò posse. Non sic alij viri docti & eruditi censuerunt. Non ita iudicat orbis. Non ita est verè, sed si quis in istorum scriptis, qui sunt alterius classis ætatem suam consumpserit, ille nec aurum inueniet, nec argentum, quia cum quæstiones omittant ad vsum accommodatas, rarò in litibus agendis ac diiudicandis eis vti poterit, & vt quidam lepidè dixit. Non lucrabitur vnum obolum: quanquam sanctissima est iuris scientia, quæ pretiò nummario æstimari non debet.

Tertium argumentum est nonnullorum, qui ad pauca respicientes aiunt, doctores istos veteres non textum explicare, sed glossas, ac proinde abiiciendos esse.

Respondeo, rem non ita se habere. Accursius & veteres glossographi textum diligẽter explicarunt, leges contrarias opposuerunt, easque conciliare conati sunt. Rationes attulerunt. Quæstiones proposuerunt. Multa annotarunt & tractarunt, sicut ex Glossis ipsis constat, præsertim Accursij, quem Iacobus Cuiacius omnibus tam Græcis quàm Latinis interpretibus anteponit lib. 3. cap. 11.

Bartolus autem, Castrensis, Alexander, Iason, Salycetus, & reliqui, qui commentaria scripserunt, expeditis iis quæ pertinent ad textus explicationem, statim aggrediuntur Glossas & disputant accuratè de his quæ Glossæ adduxerunt, & tractarunt, modò approbantes, modò reprobantes sententiam earum, modò aliqua adducentes, & denouo quærentes & disputantes, quæ ad legis materiam spectant.

Quod cùm ita sit, non video cur repudiandi sint. Tractant enim ea quæ ad textum pertinent, examinántque Glossarum sententias & placita. Non mihi credas, sed ipse legas, & videas, eatque, vt dicitur, in rem præsentem.

Vis vt addam doctissimi Cisneri testimonium in præfatione ad Duarenum. Audi, appingam verba eius: *Primus igitur Accursius admirabili diligẽtia, incredibili labore, excellẽti ingenio, quæ superiores ad diuersa loca, quibus interpretatione opus esse putabãt, Glossemata passim, & seorsim cõposuerũt, collegit, iisque sua addidit, & cùm ad vniuersum ius cõgessit, tum ad singulas fere leges applicuit. Nec ipsas modò leges, & quæ inter se, vel similia, vel [illegible] sibi esse viderẽtur annotauit: sed & dissentiẽtes priorũ interpretũ opiniones suis locis retulit, & collatione earundẽ facta, suã quoque subiecit. At cùm ne sic quidem satisfieret iuris studiosis, qui eum insecuti sunt, veluti ducem & authorem intuentes, non tam ipsas leges sibi explicandas, quàm scholia separatim ab illis edita, tum ab Accursio in vnum quasi corpus contractã perpendendã proposuerũt. Itaque luculentiores expositiones & enarrationes ediderunt, in quibus mediam viam inter eos, qui ætate maiores, quique minores erãt, sunt secuti, cùm & Glossarum modum excederent, & sibi à commentariorum magnitudine temperarent, &c.*

Sed iam præcepta sunt notanda, quæ mihi hoc saxum viginti iam annis voluenti in mentem veniunt, longóque vsu & experientia didici.

Primum omnium vitanda est barbaries antiquorum. Neque enim in tanto isti honore haberi debent, sicut olim suos Reges habuisse Æthiopes feruntur (quod & Illust.[mus] Cardinalis Bolognetus monuit) apud quos vsu est seruatum fuit, vt si fortè Rex vel crure, vel oculo, vel quo alio membro caperetur, tũnc statim domestici omnes eandem sibi partem certatim frangerent, atque præciderent, turpe

ſcilicet exiſtimantes, quo vitio Regē deformatum ac mancum viderent, eo ſe carere. Nam cùm felix hoc noſtrum ſeculum excuſſa veterum barbarie, linguarum peritia mirificè excultum ſit, danda eſt opera, vt noſtra hæc iuriſprudentia priſtino (quod fieri poteſt) nitori reſtituatur.

Secundò, fugiendum eſt nimium philologię ſtudium, & aliarum ſcientiarum, quo plerique recentiores maximè flagrarunt, quibus iuris ſtudium veluti quoddam parergon eſt. Licet enim variæ lectionis ſtudium damnandum non ſit, quoniam ſicut campi varia florum herbarúmque genere veſtiti, pulchriùs arrident, ita & ingenia variis exculta diſciplinis, pulchriores fructus, & ſuauiores edere ſolent, modus tamen in ea re ſeruandus eſt, quod opportunè ſignificauit mirificus ille artifex, qui in opere ſuo moneri ſe à ſutore de crepida paſſus eſt: cæterùm eundem etiam de crure diſputare volentem, ſupra crepidam aſcendere prohibuit.

Indicauit etiam hoc Plato dum conductores cuiuſdam arcis, qui ſecum de forma & modo ipſius conſtruendæ ſermonem habere volebant, ad Euclidem geometram ire iuſſit. Propiùs autem ad rem noſtram Scæuola: nam quoties de iure prædatorio conſulebatur, ad Furium & Caſellium, qui huic ſcientiæ dediti erant, conſultores reiicere ſolitus erat, ab iis negocium aptiùs explicari poſſe fatendo, qui quotidiano eius vſu callebant.

Tertiò, labore opus eſt non paruo. Nánque pulchra difficilia ſunt. Imò vt ait Satyricus: *Nil ſine magno vita labore mortalibus dedit.* Et Poëtę. Ne Herculi quidem Ioue nato, niſi maximis exantlatis laboribus cœlum dederunt. Magni nominis inter iuriſconſultos Bartolus periculum ſubiit honoris & vitæ amittendæ, dum negligenter cauſæ cuiuſdam rei dans operam, cū capite plecti iubet. Nemo ignorat qualis & quātus inter medicos fuerit Galenus, ille verò de ſe ipſo ſcribit: *Felicitatem meā, quā beneficio paterno habuerā, quāuis ego maiorem adhuc redderē, quod citiùs meliúſque reliquis omnib. quæcūque docebar ediſcerē, niſi tamē per vniuerſā adeò vitā in medicinæ philoſophiæque theorematib. me diligēter exercuiſſem, nihil præclarum conſecutus eram.* Tanta verò animi paulatim acquirenda cognitione ſeſe paſcentes delectatione perfruuntur, vt iudicandi labores omnes, ſuauiſſimæque ſint vigiliæ. Malè cùm iis ſtudioſis agitur qui rebus aliis animi intentione occupata, ad ſcholas tamen accedunt. Auſim dicere eos oleum & operam amittere, grauiſſimi authoris Senecæ teſtimonio: *Magna*, inquit, *pars vitæ elabitur malè agentib. Maxima nihil agentibus. Tota aliud agentibus.* Qui enim auribus ſolis præſentes mentem aliò intendunt, ii aliud agere Latinis dicuntur.

Quartò, aſſiduitate opus eſt. Ars enim longa, vita breuis, vt ſapientiſſimus dicebat Hippocrates. Quanquam, vt dicebat Cicero, ſatis temporis ad comparandas artes natura nobis ſuppeditauit, ſed breue nos ipſi facimus, in deliciis, iocis, voluptatibus, ſodalitatibus, bonam eius partem abſumentes. Solebant veteres fortunam ita affingere, vt mulier eſſet, quæ pilæ inſiſteret. Mercurium autem ſtudioſorum numē cùm deſignabant, baſem quadratam ſeu vndique quatuor angulis nitentem teſſeram efficiebant, hoc modo ſtudiorum firmitatem ſignificātes. Et extat Heſiodi carmen, quo iubet in ſummo vaſis, itemque in imo, quantum libet potare, dum in medio ſimus parci, quo interpretes iudicari allegoricè putarunt temporis in pueritia & ſenectute rationem reddendam non eſſe quo ad ſtudia, ſed mediæ ætatis, quæ ſtudiis aptiſsima eſt, nos debere eſſe parciſsimos.

Quintò, neceſſaria eſt exercitatio. Omne artificium, inquit Marcellus, exercitatione recipit incrementum. & Archadius dixit, Herēnium Modeſtinum notando & diſputādo multa optima ratione decreuiſſe. Heſiodus author grauiſsimus & antiquiſsimus duas ſcribit eſſe Eridas: hoc eſt, contentiones. Alteram hominibus noxiam, alteram vtilem. In priore contentione, inquit, is qui victor eſt diſcedit ex certamine peior, in altera verò is, qui victor eſt, diſcedit glorioſior, victus verò melior. Illa, vt dicebat Alciatus, ad ſtudioſorum rixas & tumultus pertinet, hæc ad literarias contentiones, diſputationeſque.

Sextò, neceſſaria eſt perſeuerantia. Nec enim, ſi quid difficillimum inueniatur, ſtatim abiiciendus eſt liber, ſed perſeuerandum. Gutta lapidem rumpit non vi, ſed ſæpè cadendo. Scribit Galenus lib. 3. Methodi cap. 2. cùm ſibi perſuaſiſſet Hippocratem nihil abſque magna ratione dicere, & tamen Aphoriſmum illum: *Dolores oculorum, vel potio, vel balneum, vel fomentum, vel phlebothomia, vel purgatio tollit.* Non intelligeret, indefeſſa ac planè obſtinata cogitatione ſe tandem veritatem ac mentem Hippocratis aſſecutum eſſe.

Summus labor, pertinaxque ſtudium, & induſtria Demoſthenis nota eſt. Is cùm ſibi actionem deeſſe videret, domunculam ędificaſſe dicitur ſubterraneam, in qua lucubraret. Huc ſe quotidie contuliſſe ad formandam actionem, & effingendā vocem, ſæpéque menſes ipſos ibi manſiſſe, & capitis alteram partē raſiſſe, ne, licèt maximè vellet, prodire poſſet verecundiæ cauſa. Illudque etiam memoriæ

proditum

proditum eſt, eundem Thucydidis libros octies deſcripſiſſe, vt eius phraſin memoriæ mãdaret. Scribit Fabius Quintilianus, Heraclidem Sophiſtam Licium hebeti ingenio & ad politiorem cultum ineptiſſimo fuiſſe, pertinaci tamen ſtudio id demum aſſecutum fuiſſe, vt à magnis authoribus elegantiſſimus appellaretur atque eloquentiſſimus. Is poſtea re ipſa edoctus, nihil eſſe quod pertinax ſtudium non vincat encomium laboris ſcripſit.

Septimò, illud meminiſſe oportet quod Alciatus monet lib. 6. parergon. cap. 8. ſtudiis plus conferre oculos quàm aures. Proponit Homericum griphum, cuius carmina ex 19. Odyſ. Virgilius lib. 6. Æneid. ſic Latinè reddidit:

Sunt geminæ ſomni portæ, quarũ altera fertur
Cornea, qua veris facilis datur exitus vmbris.
Altera candenti perfecta nitens Elephanto,
Hac falſa ad terras mittunt inſomnia manes.

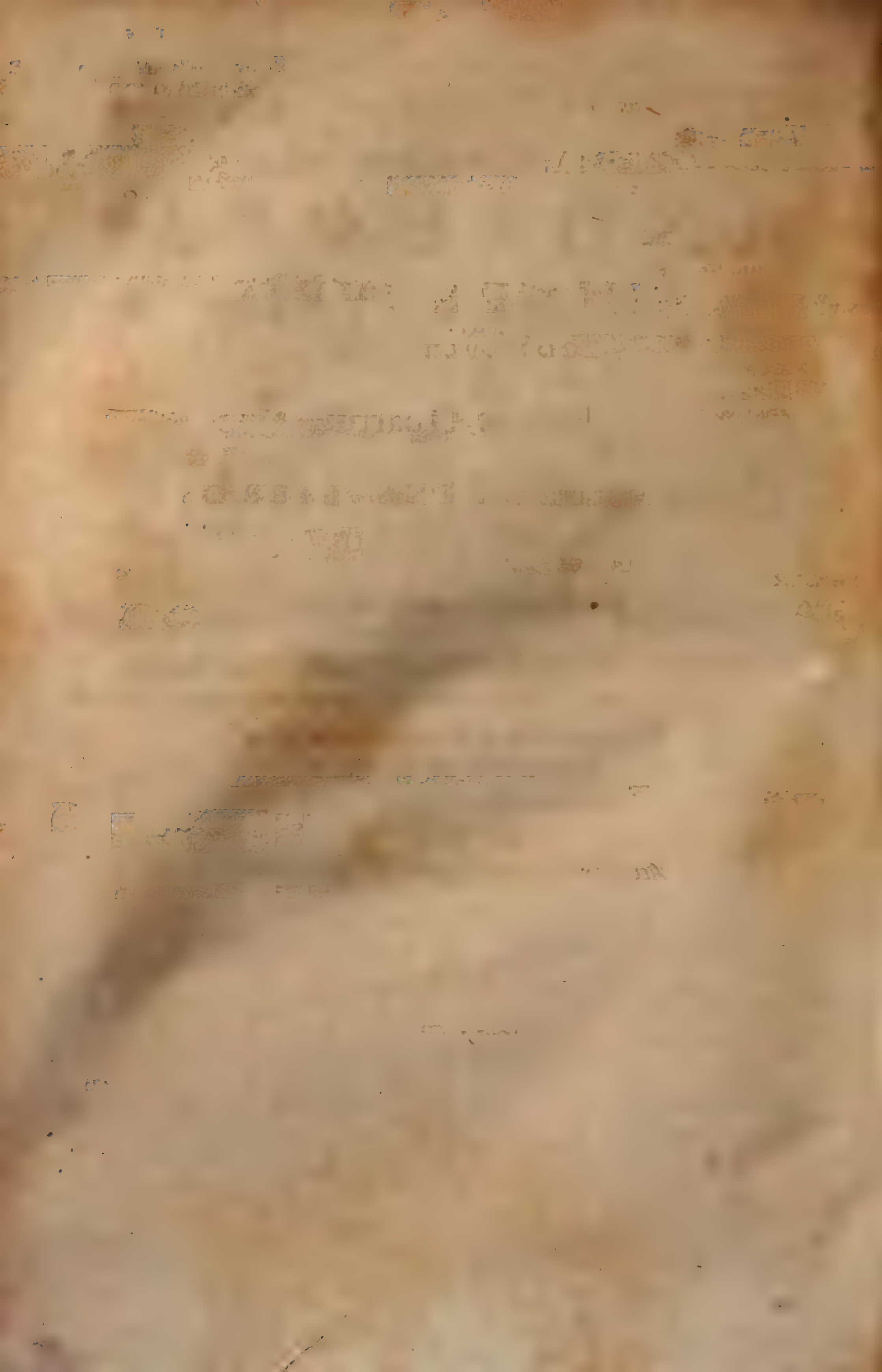
Ait Alciatus ebore dentes repræſentari, cornu verò oculos. Quæ propriis luminibus a nobis conſpiciuntur, ea & certiſſima eſſe, & memoria faciliùs teneri. Quæ verò auditu duntaxat de ore aliorum percipimus incerta eſſe, & quaſi per nebulam nobis inſpecta celeriùs euaneſcere. Studiis igitur & diſciplinis plus corneam pupillam conferre, quàm eburneos dentes.

Poſtremò & illud obſeruandum eſt, quod idem Alciatus alibi monet, in hac arte addiſcenda, præceptore ac duce, vt & in aliis omnibus, opus eſſe. Damnat S. Hieronymus arrogantiæ eos, qui ſine magiſtro ſe didiciſſe gloriantur. Nam ſi ſatis eſſet ex ſolo commentario ſapere, haud quaquam opus fuiſſet tot Philoſophis, vt per exteras nationes peregrinarentur, eos audituri quorum libros iam in cubiculo legiſſent. Viua vox magis afficit, pleniùs quaſi paſcit & alit, altiúſque deſcendunt in animum, in eoque tenaciùs hærent, quæ pronunciatio, vultus, habitus, geſtus docentis affixerit. Non ſe liber explicat, vt præceptores facere conſueuerunt, qui multis exemplis, ſententiis, argumentis vtuntur, eáque omnia quæ docent vocis moderatione illuſtrant.

Sed iam receptui canendum eſt. Tibi Deus fons & largitor omnium ſcientiarum, per quẽ Reges regnant, & legum cõditores iuſta decernunt, gratias ago, quod me hoc opus ad finem perducere volueris. Quæcunque ſcripſi, ſanctæ Catholicæ & Apoſtolicæ Romanæ Eccleſiæ, eiúſque ſanctiſſimi & ſummi Sacerdotis Domini noſtri Iesv Chriſti Vicarij, Pontificis Maximi cenſuræ ſubiicio.

Tu verò, benigne lector, omnia æquo animo accipe, ſi quid rectè monui, Deo acceptum referas, ſi qua in re erraui, memor ſis Iuſtiniani ſententiæ: *Omnium meminiſſe, & in nullo penitus errare, diuinitatis eſt potiùs, quàm mortalitatis.*





CONTROVERSIARVM IVRIS

ANDREÆ FA-
CHINEI IVRIS-
CONSVLTI, &c.

Tomus Quartus,

COMPLECTENS LIBROS
X. XI. XII. XIII.

Nunc primùm reliquis IX. adiectos:

Quibus omnes ferè quæstiones præcipuæ: vt sunt, Iudiciales, Contractuum, Vltimarum voluntatum: Feudales, Criminales, & aliæ miscellaneæ, mira breuitate & perspicuitate discutiuntur.

Accessit huic Tomo & suus Index, sat locuples.

M. S.

NOBILIBVS

VIRTVTE ET ERVDITIONE ORNATISS.

D. D.

Gulielmo

Petro Zherlaen Lennep

Hackstein

COSS. DVOR. AGRIPPINENSS.

Duobus Filiis, post adeptam Philosophiæ Lauream, I. V. Candidatis

Indiuiduis.

FAVTORIBVS ET AMICIS SINGVLARI STVDIO COLENDIS

Hunc

CL^mi ET EXCELLENT^mi I. C^ti. ANDREÆ FACHINÆI CONTROVERSIARVM IVRIS

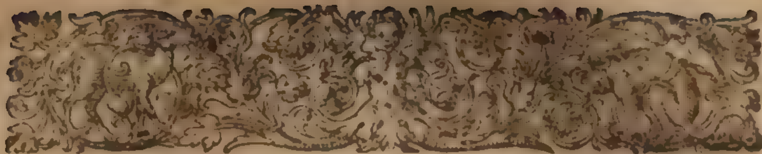
Tomum quartum typis suis cusum,

IN MONIMENTVM OBSERVANTIÆ ET SYMBOLVM AMICITIÆ

L. M. Dedicat consecrátque

Antonius Hierat, Ciuis & Bibliopola Coloniens.

INDEX



INDEX CAPITVM LIBRI decimi Controuersiarum Iuris.

78 Ad



INDEX CAPITVM LIBRI vndecimi Controuersiarum Iuris.

40 Vbi

INDEX



INDEX CAPITVM LIBRI duodecimi Controuersiarum Iuris.

vel fructus ipsi fortè extantes, vsque ad æstimationem legitimæ.

71 An filius possit grauari à patre ad fructuum restitutionem vltra legitimam.

72 Fructus an imputentur in legitimam parentibus debitam, quando parentes sunt grauati restituere hæreditatem.

73 An perempta instantia perimatur effectus malæ fidei ad effectum, vt possessor non teneatur fructus restituere.

74 Quidam dotem filiæ suæ constituerat mille, & ducentorum aureorum: & partem dictæ dotis in pecunia numerata soluerat: pro reliqua verò parte conuentum inter ipsos fuerat, vt consignaretur domus valoris summæ superstitis, quæ erat sexcentorum & quinquaginta aureorum, quæ quidem consignata fuit, & tradita: & super qua constitutus fuit fundus dotalis, quæritur modò an eueniente casu restitutionis dotis, soluto matrimonio, maritus restituere debeat dictam domum: an verò eius æstimationem, videlicet aureos sexcentos & quinquaginta.

75 Hæres cum beneficio legis & Inuentarij, an teneatur de suo satisfacere creditoribus. & legatariis, quando res hæreditariæ post aditam hæreditatem sine culpa ipsius sunt diminutæ, vel perierunt.

76 An regula l. si ita. de auro & arg. leg. locum habeat in relictis coniunctæ personæ & sic an legatum extendatur ad acquisita post testamentum.

77 An laici possint esse testes contra Clericos in caussis criminalibus, vbi agitur de delicto commisso in villa, vel alio loco vbi non habetur copia aliorum Clericorum.

78 An à primo fideicommissario in alterum fideicommissarium transeant actiones ipso iure absque restitutione etiam nulla mora interueniente.

79 Vtrùm de iure canonico fideicommissarius agere possit ante factam sibi restitutionem re vel verbo.

80 Quid statuendum sit, quando ascendentes per fideicommissum grauati detrahere possint legitimam & Trebellianicam sicut descendentes.

81 An dispositio generalis comprehendat caussam dotis, vbi non reperitur specialiter priuilegiata.

82 Cùm quis titulum & caussam habet à debitore & ex eo titulo possidet bona alteri obligata, possitne spatio longi temporis præscribere aduersus actionem hypothecariam.

83 Præscriptio longi temporis aduersus creditorem habentem hypothecariam actionem, an incipiat ante factam excussionem principalis debitoris.

84 Ex rubrica, ff. de off. eius. controuersia prima, an delegatus Principis absolutè sit dignior ordinario.

85 Controuersia secunda, an delegatus Principis sit dignior ordinario in caussa delegata.

86 Tertia controuersia Doctorum in eadem rubrica, de offic. eius. an ordinarius habeat firmiorem iurisdictionem delegato Principis, vel potius è conuerso.

87 Quarta controuersia Doctorum in rubr. de officio eius, est: an Delegatus Papæ in aliqua caussa priuata possit dici Officialis Papæ ad effectum, vel locus sit constitutionibus Pontificiis, quæ habentur in capit. cùm Matthæus, de schismatic. & in cap. diuina, de priuileg. in extrauag. commun. quibus cautum est, vt à locorum ordinariis excommunicari non possint.

88 Quinta controuersia est Doctorum in eadem rubric. de offic. eius, an potestas Pistorij dici possit Officialis communis Florentiæ.

89 Postrema est controuersia Doctorum in eadem rubrica, de offic. eius, an differentia sit inter iudicem dare & iurisdictionem mandare.

90 An sint quinque dignitatum gradus: an verò quatuor vel plures.

91 Ad l. 1. de offic. eius. ratio dubitandi circa primam partem textus oritur ex illis verbis: *mandata iurisdictione non transferuntur.*

92 Vtrùm ius delegandi competat tam maioribus, quàm minoribus Magistratibus.

93 Controuersia vna inter Doctores in leg. 1. de officio eius. an iure Canonico inspecto delegari possint caussæ meri Imperij.

94 An caussæ meri Imperij possint delegari de consensu partium: & de vtilitate publica, & priuata aliqua scitu digna.

95 De reseruatis Principi, an possint delegari.

96 An mixtum Imperium delegari possit.

97 Vtrùm delegatus Principis possit delegare caussas meri Imperij.

98 Alia oritur quæstio inter Doctores in leg. 1. de offic. eius. an caussæ meri Imperij delegari possint propter Magistratus absentiam, tàm quoad cognitionem



Index Capitum Libri decimi tertij Controuer. Iuris.

35 Vtrùm

35 Vtrùm is, qui intentauit possessoriam hæreditatis petitionem, videatur eo ipso bonorum possessionem agnoscere.

36 Quotuplex sit bonorum possessio, non omnes inter se conueniunt.

37 Quando hæreditas propriè delata esse dicatur ad intellectum statuti Lucensis, quod hereditas delata transmittatur.

38 Vtrùm patre non ratificante acquiratur bonorum possessio filiofamilias, & hic remaneat obligatus creditoribus hæreditariis.

39 Ad l.1. Cod. qui adm. ad bonorum possess. quomodo accipiatur illud verbum *etiam*.

40 De clausula, *omni meliori modo*, additio ad caput vltimum, libri decimi.

41 Venditione rescissa ex remedio l. 2. C. de rescin. vendit. an fructus sint restituendi.

42 De eo qui confessus est, se hominem occidisse ad sui defensionem necessariam, quæritur, afficiendúsne sit extraordinaria pœna vbi aliæ non sunt probationes, quibus de delicto sit conuictus.

43 Pœna extraordinaria sitne afficiendus testis, cui crimen obiicitur per modum exceptionis, si de eo confessus sit vel conuictus.

44 Consensus Summi Pontificis præsumendúsne sit intercessisse spatio triginta vel quadraginta annorum in alienatione bonorum Ecclesiasticorum.

45 Vtrum filij positi conditione, in legatis censeantur vocati.

46 Vtrùm filius possit in præiudicium creditorum non acceptare legitimam, vel eius supplementum.

47 Additio ad caput 72. libr. octaui, de pacto de hæreditate viuentis.

48 Additio ad caput 89. libri sexti de donatione omnium bonorum præsentium, & futurorum, reseruato vsufructu an valeat.

49 Additio ad cap. 24. libri septimi, de alienatione emphyteusis irrequisito domino facta.

50 Cùm disputant Doctores in rubr. de ver. obligat. de pollicitatione quærunt, an sit pactum vel pollicitatio, cùm aliquid præsenti offertur, quod commodum eius respicit quia tacitè consentire videtur, simul variè distinguunt, an præsens & tacens consentire videatur.

51 An ascendentes grauati per fideicommissum detrahere possint duas quartas.

52 Controuertunt Doctores, an filius hæres institutus, & oneratus legatis vltra dodrantem detrahere possit legitimam & Falcidiam.

53 Additio ad caput 3. libri quinti, in quo agitur de Trebellianicæ detractione, vbi legitima est eius.

54 Additio ad caput 38. libri quarti, an amittatur Trebellianica ob non confectum inuentarium.

55 De eo, qui omisit aliquid ponere in inuentario scienter, an amittat beneficium inuentarij, additio ad caput 66. libri decimi.

56 An filius approbando testamentum patris per simplicem hæreditatis aditionem possit detrahere Trebellianicam à testatore prohibitam.

57 An Trebellianicæ detractio possit prohiberi in Codicillis.

58 An legatarij contribuant in detractione Falcidiæ.

59 Dos profectitia, an ad patrem reuertatur quando filia est emancipata.

60 An donatio facta filiæfamilias ex caussa dotis valeat.

61 An dos profectitia, soluto matrimonio, transeat ad liberos vxoris tanquam hæredes quando pater actionem donauit.

62 An pœna iuris Ciuilis locum habeat aduersus contrahentes incestas nuptias in gradu prohibito, secundum ius Canonicum.

63 An Trebellianica cesset, quando Ecclesia grauata est restituere alteri Ecclesiæ.

64 De iure patronatus, an transeat in fideicommissarium.

65 An prælegata veniant in restitutione fideicommissi, quando testator post prælegata instituit hæredem sic dicens: *in omnibus autem aliis suis bonis instituit, &c.* posteà fideicommissum ordinauit.

66 Hæres, qui priuatus est hæreditate in pœnam a testatore iniunctam, an videatur in tali casu rogatus restituere per fideicommissum, & ideò Trebellianica detracta restituat.

67 Fideicommissum impersonaliter relictū an in dubio ab impubere vel legitimis eius heredibus relictum præsumatur, ad caput 66. libri quinti additio.

68 An testamentum, in quo filiusfamilias est præteritus, sit nullum ipso iure: an verò ita demum si ipse petat.

69 Debitor negans debitum, an amittat beneficium cessionis bonorum.

70 Petenti debitum ante diem, quomodo duplicentur induciæ.

71 An mulier possit esse testis in testamento iure Canonico inspecto.

72 An sit de substantia contractus emphy-



TOMVS QVARTVS

CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER DECIMVS.

CAPVT PRIMVM.

Vtrum Ecclesia in integrum restituatur aduersus præscriptionem quadraginta annorum.



IN controuersia positum est, vtrum Ecclesia in integrum restitutionem petere aduersus præscriptionem quadraginta annorum possit. Et multis placuit non posse, quos refert & sequitur Socin. senior in consi. 266. num. 23. lib. 2.

Fundamentũ est, quia nullus est in iure Canonico locus, quo probetur huiusmodi restitutionem competere. Contra verò, plurima sunt testimonia quibus diserte cautum est, quadraginta annorum præscriptionem Ecclesiæ nocere, cap. De quarta, c. Vigilanti, c. Quia indicante, de præscrip.

Huc accedit quòd si daretur restitutio, nunquam Ecclesiæ noceret præscriptio: nam semper in integrum restitueretur, quod non accidit in minoribus, quia illi fiunt maiores, & post quadriennium ex [illegible] l. vlt. C. de temp. in integr. restit.

Sed contraria sententia & communior est & probabilior, ex traditis per Oldum de restit. in integr. par. 2. q. art 3.

Fundamentum est hoc solidum, vt mihi videtur. Ecclesia vtitur iure minoris, cap. 1. de restit. in integrum. Sed minor restituitur aduersus præscriptionem quadraginta annorum. Ergo, & Ecclesia. Minor probatur. Nam minor olim restituebatur aduersus præscriptionem longi temporis. l. vnic. C. si aduersus vsucap. Iustinianus autem statuit eam non currere contra minorem. l. vlt. C. in quibus causis in integrum restitut. non est necessaria: Ergo aduersus præscriptionem longissimi temporis quadraginta scilicet annorum hodie restituendus est. Hæc enim præscriptio currit contra minorem, l. sicut. Cod. de præscrip. triginta vel quadraginta annorum. Ergo minori danda est restitutio, eadem ratione, qua olim dabatur aduersus præscr. longi temporis, ne. s. minor propter suam negligentiam vel imprudentiam damno afficiatur.

Confirmatur hæc sententia ex regula generali quæ ponitur in Clemen. 1. de in integrum restit. vbi summus Pontifex dicit: *Ab Ecclesia aduersus lapsum temporis, in quo se læsam affirmat, restitutio peti potest*, intra quadriennium tamen: vt ibi dicitur & in cap. 1. eodem tit. lib. 6. Ex quo tollitur argumentum, quo dicebatur, nunquam Ecclesiæ nocituram esse præscriptionem, si ei restitutio concedatur. Nocebit enim post quadriennium, vt patet.

Alterum verò argumentum faciliùs diluitur, quia satis videtur expressum iure Canonico, Ecclesiam esse restituendam aduersus istam præscriptionem, & iuris ratio satis id suadere videtur, vt ex dictis patet.

CAPVT II.

Vtrum minor viginti quinque annis aduersus contumaciam iudicialem restitutus, expensas aduersario restituere teneatur?

MInor etiamsi quasi contumax condemnatus sit, in integrum restitutionis auxilium implorabit, inquit Hermogenianus in l. 9. ff. de minor. Sed an

sumptus aduersario reddere ... Sancimus. C. de iudic. non est eadem ... sententia.

Nam Bartol. in l. si finita. §. Si fortè. ff. de damn. infect. videtur velle sumptus restituendos esse, quem refert & sequitur Ias. in l. sancimus nu. 7. Idem docet Hostiensis in summa de in integ. restit. §. vltim. ad fin. & ita decidit Capella Tholosana decis. 329. & seruari hanc opinionem in parlamento testatur Boërius decis. 63. n. 6.

Contrarium docet Alex. in l. si finita. §. Iulianus. n. 84. de dam. inf. Natta cons. 17. nu 6. Odd. de rest. in integ. p. 2. q. 67. art. 2. nu. 330. Anton. Thessaur. decis. 9. n. 6.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia cõtumax in dolo esse videtur, l. Non videtur dolo carere, de reg. iur. Minori autem non succurritur in delictis, l. si ex causa. §. nunc videndum. de minorib.

Sed responderi potest esse dolum præsumptum, quod in casu minoribus succurritur, l. §. vlt. de eden. & in d. l. Si ex caussa. §. nunc videndum. de minorib.

Secundò, quia restitutio minoris non debet alteri fraudi esse, l. nec auus. C. de emancip. liber. l. 1. C. de his qui ven. ætat. impet. Esset autem fraudi si minor expensas litis non refunderet.

Tertiò, Nam in l. vltra vtile. §. vlt. ff. de mino. & in cap. 1. de in integr. restit. probatur, sumptus in rem factos, restituendos esse à minore in integ. restit.

Sed responderi potest hæc esse dissimilia, quia sumptus iudiciales non sunt in rem facti, & sic in vtilitatem minoris, sicut sumptus vtiles, vel necessarij, quib. res minoris pretiosior, & melior efficitur.

Posterioris sententiæ fundamentum est. Primò, quia restitutio est in pristinum statum repositio, l. Quod si minor. §. restitutio. ff. de minoribus.

Si minor sumptus refundat non videtur esse in pristino statu.

Sed responderi potest, satis esse, si sit in pristino statu quantum ad rem principalem: hoc est, vt audiatur, contumacia non obstante: & aduersus sententiam restituatur: alioquin hoc argumentum militaret etiam in sumptibus in rem factis.

Secundò, quia si minor deberet sumptus restituere, nihil plus haberet, quam quiuis alius maior qui auditur refectis expensis, dict. l. sancimus. C. de iud.

Respondet Hostiensis, hoc amplius minori concessum, vt aduersus primum decretum restituatur, etiam post annum: quod aliis non conceditur.

Replicat D. Odd. post annum non agi de primo decreto, sed de secundo, & ideò hoc nihil esse.

Sed bona doctissimi Iurisconsi. venia, multum est hoc: Facit enim in integrum restitutio, vt minor post annum elapsum in integrum restitutione ad secundũ decretum peruenire non possit. Et consequenter in hoc aliquid specialiter tribuitur minori, quod maioribus non datur.

Tertiò, quia expensæ sunt accessoriæ rei principalis, l. terminato. Cod. de fruct. & lit. impen. Ergo si minor restituitur quoad rem principalem, videtur etiam in consequentiam restitutus quoad expensas.

Sed certe quod attinet ad l. Terminato. nihil facit. Hoc enim dicit: *Terminato per sententiam principali negotio, non posse suscitari quoad expensas, nisi statim eodem die partibus præsentibus iudex condemnet in expensis.*

Et in terminis nostris aliã esse naturam causæ principalis, aliam expensarum patet: quia contumax auditur quoad rem principalem, sed refectis expensis, d. l. sancimus.

Quartò. Nam secundum Nattam si minor teneretur sumptus restituere, esset in damno, & sæpiùs desisteret à petitione in integrum restitutionis. Responderi potest, non videri hoc probabile: quia causa principalis plerunque est maioris momenti, quam ipsa quantitas expensarum. Et licèt damnũ sentiat minor, id tamen æquius est quàm vt aduersarius ferat, qui fuit diligens.

Atque hæc sententia quæ minorem hoc casu condemnat ad expensarum refectionem mihi videtur probabilior. Videtur enim absurdum, vt qui minorem in iudicio rectè conuenit, ex contumacia ipsius iacturam patiatur expensarum. Daretur etiam minoribus occasio iudicia eludendi, & abutendi hoc beneficio in integrum restitutionis.

Mouet me præterea illud argumentum. Beneficium vni concessum, non debet alteri nocere, l. 2. §. Meritò. ff. ne quid in loco publ. Hic autem noceret, quia alter iacturam faceret impẽsarum. Respondet Natta, aliquando id contingere vt minor restituatur cum alterius iactura, ex trad. per Abb. in c. 1. de in integr. restit. Si quis fecerit impensam in rem minoris, non recuperat nisi quatenus res est effecta pretiosior, licèt plus impenderit.

Respondeo id regulare esse in omnibus, ex l. in fundo. de rei vend. & ideo non esse speciale fauore minoris.

Concludo igitur, minorem refundere debere impensas, si vult in integrum restitui, nec

nec hanc ob causam lædi, quia iure communi vtitur, l. vlt. C. de in integr. restit.

CAPVT III.

Ius accrescendi an transeat in emptorem hæreditatis?

INsignis hęc controuersia est. Titius hęres est à Caio institutus ex semisse, vendidit suam portionem hæreditatis. Post factam venditionem portio cohęredis defecit. Quęritur vtrùm ei accrescat, an emptori.

Duæ sunt contrariæ doctorum sententiæ, vna docet emptori accrescere. Altera venditori. Prioris authores sunt Bartol. in l. re coniuncti de l. 3. Curt. iun. in l. vnic. C. quando non pe ten. par. Duarenus de iure accrescen. libr. 2. cau. 6.

Posterioris Ias. Rip. & Crot in dict. l. Re coniuncti. Salicet. in d. l. vnic. Vasqu. titul. de tacitis substitut. seu de iure accrescen. lib. 3. §. 21. num. 65. versicul. Illud autem dubium est. Anton. Gomez. variarum re olu. Tit. de iure accrescen. cap. 10. num. 44. nouissimè Cuiac lib. 12. obser. cap. 3.

Prioris hæc sunt argumenta. In emptorem hæreditatis transeunt omnia iura vtilia, & habetur per omnia loco hæredis. l. 2. §. cum quis. ff. de hæred. vel action. vend. ibi: *Emptorem hæreditatis vicem emptoris obtinere.*

Secundò quia ad emptorem hæreditatis omnia spectant, quæ ad hæredem peruenerunt, vel quandoque peruentura sunt, d. l. 2. vbi: *vt nec amplius, nec minus iuris emptor habeat, quã apud hæredem futurum esset*, & in §. Non tantùm ead. l. illis verbis: *Et non solùm quod iam peruenit, sed etiam quod quandocumque peruenerit, restituendum est.*

Tertium argumentum sumitur ex l. Pap. ff. ad Trebell. vbi portio deficiens accrescit fideicommissario, quia in eum transeunt omnia iura hæreditaria.

Quartum sumitur ex l Si totam. ff. de acq. hęred. Vlpia. *Si totam hæreditatem, aut partem ex qua quis hæres institutus est, tacitè rogatus sit restituere, apparet nihil ei debere accrescere, quia non videtur habere.* Sic in casu isto non debet accrescere venditori, quia rem non videtur habere, ergo accrescit emptori.

Quintum argumentum est, quia ius accrescendi sequitur rem seu portionem, non autem personam, l. si Titio. ff. de vsufruct. ibi: *Quoniã portio fũdi portioni vsusfructus persona accederet.* Ergo accrescet emptori apud quem est portio, non autem venditori qui nihil habet.

Posterioris sententiæ fundamentum est. Primò, quia venditor hæreditatis retinet iura directa: licèt enim vendiderit, tamen videtur eam possidere, l. 4. §. vlt. ff. si quis omissa caussa, ibi: *Si quis vendiderit hæreditatem, possidere videtur*: Ergo ei competit ius accrescendi: quia hoc ius ad hæredem spectat, non autem ad extraneum. Secundò, quia inter succedentes diuerso iure, non habet locum ius accrescendi, l. sed cum patrono. ff. de bonor. possess. Sed hic succeditur diuerso iure: Hęres enim ex testam. succedit: Emptor autem ex cõtractu. Igitur inter eos cessat ius accrescendi. Tertiò, ex eo quod habetur in l. Ex facto, §. Iul. Longin. ff. de vulg. vbi ad eum, cui portio hæreditatis aufertur, & fisco applicatur, pertinet portio deficiens: non autem ad fiscum, qui aliam portionem habet. Sed nihil est, quia ibi fuit substitutio expressa cohæredis, non autem fisci: & cohæres satis fuit in ea punitus, in quo fecit contra legem, vt inquit ibi Iurisconsl. nimirum, vt suam portionem amitteret, propter fidem accommodatam de restituendo incapaci.

Quartò, quia vendita hæreditate habenda est ratio quantitatis bonorum, quæ fuit tempore venditionis l. 2. §. 1. de hæred. vel act. vend. Sed portio deficiens post venditionem, non est in hæreditate, tempore factæ venditionis. Ergo non pertinet ad emptorem.

Hæc posterior sentẽtia magis placet. Ad primum, & secundum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, omnia iura transire ad emptorem portionis ei venditæ: & si quid posteà peruenit, scilicet ad eam portionem, quæ vendita est, pertinẽs. Sed illud ius respectu alterius portionis est, quæ non fuit vendita: ergo non pertinet ad emptorem. Pertinet autem ad venditorem, quia ipse venditor est hæres iure directo, & portio deficiens accrescit hæredi, non autem ei qui hæres non est, qualis est emptor.

Ad legem Papin. placet responsio Cuiacij lib. 12. obseruat. cap. 12. & 13. loqui de hærede, qui coactus adiuit, ac deinde priuatus fuit suo iure. Amittit enim Falcidiæ beneficium, & pręceptiones, & substitutionem factam sub conditione, si patri hæres esset, & mortis causa capionem, & alia: lege, ita tamen. §. qui suspectam, & §. si pręceptis, l. si patroni. §. Adeò. ff. ad Trebel. l. is cui. de condict. indeb.

Ad id quod dicitur portionem accrescere portioni, respondeo sic esse accipien-

dum, vt is qui nullam portionem habet, nihil consequi possit ex iure accrescendi: Quomodo enim is qui sua portione indignus est, alterius portionem vellet lucrari? ita loquuntur leges allegatæ, ideóque nostram conclusionem non offendunt.

CAPVT IV.

Quæ sit pœna abiecti partus?

CVm quæritur, quæ pœna sit abiecti partus, in promptu est distinctio veterum Doctorum. Aut partus animatus est, aut inanimatus. Priore casu pœna est capitalis, posteriore non item. Glos. Barto. & alij in l. Diuus. ff. de extraord. crimin. Gomez. resolut. lib. 3. c. 3. num. 32. Placa in epito. delict. lib. 1. cap. 20. n. 5. Ofaicus decis. 60. Clarus quæst. 68. Cuiacius nouissimè obser. lib. 19. cap. 9.

Sed indistinctè pœnam extraordinariam imponendam arbitratus est Menoch. de arbitr. casu 35. & post eum Thessaurus decis. 11. Veritas igitur ex ipsis fontibus est haurienda.

Distinctionis fundamentum inter partum animatum & inanimatum est in cap. 21. Exodi, vbi sic apertè distinguitur, secundum interpretationem sancti August. relatam in c. Moyses 32. quæst. 2. quæ fuit interpretatio septuaginta interpretum, vt declarat Cuiac. loco annotato. Nam secundum vulgatem interpretationem illa distinctio non habetur sicuti perpenduut Menochius, & Thessaurus locis annotatis. His accedit c. sicut ex literis. de homicid. vbi S Pōtifex distinguit inter fœtum viuificatum, & nō viuificatum, iubens clericos ab altari abstinere si viuificatum abiecerint, secùs autem si non viuificatum.

Adde homicidam appellari eum qui partum abiecit, c. consuluisti, secunda q. 5. & Tertullia. in Apologetico: *Homicidij festinatio*, inquit, *est prohibere nasci, nec refert natam quis eripiat animam, an nascentem disturbet. Homo est, & qui est futurus, & fructus hominis iam in semine est.*

Contrariæ autem sententiæ fundamentum est in lege Cicero. in secundo casu, ff. de pœnis. in l. Diuus, de extraordinar. & in l. si mulierem, ad legem Cornel. de sicar. quibus in locis pœna exilij constituta est, excepto eo casu, quo mulier pecuniâ accepta ab hæredibus secundis partum sibi medicamentis abegit, vt in d. l. Cicero. in princip.

His accedit l. 9. ff. ad leg. Falcid. *Partus non-dum editus homo fuisse non rectè dicitur*, quod maximè spectandum videtur in pœnalibus, l. interpretatione. d. de pœnis.

Dicebam ego aliter hanc rem iure Canonicō, aliter iure Ciuili accipiendam. Licèt enim non sit inducenda discordia inter hæc iura, cap. primo, & secundo de oper. nou. nunc. Tamen id vnum est in dubio. At hîc apertè videmus iure Ciuili pœnam esse extraordinariam, excepto illo casu, quo pecunia interuenit, nec fieri distinctionem inter fœtum animatum, & inanimatum.

Iure autem Canonico consideratur hæc diuisio, & clarè adhibetur: vt patet ex textibus iam citatis.

Et ratio adferri potest, quia cùm fœtus animatus est, impeditur baptismus: & sic impeditur anima illa à regnó Dei, quare iste homicida subiacebit meritò pœnis iuris Canonici, non autem iuris Ciuilis, quia istud non considerat dictam rationem, & loquitur de homine occiso, consequenter de iam in lucem edito, non de eo, qui est in vtero, quia ille qui nondum natus est, nondum homo est. Sic igitur sentio salua meliori deliberatione.

CAPVT V.

Sitne vis publica cùm quis armatus alium aggreditur?

EXistimo vim publicam committi, quoties quis alium armatus in loco publico inuadit, vti respondit Thom. Gramma. cons. 43. & 55. Clarus q. 83. vers. Vim publicam. & alij quos isti commemorant.

Moueor authoritate text in l. 3 ad l. Iul. de vi publ. *Eadem lege tenetur* (ait text.) *qui pubes cū telo in publico fuerit.* Est enim vis publica cùm armis, vis priuata sine armis. §. Item lex Iulia. Instit. de publ. iudi. Ratio est quia omni armorum metu offenditur, ac perturbatur publica securitas.

Aliam diuersam sententiam Bart. videtur habuisse, in l. si cuiusuis. C. eod. tit. dum scribit: *Iniuriam factam personæ, ita demum cadere in crimen publicum legis Iuliæ de vi, si fiat coadunatis hominibus*, idque deducit ex illa lege.

Eandem sententiam latè defendit Thessaurus decis. 35. Motus ex l. 3. in fin. & l. qui cœtu, ff. ad l. Iul. de vi publ. vbi dicitur quis facere vim publicam, qui hominibus armatis, qui cœtu, cōcursu, turba, &c. inuadit, & ex l. qui dolo ff. eod. vbi ait text. *Hac lege tenetur qui conuocatis hominibus vim fecerit.*

Deinde

Deinde argumentum sumit ab etymologia. Dicitur enim publicum, quasi populicum. Ideò vt vis sit publica, requiritur, vt sit populica, quòd fit armatis, & coadunatis hominibus.

Præsertim cùm hodie inquit, non ita telorum portatio prohibita sit, imò ad solos seruos Imperator Leo, & Anthemius prohibitionem restrinxit, in l. vlt. C. ad legem Iul. de vi publ. & hodie est arbitraria. l. si præses. ff. de pœnis.

Verùm ista nihil mouent. Nam quod attinet ad dictam legem, si criminis, C. ad legem Iul. de vi publ. illa loquitur de eo qui conuocatis hominibus vim facit, quò quis verberetur & pulsetur, vt patet ex illis verbis: *Sed quoniam à Fescinulo etiam te verberibus affectum asseueras, si hominibus conctis hoc fecerit, si legis Iuliæ de vi priuata, &c.*

Hoc enim casu incidit quis tam in legem Iuliam de vi publica, quàm de vi priuata, vt patet in l. qui dolo. ff. ad legem Iuliam, de vi publica. & l. 2. ff. ad legem Iuliam de vi priua. cuius rei causam attulit Cuiacius, ad senten. Pauli titu. 26. quem secutus est Menochius de arbit. casu 394. n. 8.

Malè igitur Barto. colligit ex illo textu, ad vim publicam requiri coadunationem hominum, quia etiam coadunatis hominibus locus est legi Iuliæ, tam de vi publica, quàm de vi priuata.

De vi publica, quia publica pax turbatur coadunatis hominibus. De priuata, quia vis facta est a persona priuata.

Non obstant aliæ leges quæ coadunationem hominum exigere videntur: quia fateor tunc quoque esse vim publicam: sed non negant dictæ leges etiam aliter, quàm coadunatis hominibus posse committi vim publicam, nam posse committi probatur in l. 2. ff. eod. tit.

Argumentum ab etymologia nihil est, quia iam clarum est posse cõmitti aliter, quàm coadunatis hominibus. & in hoc casu etiam locum habet etymologia, quia publica pax turbatur ex armorum metu, vt suprà dixi.

Illud improbo, quòd armorum prohibitio, restricta sit ad seruos, quoniam priuatis hominibus prohibitum esse armorum vsum, patet ex leg. vnic. C. vt armor. vsus. l. b. 11. Rolan. à Valle cons. 3. lib. 2.

Illud probo, si vtriusque legis crimina obiecta sint, mitiorem legem, hoc est priuatorum, esse sequendam, l. si præses. de pœnis.

Puto etiam cessare pœnam legis Iuliæ, de vi publica quæ deportationis est. Lege, Qui dolo in fine, ff. eo. cùm armorum vsus est alicui concessus: quia tunc cessat ratio, quam adduxi.

Cessat etiam dicta pœna quoties illud absurdum oritur, de quo per Grammat. consil. 43.

CAPVT VI.

Quæ sit pœna stupri violenti.

NOn assentior Claro, in §. stuprum. ver. Sed quæro: afferenti pœnam mortis esse, neque Bossio idem docenti, tit. de coitu damnato, & punibili, num. 19. etenim fundamentum nullũ est quod constituunt in §. Item lex Iul. Instit. de pub. iud. illis verbis: *Sed eadem lege etiam stupri flagitium punitur, cùm quis sine vi vel virginem, vel viduam, &c. Pœnam autem lex irrogat stupratorib. si honesti sunt, publicationem mediæ partis bonorum, &c.*

Non licet argumentari, ergo si cum vi, pœna mortis est: nisi raptus interuenerit, vt Insti. eo. tit. §. si autem per vim.

Nec etiam iuuat hanc sententiam lex 1. de extraor. crim. Illa enim est accipienda de stupro commisso raptu interueniẽte. Est enim raptus, siue quis inuitã mulierem abduxerit, siue eam malis artibus sollicitauerit & corruperit, atque ei persuaserit, vt consentiat, l. vnic. Cod. de rapte virg.

Pœna stupri violenti est legis Iuliæ, de vi public. l. 3. ad leg. Iul. de vi pub. vbi sunt verba expressa.

Pœna legis Iuliæ, de vi publica est aquæ & ignis interdictio, leg. qui dolo §. vltim. in fin. ff. eod.

In locum eius successit deportatio. l. 3. ff. ad l. Iul. pecula.

Quandoque tamen etiam mortis pœna est imposita, vt si cædes interuenerit. l. 6. C. ad leg. Iul. de vi publ. Vel si seruus violentiam fecerit. l. seruos. C. eod. vel si raptus interuenerit. l. qui cœtu §. 1. ff. eod.

Ergo pœna deportationis regulariter erit constituenda in stupratorem virginis violentum, cuius loco successit, ex communi vsu pœna arbitraria.

CAPVT VII.

Vtrùm vidua possit petere vsuras dotis mora commissas ab hæredibus viri?

EXistimo viduam rectè petere vsuras dotis ab hæredibus viri sui moram committentibus in restituenda dote.

Primò, quia in bonæ fidei iudiciis vsuræ post moram veniunt, leg. mora §. In bonæ

fidei:de vsur. Actio autem de dote, est bonæ fidei, l. vnic. §. sed & si. C. de rei vxo. act.

Secundò ex d. l. vnic. §. exact. ibi: *Sin autē superſederit res mobiles, &c. restituere, etiam vsuras æstimationis omniū rerum, &c. maritus præstet.* Eadem ratio est in hærede mariti.

Tertiò, quia dos datur, vt interueniat oneribus matrimonij: l. pro oneribus. Cod. de iur. dot. ergo hæc tacita conditio inesse videtur obligationi dotis, vt ex ea sustineri possint onera matrimonij. Quare sicut vsuræ debentur marito si dos non ei detur, c. salubriter, de vsur. ita & mulier si non ei dos restituatur, quod est argumentum Nauarri. in c. si fœneraueris. 14. q. 13. n. 67.

Quartò, quia plerisque in locis vel statuto, vel consuetudine cautum est, vt vsuræ præstētur mulieri viduæ, si dos ei non reddatur.

Quintò, quia plerisque in locis non desunt lucrandi occasiones iis, qui pecuniam habent in promptu, vel emptione rerum immobilium, vel annuorum redditum, vel aliter. Quare videtur peti posse vsuras quasi lucri cessantis nomine, & vice.

Atque ita docuerunt Cyn. & Dyn. in d. §. exactio. Grammat. decis. 30. num. 93. Ias. cons. 91. lib. 1. Panor. cons. 39. l. 2. Nauarrus, vbi supra. Anton. Thessaur. dec. 42. alios citat. Lupus in l. Curabit. Comment. 1. §. 4. nu. 84. quibus & ipse assentior.

Contrarium docuerunt Bartol. in l. At qui natura. §. Non tantùm. de neg. gest. in l. in insulam. §. vsuras. solut. matrimo. Alexand. in l. Diuortio. num. 23. eod. tit. & cons. 27. lib. 4. Afflict. decis. 284. Cagnol. in l. Curabit, num. 15. Cod. de act. empt. Crauetta consil. 89. num. 3. & 189. nu. 7. Couuar. lib. 3. variar. c. 1. versi. Sexto hinc. Lupus loco proximè annotato. Menoch. cons. 703. n. 15. lib. 8.

Primum argumentum est, quia vsuræ iure canonico sunt prohibitæ, etiam pro redemptione captiuorum, c. super eo. de vsur.

Respondeo illud esse intelligendum de vsuris lucratiuis: nostra quæstio est de vsuris compensatiuis. Nam cùm dos detur vt sustineantur onera matrimonij, hęc tacita conditio inest doti: & sic mulier debet vsuras consequi in compensationem fructuum ex quibus ali & sustentari posset.

Secundum. In vidua cessat ratio c. salubriter, de vsuris, quia non sustinet onera matrimonij, sicut maritus, ergo non debentur ei vsuræ dotis.

Respondeo eandem rationem in vidua militare, vt possit se ex dote sua alere, & sustentare. Et cùm vir & vxor sint correlatiua, dispositum in vno videtur porrigendum ad alterum, vt dicebat in proposito Nauarrus leg. 1. Cod. de Consessis, l. b. 11.

Tertium argum. In potestate est viduæ dotē suam consequi: ergo vsuræ ei non debentur. l. 1. ff. de vsur. ibi: *Cùm in potestate sit actoris iudicatum exigere*, quæ sunt verba Papiniani.

Respondeo rationem illam Papiniani à Paulo reprehensam fuisse, vt ex sequentibus verbis appareret, sic enim ait text. *Paulus notat, quid enim pertinet ad officium iudicis post condemnationem futuri temporis tractus?*

Præterea argumentum procedit cùm debitum offertur creditori: tunc si non accipiat, nō potest vsuras petere: sed aliter dicendum cùm debitor interpellatus non soluit: tunc enim vsuræ debentur in recompensationem damni, vel lucri cessantis.

Denique non potest debitor, qui fuit in mora, debitori culpam adscribere cur non petierit, l. pen. ff. de vi & vi armat.

Et certè si valeret hæc ratio, nec maritus, nec vllus alius posset vsuras petere post moram, quia semper culpa ei imputatur, cur non coēgisset debitorem iudicialiter ad soluendum: quòd cùm minimè dicendum sit, sequitur, nec istud posse viduis obiici dum hæredes sunt, in mora dotis restituendæ.

CAPVT VIII.

An vsuræ donationis propter nuptias viduæ post moram debeantur?

NOn deberi ter decisum fuit in cōsilio Neapolitano teste Afflicto, decis. 291 Sed contrarium suo tempore decisum fuisse in eodem consilio testatur Grammat. decis. 103. num. 96. Et hanc sententiam posteriorem Senatus Pedemontanus secutus est apud Thesaurum decis. 45. quæ mihi etiam placet.

Probatur in § si autem, in authen. de elig. secund. nub. ibi: *Sin autem omnis fortè consistat in pecuniis, aut aliis mobilibus rebus antenuptialis donatio, tertiam vsurarum partem percipientem matrem cum cautione iam definita, non exigere à filiis aurum, nisi fortè idonea sit viri substantia, &c.*

Idem probatur in l. hac edictali. §. His illud. C. de secund. nup.

Fundamentum contrariæ sententiæ est, quia donatio propter nuptias dicitur lucrum, quod facit mulier ex dote, l. Afflictus, Cod. qui potio. in pigno. habean. Consequenter mulier haberet vsuras ex lucro, & sic vsuras vsurarum, quod iure prohibitum est, l. Improbum, C. ex quibus causis infam. irrog.

Respon-

Respondere potest non hic agi de vsuris vsurarum, sed de vsuris percipiendis ex sorte, hoc est, ex quantitate dotis ita donationis propter nuptias. Licet enim ex lucro cedere vxoris dicatur, non cedit tamen lucro tanquam vsuras sed tanquam sors debita ex pacto vel statuto.

CAPVT IX.

An vsura dotis longo tempore non exacta præsumantur.

TRes sunt doctorum sententiæ hac de re. Vna, remissas videri: ita Dionysius Perusinus inter consilia Bald. consil. 474. libr. 3. Alexand. cons. 74. num. 8. lib. 5. Corneus cons. 206. lib. 2. Alciat. de Præsumpt. reg. 1. Præsumpt. 32. num. 4 Tiraq. de Præscript. §. 1. Glos. 4. vers. Octauò istis. Menoch. de Præsumpt. libr. 1. Præsumpt. 12.

Fundamentum est in l. cùm Quidam. §. 1. ff. de vsuris. *D. Pius rescripsit, parum iustè præteritas vsuras peti, quas omisisse te longi temporis interuallum indicet, &c.*

Et in l. Vir vsures, ff. de donat. inter vir. & vxor. Papin. *Vir vsuras promissæ dotis in stipulatum deduxerat, easque non petierat: Cùm per omne tempus matrimonij sumptibus suis vxorem & eius familiam vir exhiberet dote prælegata, sed & donationibus verbis fideicommissi confirmatis, legato quidem dotis vsuras non contineri videbantur, sed titulo donationis remissas.*

Altera est sententia remissas non videri. Ita Rom. cons. 517. nu. 14. Ial. in l. Quæ dotis n. 19. sol. matr. Alex. cons. 56. nu. 6. & 63. n. 16. lib 4. & 208. n. 10. lib. Corneus cons. vlt. lib. 2 & cons. 164. lib. 3. & 5. n. 3. lib. 4. Dec. cons. 571. n. 4. Bald. de Præscript. in 1. part. 3. partis princ. q. 10. n. 4 Grammat. decis. 70.

Fundamentum est in l. Libertis. §. 1. ff. de alim. & cib. leg. vbi alimenta præteriti temporis peti possunt, licèt longo tempore petita non fuerint.

Et quia actio non tollitur minori spatio 30. annor. l. sicut C. de præscript. long. temp.

Tertia est sententia Osasci decis. Pedem. 132. distinguentis, vtrùm maritus adhuc viuat, & vsuras petat temporis præteriti, & tunc non videri remissas: an verò sit mortuus & nunquam petierit, & tunc remissas videri.

Mihi prior sententia magis arridet, cùm nitatur textu satis euidenti in d. §. Diuus. reliquæ verò sententiæ nullum firmum fundamentum habent.

Nam quod attinet ad d. l. Libertis. §. 1. non loquitur de vsuris, sed de alimentis, quæ sunt longè fauorabiliora.

Regula verò d. l. Sicut. ad rem non facit: quia ista non est præscriptio temporis, sed coniectura quædam remissionis factæ ex longi temporis interuallo, quo quis vsuras non petit. Fateor esse hanc coniecturam fortiorem, si maritus nulla petitione vsurarum facta decesserit: sed tamen etsi non decesserit, non puto.

CAPVT X.

Excussio principalis debitoris, an requiratur, cùm quis agit hypothecaria contra possessorem rei specialiter obligatæ?

COnstat ex Nouella 4. de fideiuss. hypothecariam exerceri non posse contra possessores, nisi priùs excusso principali debitore. Sed obiicitur quod Iustinianus scribit Nouella 112. tit. de litigiosis, in hæc verba: *Ab hoc autem litigiosi vocabulo hypothecas separari decernimus, & in his hanc distinctionem tenere, vt siquidem speciales res mobiles, vel immobiles, aut se mouentes, nominatim fuerint hypothecæ supposita, liceat quidem debitori eas quando & cui voluerit vendere: sic tamen vt ex pretio earum vsque ad debiti quantitatem satisfaciat creditori. Si autem hoc debitor non fecerit, damus licentiam creditori, qui rem venditam suppositam habet, eandem rem vendicare, donec ei satis pro debito fiat.*

His verbis Imperator videtur dare potestatem creditori rectà vendicandi res specialiter hypothecæ suppositas: ergo nulla requiritur excussio principalis debitoris. Atque ita sentit Accurs. d Nouella 4. de fideiuss. §. Sed neque. & hanc sententiam latè defendit Anton. Thess. decis. 51.

Sed mihi non placet. Primò, quia generalis est constitutio illa, quæ requirit excussionem principalis debitoris, & consequenter omnem hypothecam complectitur, siue generalem, siue specialem.

Secundò, quia eadem est ratio in speciali, quæ in generali hypotheca.

Tertiò, quia si hoc erat discrimen adhibendum inter specialem & generalem hypothecã, æquum erat id exprimere.

Quartò, quia non ille est sensus dictæ Nouellæ 112. tit. de litigiosis, sed hæc est sententia Imperatoris: si creditor conuenerit debitorem, qui ei res obligauerat, & is pendente lite res nominatim obligatas alienauerit, non incidere in pœnam alienantis res litigiosas, imò licere ei res vendere, ita tamen, vt ex pretio earum creditori suo satisfaciat. Nisi ex dicto pretio creditori suo satisfecerit, dat Im-

perator licentiam creditori res alienatas vendicandi.

Item hanc rem & rectè explicauit Cuiac. in expositione Nouellæ 4. de fideiuss. cùm dixit non aduersari Nouellam 112. quia in specie d. Nouellæ, creditor egit prius personali, lite autem pendente pignus à debitore venditum fuisse, quare ei licet cum emptore experiri hypothecaria.

Non explicauit Cuiac. cur d. Nouella 112. loquatur de hac facti specie, quando scilicet creditor prius egit cùm debitore, & is lite pendente rem vendidit: sed tamen id verissimum est. Nam Imperator ibi dicit hypoth. separari à vitio litigiosæ quod nil est aliud, quàm rem litigiosam non esse, quæ hypothecæ supposita est, licèt lis super ea pendeat inter debitorem & creditorem. Consequenter debitor etiam lite pendente, potest alienare rem speciali hypothecæ suppositam. Ratio est, quia lis debet esse de dominio rei, non autem de hypothèca, vt res dicatur litigiosa, & alienatio prohibita, quare debitori licet alienare, sed vult Iust. vt ex pretio redacto eo, ipsa re alienata creditori satisfaciat, alioquin creditori dat facultatem eam vendicandi: Et hoc est quod Imperator ait, *damus licentiam creditori, qui rem venditam suppositam habet, eam vendicare*, scilicet in casu isto speciali: vt patet ex verbis præcedētibus. Ex quo non rectè infertur ad generalem conclusionem, quòd possessor rei specialiter obligatæ possit hypothecaria conueniri, non facta excussione debitoris principalis.

CAPVT XI.

Ad l. Cùm quis C. de iuris & facti ignorantia.

Diocletianus: *Cùm quis ius ignorans indebitam pecuniam soluerit, cessat repetitio.* l. 10. Cod. de iur. & fact. ignor.

Mouet dubitationem quod Papin. scribit in l. 7. ff. eod. titul. iuris ignorantiam non nocere suum petentibus: & rursus in l. 8. eod. iuris errorem in damno amissionis rei suæ non nocere. Nam si non nocet iuris ignorantia iis, qui de damno euitando certant, videtur dicendum ei, qui indebitum soluerit iuris ignorantia, repetitionem competere: ne damnum incurrat amissionis rei suæ, hoc est, pecuniæ indebitæ solutæ.

Veteres omnes post Accurs. explosa Vltramontanorum sententia, ita rem hanc explicant, vt concludant, hanc constitutionem non esse accipiendam de omni indebito soluto ex iuris ignorantia, sed de eo quod ciuiliter indebitum est, verum debitum naturaliter: exēplum est in l. pen. ff. de iur. & fact. ignor. & in l. 1. & l. error. C. ad leg. Falcid. Cæterùm si aliquod sit indebitum, tam ciuiliter, quàm naturaliter repeti posse, ne quis sentiat damnum pecuniæ suæ.

Hæc sententia mihi non placet. Existimo enim repeti non posse, quod iuris ignorantia solutum est indebitum, licèt ciuiliter & naturaliter sit indebitum, excepta muliere, cui datur repetitio. l. Quamuis. C. ad Velleia.

Moueor. Primò, quia d. constitutio l. cùm quis. non distinguit, vtrùm ciuiliter tantùm sit indebitum, vel etiam naturaliter, nec vlla est alia lex, quæ hanc distinctionem adhibeat.

Secundò. Cùm quis per facti ignorantiam soluit indebitum ciuiliter, sed naturaliter debitum non habet, repetit. leg. Naturaliter. de cond. indeb. Ergo nullum esset discrimen inter ignorantiam iur. & facti, quod apertè repugnat d. l. cùm quis. vbi sit distinctio inter ignorantiā fact. & iuris.

Tertiò moueor ex l. cùm pater. §. Mæuio. de leg. 2. vbi nullo iure debitum fuit, quod ex causa donationis ibi fuit solutum, & tamen repeti non potest. & ibi Glos. & Doct. dicunt ob stultitiam debitoris donatarium lucrari, id est, ob ignorantiam iuris.

Quartò, quia si fideiussor inutiliter obligatus si soluat ex iuris ignorantia, non repetit. l. si fideiussor. §. non malè ff. mand. & vbi inutilis est obligatio, fieri potest, vt nec naturalis oriatur obligatio.

Quintò moueor ex l. 2. de confessis, vbi dicitur, non esse cōfessum eum, qui errauit, nisi ius ignorauit. Ergo confessio iuris per errorem facta nocet confitenti, quare si quis per errorem iuris confiteatur se debitorem, pro iudicato habetur, l. 1. ff eod.

Sextò ex l. 1 ff vt in poss leg ibi: *benignè satisdationem condici posse.* Hæres enim ibi nec ciuiliter nec naturaliter obligatus erat ad satisdandum: satisdedit ex iuris ignorantia. Dicit text. condictionem dari ex benignitate, in illo casu speciali. Sed si vera esset distinctio Doct. ipso iure, non autem ex benignitate competeret illa condictio.

Septimò, quia quod scriptum est in leg. 7. & 8. de iur. & fact. ignor. non pertinet ad solutionem indebiti, sed ad amissionem rei propriæ. Exemplum est in l. Qui fideicommissum. 81. de leg. 1.

Quod attinet ad l. 1. l. error. Cod. ad leg. Falcid. ratio est, quia hæres agnouit defuncti voluntatem, l. Non dubium. C. de testam. l. 2. Cod. de fideicom. leg. si fideicommissum, de cond. indebiti.

Nec solus sum in hac sententia. Socios habeo Duaren c.3 in tit. de cond. indeb. & Curac. l. 19. ad Papinian. in explicatione l. 7. de iur. & fact. ignor.

CAPVT XII.

Iuris ignorantia an sit lata culpa?

IVris ignorantiam latam culpam esse docuit Bar. in l. Quod Nerua. nu. 19. ff. depo. & idem docuerunt antiqui Do. vt videre licet ex Meno. de Præsump. lib. 6. præsump. 23 n. 11.

Primum ex l. Reg. §. penul. ff. de iur. & fact. ignor ibi. *Sciant ignorantiam facti, non iuris prodesse: nec stultis solere succurri, sed errantibus.*

Secundum argum. ex l. liberorum. §. Notantur. ff. de his, qui not. infam. ibi: *Ignorantia enim excusat, non iuris, sed facti.*

Tertium, quia leges debent ab omnib. sciri, l. leges sacratissimæ. C. de legibus. Nec permissum est eas ignorare, l. constituit. C. de iuris & fact. ignor.

Quartum, quia lata culpa est non intelligere quod omnes intelligunt. l. latæ. de verbor. sign. sed leges ab omnibus sciuntur, aut sciri debent: ergo earum ignorantia latæ culpæ annumerabitur.

Contrarium docet Corasius lib. 4. Miscellan. cap. 17. Primò quia lata culpa dolum repræsentat, l. 1. §. Non autem. ff. si quis testam. lib. esse iuss. fuer.

Sed hoc est falsum in iuris ignorantia, quia nemini nocet in amissione rei suæ, l. 8. ff. de iur. & fact. ignor. ergo non est lata culpa, quia tunc noceret, sicuti constat dolum nocere.

Secundò, quia paucissimi leges intelligunt: ergo earum ignorantia non est lata culpa, quia illa est, non intelligere, quod omnes intelligunt, l. latæ. de verb. sign.

Tertiò, lata culpa requirit summam negligentiam, l. cedere diem. §. vlt. m. de verbor. signifi. vbi appellatur nimia negligentia. l. si fideiussor. ff. mandat. Ego nõ video, inquit Corasius, quo pacto clericus, mercator, artifex, & alij id genus homines, qui non ciuilibus studiis operam dederunt, sed honestam aliam artem secuti sunt, legum peritiam non habentes, in lata culpa dici debeant.

Excipiendos autem putat Doctores, & Assessores, quia isti tenentur scire iura leg. 2. ff. quod quisque, in l. vlt. ff. de cutiis, & extraordin. cog. quibus meritò obiici potest quod Seruio Sulpitio fuit obiectum, l. 2. §. Seruius. de orig. iur.

Non obstat, quod dicitur leges ab omnibus sciri debere, quia id accipiendum videtur de legibus, quæ diuino præcepto vel non naturali ratione confirmantur, & ad morum instructionem, cohibendámque hominum insolentium vitam pertinent. Sic ferè Corasius.

Tertia est sententia Zasij lib. 1. sing. resp. cap. 2. n. 19. Iuris naturalis, & diuinorum præceptorum ignorantiam, esse latam culpam. l. venia. C. de in ius vocando.

Præterea in culpa est, qui ignorat legibus prohibita, & illicita. l. excat. ff. quod met. causa.

Rursus, si quis Doctorem se profiteatur, & ius ignoret, in culpa est, l. 2. §. Seruius. ff. de orig. iur.

Nec excusari, qui negotia habent iudicialia, si ius ignorauerint, l. sicut. Co. de præscript. 30. annor.

Extra dictos casus negat Zasius iuris ignorantiam esse latam culpam, quia si lata culpa est ignorare quod omnes intelligunt, è contrario erit lata culpa, ignorare quod pauci intelligunt. Sed iura pauci intelligunt. Ergo.

Ego verò constituo sex conclusiones. Prima: Non est lata culpa iuris ignorantia, ad hunc effectum, vt qui iura nesciant, reprehensione digni sint, aut vllam pœnam notám ve infamiæ incurrãt, quia vt dicebat Zasius, maxima pars mortalium hoc morbo laboraret, cùm pauci sint iuris periti.

Secunda conclusio. Iuris ignorantia non est lata culpa ad effectum, vt amittat quis rem suam. Pulchrum exemplum in l. qui fideicommissum. 81. de leg. 2.

Tertia conclusio. Iudices, Doctores, & Assessores sunt in lata culpa, si ius ignorent. l. 2. §. Seruius. de orig. iur l. 2. quod quisque. iur. l. vlt. de var. & extraord. cog.

Quarta conclusio. Iuris ignorantiæ culpa non adscribitur minoribus 25. annis, nec mulieribus in certis casibus, nec militibus, leg. Regula in pari. ff. de iur. & fact ignor. leg. 1. Cod. eod. l. vlt. C. eod.

Quinta conclusio. Iuris ignorantia culpæ adscribitur, cùm quis facit rem iure prohibitã. l. Liberorum. §. Notantur. ff. de his qui not. infam. l. venia. C. de in ius voc. Et sic loquitur l. leges sacratiss. C. de legib. l. Constitutiones. C. de iur. & fact. ign. l. 1. de legib. ibi: *Delictorum quæ sponte vel ignorantia, &c.*

Sexta. Iuris ignorantia est culpa ad effectum, vt commodum auferatur ei, qui potuit consulere peritiores. l. Regula. ff. de iur. & fact. igno. l. in bonorum. ff. de bonor. poss. l. 2. §. vlt. ff. quis ordo in bon. poss. ser.

CAPVT XIII.

Ad l. Petens. C. de pact.

Multa de pactis iam diximus libris superioribus, sed nunquam explicauimus l. Petens, C. de pactis. circa quam ingens semper fuit controuersia.

Verba legis hæc sunt: *Petens ex stipulatione quæ placiti seruandi causa secuta est, seu antecessit pactum, seu post secutum statim interpositū sit, rectè secundum se ferri sententiam postulat.*

Prima interpretatio. Pacto conuenisti mecū vt aliquid dares, vel faceres. Huius pacti seruandi gratia stipulatio subiecta est, sicut olim moris erat, l. Titia. §. vltim. de verb. oblig. decidituri, peti posse ex stipulatione quod continetur in pacto, & petentem rectè secundum se sententiam ferri postulare. Atque idem iuris esse siue antecessit pactum, siue post secutum est.

Non placuit Accursio, neque Bartolo, Alexandro, Iacobino, Aretino, Corneo, nec aliis antiquioribus, propter verbum *statim* positum in textu. Nam ex stipulatione, quæ placiti seruandi causa interposita est, agi potest: licèt pactum non statim secutum sit, sed longo interuallo post. l. Si ita faero stipulatus. §. 1 cum l. seq. ff. de nouat. l. quidam cùm filium. §. vlti. de verb. oblig. l. qui pecuniam. ff. si cert. pet.

Secunda interpretatio est, legem loqui de stipulatione interposita gratia declarādi, id quod in pacto continetur, quod stipulationem præcessit vel statim subsecutum est.

Reiicitur, quia lex apertè loquitur de stipulatione interposita placiti seruandi gratia, non autem declarandi.

Tertia interpretatio est Bartol. & aliorum communiter, loqui de pacto in continenti adiecto, vt aliquid detur, vel fiat stipulatori, verbi gratia: Tecum conueni vt fundum meum cum tuo permutarem, & vtrinque stipulati sumus. Postea pactus sum in continenti, vt ibi domū ædificem: ait lex, posse ex stipulatione agi, vt fiat id quod continetur in pacto. Hoc in casu necesse est, vt pactum statim sequatur post stipulationem, alioqui actionem ex stipulatu nō informaret.

Si dicatur legem loqui de stipulatione interposita placiti seruandi gratia, hæc autem interpretatio vult, eam loqui de pacto longè diuerso à stipulatione.

Respondetur interpositam fuisse stipulationem placiti seruandi gratia, hoc est, illius primi pacti de re permutanda. Sufficit enim stipulationem adiectam fuisse alicuius pacti seruandi causa.

Adde quòd cùm in continenti pactum secutum est, stipulatio videtur interposita placiti seruandi gratia: quia de tali pacto cogitatum fuisse videtur tempore stipulationis.

Non placuit Vltramontanis, & meritò: Nimis enim dura est. Nam lex loquitur de stipulatione interposita placiti seruandi gratia: non autem alicuius placiti.

Quartam interpretationem ipsi attulerunt, pactum præcessisse, & stipulationem interpositam fuisse, placiti seruandi causa, hoc modo: Conuenimus de permutando meum Codicem cum tuo, pacto adiecto, vt tuum mihi compactum traderes: & stipulatio hinc inde fuit interposita placiti seruandi gratia. Dicit lex agi posse ad id, quod in pacto continetur: sed quod pactum debet esse in continenti adiectum.

Hæc sententia cæteris displicuit, quia in proposita specie agi potest, etiamsi pactum nō statim secutum esset, sicut suprà dictum est, circa primam interpretationem.

Quinta expositio est Salic. hanc legem loqui de stipulatione incipiente à præcedenti conditione hoc modo: Si Stichum non dedero, promitto tibi decem nomine pœnæ: & in continenti nudo pacto promisi tibi eundē Stichum. Dicit lex agi posse ex hac stipulatione.

Refellunt hanc sententiam Alex Fulg. Iacobin. & alii, quia nulla in textu fit mentio pœnalis stipulationis, & siue in continenti, siue ex interuallo pactum sit adiectum, pœnalis stipulatio committitur, l. Si pacto quo pœnam. C. de pactis.

Sextam interpretationem attulit Angelus, hanc legem loqui de stipulatione idem continente quod pactum continet, se habens ad stipulationem per modum causæ. v g. Promittis mihi stipulanti decem, quia eadem mihi promisisti nudo pacto: Dubitandi ratio est, quia in stipulatione sine causa obstat exceptio doli. l. 2. § circa ff. de doli mali except. Contrarium deciditur, quia duo vincula magis ligant, conuenit enim pactum, & stipulatio.

Reiicitur, quia agi potest, siue in continenti, siue ex interuallo pactum sequatur. Nam si nudo pacto mihi aliquid promittis, deinde nudo pacto idem promittis, oritur actio de constituta pecunia, l. 1. §. debitum. de constitut. pecun. Multò igitur magis si stipulatio interponatur.

Nouissimè Alciatus lib. 5. paradox. cap. 2. & in Commentar. legis. & Cuiacius libro. obser. cap. 24. priorem interpretationem superiùs à nobis allatam approbarunt, quos ego sequor. Nam conuenit verbis dictæ legis, & nullam habet difficultatem, præterquàm in verbo statim.

strum, quod videtur esse superfluum, vt supra dictum fuit.

Sed resp ondetur, non esse superfluum, quia vbi ex interuallo pactum sequitur, nullam parit actionem, l. iurisgentium § vt puta de pact. In continenti autem adiectum parit actionem. l. in bonæ fidei. C eod. Vbi ergo pactum ex interuallo sequitur, nulla est ratio dubitandi, quin agi possit ex stipulatione: non enim ex pacto potest agi. At vbi pactum in continenti adiectum est, ratio dubitandi esse potest, quia pactum in continenti adiectum, parit actionem: ergo ex ipso agendum videbatur, non ex stipulatione.

Contrarium deciditur, quia stipulatio adiicitur pro maiori firmitate ac robore pacti, cōsequenter actionem producit, §. 1. Institut. de verb. oblig.

CAPVT XIV.

Ad l. Si superstite. C. de dolo.

NOn parui momenti controuersia est, an in l. si superstite. C. de dolo. Patris dolus cum filia transigentis, interuenerit. Affirmant Gloss. Alex. Albert. & Salic. quia si nullus patris dolus interuenisset, malè rescripsissent Impp. filiæ tribuendam esse actionem in factū, loco actionis de dolo, quæ alioqui tribuenda fuerat, nisi paterna reuerentia obstitisset.

Nec potest dici, dolum resultare ex immodica læsione, quia non ex quantitate læsionis colligitur, sed ex qualitate facti, l. dolus C. de rescind. vend.

Contrarium voluerunt Fulg. ibi, Pinel. ad l. 2. Cod de rescind. vend. part. 1. cap. 4. num. 23. quia textus dicit, transactionem bona fide factam fuisse.

Et quod attinet ad actionem in factum propter paternam reuerentiam loco actionis de dolo, istud est ob immodicam læsionem, vt patet ibi: *Sanè si immodicè læsa es.* Nihil enim refert, an dolus ex proposito interueniat, vel re ipsa. l. si quis cum aliter. de verb. oblig.

Ad l. dolus. C. de rescind. vend. respondent, locum habere etiam in emptione ac venditione, in qua licitum est contrahentibus se inuicem decipere circa pretium: l. in causæ § idem Pomponius. ff. de minor. Ideò non potest argui dolus ex læsione circa pretium.

Secus in cæteris contractibus. Nam dolus ex læsione probatur, l. Maioribus. C. communia vtriusque iud.

Ego puto patris dolum ex proposito non interuenisse, quia nulla fit mentio doli patris in text. Imò dicit transactionem bona fide interpositam.

Et quia textus facit vim in immodica læsione. Sed cur dicit actionem in factum competere propter paternam reuerentiam, non de dolo? Quia immodica læsione detecta, ipsius filiæ pater dolo facere videbatur non restituendo filiæ, quod erat iustum, l. 2. §. si quis sine causa. & §. Item quæritur. vers. Nam etsi inter initia. ff. de doli mali except. l. si quis mancipiis. §. vlt. ff. de inst. act. l. si quis cùm aliter. de verbor. obligat.

CAPVT XV.

Testamentum metu factum, an ipso iure valeat?

COmmunis & vera sententia est, testamentum metu factum ipso iure valere. Vide Menochium de arbitr. casu 395. num. 7. Peregrinum de iure fisci, tit. 6. num. 4. Duaren. ad l. 1. de testam. Fundamentum est, quoniam ea quæ metu fiunt, valent, licèt rescindātur. Nam voluntas coacta, voluntas est. l. si mulier. §. penult. ff. quod met. caus. l. si patre cogente. de ritu nupt.

Contrarium docuit Imola in l. 1. de test. Iason in l. 1. C. si quis aliquem testa. prohib.

Primum argumentum est ex dict. l. 1. de testam. vbi testamentum est iusta sentētia. Non enim videtur iusta sentētia testamentum metu factum.

Respondeo, iustam sententiam accipi pro solenni & perfecta, quod potest conuenire etiam testamento metu facto, sed rescindi debet.

Secundum argumentum. Promissio facta de instituendo aliquem hæredem non valet. l. stipulatio hoc modo. de verb. obligat. ergo multò minùs valet hæredis institutio metu facta.

Respondeo, negando consequentiam: quia hæreditas pactis non datur, l. Hæreditas. Codic. de pactis conuent. sed testamentum metu factum non est pactum, nec fit per modum pacti.

Tertium: Hæredis institutio non debet ex alieno arbitrio pendere, l. illa inst. de hæredibus instit. Sed institutio metu facta pendet ex alieno arbitrio, igitur non valet.

Respondeo, non pendere absolutè ex arbitrio alieno, quia voluntas coacta, est voluntas, vt dixi.

Quartum: Testes in testamento debent esse rogati, l. Hæredes palàm. §. in testamentis. de testamentis, l. qui testamento. §. vlt. ff. eod. ergo multò minùs valebit, quando testator inuitus facit testamentum.

Respondeo, hæc esse dissimilia, quia testium

rogatus est de solennibus testamenti. Voluntas autem testatoris est de substantia, quæ etiam coacta voluntas dicitur.

Vltimum si valeret testamentum, auferretur hæreditas hæredi tanquam indigno, & fisco applicaretur. arg. l. 1. C. si quis aliq. testar. prohib. vel cog. Ergo fieret præiudicium legitimis hæredibus, quod videtur iniquum.

Respondeo, fisco applicari, d. l. 1. dum ait: *Ciuili disceptationi crimen adiungitur.* sed clarius in l. 1. 2. 3. ff. eod.

Nec istud est absurdum, quia legitimi hæredes actionem habent ad interesse, aduersus eum qui vim intulit. arg. l. Lucius. §. Sempronia. de leg. 2. l. si quis affirmauerit. §. 1. de dolo. l. pen. C. eod tit.

CAPVT XVI.

Ad l. 2. C. de his quæ vi metúsve causa fiunt.

ALexnder Imperat. Alexandro: *Cùm te non solùm cauisse, verum etiam soluisse pecuniam confitearis, qua ratione, ut vim passus restitui quod illatum est postules, perspici non potest: quando verisimile non sit ad solutionem te properasse omissa querela de chirographo, vtpote per vim extorto, nisi & in soluendo vim te passum dicas.* l. 2. C. de his quæ vi metúsve causa fiunt.

Obstare videtur l. 7. ff. de cond. ob turp. caus. vbi Pomponius: *Ex ea stipulatione, quæ per vim extorta est, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat.*

Dicebat olim Irnerius hoc Alexandrum velle: non esse verisimile chirographum obligationis per vim extortum fuisse, quando debitor postea sponte, & nulla querela proposita soluit: si tamen probari posset, vi extortum fuisse chirographum, pecuniam repeti posse.

Non placet, quia etiamsi constaret chirographum vi extortum fuisse, si tamen sponte & nulla querela proposita pecunia fuisset soluta, negat Imperator pecuniam posse repeti: sic enim ait: *qua ratione vt vim passus restitui quod illatum est postules, perspici non potest.* Responderi enim posset, facilè id perspici posse, probata scilicet vi & metu in extorquendo chirographo.

Veteres communiter sumunt rationem huius legis ex l. 8. de cond. ob turp. caus. vbi probatur, quoties turpitudo est ex parte recipientis pecuniam, tunc si soluatur ab eo, qui promisit, nulla exceptione proposita repeti non potest.

Sed in d. l. 2. turpitudo est ex parte recipientis pecuniam, qui chirographum per vim extorsit, & debitor soluit nulla querela proposita: ergo repeti non potest: & hæc ratio rescripti.

Non placet, quia l. 8. loquitur, quando turpitudo est ex parte dantis & recipientis. Cùm enim est ex parte recipientis tantù, datur repetitio. l. 2. ff. de cond. ob turp. caus. l. penul. & vlt. C. eod.

Secus est, vbi ex parte vtriusque, quia repetitio non datur. l. 5. ff. eod. & ita est in casu d. l. 8. vt patet ex illis verbis: *Porrò autem si & dantis & recipientis turpis causa sit, possessionem potiorem esse, & ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum sit.*

Sublata enim causa proxima stipulationis, pristina causa superesset, hoc est, turpitudo ex vtraque parte, vt textus indicat verbis sequentibus.

Confirmatur, quia si in illa specie, de qua loquitur d. l. 8. esset turpitudo ex parte recipientis tantùm, sicut est in casu d. l. 2. nulla causa adferri posset, cur cessaret repetitio. Nam pecunia esset apud eum, cui soluta fuit, sine causa. *Perpetuò autem Sabinus existimauit veram opinionem existimantium, id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici. l. 6. de cond. ob turp. caus.*

Sic puto dicendum in l. 2. non competere repetitionem ex edicto, quod met. causa, quia pecunia fuit sponte soluta, nulla proposita querela, vt ait text. Poterat enim condici liberatio stipulationis. l. 9. §. sed etsi per vim. ff. quod met. caus.

Volo autem hic verba illa expendi: *qua ratione vt vim passus, restitui quod illatum est postules.* Indicat enim text. non dari repetitionē ex illo edicto quod metus causa, quia scilicet sponte soluit, non condixit liberationem nec vllam querelam proposuit.

Verum isti competere potest repetitio pecuniæ solutæ alio remedio, videlicet condictione ob turpem causam, quia turpitudo est ex parte recipientis tantum, hoc est, illius qui extorsit per vim chirographum: Et hæc est sententia l. 7. de cond. ob turpem caus. quæ ita conciliari potest cum d. l. 2. Quod paucis verbis indicat Cuiacius in l. 9. §. sed quod Prætor. ff. quod met. caus. sic dicens: *Competit quidem condictio ob iniustam causam, non tamen actio quod metus causa, l. 2. C. de his quæ vi met. caus. gesta sunt.*

CAPVT XVII.

De testamento facto ad alterius interrogationem.

SCripsi de hac quæstione alias, sed iuuat repetere, quoniam posteriores cogitationes

tiones ſunt meliores, quicquid ergo alibi d.xe-rim, iſtis quæ nunc dicam ſtari volo.

Inter omnes conſtat teſtatorem debere nominare hæredem ore proprio, l. Hæredes palā. de teſtament. l. Iubemus C. eod. Sed tamen recepta eſt ſententia Gloſſ. vbi valere teſtamentū factum ad alterius interrogationem.

Sed controuerſia eſt, an iſtud indiſtinctè procedat, an verò cum quadam diſtinctione, ſi videlicet conſtiterit & probatum fuerit contenta in teſtamento facto ad alterius interrogationem, ſcripta fuiſſe de voluntate teſtatoris, eo ſcilicet dictante & exponente ſuam voluntatē notario, vel alteri qui eum poſtea interrogauit.

Et quidem abſque diſtinctione iſta procedere ſententiam Glo. & locum habere, etiam ſi nō conſtiterit voluiſſe teſtari, quoniam in poteſtate eius erat reclamare vel approbare hæredis nominationem, reſpondit Alexand. conſ. 53. nu. 11. lib. 3. vbi dicit opinionem eorum qui aliter ſentiunt, carere ratione & æquitate. D. Menoc. alios citans de Præſump. lib. 4. Præſump. 8. nu. 16. & ſeq.

Sed contrariam ſententiam & communiorem & veriorem eſſe iudico. Nam quod ſit illa diſtinctio adhibenda, vt ſententia Gloſſ. in dict. l. iubemus. locum habeat, quando conſtat de voluntate teſtatoris, quod voluerit ita teſtari, & ſuam illam voluntatem prius expoſuerit ſeu dictauerit notario antequam interrogatus fuerit, docuerunt Caſtrenſ. in l. Hac conſultiſſima, §. At cum humana. num. 2. C. de teſtamen. & in conſ. 155. num. 2. lib. 1. verſi. Tunc ego. Corneus in d. l. Iubemus. n. 31. & in conſ. 232. nu. 4. lib. 1. & 319 nu. 2. verſi. Et Gloſſ. illā eodem lib. Iaſon in dict. l. Iubemus, in fin. Crauetta conſ. 117. num. 1. & 143. num. 13. & 670. nu. 7. Iun. conſ. 183. nu. 21. lib. 2. Ioan. Crot. in l. 1. §. ſi quis ita, nu. 31. de verb. oblig. Anton. Gabr. titul. de teſtam. concl. 2. nu. 10.

D. Tiberius Decianus conſ. 65. num. 13. lib. 2. vbi citat Ioan. Andr. Rom. Corneum, Butr. & Marſilium ſing. 449. nu. 2. Addo ego Ruinum, conſ. 8. num. 9. lib. 3. Petr. Anguſc. conſ. 73. num. 16. Plot. conſ. 17. nu. 13. Collegium Patauinum conſ. 1. inter conſi. vltim. volum. libr. 4. Decium conſ. 86. num. 31. Couuar. in c. cùm tibi. num. 4. verſ. eſt tamen intelligenda, de teſt. D. Mantic. de coniect. lib. 2. tit. 6. num. 9. Graſſ. de ſucceſſ. §. Inſtit. qu. 17. num. 9. Surdum conſ. 414. num. 54. lib. 3.

Ex quibus paret hanc eſſe communem ſententiam, ſicut multi ex prææallegatis teſtantur.

Et mihi veriſſima videtur: quia cùm iura tā apertè requirant expreſſionem hæredis ore proprio teſtatoris, & Gloſſ. in d. leg. iubemus. teſtamentum ipſum ſuſtineat factum ad interrogationem per text. in d. l. Hac conſultiſſima. §. At cum humana, C. de teſtam. neceſſe eſt intelligere illam ſecundum legem quam allegat: & ideò ſecundum d. text. eſt intelligenda, qui loquitur, quando teſtator, prius notario ſuam voluntatem expoſuit; deinde interrogatus, an ita vellet diſponere, reſpondit, quòd ſic. Alioqui non ex matura & deliberata voluntate teſtamenta procederent, & non deeſſet locus falſitatibus, & malis ſuggeſtionibus.

Non obſtat, quod fuerit in poteſtate teſtatoris reſpondere, vel non reſpondere, conſentire, vel non conſentire, approbare, vel reprobare hæredis nominationem: quia requiritur deliberata hæc voluntas, aut obſeruatio formæ à lege præſcripta, per expreſſionem factam nominis hæredis, vel per æquipollentem modum ſuprà dictum. Atque ita alias reſpondi Piſis, & verum puto.

CAPVT XVIII.

Ad l. Centurio. de vulg. & pupillari.

Quæritur quis ſit ſenſus illorum verborum, l. Centurio, de vulg. & pupil. *cum fructibus inuentis* in hæreditate. Vna eſt ſententia: illa verba intelligenda de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis filii. Bart. in d. l. Cent. in vlt. opp. Bald. in 4. oppo. & 6. not. Imola n. 5. Aretin. col. 1. vbi dicit hanc eſſe communem ſententiam, Socin. ſenior. n. 13. & n. 28. Ripa n. 38. Alciatus n. 53. Socin. iun. n. 164. Aquilinus n. 126.

Primum arg. eſt Bartol. quoniam ſubſtitutio eſt directa militaris, quę ſuſtinetur ex militari priuilegio: ideo veniunt etiam fructus ab hærede percepti, licèt in fideicommiſſaria non veniant, l. in fideicommiſſ. ff. ad Trebel.

Reſpondet Socin. iun. num. 169. nulli apparere in toto iure, quòd fructus percepti ab hærede pertineant ad ſubſtitutum militarem. Priuilegia enim militum ſtrictè ſunt accipienda, vt minus derogent iuri communi, l. quod verò, de legib.

Secundum argum. eſt Aretini col. 1. verſic. tamen, quoniam illa verba textus *cum fructibus, &c.* eſſent ſuperflua, ſi intelligerentur de fructibus inuentis tempore mortis teſtatoris: quia fructus ſunt pars hæreditatis, leg. item veniunt. §. item non ſolùm. de pet. hæred. conſequenter cum text. dixerit ſubſtitutum capere bona patris, etiam fructus huiuſmodi

Nam grauatus per fideicommissum deducit quartam ex Trebell. leg. iubemus. C. ad Trebell. Is verò cui datus est directo substitutus, non deducit. Iste desinit esse hæres, ille non item. Nil igitur mirum, si & hoc in casu est deterioris conditionis.

Secundum argum. est. Alex. num. 39. Text. loquitur de fructibus inuentis in hæreditate: ergo non loquitur de inuentis tempore mortis filij, quia illa non est hæreditas, sed patrimonium ipsius filij, leg. sed etsi plures §. Filio, de vulg.

Resp. Socin. Iun. num. 167. hæreditatem aditam retinere suum nomen cum alteri restituenda est. l. 1. ad Trebell. Sed hic filius tenetur eam restituere substituto, ergo, &c.

Tertium argum. sumitur ex Decio, in dict. l. in testam. num. 16. Verba in dubio debent referri ad testatorem, non autem ad hæredem, l. cùm in testamento, & ibi Barto. de auro & argen. lega. ergo verba illa textus, *cum fructibus inuentis in hæreditate*, debent referri ad hæreditatem testatoris, non autem hæredis.

Resp. Socin. Iun. num. 165. doctr. Barto. in l. Cùm in testamento locum habere in verbis testatoris, sed hæc verba sunt legis non autem testatoris.

Replicat Ripa num. 40. etiam verba legis referenda esse in dubio ad testatorem, arg. leg. filiusfam §. Diui, de leg. 1. vbi illud verbum creditoribus refertur ad creditores testatoris. Sed responderi potest illud ibi contingere propter subiectam materiam, nec posse inferri regulam generalem, vt infertur.

Vltimum argum. (omissis leuibus) sumi potest ex Aretino in d. l. Centurio colum. 2. Miles directo substituere potest post pubertatem in bonis, quæ ex testamento ad hæredem suum peruenerunt. l. 5. ff. de mil. testam. Sed fructus ab hærede percepti in casu d. l. Centurio, non peruenerunt ad ipsum hæredem ex testamento, saltem immediatè sicut illa dictio, ex, requirit, vt per Bart. in l ex placito. C. de rer. per. & in l. non dub. Cod. de leg. & est text. in l. socium qui ff pro socio. Ergo non pertinent ad substitutum.

Hæc sunt ab aliis dicta & considerata. Mihi magis placet eorum sententia, qui dixerunt illa verba intelligenda de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis patris testatoris.

1 Primò, quia text. dicit substitutum capere bona patris tantum, vnà cùm fructibus inuentis in hæreditate: si enim tales fructus non essent testatoris, sed filij, textus contineret repugnantiam, quia caperet bona patris, & etiam filij, isti enim fructus sunt filij, quos ipse filius percepit tanquam hæres patris.

2 Secundò, quia fructus ab hærede percepti, distinguuntur à fructibus inuentis in hæreditate. l. 1. C. de his quib. vt indig.

Tertiò, quia grauatus per fideicommissum fructus perceptos ante moram facit suos, nec veniunt in restitutionem fideicommissi. l. in fideicommissaria, ad Trebell. ergo nec iste.

Non obstat quod dicebatur deterioris esse conditionis istum cui datus est directò substitutus. Hoc enim procedere potest in certis casibus, sed non respectu dominij, quod habet antequam eueniat casus substitutionis. Est enim dominus pleno iure non minus quàm hæres grauatus per fideicõmissum, ergo fructus suos facit: & non tenetur restituere. Et si in eo grauatur vt non detrahat quartam, ex Trebelliano, non est etiam in hoc grauandus, vt fructus restituat, qui, cùm moritur, reperiuntur in eius hæreditate: imò potius releuandus, argum. leg. cum qui. de iureiur.

CAPVT XIX.

Fideicommissum resultans ex prohibitione alienationis, iuncta causa, quia volo bona conseruari in agnatione: *an restringatur ad terminos substitutionis præcedentis?*

IN causa nobilium Varnicensium Pisanorum Testator instituerat filios suos, & descendentes eorum substituerat: prohibens ipsis alienationem bonorum extra familiam: quod si aliquis alienaret, substituit Bartholomæum fratrem suum, cui similiter alienationem prohibuit, & in casu alienationis, substituit eius descendentes: quia voluit bona sua conseruari in familia. Filij & descendentes non alienarunt, & ideo nunquam fuit locus fideicommisso in fauorem Bartholomæi, quia fuit vocatus in casum alienationis, qui non euenit. Successit tamen dictus Bartholomæus iure sanguinis in dictis bonis, nec alienauit: Cum autem ad fœminas proximiores bona peruenissent, proximiores agnati de familia instituerunt aduersus mulieres iudicium ex fideicommisso resultante propter illa verba: quia voluit bona conseruari in familia.

Pro quibus adducta fuit authoritas atque sententia eorum, qui ex dicta clausula voluerunt generale fideicommissum induci, non restrictum ad præcedentem substitutionem. Riminald. Iunior cons. 20. num. 13. & 456. nu. 28. Surd. cons. 67. num. 20. Bitetta consi. 116. nu. 29. Marcabrun. cons. 61. nu. 240 D. Petra de Fideicom. q. 11. n. 568.

Sed contrarium decisum fuit: quam sententiam ego cum Clarissimis atque Excellentissimis duobus Collegis meis amplexus fui: Motus, quia non potuit fundari hoc fideicommissum in persona Bartholomæi, qui postremo

fuit vocatus nisi in casu alienationis factę à descendentibus testatoris, quæ non fuit facta, ergo nec grauari potuit nisi eo in casu, quo fuit vocatus, l. ab eo C. de fideicom. Et cum ipse Barthol. frater testatoris non fuerit vocatus nisi in casu alienationis, non est mihi visum verisimile alios agnatos remotiores, & nondum natos, qui ex dicto Barthol. descendere debebant, vocatos fuisse aliter, quàm in casu alienationis. Et cùm testator non vocauerit Bartholomæum in casu quo ipsius testatoris descendentes deficerent: sed tantummodò in casu alienationis, non est credendum voluisse vocare dictos nasituros remotiores, nisi in casu alienationis. Visum est igitur fideicommissum resultans ex illis verbis, *quia volo*, restringēdum esse ad terminos præcedentis substitutionis, in persona Bartholomæi: quod si in persona eius locum habuisset substitutio ex alienatione, quę fuisset secuta, non erat qui dubitaret, quin postea locus fuisset generali & absoluto fideicommisso in casum mortis in fauorem familiæ totius, & ita doctores superius allegati accipiendi visi sunt. Et quòd fiat restrictio ad terminos pręcedētis substitutionis, eáque deficiēte deficiat fideicōmiss. in terminis nostris, communior est sententia Alex. consi. 24. nu. 6. & 50. num. 11. lib. 3. Dec. cons. 291. num. 6. & 636. num. 8. Ruinus cons. 30. num. 15. lib. 3. Gozadinus cons. 34. num. 16. Rubeus cons. 110. num. 9. Alciatus cōsil. 31. nu. 22. lib. 9. D. Cephalus cons. 17. num. 24. & 153. & 56. & 477. num. 13. & 16. & 544. numer. 12. & 16. Roland. cons. 34. nu. 65. lib. 4. Hierony. Gabr. cons. 132. Bursat. cons. 195. num. 9. Osascus decis. 57. num. 12. Pedroca, cons. 19. n. 56. Hippo. Rimial. cons. 80. num. 32. Alban. cons. 1. num. 8. & cons. 21. num. 8.

CAPVT XX.

Fideicommissum conditionale, an transmittatur ad filios premoriente patre ante euentum conditionis, quando filiorum testator rationem habuit, ponendo eos in conditione?

NOn patiar pro virili mea vires assumere maiores eorum sententiam, qui dixerunt, conditionale fideicommissum transmitti ad filios præmoriente patre ante conditionis euentum, quando filiorum visus est testator rationem habere, ponendo eos in conditione. Sic enim voluerunt multi à D. Cephalo citati cons. 16. numer. 42. & ab Oddo, de compendiosa par. 6. art. 2. num. 21. Latissimè Hondedeus cons. 70 Menoch. cons. 452 nu. 56.

Nullo enim satis firmo nituntur fundamento, nisi imaginaria quadam testatoris voluntate, quam non videmus: repugnantibus iuris regulis, quæ conditionalis fideicommissi transmissionem impediunt, l. vnic. §. sin autem, C. de caduc. toll. D. Mantica, latè lib. 11. titul. 10 Repugnante text expresso in l. hæredes mei §. cum ita, ad Trebell.

Contrariam igitur sententiam amplector, quam amplexi fuēre Curtius iun. cōs. 69. Ruin. cons. 181. lib. 2. Parisius cons. 6. lib. 3. Natta cons. 551. num. 15 Ripa. in d. §. cum ita. num. 64. Torniellus, num. 67 Socin. iun. num. 37. & 47. & istos citat & sequitur Peregrinus, de fideicommis. art. 31. num. 16. Adde D. Manticam de coniect. lib. 11. tit. 20. sub num. 28. quibus me lubens socium adiungo. Fundamentum enim habet in regula iuris generali: quod fideicommissum conditionale non transfertur, & in speciali decis. d. §. cùm ita.

CAPVT XXI.

De fideicommisso conditionali vnito cum iure accrescendi an transmittatur?

NE permittam firmiores agere radices eorum sententiam, qui dixerunt fideicommissum conditionale transmitti ante conditionis euentum, si fuerit vnitum cum iure accrescendi. Ita D. Cephalus cons. 16. n. 45. & 283. num. 26. Crauet. cons. 567. num. 3. Hoaded, latè cons. 70.

Quibus sese opposuere D. Mantica, de coniect. lib. 11. titul. 10. num. 13 Menoch, cons. 100. num. 116. Peregrin. de fideicommiss. tit. 31. num. 16. in fin. qui multos alios citant: quos ego sequor, secutus iureconsultum, in l. hæredes mei. §. cum ita. ad Trebell. & communem regulam quod fideicommissa conditionalia non transmittuntur, l. vnic. §. sin autem. C. de caduc. toll. Quibus nihil obstat l. Qui patri, de acquir. hered. vbi contraria sententia fundamentum habet: quia loquitur in speciali casu: & de pupillari substitutione, & diuersam habet rationem, quæ in fideicommisso non militat: Vis videre: Neratius. *Qui patri hæres extitit, si idē filio impuberi substitutus est, non potest hæreditatem eius prætermittere: quod sic recipiendū est, etiāsi viuo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit. Nā is qui hæres extiterit, pupillo quoque hæres necessario erit. Nā si ipsum inuitū obligat, coniungi eū paternæ hæreditati, & accrescēdi iure acquiri cuicunq. patri hæredi existimādum.* Et illa ratio. *Nam is qui hæres extiterit, &c.* Et illa. *Nā si ipsum inuitum obligat, &c.* non habet locum in fideicommisso. Quod igitur cōmune habet fideicommissaria substitutio cum pupillari, longè diuersā & diuersam rationem habente?

CAPVT

CAPVT XXII.

Vtrùm pupillaris tacita contineatur in vulgari expreſſa, matre viuente, licèt non habeat effe- ctum contra matrem?

VAriæ ſunt doctorum ſententiæ hac de re. Prima eſt contineri, Bart. in l. Centurio, in 4. oppoſ. de vulgar. & eſt commu. vt teſtatur ibi Socin. Iun. num. 125. Menoch. de Præſump. li. 4. præſump. 40. Mantica de coniect. lib. 5. tit. 4. nu. 18.

Fundamentum eſt in l. vltim. Cod. de inſtit. & ſubſtit. vbi dicitur tacitam pupillarem locum habere, ſi mater moriatur ante pupillum, ergo ab initio continetur in expreſſa, quia ſi non cõtineretur, non poſſet effectum habere mortua matre ante pupillum, propter iuris regulam, quæ ab initio inutilis eſt inſtitutio, tractu temporis non conualeſcit, l. quæ ab initio. de regul. iur.

Et quia pupillaris tacita, venit ex voluntate teſtatoris tacita, l. iam hoc iure, eod. titul. Non poteſt autem teſtatoris voluntas conſiderari, niſi ſecundum tempus teſtamẽti, l. ſi ita, de auro & arg. leg. Nam vt dicebat Aretin. in dict. l. Centurio. col. 5. voluntas teſtatoris morte eius expirat, l. 4. ff. locati.

Huic argumento reſponſio colligitur ex mẽte Decij in l. precibus. nu. 11. C. de impub. & Soc. Iun. in d. l. Centurio, num. 127. locum habere in inſtitutione facta ab homine, tunc ſi non valet initio, nec tractu temporis conualeſcit: ſecùs in inſtitutione inducta à lege, quia illa poteſt inducere ex poſt facto: non enim ad certum tempus reſtricta eſt, vt homo. Itaque in propoſito noſtro lex inducit tacitam ſubſtitutionem poſt mortem matris.

Sic videmus teſtamentum in quo filius eſt præteritus, non valere ab initio, tamen tractu temporis conualeſcere, l. 2. §. Exſpectandi, de bonor. poſſeſſ. contra tab. Sic in l. Titius §. Lucius. de libe. & poſthum. inſtitutio facta de nepote naſcituro tempore teſtamenti, non valet cùm iam natus eſſet, & tamen lex voluit eam valere ex præſumpta mente teſtatoris.

Confirmatur iſta reſponſio, quia regula legis, Quæ ab initio. locum habet, quando ab initio non valet inſtitutio ex defectu ſubſtantialium: ſecus ſi non valeat ex defectu accidentalium: tunc enim tractu temporis poteſt conualeſcere, l. qui ſoluendo, de hæred. inſtit. Dec. in dict. l. quæ ab initio.

Sed in quæſtione noſtra hæc ſubſtitutio non continetur ab initio ex accidenti, quia mater viuit: ergo matre mortua poteſt conualeſcere.

Contrariam ſententiam habuerunt doctores Vltramontani, vt refert Bart. in dict. l. Centurio. Ruinus ibi num. 8. Ripa n. 14.

Fundamentum eſt, quia actus defunctorum non poſſunt ſtare in ſuſpenſo, l. vltim. ff. comm. præd. ſed ſi hæc tacita pupillaris contineretur in expreſſa, actus defuncti maneret in ſuſpenſo. Penderet enim ex vita vel morte matris.

Reſponderi poteſt, iſtud non eſſe abſurdum, l. ſi nemo, de teſtam. tut. quia non vltima voluntas, ſed illius effectus manet in ſuſpenſo. Menoch. vbi ſuprà n. 6.

Secundò pro hac ſententia adfertur l. 2. ff. de vulg. verſ. ſed etſi extraneum, vbi ſubſtitutio pupillaris facta de perſona extranea non valet in principio, & tamen conualidatur, ſi poſteà extraneum teſtator adoptauerit in locum filij.

Reſpon. Soc. Iun. in d. l. Centurio n. 127. eo in caſu impedimentum ceſſare viuente teſtatore, ſecùs in quæſtione noſtra, quia mater moritur poſt teſtatorem.

Tertiò pro hac ſententia adfertur regula, taciti & expreſſi eadem eſt virtus. l. cùm res, de leg. 1. l. cùm quid, ſi certum peta. Ergo ſi tacita iſta pupillaris contineretur matre viuente, illa matrem excluderet, ſicut expreſſa excludit.

Reſpondet Bar. in dict. l. Centurio, non ſemper taciti & expreſſi eandem eſſe virtutem, l. 2. de lib. & poſthum. quæ ſolutio non placuit Salic. in dict. l. precibus col. 5. quia non eſt recedendum à regula licet in aliquo caſu reperiatur limitata.

Reſpondet Iaſ. in dict. l. Centurio, nu. 12. pupillarem excludere matrem, ex quadam legis diſpenſatione, quæ cùm ſit odioſa, cap. 1. de fil. presbyt. non extenditur ad tacitam, & ſic taciti & expreſſi non eſſe parem virtutem in odioſis.

At Socin. Iun. d. leg. Centurio, num. 126. negat eſſe diſpenſationem, & dicit etiam in diſpenſationibus fieri extenſionem: Nam in teſtamento militis non eſt locus querelæ de inofficioſo, l. de inofficioſo. C. de milit. teſtam. leg. ſi inſtituta. §. de inofficioſo ff. de inoffi. teſtam. & tamen hoc extenditur ad tacitam exhæredationem, l. ſicut certi. C. de milita. teſtamen. Ideo aliter ipſe Socin. Iun. reſpondet. Taciti & expreſſi non eandem eſſe virtutem, quando tacitum venit ex natura expreſſi. Tacita autem pupill. non venit ex natura ſubſtitutionis, ſed ex interpretatione leg. dict. l. iam hoc iure, de vulg.

Sed tamen ſolutio Bartoli videtur bona, quia dum adduxit leg. 2. de libe. & poſthum. voluit inferre in materiam priuationis hæreditatis, tacitum non æquiualere expreſſo. Hic autem agitur de priuatione matris, quia excluditur ab hæreditate filij: ergo

non bene infertur de expreſſo ad tacitum: quia legis interpretatio ceſſat, vbi priuatio inducitur. Menoch. de Præſump. Præſumpt. 40. num. 10.

Nec obſtat quod inquit Ripa in d. l. Centurio num. 34. in exhæredatione non eſſe parem virtutem taciti & expreſſi, propter formam à lege traditam, vt expreſſa fiat exhæredatio. Nã generaliter verum hoc videtur, non induci priuationem, niſi in caſu expreſſo. §. cùm igitur, in Auth. de non elig. ſecun. nub. Menoch. de arbit. caſu 276.

Tertia eſt opinio, pupillarem hanc tacitam manere in ſuſpenſo. Nam ſi mater moriatur, effectum habet, ſi non præmoriatur, ſecus. Ita Bal. in d. leg. precibus, in 20. oppo. & ibid. Salic. Socin ſen. in d. l. Centurio. n. 12.

Fundamentum eſt, quia non eſt nouum iure noſtro, vt aliquid in ſuſpenſo maneat. l. 1. §. ſi pendeat. ff. ad Maced. l. ſi impuberem. ff. de falſ. in §. 1. & alibi. Expedit autem dicere, quòd maneat in ſuſpenſo, quia ſi dixerimus contineri ab initio, tunc fruſtra continetur, ſi mater ſuperuiueret: lex autem non permittit actum fruſtratorium, l. dominus teſtam. de cond. indeb. l. 1. §. dixerit aliquis, de publ. l. hæc ſtipulatio. §. Diuus: vt lega. nom. cau. Sic & ius accreſcendi eſt quædam legalis ſubſtitutio, l. ſi Titio & Mæuio. §. 1. de legat. 1. quæ ceſſat, dato ſubſtituto vulgari, l. pen. de iniuſto, rupt. Ceſſante autem ſubſtituto, vulgaris locum habet. Reſpon. Soc. Iun. in d. l. Centurio, nu. 129. vltimas voluntates non poſſe ſtare in ſuſpenſo: & non dici ſuperfluum, quod aliquo in caſu effectum operatur: Iaſ. in l. nemo. col. 3. verſ. ſuſtinendo communem. C. qui teſtam. face. poſſ.

Vltima eſt opinio, hanc pupillarem ab initio contineri quantum ad ſubſtantiam: quantum verò ad effectum ineſſe ſub conditione, ſi mater præmoriatur, vel non velit, aut non poſſit hæres eſſe. Ita Aretin. in d. l. Centurio, colum. 5. Soc. Iun. n. 129. Bolognet. n. 88. Menoch loco ſuprà citato.

Quæ ſententia eſt eadem cum ſententia Bartoli, quam primo loco retuli: & eſt communis vt ibi dixi, & mihi veriſſima videtur. Moueor ex d. l. vlt. Cod. de inſt. & ſubſt. vbi fruſtra quæreretur an mater ſubſtitutum excluderet, vel contra ſubſtitutus, matrem, niſi à principio ineſſet. Quia igitur à principio ineſt, videbatur dicendum, matrem excludi: & hæc ratio fuit dubitandi.

CAPVT XXIII.

Vtrùm compendioſa ſubſtitutio verbis communibus facta filio impuberi, ſine temporum diſtributione, ſit omni tempore fideicommiſſaria?

Huiuſmodi ſubſtitutionem filio mortuo in pupillari ætate valere in vim pupillaris, poſtea in fideicommiſſariam transferri, communis eſt ſententia. Bart. in l. Centurio, număr. 6. de vulg. Ripa ibi num. 114. Socin. Iun. 257. nouiſſimè Peregrinus de fideicomm. art. 34. num. 24.

Argumenta ſunt iſta. Primum Bar. quicquid determinatur ſecundum curſum temporis, vario tempore variatur, l. precia rerum. §. nonnullam, ad leg. Falcid. l. Titia Seio. §. vſuras, de leg. 2. leg. pen. C. de vſufr. l. Pomponius in negotiis, de neg. geſt. s. Sed hæc ſubſtitutio determinatur ſecundum curſum temporis, vt patet: ergo variari debet ſecundum diuerſitatem temporis. Reſpon. Ripa vbi ſuprà, negando ſubſtitutionẽ hanc recipere determinationem ex curſu temporis: imò videtur eam recipere ex voluntate teſtantis, l. in cond. de conditionib. & dem.

Secundum argum. eſt eiuſdem Bart. ex l. pater Seuerinam. §. conditionum, de cond. & demonſt. vbi datio tutoris in teſtamento valet intra tempus pupillaris ætatis: poſtea verò tutores dati intelliguntur eſſe curatores. Reſp. Ripa vbi ſuprà, ibi non potuiſſe ſuſtineri voluntatem teſtatoris, niſi fieret variatio: ſed hic ſuſtineri poteſt ſemper, in vim fideicommiſſariæ.

Tertiò ſolet adſerri l. centurio, de vulg. vbi variatur ſubſtitutio: ſed reſpon. Ripa vbi ſuprà, loqui de priuilegio militari: Ex quo infertur in contrarium eſſe ius commune, l. ius ſingulare, de legib.

Quartò adducitur l. precibus. Co de impub. Reſpon. poteſt loqui in milite, nec conſtare, factam fuiſſe ibi ſubſtitutionem verbis communibus.

Quintò adducitur c. ſi pater, de teſtam. in 6. Reſp. Bart. conſ. 54. num. 5. teſtatorem ibi vſum fuiſſe verbis directis, quoniam illa verba *Moriatur ei*, ſunt directa, quaſi dicat, moriatur ad vtilitatem eius.

Sed replicat Alex. in d. l. Centurio, etiam ad vtilitatem ſubſtituti per fideicommiſſum videri mortuum hæredem grauatum. Verum tex. in dict. c. ſi pater, aliter etiam induci ſolet pro hac ſententia, quatenus, videlicet dicit, in dubio ſubſtitutionem intelligendam eſſe, vt ſit directa, non autem obliqua: ergo intra tempus pubertatis directa eſſe intelligitur. Reſpon. Corneus in d. l. precib. illam regulam reſtringi debere ad caſum de quo agitur in d. c. ſi pater vt colligitur ex illis verbis, dict. cap. ſi pater, *ſicut*, &c. Sed Iaſ. in dict. l. Centurio, & poſt eum Soc. Iun. num. 262. reſpondent regulam eſſe generalem, & illud eſſe exemplum directæ ſubſtitutionis, quod non reſtringit regulam §. Hactenus. Inſtit. de gradib. Aliter reſp. Ripa ad cap. ſi pater. loqui de directa ſubſtitutione,

vt patet ex limitatione ipſius reg. ibi : *quanquam interdũ directa trahatur ad obliquã.* Replicat Soc. Iun. illum verſiculum loqui de ſubſtitutione directa, non autem de ſubſtitutione facta per verba directa. Quod nihil eſt dicere, quia nulla eſt ratio diuerſitatis inter directam ſubſtitutionem, & eam quæ fit per verba directa. Reſpon. igitur poteſt text. in dict. c. ſi pater. loqui de ſubſtitutione facta, ſi filius deceſſerit ſine liberis, per verba dubia : nam ſi eſſent directa ſua natura, nulla fuiſſet opus interpretatione l. ille aut ille. §. cùm in verb. de leg. tertio. At S. Pontif. ibi dicit interpretari debere vt ſint directa, ergo non erant directa ſua natura.

Sextò pro comm. adfertur : Verba debent intelligi ſecundum conditionem perſonæ, l. plenum. §. equitis, de vſu & hab. Sed iſta ſubſtitutio refertur ad pupillum : ergo debet intelligi pupill. intra tempus pubertatis. Reſp. poteſt etiam in perſona pupilli rectè conſiſtere fideicomm. & ideò non eſſe neceſſarium, vt pupillaris intelligatur.

Septimò adfertur, Fideicommiſſum eſt onus, l. cohæredi. §. cum filia. de vulg. Pupillaris autem ſubſtitutio continet fauorem pupilli. l. ſi pupillus, de acquiren. hæred. ergo præſumitur facta potiùs pupillaris, quàm fideicommiſſaria ne filius grauetur à patre. qui præſumitur bonum capere conſilium pro filio, l. nec in ea. de adult. Reſponſ. poteſt nulla lege probari, quòd pupillaris ſubſtitutio contineat fauorem filij: ſolùm probatur in d. l. ſi pupillus, vtile eſſe pupillo vt ſucceſſorem habeat, poteſt autem illum habere aliter, quàm per ſubſtitutionem pupillarem, vt patet.

Vltimò adducitur. Verba ſunt intelligenda in potentiori ſignificatu, l. 1. §. 1. ff. ſi ager vecti. ergo vt ſint directa, reſponderi poteſt, cùm verba ſunt communia, æquè propriè adaptari ad obliquam, ſicut ad directam.

Contrariam ſententiam, videlicet in propoſita ſpecie ſubſtitutionem omni tempore fideicommiſſariam eſſe, amplexi ſunt doctores antiqui, quos refert Bart. in d. l. Centurio. & fuit olim communis, teſte Ripa, nu. 117. quam & conſulendo Bar. aliquando ſecutus eſt.

Primum argum. Valet argum. de perſonis ad tempus. l. qui plures. de vulg. Sed ſubſtit. reſpiciens plures perſonas, eſt vniformis, reſpectu omnium, l. iam hoc iure, ſuprà eod. ergo & reſpiciens plura tempora, eſt vniformis, reſpectu omnium temporum. Reſpondetur ex mente Ripæ & Soc. Iun. illud argum. non valere, vbi eſt diuerſa ratio. Eſt autem hic diuerſa ratio. Nam in perſonis ideo eſt vniformis quia aliàs reſultaret inæqualitas, vt in dict. leg. iam hoc iure: illa autem inæqualitas non oritur, licet ſubſtitutio non ſit vniformis reſpectu temporum.

Secundum arg. Non debet fieri diuiſio voluntaris, l. eum qui §. vlt. ff. de his quib. vt indig. ſed hic fieret diuiſio voluntatis, ſi ſubſtit. vno tempore eſſet directa, alio tempore fideicom. ergo omni tempore eſt fideicommiſſ. Reſpon. hanc non eſſe diuiſionem voluntatis teſtatoris, quià cùm ſubſtitutio reſpiciat plura tempora, cenſetur facta diuerſo modo, ſecundùm temporum diuerſitatem. Alia ratio eſt in d. §. fin. qui ibi ſi hæres haberet partem legati, & partem fiſco reſtitueret, fieret diuiſio voluntatis teſtatoris.

Tertium argum. Vna & eadem res non debet diuerſo iure cenſeri, l. eum qui ædes. de vſucap. Reſp. illam regulam procedere, in diſpoſitione, quæ reſpicit vnum tempus, ſecùs ſi diuerſa tempora reſpiciat, l. Centurio, de vulg. d. l. precib. C. de impub. Soc. iun. in d. l. Centurio. num. 263.

Mihi placet prima ſententia, quæ communis eſt. Et moueor d. c. ſi pater.

Non obſtat reſp. R. pæ, quia ibi ſunt duæ regulæ: Vna, quòd ſubſtitutio debet interpretari, vt ſit directa: Altera, quod directa ſubſtitutio interdum trahitur ad obliquam. Hæc non eſt exceptio prioris regulæ : quia prior regula loquitur in dubio, quando ſc. ſubſtitutio non eſt directa, ſed dubia, tunc interpretari debet, vt ſit potiùs directa, quàm obliqua. Altera verò regula loquitur de ſubſtitutione directa prorſus, quod interdum trahatur ad obliquã. Deinde moueor ratione qua vtitur Bald. in d. l. precib. nu. 41. & poſt eum Peregrin. de fideicomm. art. 34. n. 28. Compendioſa continet vulgarem, vt per Bart. in d. l. Centurio. num. 32. ſed in vulgari continetur tacita pupill. d. l. iam hoc iure. de vulg. ergo in compendioſa continetur tacita pupillaris.

CAPVT XXIV.

Dos promiſſa, an ſit propriè dos?

TRactant hãc quæſtionem doctores in rub. ſolut. matrim. vbi Alex. nu. 26. Ripa, nu. 58. Soc. iun. n. 18. in 3. par. Io. Bolog. n. 144. Ruin. n. 158. Pariſ. nu. 195. Soc. ſen. in l. de diuiſ. eod. tit. In qua ego exiſtimo eorum ſententiam eſſe probabiliorem, qui affirmant dotem propriè dici quæ promiſſa eſt.

Primùm, quia dos legibus noſtris appellatur l. ad exactio. C. de dot. promiſſ. l. vltim. C. ſol. mat. l. ex morte. C. de pact. conuent. l. ſi mulier § ſi dos. ff. quod met. cau. l. vnic. §. Accedit. C. de rei vxo. act. §. dotes. i. Auth. de nupt. Non videtur autem veriſimile, toties ſic appellari, & ſemper impropriè.

Secundò, quia hanc sententiam apertè probat text. in l. cum post §. 1. ff. de admi. tuto. Paulus. *Sed is de quo tractamus, si non donãdi animo, sed negotij gerendi causa dotem promiserit, habet mulierem obligatam, & poterit dici etiam manente matrimonio eam teneri, quia habet dotem.*

Tertiò accedit text. in l. 1. §. 1. ff. de collat. dotis, ibi: *Et si tantùm promissa sit dos, collatio eius fiet.*

Contraria argum. sic diluuntur. Primum est ex l. Titio centum §. Titio genero, de condit. & demon. ibi, *Hoc enim & mulieris interest, vt incipiat esse dotata.*

Respondeo, textum loqui de muliere dotata cum effectu, & re ipsa: quis enim dubitet eam dotatam dici, quæ dotem accepit? Non licet tamen inferre eam, cui dos promissa, & nondũ soluta est, dotatam non dici: quia contrarium patet ex legibus allegatis. Itaque & cùm dos soluta est, & cùm promissa est, mulier dotem habere dicitur.

Secundum argum. Dos non soluta non inseruit oneribus matrimonij, ergo non est dos, arg. l. Si præ mulieris ff. de iure dot.

Resp. licèt actu non inseruiat, apta tamen est inseruire cum fuerit soluta. Adde quòd dotis promissæ & non solutæ vsuræ debentur, l. vltim. §. Præterea, C. de iur. dot. c. Salubriter, de vsur.

Non obstat d. l. Si pater, quia donatio causa mortis, de qua ibi, confertur in tempus, quo matrimonium iam solutum est: ideò nõ valet. Esset enim absurdum, vt ait I.C. dotem tũc incipere, cùm matrimonium est solutũ: sed promissio dotis fit constante matrimonio, igitur illa lex non obstat.

Tertium argum. sumitur ex verbi etymologia, quasi dicta sit à dando, & consequenter datio requiratur: non autem promissio sufficiat. Resp. deriuari à verbo græco, vt declarat Varro, lib. 4. de Lingua Latina: & satis esse quòd in vsu sit apud iuris auth. in hac significatione: quomodo propria significatio sumitur etiam ab authoritate, vt declarat Bart. in l. omnes populi, n. 59. de iusti. & iure.

Quartum argument. est Socin. iun. Dotis fructus pertinent ad maritum pro oneribus matrimonij: si permittat vxorem eos percipere, repetitionem habet, quatenus mulier locupletior facta est, l. pro oneribus. C. de iure. dot. Sed cùm dos promissa tantùm est, valet absolutè conuentio, vt mulier fructus habeat, l. Iulian. ff. de iure dot. Ergo dos promissa non est vera dos. Resp. in d. l. Iulian. non dici, fructus promissæ dotis donari posse a marito vxori suæ, sed dotẽ ita constitui posse à principio, vt non exigatur viua vxore. Hæc sunt verba text. *Iulianus scribit, valere talẽ stipulationẽ. Cùm morieris dotis nomine tot dari: quia & (vt ei solet, ne ea viua exigiatur: quod non esse simile acceptũ: aliud est enim differre exactionem, aliud ab initio in id tẽpus stipulari, quo matrimonium futurum non sit.*

Vltimum argumentum sumi potest ex l. 1. C. de dote cauta non num. vbi dotem non scriptura dotalis, sed numeratio facit. Respon. text. loqui quantum ad effectum repetitionis dotis. Si enim mulier dotem non soluit, licèt maritus fuerit confessus se eam recepisse, obstat exceptio dotis cautæ non numeratæ: id patet ex verbis sequentibus textus: *& ideo non ignorasti, ita demùm te ad dotis petitionem admitti posse, si dotem à te datam probatura es.*

CAPVT XXV.

Statutum excludens filiam dotatam à successione patris, stantibus masculis, an locum habeat, si filiæ in testamento patris dos relicta fuerit.

SCribit Bart. in l. Titio centum. §. Titio genero. nu. 5. de cond. & dem. filiam cui testamento dos relicta est a patre dotatam videri, ac proinde excludendam fore ab hæreditate stantibus masculis: statuto dictante filiam dotatam excludi ab hæreditate patris, stantibus masculis: quam sententiam communem esse testatur Ripa in rubr. solut. matr. nu. 61. & Socin. iun. in 1. parte, nu. 30.

Fundamẽtum verò est in l. Non est matrimonium, de ritu nupt. in l. qui pupillam, ad leg. Iul. de adul. quibus legibus æquiparãtur ista; quòd filia nupta sit vel desponsata a patre, vel nuptui destinata. Cùm enim pater dotem ei reliquit, videtur eam dotasse, siue vt Bart. loquitur, dotandi actum exercuisse, quantum in ipso fuit. Ideò perinde est, ac si dotauerit, argum. l. Mulier. §. vlt. de cond. inst. l. Stichus. si hæredi, de statu lib.

Sed contrarium docuerunt Imol. in d. §. Tit. Fulg. in l non sine, C. de bon. quæ lib. Alex. cons. 13. lib. 3. alios citat Ruin. in rubr. solu. matr. num. 4.

Fundamẽtum est, quia dos est contractus, qui re perficitur, ideo si non incipiat a traditione, sed à promissione, non est dos, sed dotis promissio, vt docet Bart. in l. Iuris gentium, ff. de pact. His adstipulatur tex. in d. §. Titio genero. ibi. *Hoc enim & mulieris interest, vt incipiat esse dotata.* Ergo ante solutionem dotis, non videtur esse dotata.

Tertiò, aut legatum dotis est purum, aut conditionale. Si conditionale est, non videtur

tur satisfactum esse statuto requirenti mulierem esse dotatam: sicut institutio condicionalis non est propriè institutio, l. filius quoque. de hære. inst. & conditionalis donatio, propriè donatio non est, l. 1 ff. de donat. Si verò purum esse intelligatur huiusmodi legatum, multò minus verificantur verba statuti, quia licet filia non nupserit, legatum tamen debetur: Consequenter etiam debetur hoc casu, quo filia non est dotata? Nam sine matrimonio dos non est, l. 3. de iure dot.

Quartò requirit statutum, vt filia sit dotata tempore successionis: sed ex dote debita sub conditione mulier non dicitur esse dotata, l. 1. §. si sub conditione ff. de collat. dot. Ergo verba statuti non conueniunt.

Quintò, hoc statutum iuri communi aduersatur; ergo strictè est intelligendum, & accipiendum de filia nupta, quæ verè & realiter dotem acceperit, quia pater tenetur filiam nubere & dotare, l. qui liberos, ff. de ritu nupt. ergo ei dotem relinquendo in testamento, suæ non satisfacit obligationi.

Sed magis est, vt communiori adhæream sententiæ. Nam qui actionem habet, ipsam rem habere videtur, l. qui actionem, de reg. iur. Sed filia cui pater dotem legauit, actionem habet ad eam consequendam. Est igitur perinde ac si dotem haberet. Confirmo ex l. Cùm post. §. 1. de admin. tut. ibi, *quia dotem habet*. Accedit ratio statuti filiam excludentis, nimirum, vt filij masculi succedant, & bona in familia conseruentur: quæ ratio locum habet etiam in casu isto, quo dos à patre relicta est in testamento.

Ad argumenta in contrarium sic respondeo. Ad primum concedo perfici contractum dotis ex rei traditione: sed hic est idem ac si dos esset tradita, quia mulier actionem habet. l. qui actionem. de reg. iur.

Ad §. Titio. respondeo vt suprà in præcedenti cap. filiam dotatam esse, cùm dos est numerata, vt ibi: Sed & dotata intelligitur, cùm actionem habet ad dotem. d. l. Cum post §. 1. de admin. tut.

Et notandum est in casu d. §. Titio genero, dotem filiæ relictam non fuisse, sed genero, ideò filia non habuit actionem, sed gener, vt ibi dicitur: quæ causa esse potest, cur mulier tunc incipiat esse dotata cùm dotem habuit, vt ibi dicitur. At in quæstione nostra filia habet actionem. ergo videtur dotem habere, & sic dotata esse intelligitur.

Ad tertium respondeo, legatum esse conditionale, si filia nupserit: nihilominus satisfactum videtur statuto: quia cùm de filia dotata loquatur, præsupponit matrimonium præsens, vel futurum, sine quo dos esse non potest, l. 3. ff. de iure dot. Consequenter conditio illa tacitè inest, & ex natura rei.

Ad quartum respondeo statutum intelligi posse de filia dotata tempore successionis, re vel spe, quia & illa dicitur dotem habere, cui relicta est vel promissa, d. l. Cùm post. §. 1. Licèt ad effectum collationis faciendæ, si dos sub conditione promissa sit, non videatur esse dotata, nisi cùm euenerit conditio, vt in l. 1. si sub condit. de coll. dot. Nemo enim conferre cogitur, quod non habet.

Ad quintum respondeo nullam esse differentiæ rationem siue filia nupta sit, & dotem acceperit, siue nuptura & dotem acceptura sit. Patrem verò suæ obligationi satisfecisse, legando ei dotem, cùm viuens non potuit eam collocare.

CAPVT XXVI.

Statutum loquens de dote data, an locum habeat in dote promissa.

Mihi quoque videtur statutum de dote data locum habere non posse in dote promissa, sicut Bartol. docet in l. iubemus. §. sanè. num. 7. C. de sacrosanct. Eccles. cuius sententia communiter est recepta, vt per Rolan. de lucro dotis, quæst. 6. & Ossa. decis. Pedem. 21. Non quia id probetur in § penult. in Auth. de non elig. secun. nub. quoniam ibi vnus coniugum dedit, alter non dedit, quæ causa est, vt locum non habeat pactum de lucrando, respectu eius qui non dedit. Non etiam per text. in d. §. sanè. quia Bart. ibi declarat optimè, nihil facere pro hac sententia: sed quia aliud est dare, aliud promittere, vt patet ad sensum, licèt quantum ad aliquos iuris effectus, non ignorem aliquando paria esse dare vel promittere, l. vlt. C. ad leg. Falc. & quantum ad actionem. l. qui actionem, de reg. iur.

Sed argumenta Socini Iun. diluenda sunt, in rubr. sol. matr. nu. 52.

Primum est, quia ratio statuti militat etiam in dote promissa. Respondeo id negari posse, sed dato quòd militaret eadem ratio, non debet fieri extensio: Iste enim non est casus omissus, sed exclusus à statuto. Cùm enim requirit dotem esse datam, rectè colligi potest, promissionem non sufficere. Sic videmus orationem D. Seueri, quæ traditionem requirebat, locum non habere in promissione, l. Papin. vbi Glo. in verb. donationem. ff. de donat. inter vir. & vxor. licèt eadem ratio militare videatur in donatione re non tradita. Vtroque enim casu adest voluntas donatoris perseuerantis vsque ad mortem, iuxta l. Cùm hic status, ff. eod. tit.

Secundum argum. est ex communi vsu loquendi, secundum quem verba sunt exaudienda. l. liberorum. §. quod tamen Cassius. de leg. 3. Hic autem videtur esse communis vsus loquendi, vt mulier dicatur dotem habere, cùm ei promissa est. Respondeo hunc communem vsum loquendi probandum esse, quia de eo minimè constat: & debet adesse tempore statuti conditi, vt inde colligi possit statuentes ad illum respexisse.

Tertium argum. sumitur ex doctrina Salic. in l. si constante, C. de donat. ante nupt. vbi docet, statutum disponens, vt soluto matrimonio morte vxoris vir restituat tertiam partem dotis, locum sibi vendicare in dote promissa, licèt verbum *restituat*, videatur requirere dotem datam ac numeratam esse. Respondeo argument. ex authoritate doctoris non esse necessarium, sed probabile, & nullas vires habere contra communem opinionem: Sed & Salic. reprobat Ruin. consi. 197. lib. 1.

Quartum argum. Non debet esse melioris conditionis mulier quæ dotem promisit, & non dedit, quam illa quæ dedit. Sed esset melioris conditionis, si statutum deferens lucrum dotis datæ non haberet locum in dote promissa: ergo, &c. Respondeo id esse imputandum viro, qui pacto sibi non prospexit circa lucrum dotis promissæ, vel quia dotem sibi solui ac numerari à principio non curauit, vel quia promissam non exegit.

CAPVT XXVII.

Vtrùm soluto matrimonio dos propriè dicatur, antequàm sit ab vxore recuperata?

Communis est Doctorum sententia in rub. solut. matrim. dotem propriè dici soluto matrimonio, priusquàm sit ab vxore recuperata: Castren. ibi in prin. Alex. nu. 24. Socin. n. 10. Aret. in prin. Ias. nu. 9. Corasius nu. 12. Soci. Iun. nu. 5. Ab hac sententia recesserunt Ripa ibi nu. 70. Alciat. n. 46. Ruin. n. 257.

Communis sententiæ argumenta hæc sunt. Primus ex d. rub. solut. matrim. quemadmod. dos petatur. Apparet enim dotem appellari etiam soluto matrimonio. Respondent contrariæ sententiæ authores, rubricam se referre ad id quod fuit. Nam dos fuit constante matrimonio, quæ eo soluto, largè ac impropriè dos dicitur.

Secundum est ex l. etiam, ff. de fundo dotal. vbi etiam dirempto matrimonio fundus dotalis intelligitur. Respondetur hoc intelligendum esse fictè & impropriè, vt denotat verbum, *intelligitur*.

Tertium sumitur ex l. si marito. §. 1. solut. matr. vbi dicitur pecuniam in dote esse soluto matrimonio, & idem probatur in l. si pater ignorans, cod. tit. Respon. non aliud probari his textibus, quàm actionem de dote competere soluto matrimonio: ex quo manifestum non est, dotem esse soluto matrimonio. Nam & post aditam hæreditatem nihilominus dicitur hæreditatis petitio, quæ impropriè dicitur hæreditas, vt not. Doct. in l. 1. §. Veteres, de acqui. posses.

Quartum argum. est ex legibus quibusdam appellatur matrimonio soluto, l. dotem §. 1. & 2. l. filiæ. l. filiafam. solut. matr. l. Titio centum. §. Titio genero, de cond. & demon. l. vn. §. Tractat. C. de rei vxor. actio. §. Fuerat, Instit. de actio. Respon. impropriè dotem appellari, habita scilicet relatione ad tempus, quo matrimonium erat, & consequenter dos verè dicebatur.

Quintum est ex l. si constante, §. 1. solut. matrimonio. ibi, *vt ex die aditæ patris hæreditatis incipiat ei dotis exactio*. Respon. vt suprà, non esse bonam consequentiam, dos soluto matrimonio exigitur, & tunc competit actio, igitur est dos propriè: quia petitio dotis datur post aditam hæreditatem, quæ tamen hæreditas adita non est propriè hæreditas, vt suprà dixi.

Cõtrariæ sententiæ argumenta sunt ista. Primum dos non potest esse sine matrimonio. l. 3. de iure dot. l. vlt. C. de don. ante nupt. ergo solu. matr. non dicitur dos. Respon. dotem esse non posse sine matrimonio, scilicet præsenti, vel præterito, ita Bar. in l. si marito. §. 1. sol. matr.

Secundum sumitur ex l. 1. §. pen. ff. de vsuc. pro dote. Vlp. *Cæterùm si cessat matrimonium, Cassius ait cessare vsucapione: quia dos nulla sit.* Resp. illa verba, *si cesset matrimonium*, sic intelligenda, id est, si nullum fuerit matrimonium contractum. Nam & cessare dicitur, quod non incipit, l. 3. C. de iuris. & fact. igno. l. si is à quo, ff. vt in possess. leg. l. si seruus communis meus. de stipul. ser. l. si procurator §. Mandati actio. ff. mand. l. ergo. §. planè, de fideicom. liber. l. quires, §. Aream, ff. de solut.

Tertium argum. Soluto matrimonio morte mariti, dominium rei dotalis transit in vxorem l. in rebus, C. de iur. dot. Ergo dos esse non potest, quia cum reliquo vxoris patrimonio vnita est. arg. eorum quæ not. in l. 1. §. Veteres, de acq. possess. vbi hæreditas adita, non dicitur hæreditas. Respon. imò tũc verè dotem esse, cùm & actio competat de dote, & priuilegia dotibus cõcessa tunc maximè locũ habeant: nam dos non est ita incorporata cum patrimonio reliquo sicut hæreditas adita, sed dotis actione repetenda est: quare absurdum videtur dicere, eam peti actione de dote, & non esse dotem.

Quid dicendum? videbatur prima facie verior sententia contra communem. Primò quia

quia vbi res caret effectu, debet etiam carere nomine. c. admoneic 33. q. 2. Sed soluto matrimonio dos caret effectu, quia matrimonii oneribus non inseruit: ergo debet etiam carere nomine.

Secundò, quia fructus dotis spectant ad maritum, l. pro onerib. C. de iur. dot. Soluto autem matrimonio ad vxorem spectant, l. si marito. §. vlt. solut. matr. ergo soluto matrimonio non est dos propriè.

Tertiò, quia non videtur congruè responsum ad d. l. 3. de iur. dot. vbi generaliter dicitur: *Neque cum dos sine matrimonio esse potest. Vbicunque igitur nomen matrimonij non est, nec dos est.* Hac generali regula videtur contineri etiam casus noster: quando matrimonium est solutum; quia tunc matrimonium non est, ergo nec dos est.

Quartò, quia non videbatur sufficienter responsum ad l. 1. §. penul. ff. pro dote. Illa enim verba, *si cesset matrimonium*, videbantur accipienda de matrimonio contracto, sed dissoluto: quoniam suprà l. C. locutus fuerat de matrimonio constante. Confirmatur hæc interpretatio, quia si nullum sit contractum matrimonium, absurdum est dubitare, an vsucapio pro dote locum habeat. Adde, quòd paulò suprà dixerat text. ante nuptias contractas non habere locum vsucapionem pro dote, vt non non sit verisimile ferè idem repeti illis verbis: *Cæterùm si cesset matrimonium.*

Sed istis nil morantibus amplector communem sententiam, eo potissimum argumento, quòd soluto matrimonio cum de dote actio incipit, tunc priuilegia dotis procedunt. Implicat ergo contradictionem, quòd non sit dos.

Ad primum argumentum respondeo, dotem non carere effectu matrimonio soluto, quia mulier potest iterum nubere. Præterea iam deseruiuit oneribus matrimonii. Cōtraria locum habent, vbi res semper caruit, & caret effectu.

Ad secundum respondeo, licèt fructus dotis soluto matrimonio spectent ad mulierem, non tamen infertur non esse dotem: dos enim est: sed aliter de ea leges disponunt constante, aliter soluto matrimonio.

Ad tertium respondeo, generalem illam regulam, vbi non est matrimonium, ibi non est dos, intelligendam esse, vt notat Bart. in d. l. si marito. §. 1. sol. matr. vbi non est, nec vnquam fuit matrimonium, vt sic leges legibus concordentur.

Ad quartum, cōcedo non rectè fuisse responsum ad d. l. 1. §. pen. pro dote. Verus enim sensus est, *si cesset matrimonium*, id est, si matrimonium contractum quidem fuerit, sed non valeat. Nam textus subdit: *Idem scribit, etsi maritus putauit esse matrimonium, cùm non esset* quasi dicat, non esse vsucapionem pro dote, cum matrimonium cessat, id est, non valet marito hoc sciente: & idem esse quando non valet, marito existimante illud valere. Et quòd ista verba *si cesset matrimonium*, significent matrimonium inualidum; adfero textum in l. si concubina. ff. de actio. rer. amotar. illis verbis: *Et consequenter dicemus, vbicunque cessat matrimonium, vt puta in ea, quæ tutori suo nupsit, vel contra mandata conuenit, vel sicubi alibi cessat matrimonium, cessare rerum amotarū actionem.* Quibus verbis perspicuum est denotari matrimonium inualidum, contra leges cōtractum. Sic igitur accipiendus est text. in d. l. §. penul. vt dotis vsucapio non procedat, matrimonio inualido existente: qui, vt mihi sanè videtur, verus & genuinus sensus illorum verborum est.

CAPVT XXVIII.

Dos recuperata, an dotis nomen retineat?

DOtem soluto matrimonio recuperatam suum nomen amittere communis est Doctorum sententia, in rubr. solut. matr. Castr. ibi in princ. Ias. num. 10. Alciat. colū. pen. Soci. iun. nu. 62.

Fundamentum est in leg. vlt. C. commun. vtriusque iud. vbi dos ad patrem reuersa soluto matrimonio, dicitur effecta paternæ substātiæ, sicut hæreditas adita, non dicitur amplius hæreditas, sed proprium hæredis patrimoniū. l. Sed etsi plures. §. Filiofam. ff. de vulg. Et dote recuperata, cessat de dote actio: ergo & nomen ipsum dotis, arg. l. Fundus. §. Toties. de fundo dot.

Sed contrarium docuit in rub. sol. mat. Visitarinus nu. 26. Io. Campeg. tract. de dote. qu. 3. Io. Coras. in l. qui liberos. nu. 43. de ritu nupt. Alex. consil. 101. nu. 2. lib. 5. Ias. in cons. 204. n. 3. lib. 2.

Primum argumentum est ex l. Si socius pro filia. ff. pro soc. vbi dos appellatur, quæ recuperata fuit.

Secundum ex l. Filiæ dotem, C. de colla. sed nihil facit.

Tertium ex l. Si cùm dotem, §. 1. ibi, *Dotem exactam soluto matrimonio.* & in l. si marito. §. 1. eod. & in l. cùm post. prope finem, de administr. tut.

Quartum ex rub. sol. mat. ex l. 2. eod. titul. ex l. etiam, de fundo dotali. Sed nihil faciunt, quia non loquuntur de dote recuperata.

Quintum argumentum est, quia, vidua dicitur in eodem matrimonio permanere, §. So-

luto igitur, in Authen.de nupt.l.vlt.C.de bonis matern.

Conciliari possunt opin. hoc pacto. Dotem proprie non esse, quæ iam recuperata est: quia nec inseruit tunc, nec forsitan in futurum inseruiet oneribus matrimonii, sed dotem appellari, quia fuit iam dos, & esse potest, si mulier iterum nubat. Sic insulam appellamus, quæ iam fuit, l. Insula, in. fin. de acqu. re. dom. ibi. *eum agrum qui in insula fuerat, insulam appellari.* Sic & reliquiæ præteritæ dignitatis cõsiderari solent. l. vlt. ff. de decurion. & memoria prioris domini, l. Vnius. §. Seruus. ff. de quæst.

CAPVT XXIX.

Statutum disponens, mulierem non posse testari nisi de tertia parte dotis: vel mandans eam de dote testari æqualiter inter liberos primi & secundi matrimonij, an locum habeat in vidua?

COmmunis est sententia, eiusmodi statutum locum habere etiam in vidua: Bald. in l. 1. C. vnde vir & vxor. & ibidem Dec. & Ias. Paul. Castr. in rub. sol. matr. & ibidem Ripa n. 72. vbi testatur esse communem sententiam. Socin. sen. ibi n. 13. Socin. iun. n. 74. Alciatus n. 53. Coras. in l. Qui liberos. n. 46. de ritu nupt. Sed contrarium post alios quosdam docuit Ruin. in d. rubr. n. 270.

Fundamentum communis sententiæ positum est, primò in communi vsu loquendi: solemus enim dicere, viduas habere dotem: Sed bene respondet Aret. id ex facto pendere, & incertum esse, ac proinde non supponendum, sed probandum.

Secundò in l. vlt. C. commun. vtriusque iud. & in l. Filiæ dotem, C. de collat. vbi dos dicitur posteaquàm recuperata est, & exacta, ad effectum collationis faciendæ, quæ ob æqualitatem inducta est, l. Illud, l. vt liberis. C. de Collat. Ergo similiter dos dici debet ad effectum statuti disponentis, vt æqualiter dos relinquatur filiis primi & secundi matrimonii.

Tertiò in l. Etiam ff. de fundo dotal. vbi etiam soluto matrimonio fundus dotalis intelligitur.

Quartò, quia vidua dicitur in eodem matrimonio perdurare, l. vlt. C. de bonis matern.

Quintò, quia ratio statuti militat in vidua, ne sexus fragilitate inducta, de dote testetur ad filiorum suorum præiudicium Et vt æqualitas seruetur inter omnes liberos, quæ legibus maximè curæ est, & grata, l. Cùm pater §. Euictis. de leg. 1. l. penult. C. de collat. Ergo, & in vidua statutum debet locum habere, l. Illud, ad leg. Aquil.

Vltimò, quia statutum extenditur ad casum, qui sub larga verborum significatione continetur, l. Filium habeo. ff. ad Maced. Continetur autem sublata dotis significatione etiam dos exacta, l. Si socius pro filia, ff. pro socio.

Fundamentum autem contrariæ sententiæ illud est potissimum, quia dos non dicitur, postquam est à muliere recuperata, sicut nec hæreditas dicitur, quæ iam apprehensa est, l. Sed etsi plures. §. Filio. de vulg. ergo non verificatur qualitas à statuto requisita, vt scilicet dos sit, eo tempore quo mulier testatur, iuxta regul. l. In delictis. §. Si extraneus. ff. de noxalib.

Respondent Dec. & Iason locis annotatis id procedere, cùm hæreditas est liberè apprehensa ab hærede, hoc est, absque onere restituendi, secus si cum onere restituendi: tunc enim etiam post apprehensionem remanet hæreditas: toto tit. ff. & C. ad Trebel. Sic igitur & in dote dicendum videtur, vt nimirum retineat suum nomen, quia non liberè ad vxorem reuertitur, sed cum onere statuti, vt nimirum de ea disponat mulier secundum formam statuti, & non aliter.

Quæ responsio Soc. iun. non placuit, num. 75. quia cùm hæreditas alteri restitue da est, id contingit ex voluntate testatoris ita disponentis. Sic autem non constat mentem statuentium fuisse, vt statutum viduas quoque ligaret: hoc est enim illud quod in controuersia, & consequenter non videtur pro certo esse supponendum: & idem dixit Ruin. in rub. sol. matr. n. 280.

Respondet igitur Socin. iun. vbi supra, qualitatem hanc à statuto requisitam adesse tempore, quo mulier testatur: quia dos recuperata saltem largè dicitur dos, d. l. Socius pro filia. ff. pro soc.

Secundò, quoniam in vidua cessat ratio statuti. Illa enim ratio fuisse videtur, ne mulier à viro seduceretur, vt iniquum faceret de dote sua elogium. Hæc autem ratio cessat mortuo marito: ita Ruin. in d. rubr. solut. matrim. num. 176. & ante eum Ias. in d. l. 1. C. vnde vir & vxor. Cui argumento minimè satisfacere potest Decii responsio ibidem, dum ait, statutum fuisse conditum, vt æqualitas inter filios seruaretur: Nam hæc ratio pertinet ad statutum Mutinense, non autem ad statutum Senense. Respondet Socin. iun. statuti rationem consistere in fauore filiorum, & in mulieris fragilitate: noluisse enim statuentes de mulieribus confidere, in actu testandi

ftandi de dote, & hæc ratio locum habet etiam in vidua.

Mihi sententia communis verissima videtur; quia negari non potest, quin & statuti verba, & eius ratio etiam in vidua locum obtineant. Verba quidem, quia etiam dos recuperata, saltem largè, dicitur dos: *vt diximus in præcedenti cap.* Mens verò statuti, quia fuit ita decretum, ne mulieres, quarum consilium satis regulariter infimum est, l. 2. ad Velleia. malè & imprudenter de dote testando disponerent. Quæ si rectè perpendantur, argumenta fac le diluentur, quæ Rui. in medium attulit in hac disputatione, & quæ optimè refellit Soc. iun. vbi supra.

CAPVT XXX.

Vtrùm maritus putatiuus habeat legis beneficium, vt non teneatur, nisi in quantum facere potest?

SI matrimonium non constiterit, errore intercedente, quod nostri putatiuum vocant, mulier in bonis viri quasi priuilegium habet pro dote opinata. l. Si cùm dotem. §. vlt. solut. matr. l. Si sponsa, de iure dot. æquum est enim eam ad priuilegium admitti, licèt nullum matrimonium sit contractum, l. 2. §. vlt. de priuileg. cred. Interest enim Reipublicæ, & hanc solidam consequi, vt ætate permittente nubere possit, inquit Paulus in l. 3. ff. eod. Verùm quod attinet ad maritum, cessare videtur hæc ratio: quamobrem ille non lucratur dotem ex pacto inito. l. 1. C. de condict. ob caus. sed totam restituere tenetur, vt rescriptum est in ca. 1. de donat. inter vir. & vxor.

Quæ cùm ita sint, facilè adducor ad opinandum nullum marito in hac opinata dote competere priuilegium: vt scilicet non teneatur nisi in quantum facere potest, iuxta text. in l. maritum. sol. matr.

Etenim vbi matrimonium non valet, fructus non lucratur: sed eos restituere tenetur, nisi in oneribus mulieris fuerint absumpti. l. in insulam. §. Fructus. ff. sol. matr. Licèt alias eos lucretur, l. Pro oneribus. C. de iur. dot. Nec locum habet vsucapio pro dote. l. 1. § vlt. ff. pro dote. Nec competit dilatio, alias concessa ad dotem restituendam, Gloss. in l. Vn. §. Exactio. vers. Restituendis C. de rei vx. act.

Et in puncto, de quo agitur, hoc est, in marito putatiuo, non esse ei hoc indulgendum, vt teneatur in quantum facere potest, communis est Doctorum sententia, quam & ipse sequor, in maior. solut. matr. & in c. 1. de donat. inter vir. & vxor. Communem hanc esse sententiam testantur in dict. rubr. Parisius num. 24. Socin. iun. nu. 83. in 1. parte. licèt ipsi contrariam fuerint amplexi, necnon Ruin. ibidem n. 149.

Primò, quia mulier habet priuilegium in hac dote putatiua: ergo, & maritus, vt æqualitas seruetur. Respon. negando consequentiam, propter rationis diuersitatem, quæ est inter maritum & vxorem. Vxorem enim ad priuilegiũ admitti æquum fuit, vt ætate permittente nubere possit, l 3. de priuil. cred. quæ ratio cessat in marito.

Secundò, quia priuilegium hoc, ne teneatur maritus, nisi in quantum facere potest, concessum est ob reuerentiam, quam vxor illi debet, l Vn. §. Cùm autem, C. de rei vxor. act. quæ reuerentia ei debetur, licèt matrimonium non valeat. Respondeo, summa ratione id negari posse, tantam reuerentiam exhibendam esse marito putatiuo, quanta debetur vero marito.

Tertiò, quia filij nati ex matrimonio putatiuo sunt legitimi, c. penult. qui filij sint legit. Respondeo, istud esse fauore prolis, qui non militat pro marito.

CAPVT XXXI.

Vtrùm dos sit ius vniuersale?

COmmunis est sententia, dotem esse ius vniuersale. Bart. in rubr. solut. matr. n. 17. Ias. n. 28. & alij magis communiter, vt testatur Ripa, nu 43. & Soc. iun. n. 20 in 3. p. Nat. cons. 650. nu. 7. D. Cephal. cons. 365 n. 39. Menoch. cons. 21. n. 25. lib. 3.

Fundamentum est in l 1. vers. Sed quod diximus, de dote prælег. ibi: *Sed ad vniuersitatem erit referendum:* & in l. Quod dicitur, ff. de impens. in rebus dotalib. ibi. *Nõ enim ipso iure, corporũ, sed dotis fit diminutio.* Et quia recipit augmentum & diminutionem, sicut cætera iura vniuersalia, veluti hæreditas, peculium, & similia, l. 5. §. Sed si impensis. l. Si marito. §. vlt. solut. matr. l. etiam C. de iure dot. l Hæred. l. Nihil aliud. de reg. iur. l. Peculium nascitur, de pecul. Et hanc sententiam ego quoque solitus sum sequi & aliis confirmare, & replicare ad ea, quæ pro responsione ad supradicta afferri solent.

Sed contrariam sententiam habuerunt Bald. in l. 1. ff. sol. matr. & clarius in l. 1. ff. sol. matrim. & clarius in leg. vltim. C. de sent. quæ sine cert. quant. Bald. Nouel. de dote. pa. 2. in prin. Castren. Cuma. Alcia. Socin. Iun. & Crot. in rubr. sol. matr.

Primò quia leges dicunt dotem dari, l. 1. Dedit dot. de collat. bon. Vendicari, l. in reb. C. de iure dot. Sequestrari, l. Si cùm dot. §. sin ante solut. matr. Hæc autem nõ conueniunt iuribus incorporalibus. l. Si cum § Incorporales, de ao-

quir. rer. dom. Respon. ista dici habito respectu ad res in dotem datas, quæ sunt corporales. Sic quoque dicimus hæreditatem restitui, l. Restituta, ff. ad Treb. licet sit incorporale ipsum ius hæreditatis, vt Inst. de rebus corporalibus, & incorp.

Secundò, quia extractis corporibus particularibus ius vniuersale manet. l. Hæred. etiam. de pet. hæred l. Pecul. de pecul. Dos autem, extinctis corporib. extinguitur, l. Plerumque. de iure dot. ergo non est ius vniuersale. Respons. argu. procedere in vniuersalibus quæ sine corporib. ab initio produci possunt, veluti est hæreditas, d. l. Hæreditas etiam: At dos à principio non est nisi aliquid detur. Non obstat l. peculium: quia hoc tantùm dicit, peculium manere licèt exhaustum sit ære alieno, si corpora in eodem statu remaneant.

Tertiò ius vniuersale continet actiones, tam actiuè quàm passiuè. l. Hæred. appellatione, l. Pecuniæ, de verb. sig. Dos autem æs alienum non recipit, l. Cùm res, C. de donat. Respondeo non recipere æs alienum, quia maritus non repræsentat personam mulieris, sicut hæres personam defuncti: & sic est diuersa ratio.

Quartò, quia dos potest consistere in vna re, etiam minima, l. Neratius. de relig. & sumpt. ergo non potest esse ius vniuersale. Respondeo, etiam peculium in vna re consistere, l. Depositi. §. Peculium. l. Peculium, de peculio.

Quintò, si hæreditas fuerit vendita, & vna res euicta, non tenetur emptor de euictione, l. 2. de hæred. & act. vend. Secus in dote, leg. Vnic. §. Et vt plenius. C. de rei vxor. act. l. 1. C. de iure dot. vbi tamen distinctio adhibetur. Respondeo, licèt in hoc hæreditatis naturam non imitetur, non tamen inferri posse, quòd non sit ius vniuersale: quia necesse non est, vt species contentæ sub vno genere sint eiusdem naturæ.

Sextò, quia Falcidia resecat legatum dotis, sicut cætera legata particularia, Glos. in l. Tali. de iure dot. Respondeo istud accidere propter corpus legatum, quod est particulare, & æstimatur in ratione legis Falcidiæ: Ipsum enim ius dotis vniuersale non venit in ratione legis Falcidiæ.

Septimò iura vniuersalia sumptibus non minuuntur, l. Cogi. §. Inde quæritur, ad Treb. Dos autem minuitur sumptibus necessariis. l. quod dicitur, ff. de impens. in rebus dotalibus. Respondeo non hoc dici in d. §. Inde quæritur: sed quod ex iure vniuersali corpus deduci non potest, vt ibi declarat optimè Castrens.

Octauò, si dos esset ius vniuersale, deberet esse apud maritum: sed non est apud maritum, l. Etiam si putauit. §. Sed q Marcellus, de peti. hæred. Respondeo, imò esse apud maritum: potest enim conueniri actione vtili, vt ibi dicitur, licèt non directa: At illud nihil refert, cùm vtraque actio eiusdem sit potestatis, & eundem habeat effectum, l. actio. de neg. gest.

CAPVT XXXII.

Libellus generalis vtrùm in dote procedere, & admitti debeat?

NOn puto libellum generalem etiam in dote admittendum, secutus Castr. & Cuman. in rubr. nostra. Bald. & Salicet. in l. vlt. C. de sent. quæ sine cert quant. Moueor ex regula generali, quæ negat libellum generalem admittendum, quia talis debet esse libellus, vt ex eo deliberare possit reus, an velit cedere, vel contendere, l. 1. & ibi notant Bartol. & alii, ff. de edend. Excipio facti speciem, quæ habetur in l. cùm post § gener. de iure dot. & in l. 3. C. eod. Scio communem in contrarium esse. Bar. in rub. solut. matr. col. pen. penul. *Ripa* nu. 47. Soc. iun. num. 31. & in 3. part. Sed vt me terret authoritas communis sententiæ, ita parum mouent argumenta.

Primum est, quia vniuersalibus iudiciis admittitur libellus generalis, vt per Bartol. in d. l. 1. ff. de edend. Respondeo, in iis iudiciis hoc procedere, in quibus certum est, quid sub iure vniuersali contineatur, vt putà in hæreditate: Certum est enim in ea cõtineri omne ius quod defunctus habuit. l. nihil aliud, de verb. signi. At est non certum, neque iure determinatum quanta sit dos. vnde nec dotis promissio incerta valet. l. 1. C. de dotis promiss.

Secundum argu. est ex l. vlt. C. de sent. quæ sine certa quantitat. proferunt. ponderando in illa facti specie sententiam ideo fuisse nullam: quia duplex erat incertitudo, vna respectu libelli, altera, quid maritus accepisset, quamobrem inquit Bartol. si vna tantùm fuisset incertitudo propter libellum generalem, sententiam fuisse valituram. Quod confirmat Socin. senior in dict. rubr. solut. matrim. perpendendo in casu dictæ leg. vltim. sententiam fuisse ab alio iudice confirmatam. Si enim nulla fuisset ob libelli incertitudinem, non potuisset ab alio iudice confirmari. c. cùm dilecti, de emptio. & venditio. Sed respondeo decision. illius textus fundari in ea ratione, quoniam incertum erat, *quod accepisset, quantùmque ab eo peteretur:* Hoc est, nec libellus certam quantitatem continebat, nec in processu facta erat liquidatio quantitatis dotis. Namque inter omnes constat, libellum generalem & obscurum valere; si fiat liquidatio in illo vel

in alio iudicio: vt docent in rubr. ſolut. matr. Alexand. n. 31. Alciat. n. 30. Socin. iun. n. 35. Ioan. Campeg. de do. par. 1. quæſt. 4. Ergo cauſa nullitatis fuit libelli incertitudo. Ad confirmationem Soc. ſen. reſpondeo, negando in ca u dict. l. vlt. ſententiam fuiſſe ab alio iudice confirmatam: Nam textus dicit ab alio iudice certam ſententiam probatam fuiſſe: An autem ſuper eodem, vel ſuper alio libello, textus non declarat. Adde quod ſi fiat liquidatio in proceſſu, tunc generalis libellus ſuſtinetur: vt ſuprà dixi paulò antè. Nec volo ſententiam, quam firmaui procedere, eo caſu quo, fit liquidatio.

Tertium arg. eſt, quia valet libellus quo legitima petitur generaliter, vt tradit Iaſo. in rub. ſolut. matr. adducens Bald. in c. conquerente, de off. ord. Reſpondeo legitimam eſſe certam: eſt enim triens, vt in Auth. de triente & ſemiſſe: dotis verò quantitas incerta eſt. Sunt & alia quædam, ſed leuiora ſanè argumenta, quàm vt egeant confutatione.

CAPVT XXXIII.

Si duo instrumenta hypothecæ proferantur eodem die contracta, vnum fiſci, alterum priuati ex titulo oneroſo, vtrum, in dubio, præſumatur prius?

VAriæ ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Primò eorum qui dixerunt, præſumendum eſſe inſtrumentum fiſci prius, Bald. in l. ſi debitor. Cod. de priu. fiſci, Soc. ſen. in leg. 1. nu. 6. ſol. matr. & ibid. Iaſon n. 4. Ripa n. 4. Bald. Nouel. de dote part. 9. in priu. Neguzan. de pign. in 2. part. 2. membr. nu. 17. qui communem teſtatur. Couuar. var. reſol. lib. 1. c. 16. n. 2. Peregrinus de iure fiſci, lib. 16. tit. 9. n. 2.

Primò quia fiſcus eſt creditor priuilegiarius, leg. 1. & 2. Cod. de priuil. fiſci: vbi etiam quod à pari procedit cum dote. Reſponderi poteſt id procedere in caſibus iure expreſſis, quia regulariter vtitur iure priuatorum, leg. quod placuit, de iure fiſc. Gloſ. in leg. item veniunt, §. in priuatorum, de petit. hæred. Quòd verò dicitur fiſcum & dotem pari iure cenſeri, ſic eſt accipiendum, prout loquitur d. l. 2. vt nimirum, fiſcus prior tempore, in hypotheca, præferatur mulieri, & è conuerſo: non autem habet hunc ſenſum, quòd omnia priuilegia, quæ mulieri competunt in dote, concedantur etiam fiſco: id patet: nam mulier præfertur in tacita hypotheca omnibus, etiam anterioribus, l. aſſiduis. Co qui potio. in pig. hab. Fiſcus autem non: vt patet ex l. 1. C. rem alienam gerentes, &c.

Secundum argum. eſt ex l. ſi is qui. ff. de iure fiſci. Reſpondetur in textu rationem adferri, illis verbis, *præuenit enim cauſam pignoris fiſcus:* declaro: Si duobus priuatis bona futura obligentur, ambo concurrunt in pignore, l. 7. §. 1. ff. qui pot. in pign. hab. fiſcus autem hoc in caſu præfertur: ratio eſt, vt declarat Antonius Faber lib. 2. coniect. c. 10. quia eo ipſo quod contrahit, hypothecam habet. l. aufertur. §. fiſcus. cod. tit. alter verò non alias quàm finito perfectoque contractu, cuius ea eſt acceſſoria: Hæc eſt igitur legis ſententia, fiſcum præueniſſe cauſam pignoris: quia antequam contractus priuati perficeretur, cui hypotheca accedit, fiſcus iam abſolutè, & ſimpliciter hypothecam acquiſiuit contrahendo. Sed certè non obligantur bona præſentia, & futura, niſi contractus perfectus ſit, ex quo hypotheca huiuſmodi deſcendit: ideò non placet hæc interpretatio Antonii Fabri. Placet igitur magis hoc eſſe conſtitutum fauore, & priuilegio fiſci: vt nimirum fiſcus præferatur anterioribus creditoribus in bonis poſtea quæſitis & verba illa, *præuenit enim pignoris fiſcus* non eſſe præteriti temporis, ſed præſentis: quaſi dicatur, fiſcum præuenire ſolere in eiuſmodi bonis poſtea quæſitis pignoris cauſa, ſicut rectè explicat ibi Bartolus, ſecus in antea quæſitis: l. ſi fundum. Cod. qui pot. in pign. habeantur. Ratio adſerri poteſt, quia fiſci hypotheca eſt legalis: hypotheca verò priuati, eſt conuentionalis: ideo ſi concurrunt, æquum eſt præferatur legalis: quia lex potentius operatur, quàm homo: priuſquàm enim bona poſtea quæſita eſſent, hypotheca priuati non erat creata: quia res quæ nondum eſt, hypothecæ ſubiecta eſſe non poteſt: Eo autem momento temporis, quo bona acquiruntur, deducitur ineſſe hypotheca tam fiſci, quàm priuati: ſed præfertur hypotheca fiſci, cùm ſit à lege creata, priuati verò hypotheca, ab homine.

Tertium argumentum eſt ex l. 1. Cod. de iure fiſci lib. 10. Reſpondetur loqui quando priuatus habet cauſam lucratiuam ex donatione: fiſcus autem, cauſam oneroſam. Præterea reſpondetur, ibi fiſcum intentionem habuiſſe rectè fundatam, quia probauit ſuam obligationem: quare aduerſarius, qui dicebat bona ſibi fuiſſe donata ante illam obligationem, meritò probare debuit.

Quartum argumentum eſt, quia dotis cauſa præfertur creditoribus anterioribus. l. aſſid. Cod. qui potio. in pignor. & ſemper & vbique præcipua eſt. leg. 1. ff. ſoluto matrimonio. & hoc propter publicam vtilitatem, ergo ſimiliter & fiſcus præferri debet, quia in eo vertitur publica vtilitas. Reſpondetur, in fiſco agi de re priuata ipſius Imperatoris. leg. vnic. §. vlt. m. Cod. de caduc. tollen. leg. 2. ff. ne quid in loco publ.

comprehendit. Itaque non erat opus addere: *cum fructibus*. Ergo necesse est intelligere de fructibus inuentis tempore mortis filij.

Respondet Decius in l. in testam. n. 16. versic. Mihi tamen placet. C. de testam. milit. illa verba non esse superflua, licèt intelligantur de fructibus inuentis tempore mortis testatoris: licèt enim tales fructus sint uniti cum hæreditate, tamen petantur sub nomine fructuum. d. l. item veniunt. §. fructus. de pet. hæred. & sic text. non sine causa fecit mentionem fructuum.

Sed replicat Socinus sen. in l. Centurio, nu. 13. fructus perceptos ex hæreditate peti sub nomine fructuum, quando percipiuntur post mortem testatoris. Ita enim loquitur text. in dict. §. fructus, sed tex noster loquitur de fructibus inuentis in hæreditate & sic perceptis in vita testatoris: qui non dicuntur fructus, sed bona defuncti: & idem in effectu replicat Ripa n. 39.

At Socin. Iun. n. 169. respondet etiam fructus perceptos tempore mortis, dici posse fructus, si contingat de illis disputari. Pro qua responsione nihil adfertur: ego adfero l. 1. Co. de his quibus vt indign. vbi fructus dicuntur tam percepti quàm inuenti in prædiis hæreditariis, & sic etiam percepti in vita testatoris.

Tertium argum. pro hac communi sententia est Socini senioris, vbi suprà dicit text. substitutum capere fructus inuentos in hæreditate, ergo a contrario sensu, consumptos non capit, quia isti non inueniuntur in hæreditate: quod tamen esset falsum, si intelligeretur de fructibus inuentis in hæreditate testatoris, tempore mortis eius: quoniam si filius eos consumpsisset, teneretur restituere, sicut cætera patris bona. l. Marcell. §. Res quæ. ad Trebell.

Respondet Socin. Iun. n. 169. argumentum à contrario sensu locum habere hoc modo: Substitutus habet fructus inuentos in hæreditate: ergo non potest petere consumptos, scil. à testatore. Et licèt istud sit indubitatum, tamen argumentum à contrario sensu toleratur, licèt sit indubitatum id, quod ex eo infertur.

Quartum argum. colligitur ex Ias. in dict. l. Centurio, n. 14. Fructus non conseruantur vltra triennium. Gloss. in l. vnic. C. si aduers. vsucap. Ergo text. noster intelligi non potest de fructibus qui erant in hæreditate tempore mortis patris: quia isti præsumuntur consumpti, & non extare amplius cùm filius moriatur, & substitutus succedit: nisi velimus filium vixisse tantùm triennio: quod est diuinare.

Respondet Soci. Iun. n. 169. cùm de aliqua re disputatur extare praesupponi habitu, l. Qui testamento. de test. tut. & sic praesupponit idum esse, fructus extare tempore mortis filij.

Addit Ripa n. 40. filium videri fuisse in culpa non distrahendos tales fructus, qui seruari non poterant. l. Lex quæ. Co. de admi. tut. Et consequenter si perierint, tenetur ad eorum æstimationem. l. Mulier. §. sed enim. ff. ad Trebell.

Vltimum argum. est Soci. Iun. nu. 170. qualitas adiecta verbo, debet intelligi secundum tempus verbi, l. in delictis §. si extraneus. de noxalibus. declarat Bart. in l. ex facto de vulg.

Sed ista qualitas quòd fructus inuenti in hæreditate pertineant ad substitutum, est adiecta verbo capiet: ergo debet intelligi secundum tempus verbi. & consequenter secundum tempus, quo dicti fructus percipiuntur, i. tempus mortis filij, & sic de inuentis tempore mortis filij.

Responderi potest inspiciendum esse tempus mortis filij, vt substitutus fructus capiat, sed non capit fructus à filio perceptos, verùm eos fructus quos testator in hæreditate reliquit, & nunc extant tempore mortis filij: Nam sicut verbum *capiet*, determinat qualitatem illam bonorum patris secundum tempus mortis filij, & sic determinate debet quo ad fructus inuentos in hæreditate scil. vt intelligatur de fructibus qui erant in hæreditate patris, & illos vna cum bonis patris, substitutus habeat tempore mortis filij.

Contrariam sententiam, videlicet tex. intelligendum esse de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis patris secuti Angel. in l. Centurio. Castr. nu. 6. Alex. n. 19. Dec. in l. in testam. n. 16. C. de testam. mil. & ibidem Iason n. 13.

Primum argum: Angel & Alex Hæres grauatus alteri restituere hæreditatem, non tenetur restituere fructus quos percepit, nisi fuerit in mora, l. in fideicommiss. l. ita tamen. §. 1. l. postulante. §. vlt. ad Trebell.

Ergo filius qui est hæres testatoris, in dict. l. Centurio, non tenetur fructus quos percepit restituere substituto, cùm non fuerit in mora. Si enim qui grauatus est non tenetur restituere huiusmodi fructus multò minus qui grauatus non est. Filius autem iste non est grauatus, quia datus est illi substitutus directò, vt in textu.

Respondet Ripa, numero 40. & Soci. iun. numero 165. eum cui datus est substitutus verbis directis deterioris esse conditionis, quam is qui grauatus est per fideicommissum.

Nam

Nam grauatus per fideicommissum deducit quartam ex Trebell. leg. iubemus. C. ad Trebell. Is verò, cui datus est directò substitutus, non deducit. Iste desinit esse hæres, ille non item. Nil igitur mirum, si & hoc in casu est deterioris conditionis.

Secundum argum. est, Alex. num. 39. Text. loquitur de fructibus inuentis in hæreditate: ergo non loquitur de inuentis tempore mortis filij, quia illa non est hæreditas, sed patrimonium ipsius filij, leg. sed etsi plures §. Filio, de vulg.

Resp. Socin. Iun. num. 167. hæreditatem aditam retinere etiam nomen cùm alteri restituenda est. l. 1. ad Trebell. Sed hic filius tenetur eam restituere substituto, ergo, &c.

Tertium argum. sumitur ex Decio, in dict. l. in testam. num. 16. Verba in dubio debent referri ad testatorem, non autem ad hæredem, l. cùm in testamento, & ibi Barto. de auro & argen. lega. ergo verba illa textus, *cum fructibus inuentis in hæreditate*, debent referri ad hæreditatem testatoris, non autem hæredis.

Resp. Socin. Iun. num. 16. doctr. Barto. in l. Cùm in testamento locum habere in verbis testatoris, sed hæc verba sunt legis non autem testatoris.

Replicat Ripa num. 40. etiam verba legis referenda esse in dubio ad testatorem, arg. leg. filiusfam §. Diui, de leg. 1. vbi illud verbum creditoribus refertur ad creditores testatoris. Sed responderi potest illud ibi contingere propter subiectam materiam, nec posse inferri regulam generalem, vt infertur.

Vltimum argum. (omissis leuibus) sumi potest ex Aretino in d. l. Centurio colum. 2. Miles directò substituere potest post pubertatem in bonis, quæ ex testamento ad hæredem suum peruenerunt. l. 5. ff. de mil. testam. Sed fructus ab hærede percepti in casu d. l. Centurio, non peruenerunt ad ipsum hæredem ex testamento, saltem immediatè sicut illa dictio, ex, requirit, vt per Bart. in l. ex placito. C. de rer. per. & in l. non dub. Cod. de leg. & est tex. in l. socium qui ff. pro socio. Ergo non pertinent ad substitutum.

Hæc sunt ab aliis dicta & considerata. Mihi magis placet eorum sententia, qui dixerunt illa verba intelligenda de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis patris testatoris.

Primò, quia text. dicit substitutum capere bona patris tantùm, vnà cùm fructibus inuentis in hæreditate: si enim tales fructus non essent testatoris, sed filij, textus contineret repugnantiam, quia caperet bona patris, & etiam filij: isti enim fructus sunt filij, quos ipse filius percepit: tanquam hæres patris.

Secundò, quia fructus ab hærede percepti, distinguuntur à fructibus inuentis in hæreditate. l. 1. C. de his quib. vt indig.

Tertiò, quia grauatus per fideicommissum fructus perceptos ante moram facit suos, nec veniunt in restitutionem fideicommissi. l. in fideicommissaria, ad Trebell. ergo nec iste.

Non obstat quod dicebatur deterioris esse conditionis istum cui datus est directò substitutus. Hoc enim procedere potest in certis casibus, sed non respectu dominij, quod habet antequam eueniat casus substitutionis. Est enim dominus pleno iure non minus quàm hæres grauatus per fideicommissum, ergo fructus suos facit: & non tenetur restituere. Et si in eo grauatur vt non detrahat quartam, ex Trebelliano, non est etiam in hoc grauandus, vt fructus restituat, qui, cùm moritur, reperiuntur in eius hæreditate: imò potius releuandus, argum. leg. cum qui. de iureiur.

CAPVT XIX.

Fideicommissum resultans ex prohibitione alienationis, iuncta causa, quia volo bona conseruari in agnatione: an restringatur ad terminos substitutionis præcedentis?

IN causa nobilium Varnicosium Pisanorum Testator instituerat filios suos, & descendentes eorum substituerat: prohibens ipsis alienationem bonorum extra familiam: quod si aliquis alienaret, substituit Bartholomæum fratrem suum, cui similiter alienationem prohibuit, & in casu alienationis, subst. tuit eius descendentes: quia voluit bona sua conseruari in familia. Filij & descendentes non alienarunt, & ideo nunquam fuit locus fideicommisso in fauorem Bartholomæi, quia fuit vocatus in casum alienationis, qui non euenit. Successit tamen dictus Bartholomæus iure sanguinis in dictis bonis, nec alienauit: Cùm autem ad fœminas proximiores bona peruenissent, proximiores agnati de familia instituerunt aduersus mulieres iudicium ex fideicommisso resultante propter illa verba: quia voluit bona conseruari in familia.

Pro quibus adducta fuit authoritas atque sententia eorum, qui ex dicta clausula voluerunt generale fideicommissum induci, non restrictum ad præcedentem substitutionem. Riminald. Iunior cons. 20. num. 13. & 456. nu. 28. Surd. cons. 67. num. 20. Bitetta consi. 116. nu. 29. Marcabrun. cons. 61. nu. 240 D. Petra de Fideicom. q. 11. n. 568.

Sed contrarium decisum fuit: quam sententiam ego cum Clarissimis atque Excellentissimis duobus Collegis meis amplexus fui: Motus, quia non potuit fundari hoc fideicommissum in persona Bartholomæi, qui postremo

fuit vocatus nisi in casu alienationis factæ à descendentibus testatoris, quæ non fuit facta, ergo nec grauari potuit nisi eo in casu, quo fuit vocatus, l. ab eo C. de fideicom. Et cum ipse Barthol. frater testatoris non fuerit vocatus nisi in casu alienationis, non est mihi visum verisimile alios agnatos remotiores, & nondum natos, qui ex dicto Barthol. descendere debebant, vocatos fuisse, aliter, quàm in casu alienationis. Et cum testator non vocauerit Bartholomæum in casu quo ipsius testatoris descendentes deficerent: sed tantummodò in casu alienationis, non est credendum voluisse vocare dictos nascituros remotiores, nisi in casu alienationis. Visum est igitur fideicommissum resultans ex illis verbis, *quia volo*, restringēdum esse ad terminos præcedentis substitutionis, in persona Bartholomæi: quod si in persona eius locum habuisset substitutio ex alienatione, quę fuisset secuta, non erat qui dubitaret, quin postea locus fuisset generali & absoluto fideicommisso in casum mortis in fauorem familiæ totius, & ita doctores superius allegati accipiendi visi sunt. Et quòd fiat restrictio ad terminos præcedētis substitutionis, eáque deficiēte deficiat fideicōmis. in terminis nostris, communior est sententia Alex. consi. 24. nu. 6. & 50. num. 13. lib. 3. Dec. cons. 291. num. 6. & 636. num. 8. Ruinus cons. 30. num. 15. lib. 3. Gozadinus cons. 34. num. 16. Rubeus cons. 12. num. 9. Alciatus cōsil. 31. nu. 21. lib. 9. D. Cephalus consi. 17. num. 24. & 153. & 56. & 477. num. 13. & 16. & 544. numer. 12. & 16. Roland. cons. 34. nu. 65. lib. 4. Hierony. Gabr. cons. 132. Bursat. cons. 195. num. 9. Olascus decis. 57. num. 12. Pedroca, cons. 19. n. 56. Hippo. Rimin. cons. 80. num. 32. Alban. cons. 1. num. 8. & cons. 2. num. 8.

CAPVT XX.

Fideicommissum conditionale, an transmittatur ad filios præmoriente patre ante euentum conditionis, quando filiorum testator rationem habuit, ponendo eos in conditione?

NOn patiar pro virili mea vires assumere maiores eorum sententiam, qui dixerunt, conditionale fideicommissum transmitti ad filios præmoriente patre ante conditionis euentum, quando filiorum visus est testator rationem habere, ponendo eos in conditione. Sic enim voluerunt multi à D. Cephalo citati cons. 16. numer. 42. & ab Oddo. de compendiosa par. 6. art. 2. num. 21. Latissimè Hondedeus cons. 70. Menoch. cons. 452. nu. 56.

Nullo enim iuris firmo nituntur fundamento, nisi imaginaria quadam testatoris voluntate, quam non videmus: repugnantibus vtriusque regulis, quæ conditionalis fideicommissi transmissionem impediunt, l. vn. §. sin autem, C. de caduc. toll. D. Mantica latè lib. 11. titul. 20. Repugnante text. expresso in l. hæredes mei §. cum ita, ad Trebell.

Contrariam igitur sententiam amplector, quam amplexi fuere Curtius iun. cōs. 69. Ruin. cons. 181. lib. 2. Parisius cons. 6. lib. 3. Natta cons. 551. num. 15. Ripa. in d. §. cum ita. num. 60. Torniellus, num. 67. Socin. iun. num. 37. & 47. & istos citat & sequitur Peregrinus de fideicommis. art. 31. num. 16. Adde D. Manticam de coniect. lib. 11. tit. 20. sub num. 28. quibus me lubens socium adiungo. Fundamentum enim habet in regula iuris generali: quod fideicommissum conditionale non transfertur, & in speciali decis. d. §. cum ita.

CAPVT XXI.

De fideicommisso conditionali vnito cum iure accrescendi an transmittatur?

NE permittam firmiores agere radices eorum sententiam, qui dixerunt fideicommissum conditionale transmitti ante conditionis euentum, si fuerit vnitum cum iure accrescendi. Ita D. Cephalus cons. 16. n. 45. & 283. num. 26. Crauet. cons. 567. num. 3. Honded. latè cons. 70.

Quibus sese opposuere D. Mantica de coniect. lib. 11. titul. 20. num. 13. Menoch. cons. 100. num. 116. Peregrin. de fideicommis. tit. 31. num. 16. in fin. qui multos alios citat: quos ego sequor, secutus iureconsultum, in l. hæredes mei, §. cum ita. ad Trebell. & communem regulam quod fideicommissa conditionalia non transmittuntur, l. vnic. §. sin autem. C. de caduc. toll. Quibus nihil obstat l. Qui patri, de acquir. hæred. vbi contraria sententia fundamentum habet: quia loquitur in speciali casu, & de pupillari substitutione, & diuersam habet rationem, quæ in fideicommisso non militat. Vis videre: Neratius. *Qui patri hæres extitit, si idē filio impuberi substitutus est, non potest hæreditatem eius prætermittere: quod sic recipiendū est, etiāsi viuo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit. Nā is qui hæres extiterit, pupillo quoque hæres necessario erit. Nā si ipsum inuitū obligat, coniungi eū paterna hæreditati, & accrescēdi iure acquiri cuicunq; patri hæredi existēti madum est.* Illa ratio. *Nam is qui hæres extiterit, &c.* rursus illa. *Nā si ipsum inuitum obligat, &c.* non habet locum in fideicommisso. Quod igitur cōmune habet fideicommissaria substitutio cum pupillari, longè diuersa & diuersam rationem habente?

CAPVT XXII.

Virtum pupillaris tacita contineatur in vulgari expressa, matre viuente, licèt non habeat effectum contra matrem?

VAriæ ſunt doctorum ſententiæ hac de re. Prima eſt contineri, Bart. in l. Centurio, in 4. oppoſ. de vulgar. & eſt commu. vt teſtatur ibi Socin. Iun. num. 125. Menoch. de Præſump. li. 4. præſump. 40. Mantica de coniect. lib. 5. tit. 8. nu. 18.

Fundamentum eſt in l. vltim. Cod. de inſtit. & ſubſti. vbi dicitur tacitam pupillarem locum habere, ſi mater moriatur ante pupillum, ergo ab initio continetur in expreſſa, quia ſi non contineretur, non poſſet effectum habere mortua matre ante pupillum: propter iuris regulam, quæ ab initio inutilis eſt inſtitutio, tractu temporis non conualeſcit, l. quæ ab initio. de regul. iur.

Et quia pupillaris tacita, venit ex voluntate teſtatoris tacita, l. iam hoc iure, eod. titul. Non poteſt autem teſtatoris voluntas conſiderari, niſi ſecundum tempus teſtamẽti, l. ſi ita, de auro & arg. leg. Nam vt dicebat Aretin. in dict. l. Centurio. col. 5. voluntas teſtatoris morte eius expirat, l. 4. ff. locati.

Huic argumento reſponſio colligitur ex mẽte Decij in l. precibus nu. 11. C. de impub. & Soc. Iun. in d. l. Centurio, num. 127. locum habere in inſtitutione facta ab homine, vnde ſi non valet ini io, nec tractu temporis conualeſcit: ſecùs in inſtitutione inducta à lege, quia illa poteſt inducere ex poſt facto: non enim ad certum tempus reſtricta eſt, vt homo. Itaque in propoſito noſtro lex inducit tacitam ſubſtitutionem poſt mortem matris.

Sic videmus teſtamentum in quo filius eſt præteritus, non valere ab initio, tamen tractu temporis conualeſcere, l. 2. §. Exſpectandi, de bonor. poſſeſſ. contra tab. Sic in l. Titius §. Lucius, de libe. & poſthum. inſtitutio facta de nepote naſcituro tempore teſtamenti, non valet cùm iam natus eſſet, & tamen lex voluit eam valere ex præſumpta mente teſtatoris.

Confirmatur iſta reſponſio, quia regula legis, Quæ ab initio, locum habet, quando ab initio non valet inſtitutio ex defectu ſubſtantialium: ſecus ſi non valeat ex defectu accidentalium: tunc enim tractu temporis poteſt conualeſcere, l. qui ſolue ido, de hæred. inſtit. Dec. in d. l. quæ ab initio.

Sed in quæſtione noſtra hæc ſubſtitutio non continetur ab initio ex accidenti, quia mater viuit: ergo matre mortua poteſt conualeſcere.

Contrariam ſententiam habuerunt doctores Vltramontani, vt refert Bart. in dict. l. Centurio. Ruinus ibidem. & Ripa n. 14.

Fundamentum eſt, quia actus defunctorum non poſſunt ſtare in ſuſpenſo, l. vltim. ff. comm. præd. ſed ſi hæc tacita pupillaris contineretur in expreſſa, actus defuncti maneret in ſuſpenſo, Penderet enim ex vita vel morte matris.

Reſponderi poteſt, iſtud non eſſe abſurdum, l. ſi nemo, de teſtam. tut. quia non vltima voluntas, ſed illius effectus manet in ſuſpenſo. Menoch. vbi ſuprà n. 6.

Secundò pro hac ſententia adfertur l. 4. ff. de vulg. verſ. ſed etſi extraneum, vbi ſubſtitutio pupillaris facta de perſona extranea non valet in principio, & tamen conualidatur, ſi poſtea extraneum teſtator adoptauerit in locum filij.

Reſpon. Soc. Iun. in d. l. Centurio n. 127. eo in caſu impedimentum ceſſare viuente teſtatore, ſecùs in quæſtione noſtra, quia mater moritur poſt teſtatorem.

Tertiò pro hac ſententia adfertur regula, taciti & expreſſi eadem eſt virtus. l. cùm res, de leg. 1. l. cùm quid, ſi certum peta. Ergo ſi tacita iſta pupillaris contineretur matre viuente, illa matrem excluderet, ſicut expreſſa excludit.

Reſpondet Bar. in dict. l. Centurio, nõ ſemper taciti & expreſſi eandem eſſe virtutem, l. 2. de lib. & poſthum. quæ ſolutio nõ placuit Salic. in dict. l. precibus col. 7. quia non eſt recedendum à regula licet in aliquo caſu reperiatur limitata.

Reſpondet Iaſ. in dict. l. Centurio, nu. 12. pupillarem excludere matrem, ex quadam legis diſpenſatione, quæ cùm ſit odioſa, cap. 1. de filpresbyt. non extenditur ad tacitam, & ſic taciti & expreſſi non eſſe parem virtutem in odioſis.

At Socin. Iun. d. leg. Centurio, nũm. 126. negat eſſe diſpenſationem, & dicit etiam in diſpenſationibus fieri extenſionem: Nam in teſtamento militis non eſt locus querelæ de inofficioſo, l. de inofficioſo. C. de milit. teſtam, leg. ſi inſtituta. §. de inofficioſo ff de inoffi teſtam. & tamen hoc extenditur ad tacitam exhęredationem, l. ſicut certi. C. de milita. teſta nen. Ideo aliter ipſe Socin. Iun reſpondet. Taciti & expreſſi non eandem eſſe virtutem, quando tacitum venit ex natura expreſſi. Tacita autem pupill. non venit ex natura ſubſtitutionis, ſed ex interpretatione leg. dict. l. iam hoc iure, de vulg.

Sed tamen ſolutio Bartoli videtur bona, quia dum adduxit leg. 2. de libe. & poſthum. voluit inferre in materiam priuationis hæreditaris, tacitum non æquiualere expreſſo. Hic autem agitur de priuatione matris, quia excluditur ab hæreditate filij: ergo

non bene infertur de expreſſo ad tacitum: quia legis interpretatio ceſſat, vbi priuatio inducitur. Menoch. de Præſump. Præſumpt. 40. num. 10.

Nec obſtat quod inquit Ripa in d. l. Centurio num. 34. in exhæredatione non eſſe parem virtutem taciti & expreſſi, propter formam à lege traditam; vt expreſſa fiat exhæredatio. Nã generaliter verum hoc videtur, non induci priuationem, niſi in caſu expreſſo. §. cùm igitur, in Auth. de non elig. ſecun. nub. Menoch. de arbit. caſu 276.

Tertia eſt opinio, pupillarem hanc tacitam manere in ſuſpenſo. Nam ſi mater moriatur, effectum habet, ſi non præmoriatur, ſecus. Ita Bal. in d. leg. precibus, in 20. oppo. & ibid. Salic. Socin ſen. in d. l. Centurio. n. 12.

Fundamentum eſt, quia non eſt nouum iure noſtro, vt aliquid in ſuſpenſo maneat, l. 1. §. ſi pendeat. ff. ad Maced. l. ſi impuberem. ff. de falſ. in §. 1. & alibi. Expedit autem dicere, quòd maneat in ſuſpenſo, quia ſi dixerimus contineri ab initio, tunc fruſtrà continetur, ſi mater ſuperuiueret: lex autem non permittit actum fruſtratorium, l. dominus teſtam. de cond. indeb. l. 1. §. dixerit aliquis, de publ. l. hæc ſtipulatio. §. Diuus: vt lega. nom. cau. Sic, & ius accreſcendi eſt quædam legalis ſubſtitutio, l. ſi Titio & Mæuio. §. 1. de legat. 1. quæ ceſſat, dato ſubſtituto vulgari, l. pen. de iniuſto, rupt. Ceſſante autem ſubſtituto, vulgaris locum habet. Reſpon. Soc. Iun. in d. l. Centurio, nu. 129. vltimas voluntates non poſſe ſtare in ſuſpenſo: & non dici ſuperfluum, quod aliquo in caſu effectum operatur: Iaſ. in l. nemo. col. 3. verſ. ſuſtinendo communem. C. qui teſtam. face. poſſ.

Vltima eſt opinio, hanc pupillarem ab initio contineri quantum ad ſubſtantiam: quantum verò ad effectum ineſſe ſub conditione, ſi mater præmoriatur, vel non velit, aut non poſſit hæres eſſe Ita Aretin. in d. l. Centurio, colum. 5. Soc. Iun. n. 129. Bologuet. n. 88. Menoch. loco ſupra citato.

Quæ ſententia eſt eadem cum ſententia Bartoli, quam primo loco retuli: & eſt communis vt ibi dixi, & mihi veriſſima videtur. Moueor ex d. l. vlt. Cod. de inſt. & ſubſt. vbi fruſtra quæreretur an mater ſubſtitutum excluderet, vel contra ſubſtitutus, matrem, niſi à principio ineſſet. Quia igitur à principio ineſt, videbatur dicendum, matrem excludi: & hæc ratio fuit dubitandi.

CAPVT XXIII.

Vtrùm compendioſa ſubſtitutio verbis communibus facta filio impuberi, ſine temporum diſtributione, ſit omni tempore fideicommiſſaria?

Huiuſmodi ſubſtitutionem filio mortuo in pupillari ætate valere in vim pupillaris, poſtea in fideicommiſſariam transferri, communis eſt ſententia. Bart. in l. Centurio, numer. 6. de vulg. Ripa ibi num. 114. Socin. Iun. 257. nouiſſimè Peregrinus de fideicomm. art. 34. num. 24.

Argumenta ſunt iſta. Primùm Bar. quicquid determinatur ſecundum curſum temporis; vario tempore variatur, l. precia rerum. §. nonnullam, ad leg. Falcid. l. Titia Seio. §. vſuras, de leg. 2. leg. pen. C. de vſur. l. Pomponius in negotiis, de neg. geſt. s. Sed hæc ſubſtitutio determinatur ſecundum curſum temporis, vt patet: ergo variari debet ſecundum diuerſitatem temporis. Reſpon. Ripa vbi ſuprà, negando ſubſtitutionẽ hanc recipere determinationem ex curſu temporis: imò videtur eam recipere ex voluntate teſtantis, l. in cond. de conditionib. & dem.

Secundum argum. eſt eiuſdem Bart. ex l. pater Seuerinam. §. conditionum, de cond. & demonſt. vbi datio tutoris in teſtamento valet intra tempus pupillaris ætatis; poſtea verò tutores dari intelliguntur eſſe curatores. Reſp. Ripa vbi ſuprà, ibi non potuiſſe ſuſtineri voluntatem teſtatoris, niſi fieret variatio: ſed hic ſuſtineri poteſt ſemper in vim fideicommiſſariæ.

Tertiò ſolet adferri l. centurio, de vulg. vbi variatur ſubſtitutio: ſed reſpon. Ripa vbi ſuprà, loqui de priuilegio militari: Ex quo infertur in contrarium eſſe ius commune, l. ius ſingulare, de legib.

Quartò adducitur l. precibus. Co. de impub. Reſpon. poteſt loqui in milite, nec conſtare, factam fuiſſe ibi ſubſtitutionem verbis communibus.

Quintò adducitur c. ſi pater, de teſtam. in 6. Reſp. Bart. conſ. 54. num. 5. teſtatorem ibi viſum fuiſſe verbis directis, quoniam illa verba *Moriatur ei*, ſunt directa, quaſi dicat, moriatur ad vtilitatem eius.

Sed replicat Alex. in d. l. Centurio, etiam ad vtilitatem ſubſtituti per fideicommiſſum videri mortuum hæredem grauatum. Verum, tex. in dict. c. ſi pater, aliter etiam induci ſolet pro hac ſententia; quatenus, videlicet dicit, in dubio ſubſtitutionem intelligendam eſſe, vt ſit directa, non autem obliqua: ergo intra tempus pubertatis directa eſſe intelligitur. Reſpon. Corneus in d. l. precib. illam regulam reſtringi debere ad caſum de quo agitur in d. c. ſi pater vt colligitur ex illis verbis, dict. cap. ſi pater, *ſicut*, &c. Sed Iaſ. in dict. l. Centurio, & poſt eum Soc. Iun. num. 262. reſpondent regulam eſſe generalem, & illud eſſe exemplum directæ ſubſtitutionis, quod non reſtringit regulam §. Hactenus. Inſtit. de gradib. Aliter reſp. Ripa ad cap. ſi pater. loqui de directa ſubſtitutione,

vt patet ex limitatione ipsius reg. ibi: *quanquam interdũ directa trahatur ad obliquã*. Replicat Soc. Iun. illum versiculum loqui de substitutione directa, non autem de substitutione facta per verba directa. Quod nihil est dicere, quia nulla est ratio diuersitatis inter directam substitutionem, & eam quæ fit per verba directa. Respon. igitur potest text. in dict. c. si pater. loqui de substitutione facta, si filius decesserit sine liberis, per verba dubia: nam si essent directa sua natura, nulla fuisset opus interpretatione l. ille aut ille. §. cùm in verb. de leg. tertio. At S. Pontif. ibi dicit interpretari debere vt sint directa, ergo non erant directa sua natura.

Sextò pro comm. adfertur: Verba debent intelligi secundum conditionem personæ, l. plenum. § equitis, de vsu & hab. Sed ista substitutio refertur ad pupillum: ergo debet intelligi pupill. intra tempus pubertatis Resp. potest etiam in persona pupilli rectè consistere fideicommi. & ideò non esse necessarium, vt pupillaris intelligatur.

Septimò adfertur. Fideicommissum est onus. l. cohæredi. §. cum filia, de vulg. Pupillaris autem substitutio continet fauorem pupilli, l. si pupillus, de acquiren. hæred. ergo præsumitur facta potiùs pupillaris, quàm fideicommissaria ne filius grauetur à patre, qui præsumitur bonum capere consilium pro filio, l. nec in ea. de adult. Respons. potest nullâ lege probari, quòd pupillaris substitutio contineat fauorem filij: solum probatur in d. l. si pupillus, vtile esse pupillo vt successorem habeat, potest autem illum habere aliter, quam per substitutionem pupillarem, vt patet.

Vltimò adducitur. Verba sunt intelligenda in potentiori significatu, l. 1. §. 1. ff. si ager vecti. ergo vt sint directa, responderi potest, cùm verba sunt communia, æque propriè adaptari ad obliquam, sicut ad directam.

Contrariam sententiam, videlicet in proposita specie substitutionem omni tempore fideicommissa iam esse, amplexi sunt doctores antiqui, quos refert Bart. in d. l. Centurio. & fuit olim communis, teste Ripa, nu. 117. quam & consulendo Bar. aliquando secutus est.

Primum argum. Valet argum. de personis ad tempus. l. qui plures. de vulg. Sed substit. respiciens plures personas, est vniformis, respectu omnium, l. iam hoc iure, suprà eod. ergo & respiciens plura tempora, est vniformis, respectu omnium temporum. Respondetur ex mente Ripæ & Soc. iun. illud argum. non valere, vbi est diuersa ratio. Est autem hic diuersa ratio. Nam in personis ideo est vniformis quia aliàs resultaret inæqualitas, vt in dict. leg. iam hoc iure: illa autem inæqualitas non oritur, licèt substitutio non sit vniformis respectu temporum.

Secundum arg. Non debet fieri diuisio voluntatis, l. eum qui §. vlt. ff. de his quib. vt indig. sed hic fieret diuisio voluntatis, si substit. vno tempore esset directa, alio tempore fideicom. ergo omni tempore est fideicommiss. Respon. hanc non esse diuisionem voluntatis testatoris, quia cùm substitutio respiciat plura tempora, censetur facta diuerso modo, secundum temporum diuersitatem. Alia ratio est in d. §. fin. qu ia ibi si hæres haberet partem legati, & partem fisco restitueret, fieret diuisio voluntatis testatoris.

Tertium argum. Vna & eadem res non debet diuerso iure censeri, l. cùm qui ædes. de vsucap. Resp. illam regulam procedere in dispositione, quæ respicit vnum tempus, secùs si diuersa tempora respiciat, l. Centurio, de vulg. d. l. precib. C. de impub. Soc. iun. in d. l. Centurio. num. 163.

Mihi placet prima sententia, quæ communis est. Et moueor d. c. si pater.

Non obstat resp. R. pæ, quia ibi sunt duæ regulæ: Vna, quòd substitutio debet interpretari, vt sit directa: Altera, quod directa substitutio interdum trahitur ad obliquam. Hæc non est exceptio prioris regulæ: quia prior regula loquitur in dubio, quando sc. substitutio non est directa, sed dubia, tunc interpretari debet, vt sit potiùs directa, quàm obliqua. Altera verò regula loquitur de substitutione directa prorsus, quod interdum trahatur ad obliquã. Deinde moueor ratione qua vtitur Bald. in d. l. precib. nu. 41. & post eum Peregrin. de fideicomm. art. 34. n. 28. Compendiosa continet vulgarem, vt per Bart. in d. l. Centurio, num. 32. sed in vulgari continetur tacita pupill. d. l. iam hoc iure. de vulg ergo in compendiosa continetur tacita pupillaris.

CAPVT XXIV.

Dos promissa, an sit propriè dos?

Tractant hãc quæstionem doctores in rub. solut. matrim. vbi Alex. nu. 26. Ripa, nu. 58. Soc. iun. n. 18. in 3. par. Io. Bolog. n. 144. Ruin. n. 158. Paris. nu. 195. Soc. sen. in l. de diuis. eod. tit. In qua ego existimo eorum sententiam esse probabiliorem, qui affirmant dotem propriè dici quæ promissa est.

Primum, quia dos legibus nostris appellatur l. ad exactio. C. de do. promiss. l. vltim. C. sol. mat. l. ex morte. C. de pact. conuent. l. si mulier § si dos. ff. quod met. cau. l. vnic. §. Accedit. C. de rei vxo. act. §. dotes. i. Auth. de nupt. Non videtur autem verisimile, toties sic appellari, & semper impropriè,

Secundò, quia hanc sententiam apertè probat text. in l. cum post §. 1. ff. de admi. tuto. Paulus. *Sed si de quo tractamus, si non donãdi animo, sed negotij gerendi causa dotem promiserit, habet mulierem obligatam, & poterit dici etiam manente matrimonio eam teneri, quia habet dotem.*

Tertiò accedit text. in l 1. §. 1. ff. de collat. dotis. ibi: *Et si tantum promissa sit dos, collatio eius fiet.*

Contraria argum. sic diluuntur. Primum est ex l. Tit centum §. Titio genero, de condit. & demon. ibi, *Hoc enim & mulieris interest, vt incipiat esse dotata.*

Respondeo, textum loqui de muliere dotata cum effectu, & re ipsa: quis enim dubitet eam dotatam dici, quæ dotem accepit? Non licet tamen inferre eam, cui dos promissa, & nondũ soluta est, dotatam non dici: quia contrarium patet ex legibus allegatis. Itaque & cùm dos soluta est, & cùm promissa est, mulier dotem habere dicitur.

Secundum argum. Dos non soluta non inseruit oneribus matrimonij, ergo non est dos, arg. l. Si præ mulieris ff. de iure dot.

Resp. licèt actu non inseruiat, apta tamen est inseruire cum fuerit soluta. Adde quòd dotis promissæ & non solutæ vsuræ debentur, l. vltim. §. Prætereà, C. de iur. dot. c. Salubriter, de vsur.

Non obstat d. l. Si pater, quia donatio causa mortis, de qua ibi, confertur in tempus, quo matrimonium iam solutum est: ideò nõ valet. Esset enim absurdum, vt ait I. C. dotem tũc incipere, cùm matrimonium est solutũ: sed promissio dotis fit constante matrimonio, igitur illa lex non obstat.

Tertium argum. sumitur ex verbi etymologia, quasi dicta sit à dando, & consequenter datio requiratur: non autem promissio sufficiat. Resp. deriuari à verbo greco, vt declarat Varro, lib. 4. de Lingua Latina: & satis esse quòd in vsu sit apud iuris auth. in hac significatione: quomodo propria significatio sumitur etiam ab authoritate, vt declarat Bart. in l. omnes populi, 99. de iusti. & iure.

Quartum argument. est Soc. iun. Dotis fructus pertinet ad maritum pro oneribus matrimonij: si permittat vxorem eos percipere, repetitionem habet, quatenus mulier locupletior facta est, l. pro oneribus, C. de iure. dot. Sed cùm dos promissa tantum est, valet absolutè conuentio, vt mulier fructus habeat, l. Iulian. ff. de iure dot. Ergo dos promissa non est vera dos. Resp. in d. l. Iulian. non dici, fructus promissæ dotis donari posse à marito vxori suę, sed dotẽ ita constitui posse à principio, vt non exigatur viua vxore. Hæc sunt verba text. *Iulianus scribit, valere talẽ stipulationẽ. Cùm morieris dotis nomine tot dari: quia & vt ei solet, ne ea viua excipiatur: quod non esse simile accipi: aliud est enim differre exactionem, aliud ab initio in id tẽpus stipulari, quo matrimonium futurum non sit.*

Vltimum argumentum sumi potest ex l. 1. C. de dote cauta non num. vbi dotem non scriptura dotalis, sed numeratio facit. Respon. text. loqui quantum ad effectum repetitionis dotis. Si enim mulier dotem non soluit, licèt maritus fuerit confessus se eam recepisse, obstat exceptio dotis cautæ non numeratæ: id patet ex verbis sequentibus textus: *& ideo non ignoras, tum demùm te ad dotis petitionem admitti posse, si dotem à te datam probatura es.*

CAPVT XXV.

Statutum excludens filiam dotatam à successione patris, stantibus masculis, an locum habeat, si filia in testamento patris dos relicta fuerit.

Scribit Bart. in l. Titio centum. §. Titio genero, nu. 5. de cond. & dem. filiam cui testamento dos relicta est a patre dotatam videri, ac proinde excludendam fore ab hæreditate stantibus masculis: statuto dictante filiam dotatam excludi ab hæreditate patris, stantibus masculis: quam sententiam communem esse testatur Ripa in rubr. solut. matr. nu. 61. & Socin. iun. in 1. parte, nu. 30.

Fundamẽtum verò est in l. Non est matrimonium, de ritu nupt. in l. qui pupillam, ad leg. Iul. de adul. quibus legibus æquiparãtur ista, quòd filia nupta sit vel desponsata a patre, vel nuptui destinata. Cùm enim pater dotem ei reliquit, videtur eam dotasse, siue vt Bart. loquitur, dotandi actum exercuisse, quantum in ipso fuit. Ideò perinde est, ac si dotauerit, argum. l. Mulier. §. vlt. de cond. inst. l. Stichus si hæredi, de statu lib.

Sed contrarium docuerunt Imol. in d. §. Tit. Fulg. in l non sine, C. de bon. quæ lib. Alex. cons. 131. lib. 5. alios citat Ruin. in rubr. sol. matr. num. 4.

Fundamentum est, quia dos est contractus, qui re perficitur, ideo si non incipiat a traditione, sed à promissione, non est dos, sed dotis promissio, vt docet Bart. in l. Iurisgentium, de pact. His adstipulatur tex. in d. §. Titio genero. ibi, *Hoc enim & mulieris interest, vt incipiat esse dotata.* Ergo ante solutionem dotis; non videtur esse dotata.

Tertiò, aut legatum dotis est purum, aut conditionale. Si conditionale est, non videtur

tur satisfactum esse statuto requirenti mulierem esse dotatam: sicut institutio conditionalis non est propriè institutio, §. suus quoque. de hæred. inst. & conditionalis donatio, propriè donatio non est, l. 1. ff. de donat. Si verò purum esse intelligatur huiusmodi legatum, multò minus verificantur verba statuti, quia licet filia non nupserit, legatum tamen debetur: Consequenter etiam debetur hoc casu, quo filia non est dotata: Nam sine matrimonio dos non est, l. 3. de iure dot.

Quartò requirit statutum, vt filia sit dotata tempore successionis: sed ex dote debita sub conditione, mulier non dicitur esse dotata, l. 1. §. si sub conditione ff. de collat. dot. Ergo verba statuti non conueniunt.

Quintò, hoc statutum iuri communi aduersatur; ergo strictè est intelligendum, & accipiendum de filia nupta, quæ verè & realiter dotem acceperit, quia pater tenetur filiam nubere & dotare, l. qui liberos, ff. de ritu nupt. ergo ei dotem relinquendo in testamento, suæ non satisfecit obligationi.

Sed magis est, vt communiori adhæream sententiæ: Nam qui actionem habet, ipsam rem habere videtur, l. qui actionem, de reg. iur. Sed filia cui pater dotem legauit, actionem habet ad eam consequendam. Est igitur perinde ac si dotem haberet. Confirmo ex l. Cùm post §. 1. de admin. tut. ibi, *quia dotem habet*. At cedit ratio statuti filiam excludentis, nimirum, vt filij masculi succedant, & bona in familia conseruentur: quæ ratio locum habet etiam in casu isto, quo dos à patre relicta est in testamento.

Ad argumenta in contrarium sic respondeo. Ad primum concedo perfici contractum dotis ex rei traditione: sed hic est idem ac si dos esset tradita, quia mulier actionem habet, l. qui actionem, de reg. iur.

Ad §. Titio, respondeo vt suprà in præcedenti cap. filiam dotatam esse, cùm dos est numerata, vt ibi: Sed & dotata intelligitur, cùm actionem habet ad dotem, d. l. Cum post §. 1. de admin. tut.

Et notandum est in casu d. §. Titio genero, dotem filiæ relictam non fuisse, sed genero, ideò filia non habuit actionem, sed gener, vt ibi dicitur: quæ causa esse potest, cur mulier tunc incipiat esse dotata, cùm dotem habuit, vt ibi dicitur. At in quæstione nostra filia habet actionem, ergo videtur dotem habere, & sic dotata esse intelligitur.

Ad tertium respondeo, legatum esse conditionale, si filia nupserit: nihilominus satisfactum videtur statuto: quia cùm de filia dotata loquatur, præsupponit matrimonium præsens, vel futurum, sine quo dos esse non potest, l. 3. ff. de iure dot. Consequenter conditio illa tacitè inest, & ex natura rei.

Ad quartum respondeo statutum intelligi posse de filia dotata tempore successionis, re vel spe, quia & illa dicitur dotem habere, cui relicta est vel promissa, d. l. Cùm post. §. 1. Licèt ad effectum collationis faciendæ, si dos sub conditione promissa sit, non videatur esse dotata, nisi cum euenerit conditio, vt in l. 1. §. si sub condit. de coll. dot. Nemo enim conferre cogitur, quod non habet.

Ad quintum respondeo nullam esse differentiæ rationem siue filia nupta sit, & dotem acceperit, siue nuptura & dotem acceptura sit. Patrem verò suæ obligationi satisfecisse, legando ei dotem, cùm viuens non potuit eam collocare.

CAPVT XXVI.

Statutum loquens de dote data, an locum habeat in dote promissa?

Mihi quoque videtur statutum de dote data locum habere non posse in dote promissa, sicut Bartol. docet in l. iubemus. §. sanè. num. 7. C. de sacrosanct. Eccles. cuius sententia communiter est recepta, vt per Rolan. de lucro dotis, quæst. 6. & Oias. decis. Pedem. 21. Non quia id probetur in § penult. in Auth. de non elig. secun. nub. quoniam ibi vnus coniugum dedit, alter non dedit, quæ causa est, vt locum non habeat pactum de lucrando, respectu eius qui non dedit. Non etiam per text. in d. §. sanè. quia Bart. ibi declarat optimè, nihil facere pro hac sententia: sed quia aliud est dare, aliud promittere, vt patet ad sensum, licèt quantum ad aliquos iuris effectus, non ignorem aliquando paria esse dare vel promittere, l. vlt. C. ad leg. Falc. & quantum ad actionem. l. qui actionem, de reg. iur.

Sed argumenta Socini Iun. diluenda sunt, in rubr. sol. matr. nu. 52.

Primum est, quia ratio statuti militat etiam in dote promissa. Respondeo id negari posse, sed dato quòd militaret eadem ratio, non debet fieri extensio: Iste enim non est casus omissus, sed exclusus à statuto. Cùm enim requirit dotem esse datam, rectè colligi potest, promissionem non sufficere. Sic videmus orationem D. Seueri, quæ traditionem requirebat, locum non habere in promissione, l. Papin. vbi Glo. in verb. donationem. ff. de donat. inter vir. & vxor. licèt eadem ratio militare videatur in donatione re non tradita. Vtroque enim casu adest voluntas donatoris perseuerantis vsque ad mortem, iuxta l. Cùm hic status, ff. eod. tit.

Secundum argum. eſt ex communi vſu loquendi, ſecundum quem verba ſunt exaudienda, l. liberorum. §. quod tamen Caſſius. de leg. 3. Hic autem videtur eſſe communis vſus loquendi, vt mulier dicatur dotem habere, cum ei promiſſa eſt. Reſpondeo hunc communem vſum loquendi probandum eſſe, quia de eo minimè conſtat: & debet adeſſe tempore ſtatuti conditi, vt inde colligi poſſit ſtatuentes ad illum reſpexiſſe.

Tertium argum. ſumitur ex doctrina Salic. in l. ſi conſtante, C. de donat. ante nupt. vbi docet, ſtatutum diſponens, vt ſoluto matrimonio morte vxoris vir reſtituat tertiam partem dotis, locum ſibi vendicare in dote promiſſa, licèt verbum *reſtituat*, videatur requirere dotem datam ac numeratam eſſe. Reſpondeo argument. ex authoritate doctoris non eſſe neceſſarium, ſed probabile, & nullas vires habere contra communem opinionem: Sed & Salic. reprobat Ruin. conſi. 197. lib. 1.

Quartum argum. Non debet eſſe melioris conditionis mulier quæ dotem promiſit, & non dedit, quam illa quæ dedit. Sed eſſet melioris conditionis, ſi ſtatutum deferens lucrum dotis datæ non haberet locum in dote promiſſa: ergo, &c. Reſpondeo id eſſe imputandum viro, qui pacto ſibi non proſpexit circa lucrum dotis promiſſæ, vel quia dotem ſibi ſolui ac numerari à principio non curauit, vel quia promiſſam non exegit.

CAPVT XXVII.

Vtrùm ſoluto matrimonio dos propriè dicatur, antequam ſit ab vxore recuperata?

COmmunis eſt Doctorum ſententia in rub. ſolut. matrim. dotem propriè dici ſoluto matrimonio, priuſquàm ſit ab vxore recuperata. Caſtren. ibi in prin. Alex. nu. 24. Socin. n. 10. Aret. in prin. Iaſ. nu. 9. Coraſius nu. 12. Soci. Iun. nu. 5. Ab hac ſententia receſſerunt Ripa ibi nu. 70. Alciat. n. 46. Ruin. n. 257.

Communis ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primus ex d. rub. ſolut. matrim. quemadmod. dos petatur. Apparet enim dotem appellari etiam ſoluto matrimonio. Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, rubricam ſe referre ad id quod fuit. Nam dos fuit conſtante matrimonio, quæ eo ſoluto, largè ac impropriè dos dicitur.

Secundum eſt ex l. etiam, ff. de fundo dotal. vbi etiam dirempto matrimonio fundus dotalis intelligitur. Reſpondetur hoc intelligendum eſſe fictè & impropriè, vt denotat verbum, *intelligitur.*

Tertium ſumitur ex l. ſi marito. §. 1. ſolut. matr. vbi dicitur pecuniam in dote eſſe ſoluto matrimonio, & idem probatur in l. ſi pater ignorans, cod. tit. Reſpon. non aliud probari his textibus, quam actionem de dote competere ſoluto matrimonio: ex quo non ſequitur non eſt, dotem eſſe ſoluto matrimonio. Nam & poſt aditam hæreditatem competere dicitur hæreditatis petitio, quæ impropriè dicitur hæreditas, vt not. Doct. in l. 1. §. Veteres, de acqui. poſſeſ.

Quartum argum. eſt ex legibus quibus dos appellatur matrimonio ſoluto, l. ſi cum dotem. §. 1. & 2. l. filiæ. l. filiafam. ſolut. matr. l. Titio centum. §. Titio genero, de cond. & demonſt. l. vn. §. Tractat. C. de rei vxor. actio. §. Fuerat, Inſtit. de actio. Reſpon. impropriè dotem appellari habita ſcilicet relatione ad tempus, quo matrimonium erat, & conſequenter dos verè dicebatur.

Quintum eſt ex l. ſi conſtante, §. 1. ſolut. matrimonio. ibi, *vt ex die adita patris hæreditatis incipiat ei dotis exactio.* Reſpon. vt ſuprà non eſſe bonam conſequentiam, dos ſoluto matrimonio exigitur, & tunc competit actio, igitur eſt dos propriè: quia petitio dotis datur poſt aditam hæreditatem, quæ tamen hæreditas adita non eſt propriè hæreditas, vt ſuprà dixi.

Cõtrariæ ſententiæ argumenta ſunt iſta. Primum dos non poteſt eſſe ſine matrimonio, l. 3. de iure dot. l. vlt. C. de don. ante nupt. ergo ſolu. matr. non dicitur dos. Reſpon. dotem eſſe non poſſe ſine matrimonio, ſcilicet præſenti, vel prę terito, ita Bar. in l. ſi marito. §. 1. ff. ſol. matr.

Secundum ſumitur ex l. 1. §. pen. ff. de vſuc. pro dote. Vlp. *Cæterùm ſi ceſſat matrimonium, Caſſius ait ceſſare vſucapione: quia dos nulla ſit.* Reſp. illa verba, *ſi ceſſet matrimonium*, ſic intelligenda, id eſt, ſi nullum fuerit matrimonium contractum. Nam & ceſſare dicitur, quod non incipit, l. 3. C. de iuris & fact. igno. l. ſi is à quo, ff. vt in poſſeſſ. leg. l. ſi ſeruus communis meus. de ſtipul. ſer. l. ſi procurator §. Mandati actio. ff. mand. l. ergo. §. planè, de fideicom. liber. l. quires. §. Aream. ff. de ſolut.

Tertium argum. Soluto matrimonio morte mariti, dominium rei dotalis tranſit in vxorem l. in rebus, C. de iur. dot. Ergo dos eſſe non poteſt, quia cum reliquo vxoris patrimonio vnita eſt. arg. eorum quæ not in l. 1. §. Veteres, de acq. poſſeſſ. vbi hæreditas adita, non dicitur hæreditas. Reſpon. imò tūc verè dotem eſſe, cùm & actio competat de dote. & priuilegia dotibus cõceſſa tunc maximè locũ habeant: nam dos non eſt ita incorporata cum patrimonio reliquo ſicut hæreditas adita, ſed dotis actione repetenda eſt: quare abſurdum videtur dicere, cam peti actione de dote, & non eſſe dotem.

Quid dicendum? videbatur prima facie verior ſententia contra communem. Primò quia

quia vbi res caret effectu, debet etiam carere nomine. c. admoneic. 33. q. 2. Sed soluto matrimonio dos caret effectu, quia matrimonii oneribus non inseruit: ergo debet etiam carere nomine.

Secundò, quia fructus dotis spectant ad maritum, l. pro onerib. C. de iur. dot. Soluto autem matrimonio ad vxorem spectant, l. si marito §. vlt. solut. matr. ergo soluto matrimonio non est dos propriè.

Tertiò, quia non videtur congruè respõsum ad d. l. 3. de iur. dot. vbi generaliter dicitur: *Neque enim dos sine matrimonio esse potest. Vbicunque igitur nomen matrimonij non est, nec dos est.* Hac generali regula videtur contineri etiam casus noster: quando matrimonium est solutum; quia tunc matrimonium non est, ergo nec dos est.

Quartò, quia non videbatur sufficienter responsum ad l. 1. §. penult. ff. pro dote. Illa enim verba, *si cesset matrimonium*, videbantur accipienda de matrimonio contracto, sed dissoluto: quoniam suprà I. C. locutus fuerat de matrimonio constante. Confirmatur hæc interpretatio, quia si nullum sit contractum matrimonium, absurdum est dubitare, an vsucapio pro dote locum habeat. Adde, quòd paulò suprà dixerat text. ante nuptias contractas non habere locum vsucapionem pro dote, vt non non sit verisimile ferè idem repeti illis verbis: *Cæterùm si cesset matrimonium*

Sed istis nil morantibus amplector communem sententiam, eo potissimum argumento, quòd soluto matrimonio cum de dote actio incipit, tunc priuilegia dotis procedunt. Implicat ergo contradictionem, quòd non sit dos.

Ad primum argumẽtum respondeo, dotem non carere effectu matrimonio soluto, quia mulier potest iterum nubere. Prætereà iam deseruiuit oneribus matrimonii. Cõtraria locum habent, vbi res semper caruit, & caret effectu.

Ad secundum respondeo, licèt fructus dotis soluto matrimonio spectent ad mulierem, non tamen infertur non esse dotem: dos enim est: sed aliter de ea leges disponunt constante, aliter soluto matrimonio.

Ad tertium respondeo, generalem illam regulam, vbi non est matrimonium, ibi non est dos, intelligendam esse, vt notat Bart. in d. l. si marito. §. 1. sol. matr. vbi non est, nec vnquam fuit matrimonium; vt sic leges legibus concordentur.

Ad quartum, cõcedo non rectè fuisse responsum ad d. l. 1. §. pen. pro dote. Verus enim sensus est, *si cesset matrimonium*, id est, si matrimonium contractum quidem fuerit, sed non valeat. Nam textus subdit: *Idem scribit, etsi maritus putauit esse matrimonium, cùm non esset*, quamuis dicat, non esse vsucapionem pro dote, cum matrimonium cessat, id est non valet marito hoc sciente: & idem esse quando non valet, marito existimante illud valere. Et quòd ista verba *si cesset matrimonium* significent matrimonium inualidum; adfero textum in l. si concubina. ff. de actio. rer. amotar. illis verbis: *Et consequenter dicemus, vbicunque cessat matrimonium, vt puta in ea, quæ tutori suo nupsit, vel contra mandata conuenit, vel sicubi alibi cessat matrimonium, cessare rerum amotarũ actionem.* Quibus verbis perspicuum est denotari matrimonium inualidum, contra leges cõtractum. Sic igitur accipiendus est text. in d. l. §. penul. vt dotis vsucapio non procedat, matrimonio inualido existente: qui, vt mihi sanè videtur, verus & genuinus sensus illorum verborum est.

CAPVT XXVIII.

Dos recuperata, an dotis nomen retineat?

Dotem soluto matrimonio recuperatam suum nomen amittere communis est Doctorum sententia, in rubr. solut. matr. Castr. ibi in princ. Ias. num. 10. Alciat. colũ. pen. Soci. iun. nu. 62.

Fundamentum est in leg. vlt. C. commun. vtriusque iud. vbi dos ad patrem reuersa soluto matrimonio, dicitur effecta paternæ substãtiæ, sicut hæreditas adita, non dicitur amplius hæreditas, sed proprium hæredis patrimoniũ. l. Sed etsi plures. §. Filiofam. ff. de vulg. Et dote recuperata, cessat de dote actio: ergo & nomen ipsum dotis, arg. l. Fundus. §. Toties. de fundo dot.

Sed contrarium docuit in rub. sol. mat. Visitarinus nu. 26. Io. Campeg. tract. de dote. qu. 3. Io. Coras. in l. qui liberos. nu. 44. de ritu nupt. Alex. consil. 166. nu. 2. lib. 5. Ias. in cons. 204. n. 3. lib. 2.

Primum argumentum est ex l. Si socius pro filiã. ff. pro soc. vbi dos appellatur, quæ recuperata fuit.

Secundum ex l. Filiæ dotem, C. de colla. sed nihil facit.

Tertium ex l. Si cùm dotem, §. 1. ibi, *Dotem exactam soluto matrimonio.* & in l. si marito. §. 1. eod. & in l. cùm post. prope finem, de administr. tut.

Quartum ex rub. sol. mat. ex l. 2. eod. titul, ex l. etiam, de fundo dotali. Sed nihil faciunt, quia non loquuntur de dote recuperata.

Quintum argumentum est, quia, vidua dicitur in eodem matrimonio permanere, §. So-

luto igitur, in Authen. de nupt. l. vlt. C. de bonis matern.

Conciliari possunt opin. hoc pacto. Dotem propriè non esse, quæ iam recuperata est: quia nec inseruit t nc, nec forsitan in futurum inseruiet oneribus matrimonii, sed dotem appellari, quia fuit iam dos, & esse potest, si mulier iterum nubat. Sic insulam appellamus, quæ iam fuit, l. Insula, in. fin. de a. qu. re. dom. ibi. *cum agrum qui in insula fuerat, insulam appellari.* Sic & reliquiæ præteritæ dignitatis cōsiderari solent. l. vlt. ff. de decurion. & memoria prioris domini, l. Vnius. §. Seruus. ff. de quæst.

CAPVT XXIX.

Statutum disponens, mulierem non posse testari nisi de tertia parte dotis: vel mandans eam de dote testari æqualiter inter liberos primi & secundi matrimonij, an locum habeat in vidua?

Communis est sententia, eiusmodi statutum locum habere etiam in vidua: Bald. in l. 1. C. vnde vir & vxor. & ibidem Dec. & Ias. Paul. Castr. in ru. sol. matr. & ibidem Ripa n. 72. vbi testatur esse communem sententiam. Socin. sen. ibi n. 15. Socin. iun. n. 74. Alciatus n. 53 Coral. in l. Qui liberos, n. 46. de rit. nupt. Sed contrarium post alios quosdam docuit Ruin. in d. rubr. n. 270.

Fundamentum communis sententiæ positum est, primò in communi vsu loquendi: totum est, vidu... habere do em: Sed lemus enim dicere, viduas habere dotem... bene respondet Arec. id ex facto pendere, & incertum esse, ac proinde non supponendum, sed probandum.

Secundò in l. vlt. C. commun. vtriusque iud. & in l. Filiæ dotem, C. de collat. vbi dos dicitur posteaquam recuperata est, & exacta, ad effectum collationis faciendæ, quæ ob æqualitatem inducta est, l. Illud, l. vt liberis. C. de Collat. Ergo similiter dos dici debet ad effectum statuti disponentis, vt æqualiter dos relinquatur filiis primi & secundi matrimonii.

Tertiò in l. Etiam ff. de fundo dotal. vbi etiam soluto matrimonio fundus dotalis intelligitur.

Quartò, quia vidua dicitur in eodem matrimonio perdurare, l. vlt. C. de bonis matern.

Quintò, quia ratio statuti militat in vidua, ne sexus fragilitate inducta, de dote testetur ad filiorum suorum præiudicium Et vt æqualitas seruetur inter omnes liberos, quæ legibus maximè curæ est, & grata, l. Cùm pater §. Euictis. de leg. 2. l. penult. C. de collat. Ergo, & in vidua statutum debet locum habere, l. Illud, ad leg. Aquil.

Vltimò, quia statutum extenditur ad casum, qui sub larga verborum significatione continetur, l. Filium habeo. ff. ad Maced. Continetur autem sublata dotis significatione etiam dos exacta, l. Si socius pro filia, ff. pro socio.

Fundamentum autem contrariæ sententiæ illud est potissimum, quia dos non dicitur, postquam est à muliere recuperata, sicut nec hæreditas dicitur, quæ iam apprehensa est, l. Sed etsi plures. §. Filio. de vulg. ergo non verificatur qualitas à statuto requisita; vt scilicet dos sit, eo tempore quo mulier testatur, iuxta regul. l. In delictis. §. Si extraneus. ff. de noxalib.

Respondent Dec. & Iason locis annotatis id procedere, cùm hæreditas est liberè apprehensa ab hærede, hoc est, absque onere restituendi, secus si cum onere restituendi: tunc enim etiam post apprehensionem remanet hæreditas: toto tit. ff. & C. ad Trebel. Sic igitur & in dote dicendum videtur, vt viduarum retineat suum nomen; quia non liberè ad vxorem reuertitur, sed cum onere statuti, vt vtrumque de ea disponat mulier secundum formam statuti, & non aliter.

Quæ responsio Soc. iun. non placuit, num. 75. quia cùm hæreditas alteri restitue da est, id contingit ex voluntate testatoris ita disponentis. Sic autem non constat mentem statuentium fuisse, vt statutum viduas quoque ligaret: hoc est enim illud, quod ponitur in controuersia, & consequenter non videtur pro certo esse supponendum: & idem dixit Ruin. in rub. sol. matr. n. 280.

Respondet igitur Socin. iun. vbi supra, qualitatem hanc à statuto requisitam adesse tempore, quo mulier testatur: quia dos recuperata saltem largè dicitur dos, d. l. socius pro filia. ff. pro soc.

Secundò, quoniam in vidua cessat ratio statuti. Illa enim ratio fuisse videtur, ne mulier à viro seduceretur, vt iniquum faceret de dote sua elogium. Hæc autem ratio cessat mortuo marito: ita Ruin. in d. rubr. solut. matrim. num. 276. & ante eum Ias. in d. l. 1. C. vnde vir & vxor. Cui argumento minimè satisfacere potest Decii responsio ibidem, dum ait, statutum fuisse conditum, vt æqualitas inter filios seruaretur: Nam hæc ratio pertinet ad statutum Mutinense, non autem ad statutum Senense. Respondet Socin. iun. statuti rationem consistere in fauore filiorum, & in mulieris fragilitate: noluisse enim statuentes de mulieribus confidere, in actu testandi

ſtandi de dote, & hæc ratio locum habet etiam in vidua.

Mihi ſententia communis veriſſima videtur: quia negari non poteſt, quin & ſtatuti verba, & eius ratio etiam in vidua locum obtineant. Verba quidem, quia etiam dos recuperata, ſaltem largè, dicitur dos: *vt diximus in præcedenti cap.* Mens verò ſtatuti, quia fuit ita decretum, ne mulieres, quarum conſilium ſatis regulariter infirmum eſt, l. 2. ad Velleia. malè & imprudenter de dote teſtando diſponerent. Quæ ſi rectè perpendantur, argumenta facilè diluentur, quæ Rui. in medium attulit in hac diſputatione, & quæ optimè refellit Soc. iun. vbi ſupra.

CAPVT XXX.

Vtrùm maritus putatiuus habeat legis beneficium, vt non teneatur, niſi in quantum facere poteſt?

SI matrimonium non conſtiterit, errore intercedente, quod noſtri putatiuum vocant, mulier in bonis viri quaſi priuilegium habet pro dote opinata. l. Si cum dotem. §. vlt. ſolut. matr. l. Si ſponſa, de iure dot. æquum eſt enim eam ad priuilegium admitti, licèt nullum matrimonium ſit contractum, l. 2. §. vlt de priuileg. cred. Intereſt enim Reipublicæ, & hanc ſolidam conſequi, vt ætate permittente nubere poſſit, inquit Paulus in l. 3. ff. eod. Verùm quod attinet ad maritum, ceſſare videtur hæc ratio: quamobrem ille non lucratur dotem ex pacto inito. l. 1. C. de condict. ob cauſ. ſed totam reſtituere tenetur, vt reſcriptum eſt in ca. 1. de donat. inter vir. & vxor.

Quæ cùm ita ſint, facilè adducor ad opinandum nullum marito in hac opinata dote competere priuilegium: vt ſcilicet non teneatur niſi in quantum facere poteſt, iuxta text. in l. maritum ſol. matr.

Etenim vbi matrimonium non valet, fructus non lucratur: ſed eos reſtituere tenetur, niſi in oneribus mulieris fuerint abſumpti. l. in inſulam. §. Fructus. ff. ſol. matr. Licèt alias eos lucretur, l. Pro oneribus. C. de iur. dot. Nec locum habet vſucapio pro dote. l. 1. §. vlt. ff. pro dote. Nec competit dilatio, alias conceſſa ad dotem reſtituendam, Gloſſ. in l. Vn. §. Exactio. verſ. Reſtituendis C. de rei vx. act.

Et in puncto, de quo agitur, hoc eſt, in marito putatiuo, non eſſe ei hoc indulgendum, vt teneatur in quantum facere poteſt, communis eſt Doctorum ſententia, quam & ipſe ſequor, in rubr. ſolut. matr. & in c. 1. de donat. inter vir. & vxor. Communem hanc eſſe ſententiam teſtantur in dict. rubr. Pariſius num. 24. Socin. iun. nu. 83. in 1. parte. licèt ipſi contrariam fuerint amplexi, nec non Ruin ibidem n. 149.

Primò, quia mulier habet priuilegium in hac dote putatiua; ergo, & maritus, vt æqualitas ſeruetur. Reſpon. negando conſequentiam, propter rationis diuerſitatem, quæ eſt inter maritum & vxorem. Vxorem enim ad priuilegiũ admitti æquum fuit, vt ætate permittente nubere poſſit, l 3. de priuil. cred. quæ ratio ceſſat in marito.

Secundò, quia priuilegium hoc, ne teneatur maritus, niſi in quantum facere poteſt, conceſſum eſt ob reuerentiam, quam vxor illi debet, l. Vn. §. Cùm autem, C. de rei vxor. act. quæ reuerentia ei debetur, licèt matrimonium non valeat. Reſpondeo, ſumma ratione id negari poſſe, tantam reuerentiam exhibendam eſſe marito putatiuo, quanta debetur vero marito.

Tertiò, quia filij nati ex matrimonio putatiuo ſunt legitimi, c. penult. qui filij ſint legit. Reſpondeo, iſtud eſſe fauore prolis, qui non militat pro marito.

CAPVT XXXI.

Vtrùm dos ſit ius vniuerſale?

COmmunis eſt ſententia, dotem eſſe ius vniuerſale. Bart. in rubr. ſolut. matr. n. 17. Iaſ. n. 28. & alij magis communiter, vt teſtatur Ripa, nu 43. & Soc. iun. n. 20 in 3. p. Nat. conſ. 650. nu. 7. D. Cephal. conſ 365 n. 39. Menoch. conſ. 21. n. 25. lib. 3.

Fundamentum eſt in l 1. verſ. Sed quod diximus, de dote prælег. ibi: *Sed ad vniuerſitatem erit referendum:* & in l. Quod dicitur, ff. de impenſ. in rebus dotalib. ibi. *Nõ enim ipſo iure, corporũ, ſed dotis fit diminutio.* Et quia recipit augmentum & diminutionem, ſicut cætera iura vniuerſalia, veluti hæreditas, peculium, & ſimilia, l. 5. §. Sed ſi impenſis. l. Si marito. §. vlt. ſolut. mat. l. etiam C. de iure dot. l. Hæred. l. Nihil aliud, de reg. iur. l. Peculium naſcitur, de pecul. Et hanc ſententiam ego quoque ſolitus ſum ſequi & aliis confirmare, & replicare ad ea, quæ pro reſponſione ad ſupradicta afferri ſolent.

Sed contrariam ſententiam habuerunt Bald. in l. 1. ff. ſol. matr & clarius in l. ff. ſol. matrim. & clarius in leg. vltim. C. de ſent. quæ ſine cert. quant. Bald. Nouel. de dote. pa. 2. in prin. Caſtren. Cuma. Alcia. Socin. Iun. & Crot. in rubr. ſol. matr.

Primò quia leges dicunt dotem dari, l. Dedit dot. de collat. bon. Vendicari, l. in reb. C. de iure dot. Sequeſtrari, l. Si cum dot. §. ſin ante ſolut. matr. Hæc autem nõ conueniunt iuribus incorporalibus, l. Seruum § incorporales, de ac-

quir.rer.dom. Respon. ista dici habito respectu ad res in dotem datas, quæ sunt corporales. Sic quoque dicimus hæreditatem restitui, l. Restituta, ff. ad Treb. licet sit incorporale ipsum ius hæreditatis, vt Inst. de rebus corporalibus, & incorp.

Secundò, quia extractis corporibus particularibus ius vniuersale manet, l. Hæred. etiam. de pet. hæred. l. Pecul. de pecul. Dos autem, extinctis corporib. extinguitur, l. Plerumque. de iure dot. ergo non est ius vniuersale. Respons. argu. procedere in vniuersalibus quæ sine corporib. ab initio produci possunt, veluti est hæreditas, d. l. Hæreditas etiam: At dos à principio non est nisi aliquid detur. Non obstat l. peculium: quia hoc tantùm dicit, peculium manere licet exhaustum sit ære alieno, si corpora in eodem statu remaneant.

Tertiò ius vniuersale continet actiones, tam actiuè quàm passiuè, l. Hæred. appellatione, l. Pecuniæ, de verb. sig. Dos autem æs alienum non recipit, l. Cùm res, C. de donat. Respondeo non recipere æs alienum, quia maritus non repræsentat personam mulieris, sicut hæres personam defuncti: & sic est diuersa ratio.

Quartò, quia dos potest consistere in vna re, etiam minima, l. Neratius. de relig. & sumpt. ergo non potest esse ius vniuersale. Respondeo. etiam peculium in vna re consistere, l. Depositi. §. Peculium. l. Peculium, de peculio.

Quintò, si hæreditas fuerit vendita, & vna res euicta, non tenetur emptor de euictione, l. 2. de hæred. & act. vend. Secùs in dote, leg. Vnic. §. Et vt plenius. C. de rei vxor. act. l. 1. C. de iure dot. vbi tamen distinctio adhibetur. Respondeo, licèt in hoc hæreditatis naturam non imitetur, non tamen inferri posse, quòd non sit ius vniuersale: quia necesse non est, vt species contentæ sub vno genere sint eiusdem naturæ.

Sextò, quia Falcidia resecat legatum dotis, sicut cætera legata particularia, Glos. in l. Tali. de iure dot. Respondeo istud accidere propter corpus legatum, quod est particulare, & æstimatur in ratione legis Falcidiæ: Ipsum enim ius dotis vniuersale non venit in ratione legis Falcidiæ.

Septimò iura vniuersalia sumptibus non minuuntur, l. Cogi. §. Inde quæritur, ad Treb. Dos autem minuitur sumptibus necessariis, l. quod dicitur, ff. de impens. in rebus dotalibus. Respondeo non hoc dici in d. §. Inde quæritur: sed quod ex iure vniuersali corpus deduci non potest, vt ibi declarat optimè Castrens.

Octauò, si dos esset ius vniuersale, deberet esse apud maritum: sed non est apud maritum, l. Etiam si putauit. §. Sed q Marcellus, de peti. hæred. Respondeo, imò esse apud maritum: potest enim conueniri actione vtili, vt ibi dicitur, licèt non directa: At istud nihil refert, cùm vtraque actio eiusdem sit potestatis, & eundem habeat effectum, l. actio. de neg. gest.

CAPVT XXXII.

Libellus generalis vtrùm in dote procedere, & admitti debeat?

NOn puto libellum generalem etiam in dote admittendum, secutus Castr. & Cuman. in rubr. nostra. Bald. & Salicet. in l. vlt. C. de sent. quæ sine cert quant. Moueor ex regula generali, quæ negat libellum generalem admittendum, quia talis debet esse libellus, vt ex eo deliberare possit reus, an velit cedere, vel contendere, l. 1. & ibi notant Bartol. & alii, ff. de edend. Excipio facti speciem, quæ habetur in l. cùm post § gener. de iure dot. & in l. 5. C. eod. Scio communem in cōtrarium esse. Bar. in rub. solut. matr. colum. penul. Ripa nu. 47. Soc. iun. num. 31. & in 3. part. Sed vt me terret authoritas communis sententiæ, ita parum mouent argumenta.

Primum est, quia vniuersalibus iudiciis admittitur libellus generalis, vt per Bartol. in d. l. 1. ff. de edend. Respondeo, in iis iudiciis hoc procedere, in quibus certum est, quid sub iure vniuersali contineatur, vt puta in hæreditate: Certum est enim in ea cōtineri omne ius quod defunctus habuit, l. nihil aliud, de verb. signi. At est non certum, neque iure determinatū quanta sit dos, vnde nec dotis promissio incerta valet. l. 1. C. de dotis promiss.

Secundum argu. est ex l. vlt. C. de sent. quæ sine certa quantitat. proferunt. ponderando in illa facti specie sententiam ideo fuisse nullam: quia duplex erat incertitudo, vna respectu libelli, altera quid maritus accepisset, quamobrem inquit Bartol. si vna tantùm fuisset incertitudo propter libellum generalem, sententiam fuisse valituram. Quod confirmat Socin. senior in dict. rubr. solut. matrim. perpendendo in casu dictæ leg. vltim. sententiam fuisse ab alio iudice confirmatam. Si enim nulla fuisset ob libelli incertitudinem, non potuisset ab alio iudice confirmari, c. cùm dilecti, de emptio. & venditio. Sed respondeo decision. illius textus fundari in ea ratione, quoniam incertum erat, *quod accepisset, quantumque ab eo peteretur:* Hoc est, nec libellus certam quantitatem continebat, nec in processu facta erat liquidatio quantitatis dotis. Namque inter omnes constat, libellum generalem & obscurum valere, si fiat liquidatio in illo vel

in alio

in alio iudicio: vt docent in rubr. ſolut. matr. Alexand. n.31. Alciat. n.30. Socin. iun. n.35. Ioan. Campeg. de do. par. 1. quæſt. 4. Ergo cauſa nullitatis fuit libelli incertitudo. Ad confirmationem Soc. ſen. reſpondeo, negando in ca u dict. l. vlt. ſententiam fuiſſe ab alio iudice confirmatam: Nam textus dicit ab alio iudice certam ſententiam probatam fuiſſe: An autem ſuper eodem, vel ſuper alio libello, textus non declarat. Adde quod ſi fiat liquidatio in proceſſu, tunc generalis libellus ſuſtinetur: vt ſuprà dixi paulò antè. Nec volo ſententiam, quam firmari procedere, eo caſu quo fit liquidatio.

Tertium arg. eſt, quia valet libellus quo legitima petitur generaliter, vt tradit Iaſo. in rub. ſolut. matr. adducens Bald. in c. conquerente, de off. ord. Reſpondeo legitimam eſſe certam: eſt enim triens, vt in Auth. de triente & ſemiſſe: dotis verò quantitas incerta eſt. Sunt & alia quædam, ſed leuiora ſanè argumenta, quàm vt egeant confutatione.

CAPVT XXXIII.

Si duo instrumenta hypothecæ proferantur eodem die contracta, vnum fiſci, alterum priuati ex titulo oneroſo, vtrum, in dubio, præſumatur prius?

VAriæ ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Primò eorum qui dixerunt, præſumendum eſſe inſtrumentum fiſci prius, *Bald.* in l. ſi debitor. Cod. de priu. fiſci, Soc. ſen. in leg. 1. nu. 6. ſol. matr. & ibid. Iaſon. n. 4. Ripa n. 4. Bald. Nouel. de dote part. 9. in priu. Neguzan. de pign. in 2. part. 2. membr. nu. 17. qui communem teſtatur. Couuar. var. reſol. lib. 1. c. 16. n. 2. Peregrinus de iure fiſci, lib. 6. tit. 9. n. 2.

Primò quia fiſcus eſt creditor priuilegiarius, leg. 1. & 2. Cod. de priuil. fiſci: vbi etiam quod à pari procedit cum dote. Reſponderi poteſt id procedere in caſibus iure expreſſis, quia regulariter vtitur iure priuatorum, leg. quod placuit, de iure fiſc. Gloſ. in leg. item veniunt, §. in priuatorum, de petit. hæred. Quod verò dicitur fiſcum & dotem pari iure cenſeri, ſic eſt accipiendum, prout loquitur d. l. 2. vt nimirum, fiſcus prior tempore, in hypotheca, præferatur mulieri, & è conuerſo: non autem habet hunc ſenſum, quòd omnia priuilegia, quæ mulieri competunt in dote, concedantur etiam fiſco: id patet: nam mulier præfertur in tacita hypotheca omnibus, etiam anterioribus, l. aſſiduis. Co. qui potio. in pig. hab. Fiſcus autem non: vt patet ex l. 1. C. rem alienam gerentes, &c.

Secundum argum. eſt ex l. ſi is qui. ff. de iure fiſci. Reſpondetur in textu rationem adferri, illis verbis, *præuenit enim cauſam pignoris fiſcus:* declaro: Si duobus priuatis bona futura obligentur, ambo concurrunt in pignore, l. 7. §. 1. ff. qui pot. in pign. hab. fiſcus autem hoc in caſu præfertur: ratio eſt, vt declarat Antonius Faber lib. 2. coniect. c. 10. quia eo ipſo quod contrahit, hypothecam habet. l. aufertur. §. fiſcus. eod. tit. alter verò non alias quàm finito perfectoque contractu, cuius ea eſt acceſſoria: Hæc eſt igitur legis ſententia, fiſcum præueniſſe cauſam pignoris: quia antequam contractus priuati perficeretur, cui hypotheca accedit, fiſcus iam abſolutè, & ſimpliciter hypothecam acquiſiuit contrahendo. Sed certè non obligantur bona præſentia, & futura, niſi contractus perfectus ſit, ex quo hypotheca huiuſmodi deſcendit; ideò non placet hæc interpretatio Antonii Fabri. Placet igitur magis hoc eſſe conſtitutum fauore, & priuilegio fiſci: vt nimirum fiſcus præferatur anterioribus creditoribus in bonis poſtea quæſitis & verba illa, *præuenit enim pignoris fiſcus* non eſſe præteriti temporis, ſed præſentis: quaſi dicatur, fiſcum præuenire ſolere in eiuſmodi bonis poſtea quæſitis pignoris cauſa, ſicut rectè explicat ibi Bartolus, ſecùs in antea quæſitis: l. ſi fundum. Cod qui pot. in pign. habeantur. Ratio adferri poteſt, quia fiſci hypotheca eſt legalis: hypotheca verò priuati, eſt conuentionalis: ideo ſi concurrunt, æquum eſt præferatur legalis: quia lex potentius operatur, quàm homo: priuſquàm enim bona poſteà quæſita eſſent, hypotheca priuati non erat creata: quia res quæ nondum eſt, hypothecæ ſubiecta eſſe non poteſt: Eo autem momento temporis, quo bona acquiruntur, deducitur ineſſe hypotheca tàm fiſci, quàm priuati: ſed præfertur hypotheca fiſci, cùm ſit à lege creata, priuati verò hypotheca, ab homine.

Tertium argumentum eſt ex l. 1. Cod. de iure fiſci lib 10. Reſpondetur loqui quando priuatus habet cauſam lucratiuam ex donatione: fiſcus autem, cauſam oneroſam. Præterea reſpondetur, ibi fiſcum intentionem habuiſſe rectè fundatam, quia probauit ſuam obligationem: quare aduerſarius, qui dicebat bona ſibi fuiſſe donata ante illam obligationem, meritò probare debuit.

Quartum argumentum eſt, quia dotis cauſa præfertur creditoribus anterioribus. l. aſſid. Cod. qui potio. in pignor. & ſemper & vbique præcipua eſt. leg. 1. ff. ſoluto matrimonio, & hoc propter publicam vtilitatem, ergo ſimiliter & fiſcus præferri debet, quia in eo vertitur publica vtilitas. Reſponderet, in fiſco agi de re priuata ipſius Imperatoris, leg. vnic. §. vlt. m. Cod. de caduc. tollen. leg. 2. ff. ne quid in loco publ.

Quintum argumentum est, quia si probationes sint pares in causa vertẽte inter fiscum, & priuatum, sententia pro fisco est ferenda, te cundem Specul titul. de teste. §. postquam. n. 7. Alexand. in l. 2. n. 2. ff. solut. matr. & si duæ sint contrariæ sententiæ, præfertur ea quæ fisco fauet. Specul. vor sup. Iaf. in l. 1. n. 37. solut. matr. Respond ista legibus non probari, & alios contrarium docuisse. Menoch. de Præsumpt. lib. 2. præsump. 72. videlicet, n. 13. 14.

Altera sententia priuati instrum. præsumi alterius: Authen sunt Bartol. in l. non puto, ff. de iure fisci. Mathesil. not. 71. Alexand. in l. 2. n. 2. sol. matr. Ias. consil. 99. lib. 1. Alciat. reg. 3. Præsumpt. 41. alios quosdam citat Soc. iun. in l. 1. n. 17. sol. mat.

Fundamentum est in l. non puto, de iure fisci, & in l. 1. C. de secund. nupt. & in l. vn. §. vlt. C. de cad. tollen. Respond. quantum attinet ad Legem, Non puto, non aliud ibi velle Modestinum, quàm illum delinquere, qui in dubiis quæstionibus contra fiscum pronunciauerit. Nã olim sub malis principibus grande piaculum habebatur fisco non fauere, vt patet ex Plinii Panegyrico ad Traianum: *Quæ præcipua, inquit, tua gloria est, sæpius vincitur fiscus, cuius mala causa nunquam est, nisi sub bono Principe.*

Quod autem attinet ad alias leges, nihil aliud volunt, nisi Principem non iuuare lucris fiscalibus, nec eorum rationem habere in legibus condendis pro Reipublicæ vtilitate.

Tertia est sententia Menoch. de præsump. lib. 2. præsumpt. 72. nu. [illegible] in arbitrio esse iudicis pronunciare vel pro fisco, vel pro priuato: quẽadmodum cùm inter priuatos res agitur, in arbitrio iudicis est pronunciare pro actore vel pro reo. Sed non placet hæc sententia: quia tale arbitrium iure non est concessum Iudici, sed debet iudicare secundum leges, & constitutiones, & iuris regulas, non autem pro suo arbitrio & libitu.

Quarta sententia est aliorum, quos refert, & sequi videtur Socin. Iun. in l. 1. num. 29 & 35. hoc in casu neutri prærogatiuam esse concedendam, sed idem seruandum, sicut quando inter duos priuatos res agitur: nam & tunc quid sit iure constitutum habetur, in l. si fundus. §. si duo. ff. de pign. & per Neguz. de pig. 1. memb. 5. partis. n. 43.

Hæc sententia mihi verissima videtur, quia cùm nullum hoc in casu priuilegium fiscus habere conspiciatur, consequens est, vt iure communi priuatorum vtatur, sicut regulariter vti debet, *vt dixi suprà.*

CAPVT XXXIII.

Quid iuris, cùm inter mulierem de dotis hypotheca agitur, & fiscum, in specie proposita in capite præcedenti.

ALii præferendam esse mulierem dixerunt: alii fiscum & mulierem æquo iure censeri. Prioris sententiæ authores sunt Bald. in l. dotis. C. de iure dot. & in l. ad exactionem. C. de dotis promiss. Ias. in l. 1. n. 37. solut. matr. Socin. ibi num. 15. Ripa, num. 16. Socin. iun. num. 36. Parif. num. 14. Neguz. de pign. 2. membr. 3. part. num. 167. Alciat. de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 41. Couarr. variar. resolut lib. 1. cap. 16. num. 6. Menoch. de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 72. num. 18. Peregrinus de iure fisci. lib. 6. titul. 6. num. 33. Posterioris autem Salicet. in l. 1. Cod. de priuileg. fisci. Bald. Nouell. de dot. part. 9. priuileg. 1. Hercul. in l. 1. solut. matr. numero 15. Huius posterioris fundamentum est in l. 1. Codic. de priuileg. fisci. & quia dos, & fiscus parificari videntur in priuilegiis, argum. § bis cõsequens. in authen. de æqual. dot. iuncta l. quod quis, de priuileg. credit. Prioris autem sententiæ præcipuum est fundamentum, quia mulier videtur habere maius priuilegium, quàm fiscus: Nam fiscus non præfertur anterioribus creditoribus hypothecam tacitam habentibus, l. 1. Cod. rem alien. ge. cu. l. vlt. in ff. qui potior. in pign. habean. mulier verò præfertur, l. assiduis. C. qui potior. in pign. hab. Sed hæc argumenta tam prioris, quàm posterioris sententiæ non admodum vrgere videntur, quia dos & fiscus æquo iure censentur, quatenus ad hoc, vt qui prior est tempore, potior sit iure, ita loquitur l. 1. C. de priuileg. fisci. sed hic constat, vter sit prior tempore. Quod verò mulier habere videatur maius priuilegium quàm fiscus, id non facit, vt fisco sit præferenda, quia maiora priuilegia habet, cùm inter eam & creditores contentio est, ita loquitur d. l. assiduis. secus si cum fisco contendat, d. l. 1. de priuilegio fisci.

Existimo tamen in hoc articulo pro muliere dotem exigente litem esse dandam, potioremque eius causam iudicandam: quia regula iuris docet, in ambiguis, pro dotibus respondere melius esse, l. in ambiguis. de regul. iur. At in proposito casu ambigua res est, an prius confectum fuerit instrumentum dotis vel fisci. Contrà in fisco habemus, non delinquere eum, qui in dubiis iuris quæstionibus contra eum facilè pronunciauerit, l. non puto. de iure fisci. Excipe causam primipilarem, quæ mulieri præfertur, l. 4. Cod. in quibus caus. pig. tacitè contrahat.

CAP.

CAPVT XXXIV.

Priuilegium dotis tacitæ hypothecæ, & prælationis, an transeat ad mulieris hæredes, vel ad patrem, vel ad cessionarium?

TRactat hanc quæstionem fusè & accuratè Baldus Nouell. de dot. part. 12. in princ. & Docto. in rubr. sol. matr. fere non est operæpretium: quia res hæc videtur mihi apertissimis iuris testimoniis decisa.

Priuilegium tacitæ hypothecæ ad hæredes mulieris transire indicat text. in l. vnic. §. illo. C. de rei vx. act. ibi: *Si decesserit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum mariti cedat, &c. sed ad mulieris hæredes ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur.* Hæc autem natura est stipulationis huius, vt rei tacita insit hypotheca, d. l. vnic. §. & extraneum. ibi: *Parenti enim tacitam ex stipulatu actionem damus.* Si enim habet parens priuilegium tacitæ stipulationis, consequens est, vt illud habeat cum sua annexa tacita hypotheca, l. assiduis. Cod. qui pot. in pig. habean. ibi: *Sancimus ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote restituenda dedimus, cuique tacitam donauimus inesse hypothecam*, idem habet. in §. fuerat, Inst. de act. ibi, *Sed & tacitam dedimus hypothecam.* Ad hæredes non transit priuilegium prælationis, nisi sint filii mulieris, d. l. assiduis. vers. except. Cod. qui potiores. Cæteri non habent hoc priuilegium, Iustinia. Nouel 91. vt exactio. instante dotis, &c. *Non enim aliis dedimus dudum, & damus hoc priuilegium, aut hæredibus, aut creditoribus, sed solis filiis.* Idem in Nouella 61. ad finem. *Omnibus priuilegiis doti datis in sua firmitate manentibus, quando mulier mouerit: aliis enim omnibus, præter mulierem, huiusmodi priuilegia, nec ex antiquo dedimus, neque nunc damus.* Idem in §. fuerat, Inst. de act. *Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cùm ipsa mulier de dote sua experiatur, cuius solius prouidentia hoc induximus.* Pater igitur non habebit hoc priuilegium prælationis; quia nullus alius præter mulierem, & eius filios habet.

Sed quid in cessionario mulieris? mouet, quia cessionarius fisci, priuilegio gaudet tacitæ hypothecæ, l. vlt. c. de priuileg. fisci, contra vrget, quòd soli mulieri, & non creditoribus eius hoc priuilegium indultum sit. Sed verba legis captanda non sunt: quid enim si mulier cedat ad sui commodum, & vtilitatem iura sua, & mulieris intersit cessionarium gaudere priuilegio, quia totum eiusdem mulieris commodo cedat? nónne idem respondendum, quòd se ponderetur si ipsa mulier ageret, & de de dote experiretur? sic puto, aliàs secus.

CAPVT XXXV.

Vtrùm mulier pro dote hypothecam habens in bonis viri ius præferatur creditoribus anteriorem hypothecam expressam habentibus?

TRes sunt Doctorum sententiæ hac de re: prima est communior, mulierem præferri creditoribus habentibus tacitam anteriorem non autem expressam hypothecam anteriorem, Glos. & Bartol. num. 6. in l. assiduis. C. qui potior. in pign. habeant. Ripa in l. 1. num. 1. ff. solut. matrim. Socin. Iun. ibidem num. 105. qui alios citat.

Altera, mulierem præferri omnibus creditoribus anterioribus, etiam expressam hypothecam habentibus, ita olim Martinus Glossator, quem multi alij secuti fuêre, Bolog. hic numer. 174. Mynsig. cent. 4. obs. dixi lib. 1. controuersiarum. c. 99.

Tertia est sententiæ, mulierem habentem expressam hypothecam posteriorem præferri creditoribus habentibus anteriorem expressam: secùs autem si mulier habeat tacitam hypothecam: ita Angelus in Authen. de æqual. dotis §. his consequenter. Aretin. in l. 1. colum. 5. ff. solut. matrimo. alios citat Parisius ibidem num. 2. vbi etiam refert Neguzan. & alios, qui ab hac sententia recesserunt, negantes mulierem præferri creditoribus expressam anteriorem hypothecam habentibus, siue ipsa expressam habeat, siue tacitam.

Sed videamus argumenta: primum argumentum prioris sententiæ: qui prior est tempore, potior est iure, c. qui prior, de reg. iur. in 6. sed prior est tempore creditor qui expressam habet anteriorem hypothecam, ergo potior esse debet.

Secunda, lex faciliùs suum auxilium aufert, quàm illud quod ex nostra prouisione nobis competit; vt notat Gloss. magna in l. fine apud acta. C. de transact. arg. l. filiusfam. §. exit. ff de fideicom. libertat.

Tertium argumentum, fiscus & mulier paribus iuribus censentur, l. 2. C. de priuil. fisci & tamen fiscus non præfertur creditoribus anterioribus expressam hypothecam habentibus, l. si pignus. ff. qui potior. in pign. hab. ergo neque mulier præferri debet.

Quartum sumitur ex l. Vbi adhuc. C. de iure dotalis verbis, *Sed ita posse eam easdem res vendicare, vel à creditoribus posterioribus, vel ab aliis, qui non potiora iura legibus habere noscuntur.*

Quintum argumentum est ex l. in rebus.

Cod. cod. quatenus ibi constitutum est, mulierem præferri omnibus anterioribus creditoribus absolutè, in rebus quas ipsa in dotem dedit. Videtur enim inferri posse, secus dicendum si præferri velit in rebus propriis viri sui, quæ sunt ei obligatæ: non enim anterioribus expressam hypothecam habentibus præferenda esse videtur.

Sextum argum. sumitur ex l. assiduis. C. qui potior. in pign. hab. vbi constitutum est, mulierē in dote præferri anterioribus creditoribus, qui priuilegio sunt vallati: isti creditores priuilegiarij sunt, qui tacitam hypothecam habent, non qui expressam.

Fundamentum verò alterius sententiæ positum est in l. Assiduis. Cod. qui pot. in pign. habean. quatenus ibi nulla distinct. adhibita Iustinianus constituit mulierem, etiam præferendam omnibus creditoribus anteriorem hypothecam habentibus. Et quia mulier præfertur in sua hypotheca creditori qui mutuauit in refectionem, § His consequens, in Authen. de æqual. dotis. Talis verò creditor præfertur omnibus aliis creditoribus habentibus anteriorem expressam. l. interdum. ff. qui pot. in pigno habean. Si ergo vinco vincentem te, multò magis vinco te, l. de accessionibus. ff. de diuer. & temp. præscrip.

Tertiæ autem sententiæ fundamentum est in d. l. Assiduis, & in l. Moschis, ff. de iure fisci: & in l. Est differentia. ff. quib. mod. pignor. vel hyp. contrah. Et quia facilè posset eludi constitutio d. l. Assiduis, per hypothecam expressam anteriorē: & quia cùm mulier sibi prospicit de hypotheca expressā, tunc nititur non solùm legis auxilio, sed etiam prouisione propria, quare præferenda esse videtur creditoribus habentibus expressam: quia & illi nituntur propria prouisione: cui dotis fauor præferri debet, duplici funiculo nexus.

Mihi verò iuri magis consona videtur eorum sententia, qui affirmant, mulierem præferendā esse omnibus creditoribus hypothecam anteriorem habentibus, siue tacitam siue expressam: & moueor, quia hæc sententia maius habet & firmius fundamentum, quàm alia vlla: nititur enim l. Assiduis. C. qui po. in pig. habean. cùm aliæ nitantur leuibus argum. nec multum sanè probabilibus.

Quod attinet ad d. l. Assiduis, illa suffragatur huic sententiæ primùm in verbis quæ generalia sunt, & omnem hypothecam complectuntur: deinde in ratione sua quam prolixè ibi Iust. adfert, quæque conuenit etiam vbi creditor expressam habet hypothecam: Tertiò, quia si excipere Iustinia. voluisset hypothecam expressam, æquum esset id exprimere: quod facilè fieri potuisset: vt & alibi ipse argumentatur, in l. Vn. §. si autem ad deficientis. C. de cad. toll. Quartò, quia facilè illa constitutio eludi poterit, si expressa hypotheca non continuatur: facilè enim & sæpenumerò contingit vt creditores expressam hypothecam habeant, cùm tacita hypotheca in paucissimis casibus concessa sit.

Denique si nulla alia est lex, vel noua vel antiqua quæ distinctionem istam induxerit inter expressam, & tacitam hypothecam, cur nos, nulla lege, nulla veterum authoritate freti, audeamus nouam Iustin. constitutionem, noua quadam interpretatione coarctare? 29

Ad primum arg. contrariæ sententiæ respondeo, priorem esse tempore creditorem, sed mulierem præferri ex d. constitutione Imp. in l. si. assiduis. si argum. valeret, non deberet etiam præferri habentibus tacitam hypothecam, quod falsum est.

Ad secundum respondeo, regulam illam generalem & brocardicam non esse spectandam, cùm satis clara sit Imperatoris constitutio, in d. l. assiduis.

Ad tertium, negatur consequentia: nam pro fisco nulla extat constitutio talis, qualis pro muliere promulgata est in d. l. assiduis. Et quod dicitur fiscum, & mulierem æquiparari, locum habet quando inter eos est constitutio: ita loquitur d. l. non autem id ita accipiendum est, vt per omnia idē iuris habeat dos quod fiscus. Nam fauorabiliorem esse dotem, quàm sit fiscus, patet ex d. l. assiduis.

Ad quartum respondeo, l. vbi adhuc, antè fuisse editam quàm l. assiduis: & ideo mulier non habebat eo tempore prælationem, creditoribus anterioribus hypothecam habentibus, quod posteà emendatum est, in d. l. assiduis.

Ad quintum, negatur consequentia: nec enim tale argumentum sumi potest ex d. l. in rebus, ex quo repugnet d. l. assiduis.

Ad sextum respond. d. l. assiduis loqui generaliter de omnibus creditoribus, siue priuilegiatis, siue non: sicut ex verbis generalibus intelligi potest.

Non obstant illa verba, quibus dicitur eam præferri etiam anterioris temporis priuilegio vallatis, quia illa verba non significant priuilegium tacitæ hypothecæ, sed temporis. Nam qui prior est tempore potior est iure: id appellat ibi text. priuilegium, sed impropriè: quia iure communi sancitum est, satis esse priuilegium temporis, non autem tacitæ hypothecæ.

CAPVT XXXVI.

Dotis causa an possit diebus feriatis cognosci?

TRes sunt Doctorum sententiæ de hac re. Vna diebus feriatis (non tamen in honorem

norem Dei) expediri posse. Altera non posse. Tertia, videndum, an dos petatur, vt ex ea possint alimenta præstari, quia aliunde non suppetunt; & tunc etiam diebus feriatis tractari, expedirique posse, aliàs secus. Vide Castrens. Alexand. Socin. sen. & iun. num. 127. in l. 1 ff. solut. matrim. Ripam eodem in loco, num. 46. Paris. num. 22. Ruin. nu. 106 Bald. Nouell. de dote, par. 9. priuil 13. Et cùm nulla ex dictis sententiis aliquod habeat firmum fundamentum, excepta vltima, istam complector, cæteris reiectis Fundamentum hæc habet, in l. 2. ff. de feriis; vbi causa alimentorum à feriis excipitur, ergo, & dotis causa excipienda est, si ex ea quis alij debeat; quia dos loco alimentorum sit, nec aliunde suppetant: exemplum in l. si cùm dotem. §. sin autem in sæuissimo ff. solut. matrimon. Aliæ sententiæ iis nituntur argumentis: primum argument. est ex d. ct. l. 2. de feriis, argumentando de alimentis ad dotem. Respond. id procedere secundum supradictam distinctionem, cùm mulier non habet aliunde alimenta.

Secundum ex l. publ cas. C. de feriis. Resp. loqui de causis publicis principaliter, non secundariò, prout est dos.

Tertium argumentum: causa dotis dicitur pia, l. cùm is. §. si mulier. de condit. indeb. ergo non seruantur in ea feriæ, c. vlt. de feriis. Respon. tert. in c. vlt. loqui de causa pia propriè, & strictè.

Quartum argumentum: in Ecclesiasticis causis non seruantur feriæ, vt not. in c. vlt. de iud. ergo nec in causa dotis. Respond. nego consequentiam; neque enim dotis causa est Ecclesiastica, nisi quatenus ex matrimonio pendet, cuius cognitio pertinet ad iudicem Ecclesiasticum.

Quintum argumentum: feriæ non impediunt tutoris dationem, l. 2. de feriis: ergo nec dotis iudicium. Respond. negando consequentiam; quia illa causa non patitur moram propter pupilli necessitates; & non pertinet ad contentiosam iurisdictionem: hæc verò moram patitur, si non inde sit alenda mulier, & ad contentiosam iurisdictionem pertinet.

Sextum; quia causa dotis pendet ex matrimonio, & videtur esse matrimonialis: quæ expeditur sine strepitu, & figura iudicij. Clem Dispendiosam, de re iud. ergo, & diebus feriatis. Clem. sæpe, de verb. sign. Respon. d. Clem. dispendiosam, loqui de causis matrimonialibus, hoc est, vbi principaliter vertitur matrimonialis causa: Alterius verò sententiæ, quæ vult causam dotis cognosci non posse diebus feriatis fundamentum est, in regula iuris quæ prohibet causas tractari diebus feriatis, l. 1. & tot. tit. ff. de feriis l. vltim. C. eod. tit. Ab hac regula non reperitur causa dotis excepta, imò quòd sit cognoscenda more iudiciorum, indicant. l. 3. C. de dot s promiss. l. si mulier, l. si cum dote §. eo autem. ff. solut. matr. l. vnic. §. & hoc ex rei vxoriæ. C. de rei vx. act. Respon. id verum esse, nisi petatur dos, vt inde alimenta suppeditentur; tunc enim re ipsa non differt à causa alimentorum, ac proinde excipienda est à feriis, sicut causa alimentorum excipitur: in d. l. 2. de feriis.

CAPVT XXXVII.

Vtrùm causa dotis sit mixti fori, cùm principaliter agitatur?

Qvinque sunt potissimùm argumenta quibus persuadere quidam conati sunt dotis caussam esse mixti fori. Primum est ex c. 1. & 3. de donat. inter vir. & vxor. Quibus rectè respondetur, loqui de causa dotis incidenter deducta, & in consequentiam matrimonij & diuortij.

Secundum ex c. Nuper eod. tit. illis verbis: *cùm ecclesia dotes protegere teneatur viduarum.* Resp. non esse bonam consequentiam; tenetur Ecclesia protegere dotes viduarum, ergo Ecclesiasticus iudex adiri potest, tanquam ordinarius in causis dotalibus; satis enim Ecclesia protegere dicitur, si in subsidium, iudice seculari negligente, viduis iustitiam ministret.

Tertium est ex c. ex literis, de pign. Resp. non id velle ibi S. Pontificem, sed hoc tantum, mulieris dotem saluam esse, cùm viri sui bona confiscata sunt.

Quartum argumentum est, quia dos est causa pia. Respon. impropriè id esse, & ideo non gaudere priuilegiis piæ causæ.

Quintum, quia vidua est miserabilis persona. Respondeo nihil ad rem: nam miserabiles personæ sunt pauperes, & Ecclesia eas protegere solet: sed non hinc sequitur, viduas esse ita sub Ecclesiæ protectione, vt aduersarium trahere possint ad iudicem Ecclesiasticum contra iuris regulam, quæ dicit, actor forum rei sequitur. cap. Cùm sit, de foro compet. Alexan. in l. 1. solut. matrimo. existimat in terris Ecclesiæ causam dotis cognosci posse coram Ecclesiastico iudice, secus in terris Imperij: quia in terr s Imperij sex seruantur leges, quæ sine peccato seruari possunt. Et in terris Ecclesiæ S. Pontifex habet plenissimam potestatem. c. Causam quæ. c. Per venerabilem. Qui filij sint legitimi. Sed hæc sententia dubium non habet, quando S. Pontifex causam committit Ecclesiastico iudici, vel

vbi Iudex ordinarius loco à S. Pontifice constitutus (vt plerumque eſt) eccleſiaſticus eſt: Cæterum ſi ordinarius iudex loci laicus ſit, quem S. Pontifex conſtituerit, non video cur dotis cauſa coram ipſo agitanda non ſit: cùm nullus iuris Canonici locus proferatur, quo S. Pont. iubeat dotis cauſas principaliter motas, coram Eccleſiaſticis iudicibus cognoſcendas eſſe.

Tertia igitur Doctorum ſententia, quæ negat dotis cauſam etiam mixti fori, mihi veriſſima videtur: quia hæc regulis iuris eſt conſentanea: quibus cauetur cauſas temporales & profanas à iudicibus laicis eſſe cognoſcendas. His accedit text. in l. in contractib. in fin. C. de non num. pecun. qui iure Canonico correctus non reperitur: vbi conſtitutum eſt, in ſubſidiũ adiri poſſe iudicem eccleſiaſticum. Accedit etiam c. Ex tenore, de foro compet. illis verbis: *Mandamus quatenus, niſi ſit talis cauſa quæ ad Eccleſiaſticum iudicem pertinere noſcatur, ei ſuperſedere curetis, dummodò per iudicem ſæcularem ſuam poſſit iuſtitiam obtinere.* Et text. ibi loquitur de vidua. Vide in hac q. Dec. in authent. quod locum. C. de colle. Doct. omnes in l. 1. ſolu. matr. vbi Soc. iun. n. 132. Ripa n. 47. Pariſ. n. 86. Rui. n. 95.

CAPVT XXXVIII.

Vtrùm pater dotare teneatur filiam diuitem?

Communis eſt ſententia, patrem teneri ad dandam filiæ dotem, licèt ea ſit diues vt teſtatur Ripa in l. 1. num. 54. ſol. matr. Soc. iun. ibi n. 157.

Fundamentum eſt in l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. ibi: *Cogantur in matrimonium collocare & dotare.* & in l. vltim. de dotis promiſſ. illis verbis: *Neque enim leges incognitæ ſunt, quibus cautũ eſt omnino paternum eſſe officium, dotẽ vel ante nuptias donationẽ pro ſua dare progenie.* Vbi notandum text. loqui quando filia erat diues bonis maternis. Nec valet Alciat. reſponſ. libr. 8. Parergon. cap. 3. officium quidem paternum id eſſe, ſed non imponi neceſſitatem, ſicut dicit I. C. *Voluntatis & officij magis eſſe, quàm neceſſitatis commodare,* in l. In commodato. § ſicut ff. commod. Nam patrem cogendum eſſe, & conſequenter neceſſitatis id eſſe, non autem voluntatis, patet ex d. l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. Quæ replicatio melior eſt, quàm Duareni, ad officium tutorum & curatorum aliorúmque iudicum & magiſtratuum recurrentis, vt inde excludat neceſſitatem: in titul. ſolu. matrim. cap. 3. His accedit, dotem ſubrogatam videri loco legitimæ. l. Quoniam Nouel. C. de inoff. teſtam. legitimam verò filiis debitam eſſe, quantumuis locupletes exiſtant, vt in §. Aliud quoque capitulum, in auth. Vt cùm de app. cog.

Verùm iſtis non morantibus magis placet Bart. ſententia, negantis patrem obligatum eſſe ad dotãdam filiam diuitẽ in l. Mulier. §. Cùm proponeretur. ff. ad Trebell. ſequitur Duar. vbi ſupr. Alciat. in l. 1. n. 65. ſolut. matr. & alij quos commemorat ibid. Socin. iun. n. 157.

Fundamentum eſt, quia pater non tenetur alere filiam, quæ eſt diues. l. ſi quis à liberis, ff. de agn. lib. Ergo nec dotare: nulla eſt enim ratio diuerſitatis: quia ſicut pater tenetur alere, ita & dotare: ſed excipitur caſus, quo filius eſt diues, vt non teneatur pater eum alere: igitur & excipiendus eſt idem caſus, vt non teneatur dotare: eſt enim eadem æquitatis ratio, ergo idem ius, l. illud. ad l. Aquil.

Non nego patrem teneri ad quærendam conditionem filiæ, eámque matrimonio copulandam, nego eum teneri ad dandam dotem.

Non obſtant argum. contrariæ ſententiæ, nam ad l. Qui liberos. reſp. regulariter id verum eſſe, ſicut & regulare eſt patrem teneri ad alendum filium: ſed hunc excipimus caſum, quando filia diues eſt.

Ad l. vlt. C. de dotis promiſſ. placet illa reſpon. patrem in illa facti ſpecie non fuiſſe obligatum, quod illa verba ſatis indicant, quibus toties liberalitatis paternæ fit mentio in illa lege, nam in neceſſitatibus nemo liberalis exiſtit, l. Rem legatam, de adim. legatis. Confirmatur hæc interpretatio. Nam ſi pater in illa facti ſpecie fuiſſet obligatus, nulla erat dubitandi ratio, quin de ſuis bonis dotaſſe intelligeretur. Quod autem ibi dicitur paternum eſſe officium dotem dare, pro ſua progenie, ſic accipiendum, id eſt, regulariter & ſecundum iuris regulam: & hæc fuit ratio decidendi, quia pater ibi intelligendus voluiſſe dotare filiam ex ſuis bonis, licèt allegare potuiſſet ſe non teneri: cùm filia haberet bona materna: quæ ratio eſt cur Imp. toties dixerit, patris fuiſſe liberalitatem.

Quod autem dicebatur dotem loco legitimæ ſuccedere, & legitimam relinquendam eſſe filiæ, etiam ſi diues ſit, nihil mouet: quia eſt res longè diuerſa: ſic enim ſancitum eſt in ijs, quæ ad teſtamentum patrisfam. pertinent, vt filios ſuos debeat inſtituere hæredes, aut exhæredare ſi iuſtam cauſam habeat: non pariter lex, vt iniuria filij afficiantur præteritione, vel iniuſta exhæredatione: & hæc eſt ratio cur filio, etiam diuiti legitima ſit relinquenda: quæ ratio iniuriæ non æquè militat in dote: ſicut enim pater non dicitur iniuriam facere filio, aliunde haben-

habenti vnde ſe alat, ſi ei neget alimenta: ſic exiſtimo nullam facere iniuriam filiæ diuiti, ſi dotem ex bonis ſuis ei nõ dederit. Hæc ita eſſe nullum eſt euidentius teſtimonium, quàm quod ex verbis d.l. vlt colligitur, dum ait: *Liberalitas itaque talis maneat vera & irreuocabilis, vt & puro nomine liberalitas, & debitum ſuam ſequantur fortunam.* Hic vides appellari patris liberalitatem veram & irreuocabilem: ex quo apparet patrem donaſſe filiæ ſuæ dotem, volens paternum exequi officium, licèt non teneretur, quia filia habebat res maternas, ex quibus dotem conſequi ſufficientem poterat.

CAPVT XXXIX.

An Lex vltima, C. de dotis promiſſ. locum habeat vbi filia renunciauit maternis & paternis bonis, & quando pater dedit illi dotem computato omni eo, quod habere debet ex bonis maternis?

Circa hoc contrariæ ſunt Doctorum ſententiæ: Nam quod conſtitutum eſt in l. vlt. C. de dotis promiſſ. locum ſibi vendicare, etiam filia renunciante maternis bonis, deciſum fuit apud Afflict. dec. 178.

Sed contrarium ibi voluit Vrſillus, & deciſ. ſeq. nec non Crauetta & Stracha in adnotationibus conſ. 84. Similiter aliqui voluerunt; eandem Iuſtiniani conſtitutionem locum habere, etiam quando pater dotem filiæ dedit, vel promiſit, computato omni eo, quod filiæ debetur ex bonis maternis. Aliis pluribus in contrariam deſcendentibus, vt per Crauettam dict. conſ. 84. Soc. iun. in l. 1. ſol. matr. nu. 177. & nouiſſimè Menoch. de præſump. lib. 3. præſump 15 nu. 74.

Omnis difficultas in his q. explicandis, poſita eſt in verbis d. l. vlt. quæ ſic ſe habent: *Vbi autem ex rebus tam ſuis, quàm maternis, vel aliis, quæ non acquiruntur, vel ex ſuis debitis, dixerit ſe feciſſe huiuſmodi liberalitates, tunc ſiquidem penitus inopia tentus eſt, ex illis videri rebus dotem, vel ante nuptias donationem eſſe datam, quæ ad filios vel filias pertinent. Si verò & ipſe ſubſtantiam idoneam poſſidet, in hoc caſu, quaſi de ſuo patrimonio, dotem vel ante nuptias donationem dediſſe intelligitur.*

Nam qui ſentiunt in prædictis caſibus locum eſſe dictæ conſtitutioni, eo argumento nituntur, quòd nulla ſit differentia, ſiue dicat pater ſe dotare ex ſuis & maternis rebus filiam, ſiue eam dotare computato omni eo, quod ex maternis rebus filiæ debetur, ſiue filia maternis rebus renunciauerit: etenim fauore dotis, & ex aliis rationibus quæ in d. §. vltim. continentur, nihilominus pater cenſetur dotare filiam ex ſuis propriis bonis, ſi diues ſit. Nullam eſſe differentiam inde colligunt, quòd quando pater dicit ſe dotare ex ſuis & maternis rebus, procul dubio ſecundum verborum naturam, & iuris diſpoſitionem illa interpretatio adhibenda eſſet, vt partim ex paternis, partim ex maternis rebus filia intelligeretur eſſe dotata: & nihilominus vult Imp. filiam intelligi dotatam ex rebus paternis duntaxat, ſi pater idoneã habet ſubſtantiam. Igitur & in dictis caſibus idem videtur eſſe reſpondendum, licèt verborum naturæ, ac iuris regulis repugnare videatur.

Sed magis placet eorum ſententia, qui negant in ſuprà dictis caſibus locum fore dictæ conſtitutioni, quia valdè dura eſt, & rationi contraria: quamobrem & à Leone Imperatore Nouella 21. ſublata fuit: magis ergo videtur eſſe reſtringenda, quàm extendenda extra ſuos terminos & limites, l. quod verò, de legibus. nam certè non parum inter ſe differunt ſupradictæ formulæ verborum: cùm enim dicitur, computato omni eo, quod ex bonis maternis debetur, res eſt clariſſima, quòd pater vult filiam eſſe dote iſta contentam, loco bonorum maternorum, quando verò dat pater dotem ex ſuis bonis, & filiæ, ſumi poteſt interpretatio, quòd prius voluerit ex ſuis bonis dotem præſtari, deinde, ſi non eſſent ſufficientia, ex bonis maternis.

CAPVT XL.

Vtrùm auus paternus dotare teneatur neptem, quando filius eſt diues?

Exiſtimat Socin. ſen. in l. 1. nu. 45. ſolu. matr. quem ſequi videtur & Soc. iun. ibid. n. 190. auum paternum teneri ad dotandam neptem ex filio diuite: adductus in hanc ſententiam his argumentis.

Primò ex l. Dedit dotem. ff. de collat. bonor. ibi: *Quippe officium aut circa neptem, ex officio patris erga filium pendet, & quia pater filium, ideò auus, propter filium, nepti dotem dare debet.*

Secundò ex l. vltim. C. de dotis promiſſ. illis verbis: *Neque enim leges incognita ſunt, quibus cautum eſt, omninò paternum eſſe officium, dotem vel ante nuptias donationem pro ſua dare progenie.* Progenies videtur continere etiam nepotem, & text. loquitur in filia quæ habet bona materna: ergo idem erit in nepte, licèt habeat bona materna, & ſic diues ſit. Vnde ſic argumentatur Socin. ſi tenetur auus dotare neptem, licèt diues ipſa ſit, conſequens eſt, vt eandem dotare teneatur, licèt ipſius pater diues ſit.

ciuili adire non poterat, cùm institutio non valebat, honorario tantùm iure bonorum poſſeſſor efficiebatur : videlicet cùm à prætore admittebatur. Sed & is à noſtra conſtitut. rectè hæres instituitur, quaſi & iure ciuili non incognitus. Et in §. Posthumo quoque. Inſt. de leg. ibi : *Poſthumo quoque alieno inutiliter antea legabatur.*

Respondet vir Doctiſſimus ad primum, inſtitutionem poſthumorum non fuiſſe vnquam generaliter prohibitam, ſed tantum in quibuſdam caſibus, quos Iuſtin. noua ſua conſtitutione deleuit. Secundò, illa verba, *cùm inſtitutio non valebat*, non inferre poſthumum alienum incapacem fuiſſe, ſed tantum adire non potuiſſe, cùm non valebat inſtitutio: & ſic verba referri ad eum caſum, quo inſtitutio non valebat.

Ad alterum argumentum, illud habere locum in legatis, ex quibus ad hæredis inſtitutionem argumentari non licet, niſi hoc modo; Quibus legari non poteſt, his nec hæreditas dari poteſt; argum. autem aliter ſumi: ſcilicet legari poteſt iis quibuſcum teſtamenti eſt factio, ergo poſthumi alieni inſtitui non poſſunt: Secundò reſpond. ex d. §. Poſthumo. non probari aliud, quàm legatum inutiliter antea dari poſthumo alieno: non autem poſthumum incapacem fuiſſe, vel vetitum poſthumo legari. Sed vereor vt hæ reſponſiones præcellent. viri rectè conſiſtant. Nam quod attinet ad primum teſtim. certè verba text. clara ſunt, & generalem fuiſſe prohibitionem indicant, non autem in aliquo tantùm caſu: nam ſi in aliquo tantùm caſu poſthumi inſtitutio inualida fuiſſet, non dixiſſet Imp. *Si alienus poſthumus hæres fuerit inſtitutus, &c.* quæ verba generalia ſunt, aut certè indefinita, & ideò æquipollent vniuerſali, l. ſi plur. de leg. 2.

Nec obſtant illa verba, *cùm non valebat inſtitutio*; quia non eſt ſenſus tunc demum poſthumum alienum adire non potuiſſe, cùm inſtitutio non valebat, hoc eſt, eo in caſu, quo inſtitutio non valebat, hoc enim indubitatum fuiſſet: ſed verba illa cauſam continent, ob quam poſthumus adire non poterat; quia ſcilicet, inſtitutio non valebat, quod verum eſſe, patet ex verbis ſequentibus, quibus abſolutè, & non cum relatione ad certum caſum, dicitur noua conſtitutione poſthumum rectè inſtitui poſſe hæredem, quaſi iure ciuili non incognitum.

Ad alterum argumentum quod attinet, ex d. §. Poſthumo, non videntur etiam idoneæ reſponſiones; quia ita propriè ſumitur argumentum; Poſthumo alieno inutiliter antea legabatur, vt ibi dicitur; ergo poſthumus alienus inutiliter antea hæres inſtituebatur: nam legari illis ſolùm poteſt, cum quibus teſtamenti factio eſt, §. legari. Inſtit. de leg.

Porrò quod præſtantiſſimus vir ſcribit, non fuiſſe incapaces poſthumos alienos; item non fuiſſe vetitum, eos hæredes inſtitui, mihi veriſſimum videtur. Nam lex non aſſiſtebat inſtitutioni, ideò iure ciuili deſtituti erant poſthumi alieni, ſed à prætore admittebantur, quod non potuiſſet fieri, ſi a iure ciuili prohibiti fuiſſent capere hæreditatem. l. Non eſt ambigendum. §. vbicunque. ff. de bon. poſſeſſ. & ideò Imper. non dixit poſthumos alienos incapaces eſſe hæreditatis, nec prohibitum fuiſſe eos inſtituere: ſed ait inutiliter antea legabatur, & inſtitutionem non valuiſſe: quod eſt notandum in hac diſputatione, ne impingatur.

Fundamentum autem contrariæ ſententiæ præcipuum eſt in §. Poſthumus. Inſtit. de leg. vbi Imper. *Poſthumus autem alienus hæres inſtitui, & antea poterat, & nunc poteſt, niſi in vtero eius ſit, quæ iure noſtro vxor eſſe non poteſt.* His accedunt l. Poſthumus. de inoff. teſtament. l. 1. §. ſi filius, de ventr. in poſſeſſ. mittendo. l. pen. de leg. 1. l. 3. §. vtique, de ſuis & legit. iis legib. probatur poſthumum alienum incapacem non fuiſſe hæreditatis: nam ſi fuiſſet incapax non potuiſſet à prætore bonorum poſſeſſ. accipere, l. Non eſt ambigendum. §. vbicunque de bon. poſſeſ. Et quòd hæres poſthumus inſtitui potuerit, adferuntur l. Filius fam. de teſtam. §. Lucius, de lib. & poſthum. l. Poſthumus; de inoff. teſtam. l. eius dub. l. extraneo, de ventre in poſſeſ. mitten. l. 2. §. ſi filius, eod. tit. l. antiqui. ff. ſi pars hæred. pet. l. 1. §. vlt. eod. l. qui duos & l. vlt. ff. coniung. cum emancip. lib. His accedit poſthumum admitti ad hæreditatem iudicio famil. herciſc. l ſi hæres vnus ad fin. ff. fam. hercif. Iudicium autem famil. herciſcun. ciuile eſt, non prætor. l 1. ff. eod.

Verùm iſtis nil obſtantibus, communem ſententiam veriorem eſſe exiſtimo, nam quod attinet ad §. Poſthumus, Inſtit. de leg. certè opus eſt ad eam confugere ſolutionem, qua & veteres vſi ſunt, & recentiores, nimirum poſthumum alienum antea potuiſſe hæred. inſtitui iure prætorio ſuſpecto, vt ipſe Imp. docet, in §. 1. Inſtit. de bon. poſſ. alioqui manifeſta erit repugnantia. Confirmatur, quia non dicit Imper. antea iure ciuili inſtitui potuiſſe, ſed ſimpliciter inſtitui potuiſſe, neque enim ius ciuile id vetabat, ſed non adiuuabat: itaque iure ciuili adire non poterat hæreditatem, vt ait ipſe Imp. in d. § de bon. poſſeſ. Nam ſi per Iuſtin. conſtitutionem cognitus eſt iure ciuili, vt ibi dicitur, oportet dicere antea cognitum non fuiſſe.

Quod attinet ad teſtimonia quæ adferuntur

ad probandum, posthumum alienum incapacē hæreditatis non fuisse. Resp. id verissimum esse, sed tamen iure ciuili adire non poterat, verùm à prætore dabatur ei bon. poss. Non prohibuit ius ciuile, posthumum capere hæreditatem, sed nec iuuit eum, ideò rectè dicitur, si iure ciuili capere vetitus esset, nec bonorum possessionem petere potuisse.

Restat ut testimonia confutemus, quæ adferuntur ad probandum, posthumum alienum institui potuisse.

Ad l. Filiusfam. resp. loqui de posthumo in genere, non autem de alieno posthumo: cùm ergo aliquæ leges dicant institutionem alieni posthumi non valere, aliæ verò posthumum posse hæredem institui, promptum est iura iurib. concordare, ut quod dicitur posthumum institui posse generaliter, distinguendum sit secundum alias leges, l. Non est nouum, cum duabus seqq. legibus.

Ad l. Titius §. Lucius. de lib. & posthum. resp. ibi natum fuisse posthumum institutum, licèt testator id ignoraret: quare inspicitur, & prævalet quod in veritate magis est, quā quod in opinione testatoris fuit, ut rectè notat ibi Cuiac. vel ut dicebat Anton. Faber, lib. 9. coniect. iur. cap. 29. ibi dicit, iure factam videri institutionem, intelligendum est iure prætorio, quia parum refert quantum ad effectum tabularum testamenti, an iis hæreditas adeatur, vel bon. poss. petatur. l. Non putauit. §. Primo gradu. l. quod vulgo. de bon. possess. contra tab.

Quod attinet ad l. Posthumus, de inoff. test. illa loquitur de iure Prætorio, ut patet illis verbis: *quia & horum ab intestato possit bonorum possessionem accipere.*

Lex, Eius qui de hæred. instit. non loquitur de posthumi alieni institutione, sed de seruo eius qui nascetur, quia talis seruus certus est & existens in rerum natura, estque seruus hæreditarius qui capacitatem habet à testatore mortuo, ut rectè explicat Bolognet. in d. l. Gallus. num. 87. & constat aliquando per seruum nos acquirere posse, quod per nos ipsos non possumus. l. 1. de verbor. oblig.

Ad l. 6. & 7. de lib. & posth. resp. loca illa esse intelligenda secundum ius prætorium, vel secundum nouam Imperat. constitutionem, quia iure ciuili cogniti fuēre posthumi alieni ita ut hæredes institui possent, ut explicat ibi Gloss.

Ad l. primum. §. si filius, & l. extraneo, resp. loqui de bonorum possessione quam posthumus alienus à Prætore accipit, non autem de hæreditate iure ciuili adita.

Ad l. Primum, § vltim. & l. Antiqui. Respond. loqui de bonorum possess. prætoria, & sic cætera loca loqui manifestum est.

Quod autem dicitur competere iudicium Familiæ herciscundæ posthumo, rectè dicitur, sed lex allegata non loquitur de posthumo alieno: sed & bonorum possesso i vtile iudicium familiæ herciscundæ competere, certum est, l. 7. & ibi gloss. in verb. hæres. ff. familiæ hercisc.

CAPVT XLII.

Posthumus Galli Aquilij, fueritne suus, an alienus?

Posthumum Gall Aquilij alienum fuisse comm. est veterum Dd. sententia. Bartol. Bald. Castr. & aliorum, in commentariis l. Gallus, de lib. & posth. teste Socin. iun. ibi, nu. 20. 21. Fundamentum est in l. pen. de leg. 1. ibi: *Et obtinuit sententia Galli alienos quoque posthumos, legitimos nobis hæredes fieri.*

Sed posthumum hunc, suum, non alienum esse defendunt Cuiac. in d. l. Gallus & Duaren. nec non Alciat. ibi. & libr. 3. paradox. c. 2. Fundamentum est, quia posthumus alienus est, qui natus inter suos, hæres testatori futurus non est. § Posthumo, Instit. de leg. Sed posthumus Galli Aquilij natus inter suos, hæres testatori futurus est: igitur suus est non alienus. Sic enim Galli formula concipitur: *Si filius meus viuo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, siue qua neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, in quibus filius meus moreretur, natus natave erit, hæredes sunto.* Quib. verbis manifestum est, nepotem natum, hæredem futurum esse testatori, quia pater eius de medio sublatus erit: His accedit, quòd cùm iure ciuili posthumus alienus incognitus est, ut Instit. de bonor. possess. §. 1. & suprà diximus in præcedenti capite: non fuit in arbitrio I.C. Caij tale ius emendare, ac contrarium statuere. Erat enim eius munus iura interpretari, non emendare vel tollere. Et ad l. penult. respond. illam loqui de hærede legitimo, quia scilicet ab intestato vocatur, iuxta l. 1. §. penult. ff. pro socio. & consequenter non pertinere ad hunc posthumum Aquilij, qui ex testamento instituitur hæres.

Conciliari possunt hæ opiniones hoc pacto. Galli Aquilij posthumum esse nepotem testatoris: sic enim ait textus: *Gallus Aquilius institui posse posthumos nepotes, instituit.*

Dum autem quæritur, an talis posthumus sit suus, vel alienus, distinguo sic: si consideratur tanquam posthumus, procul dubio alienus est: quia si testamenti tempore nasceretur, non esset suus hæres testatori futurus,

turus filio: qui tunc viuebat, impediente: si verò consideratur vt posthumus inst tutus secundũ formam Galli, tunc est suus, non alienus, instituitur enim eum in casum, quo suus futurus est, patre mortuo: nec aliter Gallus facere potuisset, quia posthumus alienus, iure ciuili institui non poterat.

CAPVT XLIII.

Quo pacto testamentum, quo nepos instituitur secundum formam Galli, præmoriente filio, caducum non fieret.

Constat inter omnes, mortuo hærede ante testatorem, olim testamentum effectũ fuisse caducũ, l. Vnica §. pro secundo, C. de cad. tollend. quod cùm ita sit, quæritur quo pacto testamentũ secundum Galli formam cõditum, non fieret caducum mortuo filio hærede instituto, viuo testatore, & quatuor modis hoc accidere potuisse veteres responderunt. Primum si alius cohæres filio instituto datus esset: ex persona enim cohæredis potuit testamentum sustineri: ita Bald. in d. l. Gallus, quod meram continet diuinationem.

Secundò, per dationem substituti vulgaris: erat enim nepos filio vulgariter substitutus, l. Pater filium, de vulg & pupil. ita Barto. ibi: sed non rectè, quia textus ille loquitur de posthumo nato viuo testatore. Gallus autem de posthumo nato, mortuo testatore: vt animaduertit Iason in dicta l. Gallus. n. 75.

Tertiò, secundum comm. Imol. & Alex. in d. l. Gallus. propositum Galli fuisse, vt testamentum sustineretur, nec rumperetur natiuitate posthumi: de aliis casibus quibus rumpi poterat, non fuisse solicitum. Non satisfacit, quia nõ est verisimile, eum inuenisse modum sustinendi testamentum vna via, si altera via & ratione caducum efficeretur.

Quartò secundum Ias. in §. si detur filio substitutus. vel cohæres non purè, sed post mortem filij: sed hoc diuinare est.

Alij aliter. Vera ratio est, quam D. Ang. Spanochius attulit, quoniam lex caducaria locum non habebat in descendente & ascendente vsque ad tertium gradum. text. in l. Vnic. §. Et cùm lex. C. de cad tollend. Vlpian in fragment. Vlpian tit. 17. & seq. dixi lib. 4. controuers. cap. 76. in fin.

CAPVT XLIV.

Ad §. Et quid si tantùm. l. Gallus. de liber. & posthum. controuersiæ omnes: quarum prima quo pacto verum sit quod Gallus dicit hos casus non pertinere ad l. Velleiam, sed hæc ex sententia legis Velleiæ admittenda.

In explicatione §. Et quid si tantùm, occurrunt non parui momenti difficultates, de quibus inter Dd. est cõtrouersia: eas hoc & seq. capitibus ordine conabimur explicare. Prima est cur Gallus dixerit, hæc omnia ex sententia l. Velleiæ admittenda.

Communis veterum Glo. Accursij & aliorum interpretum schola docet, Galli Aquilij formulam suppleri per legẽ Velleiam, quæ omnes rumpendi testamenti casus complexa est. His consentiẽtia scribit Cuiac. in explicatione huius loci, dum ait: *quia vt lex Velleia viuo testatore agnascentibus posthumis, omnes casus rumpendi complexa est, ita putauit satis, iure antiquo, post mortem agnascentibus posthumis, comprehendi omnes casus.* Sed hanc sententiam impugnat Ant. Faber Coniect. iuris lib. 9. c. 3. eam ob caussam, quòd secundum caput legis Velleiæ, non ad posthumos pertineat, sed ad eos nepotes quĩ testamenti tempore iam nati essent, viuo adhuc eorum parente: Pertinent autem ad secundum caput legis Velleiæ verba illa: *Si suus hæres esse desierit:* ex quibus Accurs. & cæteri eum secuti, rationem illam deduxerunt. Omninò malè, inquit Fab qu a verba illa pertinent ad secundum caput legis Velleiæ, vt dictum est, in quo non agitur de posthumis, sed de nepotibus. Ipse deinum aliam adfert caussam: quia scilicet lex Velleia admittit institutionem posthumi, etiam alieni, etiam nati viuo patre. Omninò malè, meo quidem iudicio, nam sic ait text. in §. Nunc de lege Velleia: *Et bene verba se habent, si quis ex suis hæredib. hæres esse desierit, ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilij sententia diximus.*

Sed verba illa Galli Aquilij pertinent ad omnes casus, quos Scæuola docuit esse supplendos in formula Galli Aquilij. Tunc sic argumentor. Ergo pertinent etiam ad hunc casum, quem Scæuola supplet in forma Galli Aquilij, vt nimirum nepos succedat, siue filius moriatur, siue deportetur, vt in §. Et quid si tantùm. Si sic est, ergo communis interpretatio verissima videtur.

CAPVT XLV.

Secunda controuersia, quis sit sensus § Et quid si tantùm. l. Gallus. de lib. & posthumis.

Secunda controuersia est, quis sit sensus §. Et quid si tantùm? Nam Gloss. Bartol. & alij communiter ita exponunt, vt prouisio testatoris facta in vno casu, trahatur ad alium casum similem: sicut hic prouisio facta eo casu, quo moritur filius vel nepos, trahitur ad alium casum similem: quo deportetur, vel emancipetur, scilicet retenta Bartoli

diſtinctione, id locum ſibi vendicare in conditione neceſſaria ad actum, vel ad effectum actus: ſecus in volūtaria conditione, quæ in forma, vt loquuntur, pecifica impleri debet, l. qui duobus. §. Mæuij, de cond. & demonſtr. Conditio tamen neceſſaria ad actum, vel ad effectum actus, adimpleri poteſt per æquipollens, vt hic: quia hæc conditio, ſi filius moriatur, neceſſaria eſt ad hunc effectum, vt nepos ex eo naſciturus efficiatur ſuus: quamobrem ſiue morte naturali tollatur filius de medio, ſiue deportatione, ſiue etiam emancipatione amittat ſuitatem, locus erit conditioni, quæ veriſſima eſt doctrina non tam huic loco conſentanea, quàm aliis locis, l. Si ita. ff. quando dies leg. ced. l. 3 C. de inſtit. & ſubſtit. l. Mulier ad Trebellian. Sed contrariam ſententiam habuerunt recentiores quidam. Cuiac. hic & Duar. nec non Ant. Fab. lib. 9. coniect. c. 3. quib. adnumerari poteſt Alc. lib. 3. parad. c. 9.

Ne dixerimus (inquit Cuiacius) in caſum mortis factam inſtitutionem ad alios caſus trahi: nec enim is eſt huius §. ſenſus, vt hic Æmilius Perotus acutè animaduertit. Proferes quidem l. Si ita. quando dies leg. ced. vt oſtendas caſum mortis trahi ad caſum emancipationis, vel deportationis: qua de re extat conſtitutio Antonini in l. 3. C. de inſtit. & ſubſtit. ſed nihil ages: nam contra proferam ipſe l. ex ea. §. penul. de verb. oblig. l. Cùm pater §. hæreditatem, de leg. 2. in quibus caſus mortis non trahitur ad deportationem. Ius ciuile directum, & ſtrictū eſt, nec ſuppletur ſine certa lege, aut conſtitutione, &c.

Reſpond. ius ciuile admittere hanc interpretationem, quæ procedit de ſimilibus ad ſimilia, l. non poſſunt, de legib. non eſt ſupplere hoc, ſed interpretari voluntatem teſtantis, vt in exemplis allatis in l. 3. C. de inſtit. & ſubſtit. & l. Si ita. ff. quando dies leg. ced. & ſimilibus. Cùm enim apparet effectus quem teſtator reſpexit, optima eſt interpretatio quæ voluntatem eius extendit ad ſimilem caſum in quo idem effectus ſuccedat. Quod attinet ad leges contrarias quas ille citat, nihil obſtant, quia loquuntur de conditione omninò voluptaria, non autem neceſſaria ad actum vel effectum alicuius actus, vt puta, cùm quis ſtipulatur ſibi dari poſt mortem promiſſoris, hoc in caſu voluntaria eſt conditio: nec enim ad vllum effectum reſpexit ſtipulator, qui ex deportatione æquè obtineatur, quemadmodum ex morte naturali. Similiter & in §. Hæreditatem, mors naturalis in conditione eſt poſita ex voluntate teſtatoris, non ad effectum aliquem certum reſpicientis, ideò debet impleri in forma. Et hoc eſt etiam quod dicitur in l. commodiſſimè, de lib. & poſthumis. caſum omiſſum haberi pro omiſſo, quia ſcilicet caſus expreſſus non poteſt extendi ad omiſſum, ex voluntate defuncti reſpicientis effectum rei, qui æquè contingat in expreſſo caſu, ſicut in omiſſo:

Duarenus autem ſic ſcribit in commentariis huius. §. *Accurſiani aiunt hæc verba interpretantur, ſic enim aiunt: Si teſtator mentionē mortis fecerit in inſtitutione nepotis naſcituri, ille caſus expreſſus à teſtatore porrigitur ad alios caſus ſimiles, nempè deportationem, emancipationem, & ſimiles: & hinc colligunt hanc theſim: Prouiſionem factam à teſtatore, ad alium caſum ſimilē porrigi. Qui hoc colligunt ex verbis Scæuolæ, oſtēdunt ſe hoc omnino non intelligere. In legè hoc verum eſt, ſed interpretatio legis multum diſtat ab interpretatione teſtamenti. Dico, quòd ſi teſtator expreſſerit vnum caſum, niſi appareat eum de alio caſu ſenſiſſe, non producemus ad alium caſum: veluti ſi dixerit, ſi filius me viuo morietur, nepos qui mihi ex eo naſcetur, hæres eſto. Nātſi emancipatus fuerit, vel in inſul. deport. tamen nepos non erit hæres, &c.*

Sed quid reſpon. ad hunc §. Certè hìc loquitur Scæuola de formula Galli Aquilij: Formula Galli loquitur de teſtatore: teſtator inſtituit nepotem ſi filius moriatur: Hæc nepotis inſtitutio ſub conditione iſta, ſi filius moriatur, trahitur ad caſum quo filius deportatur vel emancipatur: ergo prouiſio ſeu diſpoſitio teſtatoris facta in vno caſu, trahitur ad alium ſimilem. At hoc fit ex ſententia legis Velleiæ, quidni? legis Velleiæ. & ſententiæ eius ratio, vnde colligitur? nónne inde, quia omnes caſus complexa eſt, quibus teſtamentum rumpitur: ad quem effectum, & teſtator reſpicit, cum Galli formula vtitur? Declaro. Teſtamentum rumpitur, ſi agnaſcatur ſuus hæres præteritus. Ne igitur rūpatur, nepos qui efficitur ſuus, patre ſuo de medio ſublato, inſtitui debet ſub dicta conditione. Ergo ſiue morte, ſiue deportatione, ſiue emancipatione, talis nepos ſuus efficitur, & iure ſuitatis rupturus eſt teſtamentum teſtatoris, prouiſio locum habet interpretatione porrecta ad iſtos omnes caſus. Sed hoc in caſu mens legis apparet, trahens teſtatoris diſpoſitionem ad caſus ſimiles, quando reſultat effectus à teſtatore conſideratus: cur non & aliis in caſibus idem erit obſeruandum? l. non poſſunt, de legibus.

Sed nihilo fœlicius Anton. Faber. ſic enim ait: *De illo itaque Scæuolam dubitare fatendum eſt, an poſthumus ita inſtitutus, ſicuti Gallo placuit, hoc eſt, ex ea cōditione, ſi filius meus viuo me morietur, vtiliter inſtitutus videtur, eodem filio nō mortuo, ſed vt deportato, vel ab hoſtibus capto: magis autem probat, vt vtiliter inſtitutus nepos videatur, an quod ex verbis formulæ Aquilianæ aut ex ſentētia Galli mortis caſum expreſſiſſe ſufficiat, vt ad ſimiles omnes trahi poſſit, quemadmodum vulgò creditur? minimè: conditionem enim*

nim quamlibet, præſertim quæ inſtitutioni adiecta ſit, præciſè, & , vt noſtri loquuntur, in forma ſpecifica impleri oportet, l. qui heredi. l. Mauius. de cond. & demonſt. & planè commentitia eſt illa Bart. diſtinctio, an conditio voluntaria ſit, an neceſſaria, ſiue ad actum, ſiue ad effectũ actus: cum ea conditio, quæ in formula Aquiliana exprimatur, ſit neceſſaria ad actum & validitatem inſtitutionis poſthumi nepotis: nec tamen poſſit adimpleri per æquipollens, etiã fatente Scæuola: ſi ſubtrahas interpretationem, quam ille ex ſententia legis Velleiæ mutuatur: idque & Bart. ipſe bene vidit, ſed hanc obiectionem ita diluit, vt dicat, non poſſe conditionem hanc adiectam inſtitutioni nepotis Aquiliani, ſi filius viuo auo morietur, impletam videri, ſi filius deportatus ſit, aut emãcipatus: quòd ea interpretatio eſſet contra legem, quæ alieni poſthumi inſtitutionẽ prohibet: Quaſi verò eo caſu, quo mors filij expreſſa eſt, permiſerit? Gallus autem permittere potuerit poſthumi alieni inſtitutionem, aut quaſi conditione ſic cõcepta, ſi filius meus me viuo morietur, videri debeat poſthumus inſtitutus in eum caſum. in quo ſuus erit potius, ſi conditio illa adſcripta eſſet, ſi filius meus viuo me deportabitur, aut ab hoſtibus capietur: quorum tamen omnium nihil certè dici poteſt. Ergo caſus mortis expreſſus in inſtitutione poſthumi nepotis nõ trahitur ad ſimiles, ſiue verba formulæ, ſiue mentem Aquilij, ſiue deniq; ſententiam teſtatoris reſpicias, quæ ex verbis concipi poteſt. Alia verò vera conditio eſt mortis, alia emancipationis, alia deportationis, caſúſque planè diuerſi ſunt, proinde non licet Iuriſconſulto caſum vnum ad alium porrigere: quia id demum ſupplere eſſet, non interpretari, l. Commodiſſimè, de lib. & poſthum. eſſétque in eam rem neceſſariũ reſcriptum Imper. manca prudentum poteſtate, vt in l. vlt. C. de poſth. hæred. inſtit. C. de inſtit. & ſubſtit. &c. Sic ille, qui in duobus redarguẽdus mihi videtur: primum dum Bart. citat. Nam Bart. poſteaquam expoſuit ſuam diſtinctionẽ & concluſit conditionem neceſſariam ad actũ, vel ad effectũ actus, adimpleri poſſe per æquipollens, & prouiſionem factam à teſtatore per modum conditionis neceſſariæ ad actum vel effectum actus, extendit ad caſum omiſſum: vt in hoc §. & in aliis legibus concordantib. Opponit ſtatim contra iſta, quia ſi vera eſſent, nõ erat opus lege Velleia, ad ſupplendum Gallum. ſunt hæc eius verba: *Opp. ad iſtud vlt. de hac lege in principio, vbi prouiſio facta de nepote, ſi naſcetur poſt mortem. nõ porrigitur ad caſum, quo naſcatur in vita: & tamen eſt neceſſaria conditio, &c. quod autem non ſubintelligatur, patet, quia Gallus ſuppletur per Velleium. Reſpond. ideo non ſubintelligitur, quia eſſet contra legem, quia poſthumus alienus non poterat inſtitui ſecundum hæc tempora.* Hæc reſponſio Bartoli optima eſt, & plena ſucci: nam ſic vult dicere: quia lex prohibeat poſthumi alieni inſtitutionem, meritò prouiſio Galli ſecundum quam poſthumus alienus inſtitui poterat, reſtringi debet ad ſuos terminos: non autem extendi decuit ſine legis authoritate contra legem expreſſam. At dicit Faber, abſurdũ eſt dicere, Gallũ ſtatuiſſe poſthumum alienum inſtitui poſſe contra legis author. id prohibentis: Reſp. Gallum non diſponere aliquid directè contra legem: nec enim id potuiſſet: ſed modum ac formam induxiſſe: quo id fieri poterat ſalua lege, qui modus ac forma non potuit extendi ad alios caſus, quibus lex prohibens lęderetur. Aſt Faber errat in eo, quòd putat hanc obiectionem, quam Bart. diluit pertinere ad § noſtrum, in quo quęritur, an formula Galli, quæ loquitur de morte filii, locum habeat in deportatione, vel emancip. Non eſt ita, quia obiectio pertinet ad eum caſum, quo nepos naſcitur viuo teſtatore, cùm Galli formula loquatur de nepote poſt mortem. Alter error eſt, negare Iuriſc. interpretandi facultatem, quę fit per extẽſionem: noſtri appellant extenſiuam interpretat. quam eſſe permiſſam indicat. l. Non poſſunt, de legib. vbi eſt eadem ratio, eſt idem ius, l. illud, ad l. Aquil. cum ſimili. de quibus habes ſexcenta loca apud Euer. loco à ratione leg.

CAPVT XLVI.

Tertia controuerſia, vtrùm filio iuſtè exhæredato nepos ex eo præteritus, rumpat teſtamentum, vel teſtamentum nullum ſit?

EXiſtimo nepotem præteritum in propoſita ſpecie non rumpere teſtamẽtum: cuius ſententiæ authores habeo, Gloſ. in l. ſi quis poſthumos. §. ſi filium, de liber. & poſth. & alios tres quos refert, & ſequitur Ant. Gomez. var. conſ. tom. 1. c. 11. n. 51 & Soc. iun. in l. Gallus. §. Et quid ſi tantum, de lib. & poſth. n. 1.

Fundamentum eſt inconcuſſum valde & ſolidum, in l. Filio præterito. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. teſtat. ibi: *Et dicimus teſtamentum non rũpi, cùm nec exhæredari huiuſmodi nepos debuerit ab auo, quẽ pater præcedebat:* & in l. ſi quis poſthumus. §. ſi filium, de lib. & poſth. vbi idem dicitur, & in l. illud. §. de bonor. poſſ. contra tab. & in l. Scripto. verb. Cęterùm ff. vnde lib. Et in l. ſi quis filium, C. de inoff. teſt. inducendo tribus modis: primò, quia Imp. de nouo conſtituit nepotes ex perſona patris ſui impugnare poſſe teſtamentum aui per querelam inofficioſi: quæ prouiſio non erat neceſſaria, ſi nepos ex perſona ſua rumpere poſſet teſtamentum. Secundò quia dicit Imp. nepotem, ante ſuam conſtitutionem, omni auxilio deſtitutum fuiſſe; ſi erat deſtitutus omni auxilio, quandò pater deceſſerat ante motam querelam iuſtam, ergo multò magis quando querela fuiſſet iniuſta: & ſi erat tunc deſtitutus omni auxilio, videtur dicere, i-

ipsum ex sua persona potuisse rumpere testamentum. Tertiò, quia decreuit tunc demùm nepotem admitti, quando exhæredatio patris non fuit iusta, & ingratitudo non probatur per scriptos hæredes: ergo ecùs, si exhæredatio sit iusta, tunc remanet nepos omni auxilio destitutus: & consequēter, ex sua persona non rumpit testamentum. His accedit, quòd nepotis institutio non est necessaria, cùm viuit pater eius. l. Inter cætera, de lib. & posth. § Ita demùm, de hæred. qu. ab intestat. def. ergo non potest rumpere testamentum. Præsertim, quia est eadem iur. regula, non posse testamentum ab eo rumpi, qui non succedit ab intestato: l. eum, qui vide, C. de inoff. testa. Sed nepos non succedit, quia pater eum præcedit: ergo non potest rumpere testamentum.

Contrariam sententiam amplexus est Bart. in l. Pater filiū. ff de inoff. test & in l. Si quis filiam C. eod & alibi, & alii quos refert Gomez. vbi suprà, & post Michael Grassus §. test. q. 47.

Argumenta sunt ista: primum excluso ab hereditate filio, admittitur nepos. §. Ita demum, de hæred. q. æ ab intest l. 1. §. quib. de succes. eo. Sed hic filius est exclusus, ergo nepos admittendus. Resp. maiorem propositionem locum habere in successione ab intestato: & ita loquuntur leges omnes, quæ huc adferri possunt: hic autem agitur de cau a testati.

Secundum arg. filius exhæredatus habetur pro mortuo: l. 1. §. sed si patronus. ff. de coniung. cum emanc. lib. ergo nepos succedit in locum eius. Resp. negando consequentiam.

Non enim habetur pro mortuo filius exhæredatus, ad hunc effectum, vt alius admittatur contra testamentum.

Tertium est, l. Si is qui. ff. de inoff. test. vbi sic ait I.C. *Si is qui admitteretur ad successionem, nolit, aut non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est, & placuit posse, vt fiat successioni locus:* Resp. text. loqui, quando simul cum filio exheredatus est etiam nepos, alioqui non haberet querelam, nec enim iure probatur, quod sæpè Bart. inculcat, nepotem præteritum habere querelam inoff test. eò quòd testamentum sustineatur, quasi preteritio ista, pro exheredatione habeatur, sicut minoris prætertio. Hæc enim principiis iuris repugnant, & nullo iure probantur, bona Bart. venia.

Quartum ex l. Pater filium. ff. eod. vbi exclusis filiis per exhæredationem, auus eorum admittitur ad querelam, qui est præstatoris. Respon. hæc esse dissimilia. Nam nepos ex filio coniungitur auo ex persona filii: ideò venit iure repræsentationis in locum patris: si ergo eum præcedat, non est locus repræsentationi. At auus venit iure proprio: filio enim succedit pater iure proprio: quare si filius Titii filios suos exhæredauerit, & sic excludantur, auus eorum non propterea censeri debet exclusus: quia proprio iure venit, non autem vigore repræsentationis.

Quintum argu. sumitur ex l 3. § si emanc. de bonor. poss. contra tab. vbi exclu o filio nepos admittitur ad bonor. poss. contra tab. Resp. I. C. loqui in illa facti specie, quando filius moritur viuo patre: tunc enim in eius locum intrat nepos, ac propterea exhæredatus rumpit testam. at nos loquimur, quādo filius patri superuixit.

Sextum est ex l. Gallus § quid si tantum. de liber & posth. vbi delictum patris non nocet filio respectu bonorum. Resp. text. loqui de filio, cui aqua & igni interdictum est, qui pro mortuo habetur, & non de filio exhæredato. E præterea loqui de filio, cui hæc, viuente patre contigerunt, ac proinde nepos in eius locū ingreditur: quod in quæstione nostra non accidit.

CAPVT XLVII.

Vtrùm si filius fiat monachus, locum habeat quod dicitur in l. Gallus.

QVarta controuersia est: Dicit text. in l. Gallus. si moriatur filius, institui posse nepotem, secundum formam Galli Aquilii: deinde in §. Et quid si tantum: id quod de morte naturali dictum est, extenditur ad mortem, quam vocant ciuilem, puta deportationem, aquæ & ignis interdictionem, & ad alios modos, quibus filius desinit esse suus: puta ad emancipationem. An & ad monachationem extendi debeat? Spec. tit. de statu monachorum quæstione fin. existimauit extendi posse: quia per ingressum Monasterii, capitis diminutio inducitur, & filius desinit in potestate patris esse: est enim mortuus mundo, & in potestate Abbatis constitutus, & se suáque omnia Deo dicasse dicitur, Auth. ing. essi. C. de sacros. Eccles. Hanc sententiam defendi posse dicebat Soc. Iun. in d. §. Et quid si tantum n. 19. Sed contrarium Soc. sen ibid. in princ. & Ias. n. 6. 7. Fundamentum est, quia dato quòd monachus patria potestate liberetur, retinet tamen iura suorum, l. Deo nobis, §. 1. C. de episcopis & cleric. ibi: *Nullo enim impedimento ex sanctimoniali conuersatione generando siue soli, siue cum aliis ad successionem vocantur.* Sed hoc argumentum nullius est momenti, quia emancipatus quod iura suorum retinet, l. Meminimus. C. de legit. hæred. & tamen emancipatio idem operatur in proposito nostro, quod mors naturalis filii. Ego video controuersiam esse inter Doct. an monachus liberetur patria potestate: sicuti videre licet ex Soc. sen. in l. 1. de vulg. nu. 25. & ex iis quæ dixi lib. 6. Con. cap. 14 & ab hac definitione pendet veritas huius articuli. Sed sicut ibi dixi, non

puto

puto monachum patria poteſtate liberari, ea ratione, quia teſtamentum antè ingreſſum monaſterii conditum infirmaretur, quod tamen falſum eſt: Probatur antecedens, quia capitis diminutione, etiam minima, rumpitur teſtamentum. in inſtit. quib. mod. teſtam. infirm. Sed emancipatio eſt capitis diminutio minima, inſt. de c. dimin. Ergo emancipatione rumpitur teſtam. Quòd autem non rumpatur, probatur ex Nouella de monachis, & Nouell. 76. vt dixi d. c. 4. lib. 6. c. Controuerſ. ad finem.

CAPVT XLVIII.

Quinta Controuerſia: Teſtator legauit vxori vſumfr. donec vidua fuerit, poſt eius mortem Sempronium ſubſtituit, mulier tranſiuit ad ſecundas nuptias: quæritur, an Sempronius ſtatim admittatur, non expectata morte vxoris, an verò demum ſecuta morte ipſius?

COmmunis eſt ſententia, ſtatim Sempronium eſſe admittendum. Io. And. ad Spe. de ſecund. nupt. in rubr. Ruin. & Bar. in auth. Hoc locum. C. ſi mulier, ſecundo nup. Fortun. Garzon. in §. & quòd ſi tantum. n. 101. Menoch. de præſum. 65. n. 10. Mantica de coniect. libr. 13. tit. 5. n. 5. Contrarium docuit olim Roma. in §. ſi quis honoris. ita, de acq hæred. Socin. iun. in d. §. Et quid ſi tantum poſt Rui. & alii ante, n. 67. Communis ſententiæ fundamentum eſt hoc, primum ceſſante cauſa dilationis, ceſſat dilatio, l. à filia. §. alumno. ff ad Treb. ſed cauſa dilationis huius, quòd Sempro. haberet vſumfruct. fuit vxor quam teſtator prætulit: Ergo ſi illa cauſa ceſſet, quia vxor amittit vſumfru. ob tranſitum ad ſecund. nupt. debet ceſſare dilatio. Hæc enim videtur eſſe mens teſtatoris, vt vxor & ſubſtitutus potiùs habeant, quam hæres ſcriptus in teſtamento. Confert text. in l. 5. C. de inſtit & ſubſtit. vbi conditio emancipationis adſcripta fuit, & filius ſuccedit, licèt non fuerit emancipatus, ſed pater fuerit deportatus, & ſic alio modo exierit patriam poteſtatem, extenſio enim fit ad caſum ſimilem, habentem eundem effectum. Fundamentum contrariæ ſententiæ eſt præcipuum, in l. vxori vſumfruct. villæ. de vſufr. vbi *Scæuola vxori vſumfr. villæ legauit, in quinquennium, à die mortis ſuæ: deinde hæc verba adiecit: & peracto quinquennio cùm eius vſusfructus eſſe deſinit, tunc eum fundum illi & illi dari volo. Quæſitum eſt, cum vxor intra quinquennium deceſſerit, an libertis proprietatis petitio iam, an verò completo quinquennio competat: quia peracto quinquennio teſtator proprietatem legauerat. Reſpondeo poſt completum quinquennium fundum ad libertos pertinere.* Solet etiam adferri, l. vxorem. §. honoris. de legat. 3. & quod verba teſtatoris repugnant, cùm tamen poſt mortem vxoris vocatus fuerit Sempronius. Sed reſpondeo mentem teſtantis præferendam eſſe, quæ pro Sempronio eſſe videtur ex ſupradictis. Ad l. Vxori. reſp. trib. modis, primò, quia ibi eſt dictio *tunc*, quæ denotat extremitatem temporis. l. 4. de cond. & dem. Secundò, quòd ibi erat tempus certum, nos autem loquimur de tempore incerto mortis vxoris. Tertiò, quia caſus loquitur in legato ſub conditione relicto: quod. n. relinquitur poſt alterius mortem, conditionale eſt, l Hæres meus, de cond. & demon. quæ cõditio cùm voluntaria ſit, non poteſt extendi ad alios caſus, ex doctr. Bar. communi d. §. Et quid ſi tantum.

Mihi videtur ſententia hæc poſterior eſſe veriſſima, & apertè decidi à Scæuola in d. l. vxo. eſt enim facti ſpecies ibi propoſita, omnino ſimilis huic noſtræ: conſiderando, quod ibi poſt quinquennium legatus eſt fundus libertis, hic poſt vxoris mortẽ: ibi diſtulit legatum proprietatis cùm vſusfructus eſſe deſierit poſt quinquenniũ ipſius vxoris, hic enim vſusfructus eſſe deſinit poſt mortem vxoris. Nec valet iſta cõſideratio quòd fuerit dilata præſtatio legati fauore vxoris, cui magis proſpectũ voluit teſtator, & quã prædilexit hęredi, quia etiam in d. l. vxori, idem accidit, & tamen legatum præſtari debet poſt quinquennium. Non obſtat prima reſp. de dictione *tunc*, quia illa extremitas temporis adeſt etiam tacitè in caſu noſtro: Ergo fuit legatus vſusfructus poſt mortem vxoris: intelligitur enim factum hoc legatum Sempronio tunc demùm, cùm vxor fuerit mortua. Secunda reſp. etiam nihil obſtat quia non eſt ratio differentię inter incertum tẽpus, & certum, vtroque enim caſu retardata eſt legati præſtatio, ante lapſum temporis, nec magis incerto, quàm certo tempore. Sic & tertia reſponſio corruit: quia nihil refert, quòd ſit conditionale legatum, vel poſt tempus certum præſtandum: certum enim eſt ante conditionem præſtari non poſſe, ſicut nec ante diem.

Non obſtat. l. 3. C. de inſt. & ſubſt. quia teſtator ibi tantum conſiderauit liberationem filii à patria poteſtate, licèt emancipationis fecerit mentionem nullam? idem ſenſiſſe videtur, filio liberato à patria poteſtate aliter quàm per emãcipationem. Hîc vero non tantum conſiderauit teſtator, quòd vxor deſineret vſumfructum habere, verùm etiam tempus mortis vxoris, quod præſtationi legati adiectum fuit.

CAPVT XLIX.

Diuiſio rei Emphyteuticæ an poſſit fieri inter emphyteutas ſine conſenſu domini ſi noua ſiv

Emphyteusis, in qua iuri accrescendi locus non sit, & vni tota res adiudicetur per diuisionem?

NEgant Bald. l. Voluntas. C. de fideicom. Aret. in l qui Romæ. §. Duo fratres. colu. pen. de verb oblig. & ibi Crot. 137. Iat. in l. vlt. n. 114. vt intelligi tantum. C. de iure Emphy. Rui. cons. 159. nu. 3. lib 1. Berous cons. 274. n. 11. lib. 1. D. meus Cephalus in cons. 195. n. 55. Bursat. cons. 181. n 8.

Contrarium docuerunt Rip. in d. § Duo fratres, nu. 86. Soc. iu. ibid. nu. 135 Hieron. Gabriel. cons. 84. n. 8. Aurel. Corbul. de iure emphy. c. 14. lim. 7. n. 5.

Posterioris sententiæ fund. est, quia hoc in casu cessat ratio, ob quam domini consensus exigendus est in alienatione rei emphyteuticæ, nimirum quia ipse habet ius offerendi pretium emptori, vt in l. vlt. C. de iure Emphyt. Nam cùm sit adiudicatio totius rei vni ex emphyteutis, non potest pretium offerri, sicut quando res venditur pretio conuento. & loquimur, quando fit adiudicatio totius rei emphyteuticæ vni; alteri verò res allodiales assignātur. Addit Soc. iu. non cadere de iure suo diuidentes, quando fit adiudicatio Domino irrequisito: quia non spontanea hæc est alienatio, sed necessaria, iuxta §. quod si commodè, Instit. de inoff. iudic. Ergo nihil imputari potest argum. c. 7. de controuersia inter Dom. & empt. feudi.

Prioris verò sententiæ fund. est, primò quia interest domini hoc in casu, vt fiat alienatio cum consensu suo, cùm non habeat obligatum actione personali eum, cui tota res adiudicatur ad soluendum canonem in totum, sed duntaxat pro parte. Secundò, quia Emphyteusis à principio fuit diuisa inter emphyteutas: ergo, si postea vni tota adiudicetur, videtur etiam quædam voluntaria alienatio. Tertiò, quia si fiat adiudicatiò vni, ea lege, vt alteri æstimationem præstet, videtur locus esse oblationi pretii, sicut in venditione, namque Dominus posset æstimationem offerre, & partem illam, quæ sic adiudicatur consequi, vt in d. l. vlt. C. de iure emphyt. Sed hoc arg. cessat, quia loquimur, quando res emphyt. vni adiudicatur, alteri verò res allodiales.

Mihi videtur eorum sententia probabilior, qui dixerunt, posse fieri adiudicationem hanc Domino irrequisito, quando necessariò fit, vt puta, si res aliter commodè non potest diuidi, iuxta §. quod insti. de off. Iud. cæterùm si commodè res diuidi possit, & ita conuentum sit inter fratres, nulla necessitate, sed sola voluntate, vt vni res emphy. adiudicentur, alteri verò res allodiales: secus puto: scilicet cùm agitur de Emphyteusi noua, vt præsupponit generalis titulus: nam si de veteri agatur, in qua iuri accrescendi locus sit, inter omnes conuenit adiudicationem posse fieri, domino irrequisito: cùm & omnis alia possit fieri alienatio, sicut in capite sequenti dicam. Moueor in hanc sententiam: quia feudum diuidi potest Domino irrequisito, c. 1. § præterea ducatus. de prohib. feudi alien. per Frid. ergo & emphyteusis. Consequentia probatur, quia sicut emphyteusis, ita & feudum alienari non potest, Domino irrequisito vt in d. c. 1.

Hoc ita supposito, quòd emphyteusis possit diuidi irrequisito Domino, ego infero, eiusmodi adiudicationem fieri posse etiam Domino irrequisito: Nam lex permittens diuisionem, videtur etiam permittere adiudicationem quæ fieri debet, quando res commodè non potest diuidi: argu. l. 2. de iurisd. omn. iud. Ergo frustrà consideramus Domini præiudicium: frustra quoque concessionem ab initio factam: quia isthæc omnia legislatores præuiderunt: & tamen permiserunt diuisionem. Permittamus ergo & adiudicationem, quæ sit in consequentiam necessariam permissæ diuisionis. Non obstant hic leges, earúmque rationes, quibus cautum est emphyteusim alienari non posse irrequisito Domino: si enim locum haberent, diuisio etiam prohibita esset, quia diuisio emptionis vicem obtinet, l. 1. C. comm. vtri usque iudi diuisio autem permissa est, & consequenter omnia sine quibus diuisio commodè explicari non potest, l. 2. de iurisd. om. iud. Hæ rationes cessant in voluntaria adiudicatione, igitur illa non poterit fieri Domino irrequisito: nec quicquam mouent, quæ adferunt: vel de oblatione pretij, hoc in casu cessante, vel de personali oblatione ad soluendum canonem emphyteuticum: quia semper existimaui, veram causam cur emphyteuta alienare non possit Domino irrequisito, & alienando cadat iure suo, esse quia Dominum contemnere videtur, arg. cap. 1. §. vlt. quæ fuerit prima cau. benefic. amit. Erit igitur huic legi locus in voluntaria alienatione: secus in necessaria, arg. c. 2. de controuersiis inter Dom. & empt. feudi.

CAPVT L.

Vtrùm emphyteuta plures possint rem emphyteuticam inter se alienare Domino irrequisito?

PLuribus emphyteutis irrequisito Domino permissam esse inter se rei emphyteuticæ alienationem complures affirmarunt, vt dubitari non possit quin hæc sit communis sententia.

sententia Bart. in l. qui Romę. §. duo fratres, in 10. q. de verb. oblig. & in l. si domus, §. vlt & ibi Alexan. nu. 7. de leg. 1. Ripa in d. §. Duo fratres, nu. 87. Hieron. Gabriel. conf. 88. nu. 16. Aurel. Corbulus alios citans de iure emphyt. cap. 14. lim. 16.

Fundamentum est, primò in l. Voluntas. C. de fideicommiss. sed responderi potest, ibi rem fuisse prohibitam alienari extra familiam, meritò alienari posse in eos, qui ex familia sunt, sed alienatio Emphyt. generaliter prohibetur: vt in l. 1. C. de iure Emphyt. ergo non videtur posse alienari etiam in emphyteutas.

Secundò, quia cessat ratio, propter quam res emphyt. alienari non potest irrequisito domino. Illa enim est, quia extraneus, in quem alienatio facta, non est obligatus Domino actione personali ad pensionem soluendam. Constat hæc ratio in proposito, quia alienatur res in emphyteutam, qui ad canonem persoluendum omnino obstrictus est in personali actione. Respond. Iason in d. §. duo fratres, n. 77. hoc arg. retorqueri posse cōtra Bartol & sequaces, quia emphyteuta, in quem fit alienatio, non est obligatus ad soluendum canonem nisi pro parte sua, nam pro parte alterius emphyt. obligatus non est. Replicat Ripa vbi suprà, Emphyteutam teneri ad recognoscendum Dominum & soluendum canonem etiam pro parte alterius emphyteutæ, & quidem actione personali, quia alienatio in eum facta censetur quædam repudiatio, c. 1. & ibi not. de alien. feudi paterni. Sed huic responsioni replicat Socin. iun. in d. §. duo fratres, nu. 137. text. in d. c. 1. locum habere ante realem acquisitionem: tunc enim iuri accrescendi locus est, non autem posteà, & cōsequenter videtur esse quædam repudiatio. Item respond. d. c. 1. loqui de vasallo, qui alteri libellum fecerit de feudo paterno, non autem loqui generaliter de omni alienatione.

Tertiò, quia ideo prohibita fuit alienatio rei emphyt. irrequisito Domino, ne Dominus haberet emphyt. quem nollet. Sed hæc ratio cessat in proposita specie: habet enim Dominus emphyteutam, quem voluit habere.

Quartò, quia licèt patronus non possit donare ius patronatus sine consensu Episcopi. c. Illud, de iure patronatus, tamen donare illud potest suo compatrono, Clem. Plures, iuncta glo. in verbo liberè, eod. tit.

Quintò, quia vasallus potest fundum alienare in agnatum suum etiam Domino irrequisito. c. 1. de alie. feudi pater. ergo similiter emphyt poterit in alterum emphyt. alienare. Cōtrarium docuerunt olim Guliel. de Cuneo in l. cùm ii, §. si vni, ff. de transact. & Ias. in d. §. duo fratres. n. 77. vbi alios citat.

Fundamentum est primò in §. si vni. Secundò quia ratio militat hoc in casu, ob quam domini consensus requiritur in alienatione rei emphyt. quia scilicet offerre potest pretium, quod alius emptor dare paratus est, l. vlt. C. de iure emph. Tertiò, quia militat etiam alia ratio præiudicii Domini, quia Dominus non habet actionem personalem contra emphyt. qui emit pro parte alterius emphy. quia ad soluendum canonem non est obligatus, tenetur enim pro sua tantùm parte.

Alii putant distinguendum vtrum emphyt. sit talis, vt iuri accrescendi sit locus: nam si locus sit iuri accrescendi, tunc alienari posse videtur inter ipsos emphyt. aliàs secùs. Ita Alciat. in d. §. duo fratres. nu. 45. Corb. vbi supr. n. 6. 7.

Fundamentum est, quia cùm est locus iuri accrescendi res in solidum concessa videtur omnibus emphy. & consequēter altero alienante partem suam, valet alienatio, & videtur quædam repudiatio, nec domini interest, quia habet emphy. qui emit, obligatum in solidum ad canonem soluendum. Sed vbi non est locus iuri accrescendi, secùs est. Videtur enim emphyteusis cuilibet concessa pro sua portione & respectu alterius partis extranei loco habetur: quę distinctio est verissima, & probatur in d. c. 1. de alie. feudi paterni. qui textus loquitur clarè de alienatione, non autem de sola libelli datione, ibi: *Et licèt prohibeatur beneficij alienatio inter agnatos: tamen si paternum fuit, concederetur*, & loquitur etiam post acquisitionem factam non antè, quomodo enim ante acquisitionem quis alienare potest? & cùm loquatur de fundo paterno, cōsequenter loquitur de fundo, in quo iuri accrescendi locus est. c. 1. de feudo Marchiæ, cap. 1. de duobus fratribus de nou. benef. inuest. c. 1. de duobus fratribus à Capi. inuest. Ratio huius rei manifesta est, quia sicut in huiusmodi feudis altero repudiante vel moriente alteri totum accrescit, ita etiam accrescere potest alienatione facta, cùm nulla sit diuersitatis ratio.

Non obstant argumenta cōtrariæ sententiæ. Nam ad primum ex §. si vni. Respon. inter ipsos alimentarios non esse cōcessam trāsactionē sine decreto prętoris, quia in eis ratio legis eam prohibentis locum habet: ea est ratio, vt præclarè explicat Duar. anniuers. disp. c. 44. lib. 1. vt voluntas testātis seruetur, l. 1. C. de Sacros. Eccles. l. Vel neque. ff. quem. test. aper. verisimile enim est testatorem voluisse legatario alimenta præstari particulatim potiùs, quàm summam aliquam pecuniæ, ne ea consumpta mendicare ac esurire cogeretur.

Ad secundum respond. quando fit aliena-

tio inter ipſos emphyteutas non eſſe locum oblationi pretii, quia dominus eis emphyteuſin conceſſit, & conſequenter voluit eos habere: ratio iſta oblationis pretii militat in venditione facta extraneo, cui dominus præferri debet, non autem ipſis emphyteutis, quibus iam cōceſſio facta eſt.

Ad tertium reſp. imò dominum habiturum eſſe perſonalem actionem in emphyt. in quem facta eſt alienatio ad totum canonem, argu. l. Iulianus. §. Item Celſus ff. de act. empt. & dato, quòd non haberet perſonalem actionem ad totum canonem, nihil tamen intereſſe domini poteſt, quia antequam ille in poſſeſſionem mittatur, curabit dominus eum obligari ad totum canonem perſoluendum. Nec illa ratio, quòd dominus actionem perſonalem non habeat, tanti eſt facienda in propoſito noſtro, quia præcipuam rationem, ob quam alienari non poteſt emphy. domino irrequiſito hanc eſſe puto, quia emphyt. alienando irrequiſito domino ipſum contemnere videtur, arg. c. 1. §. vlt. quæ fuerit prima cauſa benef. amitt. Non videtur autem contemnere dominum emphyteuta, qui emphyteuſim alienauit in alterum emphyteutam, qui abſque alienatione nihilominus erat ſucceſſurus in ipſa emphyteuſi.

CAPVT LI.

Emphyteuſi duobus conceſſa ea lege, vt vno mortuo eius portio ad alterum pertineat, ſi fiat diuiſio inter eos, & alter alteri renunciet omne ius, quod ſperat in alterius portione, & poſtea contingat alterum abſque liberis mori, an ſuperſtes admittatur ad illius portionem vel dominus directus?

Bartolus in l. qui Romæ. §. Duo fratres, in 4. qu. ff. de verb. oblig. reſpondit fratrem ſuperſtitem ſuccedere non obſtante renunciatione, non autem dominum directum: & eius ſententia eſt communiter recepta, vt teſtatur ibi Iaſon nu. 80 & Socin. iun. nu. 138. qui alios adducunt concordantes, & ibid. etiam Ripa, nu. 88.

Fundamentum eſt, quia vnius pactum alteri non prodeſt, niſi paciſcentis interſit, l. Et hæredi, §. vlt. l. Si vnus. §. Ante omnia. ff. de pactis. Ergo non prodeſt hoc pactum domino directo.

Nec obſtat, ſi dicatur dominum directum eſſe Eccleſiam in hac ſpecie, & ideo ex pacto ei poſſe acquiri, l. Stipulatio iſta. §. vlt. de verb. oblig. vt dicebat Iaſ. vbi ſuprà. Non rectè reſp. Ripa id procedere, quando aliquis expreſsè paciſcitur vel ſtipulatur Eccleſiæ: quod non eſt in ſpecie noſtra.

Secundò, quia ius, quod non acquiritur ei, cui renunciatur, remanet penes renunciātem, l. Nec vtilem. ff. ex quib. cauſ. maio. l. cum quis. §. ſi debitorem. ff. de ſolutio. Iaſ. ff. de pactis. Sed in propoſito caſu ius non acquiritur fratri, etiam defuncto, nec ipſius hæredi: quia ſupponendum eſt hæc edem eſſe extraneum, & conſequenter ab emphyteuſi Eccleſiæ alienum, iuxta §. emphyteuſin. in Authen. de alien. emphyteut. Ergo ius illud, cui in diuiſione frater ſuperſtes renunciauit, remanet penes ipſum renunciantem.

Contrarium docuit Paulus Caſtr. in d. §. Duo fratres. n. 4. quem ibi ſecutus eſt Zaſius n. 51. & alii à Corbulo citati de iure emphyteutico c. 8. in princ.

Fundamentum eſt in l. ſi vſusfructus. ff. de iure dotium: vbi dicitur ſi quis extraneo ceſſerit vſumfructum, nihil agere & conſolidari cum proprietate, & in ca. de eo qui finem fecit agnatis. Sed quod attinet ad d. ca. 1. nihil ſanè obſtat: loquitur enim cùm quis omnino a ſe fundum abdicauit: iſtud indicant illa verba, *niſi fundum omnino repudiauerit.* ſed hic non omnino repudiauit ius, quod habebat ſuccedendi in portione alterius, ſed remiſit illud ius fratri ſuo, qui iam non poteſt illud habere: nec hæredes eius, ergo nihil obſtat renunciatio talis renunciatio.

Ad argum. verò de vſufructu, Reſp. Iaſ. & Socinus iunior, vbi ſuprà, illud eſſe ita conſtitutum, quia lex prohibet vſumfructum extraneo cedi, quare ſi cedatur, meritò acquiritur domino, & cum proprietate conſolidatur, quia contra prohibitionem legis factum eſt: ſed in propoſito noſtro illa remiſſio iuris, quod frater non habuit, non prohibetur a lege. Nemo enim prohibetur ſpem futuram actionis quam habet, cedere extraneo, l. Spem. C. de don. ergo ſi non acquiratur ea ceſſio ei, cui facta eſt vel ipſius hæredibus, remanere debet penes cedentem, neque enim amittitur, quod alteri oblatum non eſt, l. Nec vtilem. ff. ex quib. cauſ. iunior. Ita inquam reſpon. Iaſ. & Socin. iunior. Non rectè iudicio meo: quia lex non prohibet ceſſionem vſusfructus fieri extraneo quaſi hoc pœnam mereatur veluti factum lege prohibente: ſed lex ait, ſi vſusfructus cedatur extraneo nihil agi: quia ſcilicet extraneo non acquiritur, ſed domino proprietatis. Hic enim eſt ſenſus illorum verborum, *nihil agitur,* l. qui mihi. ff. de donat. ſi domino acquiritur: ergo ceſſio, quæ non habet iuris effectum quo ad perſonam extranei, operatur tantū in fauorem domini, quod eſt cōtra Bart. is enim vult ius remanere penes cedentem,

nec

nec acquiri Eccleſię, ad quam ſpectat directum dominium.

Exiſtimo agi alia ratione, hoc Caſtr. argum. non obſtare, quia ſcilicet vſusfructus amittitur ceſſione in iure facta: ſic enim habetur in fragmentis Vlpiani tit. 19. *in iure cedi res etiam incorporales poſſunt velut vſusfr. &c.* vbi Cuiac. *Vſusfructus*, inquit, *ſiue extraneo cedetur, ſiue domino, ceſſione finitur: Nam & extraneo ceſſus ad proprietatem recurrit, l. ſi vſusfructus, de iure dotium; nihil verò agitur in perſona extranei.* In iure autem ceſſio quid ſit, Boërius explicat in Top. licet, & ex noſtris Briſſonius de verb. ſig. libr. 3. verb. Ceſſit. At in propoſito non agitur de ceſſione in iure facta, id eſt, apud prætorem neque de vſufructu, ſed de renunciatione iuris extra iudicium facta in diuiſione pluriũ emphyteutarum: igitur Caſtrenſis argumentũ nihil obſtat.

CAPVT LII.

Vtrum legatarius vel fideicommiſſarius ſcienter emens rem fideicommiſſo ſubiectam mortuo teſtatore, videatur fideicommiſſo renunciare?

QVatuor propoſitis concluſionibus totam hanc controuerſiam rectè explicari poſſe exiſtimo. Prima concluſio. Emens rem relictã per fideicommiſſum, quæ non erat teſtatoris ab extraneo, non videtur renunciare legato vel fideicommiſſo, ita Bart. in l. qui Romę. §. duo fratres, de verb. oblig. quæſt. 12. & ibid Iaſ. Ripa, Alciat & alii. Probatur argumentum, l Planè §. quod ſi rem emiſſem, de leg. 1. & §. ſi vel fundus, Inſtit. de legat. Item hac ratione, quia hæc duo ſimul conſiſtere poſſunt, quòd rem habeat emptionis titulo, & pretium ab hærede conſequatur titulo legati. Secunda concluſio, emẽs rem propriam teſtatoris ab extraneo non videtur renunciare legato, ita ſenſit Bartol. in dict. §. duo fratres, quæſt. 12. Fundamentum eſt in d l Planè. § quòd ſi rem, de legat. 1. vbi non diſtinguitur, an res ſit propria teſtatoris vel aliena.

Sed contrarium poſt alios, quos citat, docet Alexan. in d. §. duo fratres, n. 35 verſic. Item in quantum. Fundamentum eſt, quia rei legatę dominium mortuo teſtatore, tranſit in legatarium, l. A Titio. ff. de furtis. conſequenter legatarius, dominus eſt rei legatæ, ergo emptio nulla eſt, & pretium amittit, l. Suæ rei ff. de contrah. empt.

Tertia eſt ſententia Alciat. in d. §. Duo fratres. num. 41. legatario cedendas eſſe actiones ab hærede contra extraneum illum venditorem in ſubſidium, argum. l. in creditore. ff. de euict. & l. Si eum ſeruum ff. ſi cert. pet. pretium autem rei legatæ peti non poteſt. Mihi maximè probatur hæc diſtinctio Alciati. Nam prima opinio quæ vult legatum peti poſſe non euincitur ex d. l. Planè §. Quod ſi rem, quia non loquitur de legatario emente rem propriam teſtatoris ab aliquo extraneo. Nullum verbum de hac re. Argum. autem contrariæ ſententiæ non rectè applicatur, quia legatarius non repetit pretium ab ipſo venditore, ſed ab hærede, qui hæres non videtur poſſe illi hoc obiicere. Tu emiſti rem propriam, cuius dominium ad te pertinebat ex legato: ideo pretium amiſiſti. Nam reſpondere poterit, amiſi pretium quo ad venditorem, ſed non quo ad te, qui tanquam hæres teneris ad legatum præſtandum. Alciati autem ſententia æquitatem continet manifeſtam, nam cùm legatarius rem emerit, poteſt ei hoc hæres obiicere ipſum in cauſa fuiſſe, vt ipſe hæres non vendicauerit rem quæ penes poſſeſſorem erat inſtituta petitione hæreditatis, iuxta l Regulariter. ff. de pet. hæred. ibi: *Vel rem hæreditariam licet minimam*: conſequenter dicet ſe non teneri ad æſtimationem præſtandam: Sed quia hæres actionem habet aduerſus venditorem, qui rem diſtraxit & pretium accepit, iuxta l. Sed etſi leg. §. 1. ff. de petit. hæred. iuſtum videtur vt actionem hanc cedat legatario. Non eſt actio illa ſubſidiaria, quæ datur re perempta, vt loquitur text. in dict. l. ſi eum ſeruum. ff. de petit. hæred. Sed actio oriens ex æquitate, quoniam hoc hæredi nihil aufert, & legatario prodeſt. iuxta l. in creditore. ff. de euict.

Tertia concluſio, legatarius vel fideicommiſſarius ſcienter emens ab hærede rem legatam vel relictam per fideicommiſſum pendente conditione legato vel fideicommiſſo adiecta, non cenſetur legato vel fideicommiſſo renunciare, ita Bart. in d. §. duo fratres, Iaſ. ibi nu. 45. Ripa nu. 91. & alij. Adfertur l. ſi vendideris. ff. de euict. & l. Fundo. ff ad l. Falcid. ſed non faciunt ad rem. Sed & duæ rationes adferuntur, vna à Iaſo. legatum conditionale repudiari non poteſt conditione. de leg. 2. alteram adfert Ripa quantum is qui emit pendente conditione inducitur ad hoc faciendum, non qui velit ſuo iuri renunciare, ſed dubitans ne fortè conditio deficiat, quo in caſu non poſſet rem habere ex legato, ideo emit vt interim habeat pretium, poſteà repetiturus conditione eueniente. Nec enim interpoſitio in dubio facienda, per quam renunciatio inducatur. l. Cùm de indebito. ff. de prob.

Sed contrariam ſententiam amplexus eſt Alciat. in d. §. Duo fratres, num. 38. & 39. addu-

ctus ex l. Cui res. de act. emp. & l. si à substituto, de leg. 1. Mihi magis placet prior sententia, præsertim ea ratione quam adfert Ias. quia pendête conditione legatum repudiari non potest. Nihil moror Alciat. respon. id esse accipiendum de simplici repudiatione, non autem renunciatione, quæ fit ex pacto. l. 1. C. de pact. etenim hic nullum est pactum expressum. Tacitum verò non est præsumendum, quia esset præsupponere pro explorato id quod in controuersia positum est. Ad l. cui res. placet mihi, omissis Aretini responsionibus, Ripæ solutio, nihil aliud à contrario sensu inferri ex d. text. quàm legatarium scientem non habere actionem ex empto & vendito ad pretium. Ratio est, quia actio ex empto & vendito bonæ fidei est: quamobrem cùm hæres ignoranter emit rem sibi legatam, meritò precium repetit, vel à precio est absoluendus, iuxta l. Huiusmodi. §. Qui seruũ de leg. 1. Hæc autem ratio non habet locum, quando legatarius scienter emit rem sibi legatam: tunc enim intrat l. Suæ rei. ff. de contrah. empt. vbi probatur scientiam efficere, vt amittatur pretium. Licèt ergo actio ex empto & vendito minimè detur aduersus hæredem ad pretiũ, datur tamen actio ex testamento, quia cùm legatario absit pretiũ rei, videtur res abesse, vt docet I.C. in d.l. planè §. quòd si rem, de leg. 1.

Non obstat Alciati resp. dicentis, si non datur actio ex empto & vendito, nec dari etiam ex testamento, quia actio ex testamento difficiliùs ad pretium datur, cùm alternatione detur ad rem vel ad precium, vt dicit Bart. in d. l. huiusmodi. §. qui seruum. de leg. 1. Nam respon. nobis hoc sufficere, illum text. in d.l. cui res. à contrario sensu excludere tantùm actionem ex empt. & vendit. quod enim attinet ad actionem ex testamento, ratio illa Alciati valeret, nisi alia ratio contrarium suaderet, illa nimirum, quoniam legatarius non censetur renũciare legato, vt supra dictum. Ad l. si à substituto, resp. vno verbo, non obstare, quia non loquitur de legatario emente ab hærede grauato: etenim ibi legatarius rem emit à pupillo, nõ autem à substituto à quo legatum erat præstandum.

Prima conclusio, emens scienter ab hærede rem sibi legatam purè, legato renunciare videtur: ita olim dicebat Dinus vt refert Bart. in dict. §. duo fratres, quem secuti sunt ibi Aret. Alex. & alij communiter, teste Ripa, num. 94. Fundamentum est primò in l. Titius, ff. quibus modis pigno. vel hypoth. sol. secundò, quia emens scienter rem suam nihil agit, & amittit precium, l. suæ rei. ff. de contrah. empt. tertio, quia si legatarius consentiat alienationi rei legatæ, amittit legatum, l. Codicillis §. de legatis 2. ergo multò magis si ipse emat.

Contrariam sententiam visus est amplecti Barto. in dict. §. duo fratres. in 12. quæst. legatarium non videri renunciare legato, argu. l. vlt. § vlt. Cod. comm. de leg. ad l. Titius, resp. eam non loqui de his quæ pendent ex testamento. Ad l. suæ rei. respondeat aliquis esse intelligendam quando res est ementis pleno iure, & irreuocabilis, secùs si reuocabilis, vt in proposito casu. Nam legatarius non est dominus rei legatæ pleno iure, & irreuocabiliter, antequam acceptauerit legatum, vt docet glos. in l. ei qui ita, ff de cond. instit. Præterea respondent legatarium esse dominum rei legatæ iure quodam extraordinario. Nam ordinario iure dominium acquirere ex traditione cum iusta causa facta, l. traditionibus, C. de pact. iuncta l. nunquam nuda, de acquir. rer. dom. quæ causa est vt cum rei vendicatione, quæ legatario competit, concurrat etiam actio personalis, iuxta l. 1. C. commun. de leg. nihil mirum ergo si in legatario emente rem legatam non procedat l. suæ rei. His accedit quòd licèt quando actus sunt incompatibiles, is qui vnum elegit, videtur alteri renunciare, l. vlt. de codicillis. l. 1. Co. de furtis. l. Clodius. de acqui. hæred. tantùm in proposito dicendum videtur, potius non valere emptionem, quàm legatum.

Mihi sententia communis verissima videtur: Implicat enim contradictionem in obiecto, quod quis velit consequi legatum ab hærede, & simul ab eo emat rem purè legatam. Nã esse legatarius petit ab hęrede rem aut pretium. Rem petere non potest, quia iam habet; pretium non potest petere, quia iam illud numerauit ipsi hæredi & scienter hoc fecit, & consequẽter illud amittit, iuxta l. suæ rei. ff. de contra. emptio. Nec valet illa responsio, quòd legata res sit legatarij iure quodam singulari, quid enim refert? non potest plus iuris consequi legatarius emendo, quam antea ex legato haberet. Et ideò hoc non potest accommodari. l in libello. §. si quis seruum. ff. de capti. Nulla est enim ibi repugnantia, quia potest quis dominus esse serui redempti, & simul dominum antiquum à iure offerendi pretij excludere per vsucapionem: potest enim quis ex pluribus causis dominium acquirere inter se compatibilibus, sicut est ibi vsucapio, & constitutio quæ redimentem facit dominum, sed nequaquam potest ex titulo legati, & titulo emptionis dominium consequi. Huius argumento accedit alterum ex legibus quibus datur actio legatario ementi rem legatam, cùm ignoranter emit, ergo secùs vbi scienter, l. huiusmodi. §. qui seruum. de leg. 1.

Non obstat argumentum Barr. ex l. vlt. C. commu de leg. quia ibi legatarius non emit, sed alius extraneus. & ideo nihil aliud repugnat, quominus pretium repetat præterquam scientia. Sed hic repugnat non scientia solùm, verùm etiam actus ipse emptionis, quia onerosus est, nec simul cum lucratiuo titulo potest consistere. Nec mouet quod dicitur, emptionem non valere, sed legatum valere, quia rei suæ emptio ita non valet, vt emptor sciens etiam pretium amittat, d. l. suæ rei. si legatarius pretium amittit, ergo non potest illud petere. Non obstat si dicatur peti non posse quidem per actionem ex empto, & vendito, sed peti posse actionem ex testamento, quia respondetur actionem ex testamento, non dari ad pretium, sed ad rem. quia res legata erat testatoris, & consequenter potest peti, non autem pretium eius, sicut quando res aliena legatur.

CAPVT LIII.

Si pœna rei indiuiduæ adiicitur facto indiuiduo vel diuiduo, vno ex hæredibus contrauenien te quomodo committatur?

COmmunis est & vera sententia, aduersus omnes hæredes in solidum committi pœnam indiuiduam adiectam rei indiuiduæ vno contrauenienté, ita Bart. in l. 4. §. Cato. in 1. quæst. ff. de verb. oblig. quam omnes alij secuti sunt, Rip. Ias. Alciat. Soci. iun. qui testatur esse communem.

Fundamentum est in l. 2. §. ex his. ff. de verb. oblig. vbi dicitur omnes hæredes teneri in solidum ex indiuidua stipulatione defuncti. Et ratio est quia Lex 12. tabularum diuidere non potest hoc in casu obligationem inter hæredes, nec ad factum, nec ad pœnam, cum res non patiatur diuisionem, vt alibi dicit Iurisconsultus, in l. Hæredes. §. in illa ff. famil. hercisc. Et regula iuris est, ea quæ in partes diuidi non possunt, solida a singulis hæredibus deberi, l. ea quæ in partes. de regul. iur. Vnus contradicit Ruinus. in d. §. Cato. leui hoc argumento; Promissor qui defunctus est, potuit vnum solum ex hæredibus suis obligare ad pœnam, scilicet contrauenientem, argum. l. contrarius, §. vltim. de verb. obli. ergo eum solum obligasse præsumitur. Nego consequentiam, nam cum promissor id non fecerit, nec lex 12. tabularum talem obligationem diuidat, quia res non recipit diuisionem, necessario sequitur omnes hæredes in solidum esse obligatos.

At dicebat Ruin. hæres qui contrauenit, ex proprio facto est obligatus, ergo in solidum ipse solus tenetur, l. in commodato. §. si ex facto. ff. commod. l. in depositi ff. depos. Respond. obligationem hæredis descendere ex contractu defuncti, quo casu si res diuisionem non patitur, omnes hæredes tenentur in solidum, l. 2. § ex his. ff. de verb. oblig. Leges in contrarium adductæ loquuntur de secundaria obligatione, quæ oritur ex proprio facto, & delicto hæredis. Sed maior difficultas est, quid si pœna facti indiuidui adiiciatur promissioni rei diuiduæ. Resp. Ang. Imola, Paul. Castr. & Ias. in l. 4. §. Cato, de verb. oblig. committi pœnam in solidum aduersus eum hæredem solum, qui contrauenit: primò, quia is incurrit pœnam ex proprio facto, ergo ipse solus tenetur in solidum, l. In commodato. §. si ex facto. ff. commo. l. In deposit. ff. deposi. Sed leue est hoc argumentum, quia vt iam dixi hæredes in proposito casu tenentur ex contractu defuncti, qui promisit pœnã. Secundò quia pœna est indiuidua, & consequenter tota præstanda est ab hærede contrauenienté, licèt non contraueniat, nisi pro parte. Nam cùm res contingit separari, non potest fieri, quin aliquando quis damnum sentiat, quod alias non sentiret, argu. l. At eius. §. vlt. ff. de aqua plu. arcend. & 11. §. Si vasall. hic finitur lex, Corradi, &c.

Sed responderi potest, hæc esse dissimilia, quoniam hic fieri potest separatio, si actor offerat pro parte aliorum cohæredum æstimationem rei indiuiduæ, vt statim subiiciam: leges in contrarium adductæ loquuntur in terminis longè diuersis, cùm alioqui actor non potest consequi, quod iure persequitur: tunc enim vt id obtineat quod iustè petit, aliquod infertur damnum reo propterea quod res separari non potest.

Magis igitur placet communis sententia, quæ sic statuit, stipulatorem posse in solidum conuenire ad pœnam hæredem qui contrauenit, verùm oportere cæteris cohæredibus partis æstimationem offerre, ex quo sequitur hæredem contrauenientem sicut pro parte deliquit (quia res erat diuidua) ita pro parte pœnam luere. Ita dicebat olim Petrus, vt refert Bart. in d. §. Cato. in 1. quæst. quem secuti fuere ibidem Alex. Alex. Socin. iun. & est communis, teste Alciato, n. 110.

Omissis verò leuibus argumentis probatur hæc sententia, quia vbi stipulatio continet rem diuiduam vno ex hæredibus contrauenienté: pœna committitur pro parte aduersus eum solum, qui contrauenit, l. 4. §. Cato. de verb. obl. ibi: *At si de eo cautum est, quod diuisionem recipiat, veluti amplius non agi: eum hæredem, qui aduersus ea fecerit pro portione sua solum pœnam committere.* Sed hic supponimus, rem esse diuiduam, quæ in stipulationem deducitur, ergo is solus hæres,

qui contrafecerit pro portione ſua pœnam committet. Non obſtat, quod pœna ſit indiuidua, quia partis æſtimatione oblata propter cæteros cohæredes proſpicitur: hæc eſt enim iuris conſtitutio, vt quoties vnus ex hæredibus ſolus tenetur aliquid præſtare quod ſit indiuiduum, actori obſtet exceptio, niſi æſtimationem offerat pro parte aliorum cohæredum, vt habetur in l. Cùm filius de leg. 2. l. Si is, qui quadringenta, §. Quædam. ff. ad leg. Falcid. & hoc in caſu ceſſat regula l. Ea quæ de reg. iuris.

CAPVT LIV.

Obligatio de defendendo, ſitne diuidua, vel indiuidua?

EXiſtimo hanc obligationem de defendendo indiuiduam eſſe. Primò authoritate l. 4. §. vlt. de verb. oblig. ibi: *Ipſi autem promiſſori pro parte neque reſtitutio, neque defenſio, contingere poteſt.* vbi notandum eſt, idem in hæredib. promiſſoris intelligendum eſſe, vt text. in hac parte præcedentibus aduerſetur, iuxta mentem I. C.

Secundò, ex l. in executione; §. In ſolidum, eo. tit. illis verbis: *Heredes in ſolidum denunciandi ſunt, omneſque debent ſubſiſtere, & quolibet defugiente omnes tenebuntur.*

Tertiò, ex l. Cùm ex cauſa, eod. tit. ibi: *Quia in ſolidum defendenda eſt venditio, cuius indiuiſa natura eſt.*

Quartò, ex l. ſi cum vno. ff. ſi ex nox. cau. ag. ibi: *Cui in ſolidum defendendi neceſſitas eſt, nec audiatur ſi pro parte paratus ſit defendere.*

Quintò, ex l. non tamen. ff. de procu. ibi: *Vt ſi decem millia petantur, vt exiſtant duo defenſores parati in quinque defendere, audiantur.*

Sextò ex l. Loci corpus. §. Si fundus. ff. ſi ſerui. vend. ibi: *Quiſquis defendit ſolidum, debet reſtituere, quia diuiſionem hæc res non recipit.*

Septimò, ex l. Hæredes. §. Si vnus, ff famil. herciſc. ibi: *Et omninò, quæ pro parte expediri non poſſunt, ſi vnus cogente neceſſitate fecerit, famil. herciſcund. iudicio locus erit.* Inter iſta verò, vt ſuprà tex. defenſionem commemorauit.

Octauò, ex l. Si rem. 62. §. Si ei. ff. de euictio. Celſus; *Si ei qui mihi vendidit, plures hæredes extiterint, vna de euictione obligatio eſt, omnibúſque denunciari, & omnes defendere debent: etſi de induſtria non venerint ad iudicium, vnus tantum ex ijs liti ſubſiſtit propter denunciationis vigorem & prædictam abſentiam, omnibus vincit, aut vincetur.*

Nonò, ex l. Ex clauſula. ff. iud. ſolui. Venuleius: *Non enim videbitur defenſa res boni viri arbitratu, quæ non in ſolidum defenſa ſit.*

Decimò, ex l. Iam tantùm. §. Si tantùm. ff. iud. ſolu. illis verbis: *Nam & plures hæredes neceſſe habebunt dare procuratorem, ne defenſio per plures perſonas ſciſſa incommodo aliquo, afficiat actorem.*

Poſtremò, quia hæc eſt communior Doctorum ſententia, teſte Alciat. in l. 4. §. Cato. n. 195. de verb. oblig. ita enim docuerunt Bar. ibi in 2. quæſt. Angel. Imol. Caſtr. Alex. Iaſ. Zaſ. & alij frequentioribus ſuffragijs.

Sed contrarium docuerunt Cumanus in d. §. Cato. Roma. nu. 68. Socin. iun. nu. 137. Hotman. not. Decius, n. 436. Hieron. Buttigella, num. 158. Crotus n. 117. & in 7. repetit. num. 65. nuntium hanc obligationem diuiduam eſſe.

Primum argumentum eſt, quia agere & defendere correlatiua ſunt, ſed ſtipulatio amplius non agi, diuidua eſt, l. 4. §. Cato. de verbor. obligat. ergo & ſtipulatio de defendendo diuidua eſſe videtur, quia correlatiuorum eadem natura eſt, l. vlt. C. de indict. vid. tollen. l. 1. C. de capteſſis, lib. 11. Omiſſis aliorum reſponſionibus, ita reſp. ſi pro parte agatur, pro parte quoque defenſionem fieri poſſe & hoc reſpectu eandem eſſe naturam actionis & defenſionis. Sed re in abſtracto conſiderata non ſequitur, poteſt quis (puta vnus ex hæredibus) agere pro parte: Ergo, &c. qui defendere tenetur, pro parte defendere poterit. Nam licèt actio inter hæredes diuidatur per leg. 12. Tabul. defenſionis tamen natura indiuidua eſt: niſi enim quis plenè defendat, non videtur defendere, l. Si defenſor. ff. de interrog. act.

Secundum argum. eſt, quia ideò ſtipulatio, amplius non agi, diuidua eſt, quia poteſt quis pro parte agere, in d. §. Cato. Ergo & ſtipulatio de defendendo diuidua eſt, quia poteſt quis pro parte defendere, l. 1. C. de conſortib. eiuſd. lit. Reſpon. id verum eſſe in pluribus conſortibus eiuſdem litis, vbi nulla de defendendo eſt obligatio. Nam vnus ſine altero agere & defendere ſe poteſt: ſed nos loquimur de ſtipulatione de defendendo, & dicimus neminem poſſe inuito ſtipulatore pro parte defendere. Ratio differentiæ eſt, quia ſi ſint plures conſortes, vnus poteſt iuri ſuo renunciare, atque adeò defenſionem pro ſua parte omittere. Sed nemo poteſt inuito ſtipulatore pro parte defendere, quia ſtipulatori non ſatisfit, niſi plena ſit defenſio.

Tertium argumentum eſt ex l. Si communes, in fin. ff. de neg. geſtis. ibi: *Quia potius partem meam ita defenderem, vt ſocij partem defendere non cogerer.* Reſpon. nil mirum eſſe, quia ibi nulla eſt obligatio de defendendo. Cui enim dubium eſt, ſi nulla ſit obligatio alterum defendendi, quin poſſit quis ſe tantùm defendere, & non alium? Noſtra quæſtio eſt de co-

de eo, qui tenetur alium defendere, & dicimus non adimplere, nisi in totum defendat.

Quartum argum. eſt ex h. §. incertam. ff. de præc. ſtipulat. vbi ſtipulatio iudicatum ſolui, quæ continet in ſe clauſulam de defendendo ſcinditur ex portionis hæredum. Reſpon. Paulum ibi accipiendum de ſtipulatione iudicatū ſolui, per ſe conſiderata, non autem quatenus continet etiam caput defenſionis.

Quintum argum. eſt ex l. vlt. ff. iud. ſol. ſed nil ad rem facit. Non enim dicit illa lex poſſe vnum ex hæredibus defendere pro parte, ſed loquitur de pluribus hæredibus, quorum vnus rē defendit, alter non: vtrum in ſolidum defenſio ſit facienda, vel pro parte fieri poſſit, nihil ibi dicitur.

Sextum eſt ex l. pœnales, §. Iulian. ff. ad leg. Falcid. illis verbis: *Nam cum ſtare ex iudicatum ſolui ſtipulatione ſiue ex parte actoru, ſiue à parte reo plures extitiſſent, non omnibus, nec aduerſus omnes actiones contingere, ſed duntaxat ijs qui vicissent, & aduerſus victos, iiſque aduerſus quos res defenſa non eſſet, aduerſus eos qui rem non defendiſſent.*

His enim verbis I.C. indicare videtur, obligationem defendendi inter hæredes eius, qui obligatus eſt, ſcindi: quia committitur tantùm contra eos, qui non defenderunt. Si enim eſſet indiuidua, vno contrauenien te, committeretur contra omnes, l. 4. de verb. oblig.

Reſpond. non hanc eſſe cauſam: quia res pro parte defendi poſſit: ſed quia ſi ſint plures fideiuſſores iudicatum ſolui, & vnus non defendat, committitur ſtipulatio pro parte eius ad intereſſe, ſiue ad æſtimationem rei in iudicium deductæ, l. ſi ex duobus. l. ex iudicatum, ff. iud. ſolui. æſtimatio autem rei diuidua eſt, vt patet: eſſet enim iniquum, alterum, qui defendit, hac ſtipulatione teneri: quia aut is vicit, aut victus eſt: ſi vicit, iam ridiculum eſt eum teneri, ſi victus eſt, tenetur ex capite rei iudicatæ: quare opus non eſt, vt teneatur ex capite defenſionis non factæ.

Septimum argum. eſt, quia ſi obligatio defendendi eſſet indiuidua, quilibet hæres venditoris in ſolidum conueniri poſſet ad rem defendendam, contra l. in executione, §. in ſolidum. ff. de verbor. oblig. vbi dicitur omnes hæredes debere ſubſiſtere. Sed nihil obſtat, quia text. dicit omnes hæredes in ſolidum eſſe denunciandos, hoc eſt, quemlibet in ſolidum, vt ibi.

Poſtremum argumen. eſt ex l. cùm à matre. C. de rei ven. Nam ſi obligatio defendendi indiuidua eſſet, filius hæres matris teneretur in ſolidum emptorem defendere: ac proinde nō poſſet rem vindicare, etiam pro ea parte pro qua hæres non eſſet: contrarium autem ibi dicitur, ergo &c. Reſpon. obligationem iſtam eſſe quidem indiuiduam, verumtamen hæredes teneri pro portione hæreditaria de euictione, vt habetur in d. l. cum ex cauſa, & in d. l. in executione. §. in ſolidum. de verb. obl. quæ res facit, vt in d. l. cùm à matre, filius repellatur tantùm pro ea portione, pro qua hæres matris eſt: non enim pro ea portione rem vindicare poteſt, qui de euictione tenetur, & regula iur. eſt. Quem de euictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio. l. vindicantem, ff. de euictio. Scio in hac quæſt. aliis diſtinct. nonnullos in dict. §. Cato. vſos fuiſſe, præcipuè Ruin. Alci. Bologn. & Soc. iun. ſed eas referre ſuperſedeo: quia nec ſatis iure munitæ ſunt, & paucis veritatem mihi ſufficit attigiſſe.

CAPVT LV.

Ad l. Cùm à matre. C. de rei vend. vtrum filius hæres pro parte matris vendentis rem ipſius, eam vendicare poſſit?

Filius eſt hæres patris, vel matris, quæ rem ſuam vendidit, quæritur an eam vendicare poſſit, & clara extat deciſio in l. cùm à matre, C. de rei vend. vendicare non poſſe pro ea portione, pro qua eſt hæres: atque ita rectè docuerunt Socin. ſen. in l. 4. §. vlt. de verbor. oblig. Socin. Iun. in §. Cato. dict. l. 4. nu. 132. Ruin. ibid. num. 69.

Sed contrarium docuerunt in d. §. Cato. Alciat. n. 578 & Lancell. Galliaul. ea ratione, quia obligatio de defendendo eſt indiuidua: conſequenter ſinguli hæredes tenentur in ſolidum defendere emptorem: ergo filius hæres pro parte matris ſuæ quæ rem vēdidit, tenetur emptorem in ſolidum defendere: quo poſito infertur, non poſſe rem vendicare: quia quem de euictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio, l. vendicantem, ff. de euictio. Eſſe in ſolidū obligatos hæredes ad defendendum emptorem, planum eſt ex l. Cùm cauſa. & in l. executione §. in ſolidum. de verb. oblig. A l. cùm à matre, reſpondent emptorem in eo caſu ſcienter comparaſſe rem alienam, & ideò non potuiſſe agere de euictione, l. ſi fundum ſciens, C. de euict.

Iſtis non obſtantibus, priori ſententiæ magis conſentio pro qua eſt deciſio, in dict. l. cùm à matre. Nec quicquam valet allata reſponſio, quia ratio legis eſt in eo poſita, quòd filius ſit hæres matris, vel non ſit. Poſteriore caſu dicit text. filium poſſe vendicare, priore verò non poſſe pro ea parte qua hæres eſt. Non eſt vis in ſcientia, vel ignorantia emptoris: quid enim ſi promiſſa eſſet euictio, nonne agere poſſet emptor de euictione,

ſcientia rei alienæ non obſtante, l. ſi fundum, C. de euict.

Ad argumentum autem, quòd defenſionis obligatio indiuidua ſit, omiſſis aliorum reſponſionibus aduertendum puto, ſi filius hæres ſit pro parte dimidia, vel pro tertia, vel quarta parte, & fundam venditum pro eadem parte vendicet, ſi emptor opponat eum obligatum eſſe ad ipſum defendendum. Replicabit ipſe, id nequaquam eſſe verum, quia lis non intenditur niſi pro parte, pro qua filius ipſe actor hæres matris ſuæ non eſt. Pro ea parte loco extranei habetur: conſequenter defendere emptorem non tenetur. Quòd enim dicitur ſingulos hæredes in ſolidum teneri ad defendendum emptorem, hunc habet ſenſum, non licere vni hæredi ſuper lite emptori mota eum defendere pro parte tantum, omnes enim in ſolidum aſſiſtere debent, & emptorem defendere: ſed in hac facti ſpecie non tenetur filius emptorem defendere, quia non eſt hæres matris, niſi pro parte, & pro ea parte fundum non vendicat, ſed pro alia parte. Si ab alio quàm à filio emptori lis moueretur, & filius hæres, pro parte vellet eum defendere, non rectè faceret, quia teneretur in totum defendere propter indiuiſam venditionis naturam: vt in d. l. cùm ex cauſa. Præterea poteſt reſponderi, licèt filius teneatur emptorem defendere, tamen ſi non defendat, actionem de euictione pro parte tantum aduerſus eum competere, vt dicitur in dict. l. in executione. §. in ſolidum. Ergo filius non defendit, & ideò de euictione tenebitur pro parte, pro altera verò parte rem ſuam vendicare poterit.

CAPVT LVI.

In ſtipulationibus prætorijs vno ex hæredibus promiſſoris contrauenientè, vtrùm aduerſus omnes pœna committatur?

Rectè Bar. in l. 4. §. Cato, in ſecunda quæſtione non committi docet, ſed aduerſus eum ſolum hæredem, qui contrauenit: ſecuti ſunt eandem ſententiam cæteri frequentioribus ſuffragiis, teſte Soc. iun. ibi. n. 135.

Fundamentum eſt ſolidum in l. 2. §. incertam ff. de præt. ſtip ibi: *Reſpondetur ſcindi eas in perſonas hæredum.* & in l. Iulianus. §. Pœnales ff. ad leg. Falcid.

Contrarium, & malè docuerunt Aretinus, Ruin. Cuman. in d. §. Cato: & de hac re latè diſputat Ripa ibi, n. 78. & 79. diſtinctione quadã adhibita minimè neceſſaria. Nam l. 3. §. vlt. de verb. oblig. l. cùm ex cauſa, eorum. nihil iuuant eorum ſententiam, ſicut egregiè diſputat Soc. iun. loco adnotato.

Illud prorſus diſplicet, quod nonnulli dixerunt, & nouiſſimè etiam Cuiac. ad lib. 73. Pauli ad edictum, in d. §. incertam, hoc velle Iureconſultum, committi ſtipulationem contra omnes hæredes pro portione hæreditaria, vno contrauenientè, ſeu victo. Nam contrarium dicit, nimirùm ſcindi eas ſtipulationes in perſonas hæredum, licet regulariter ex perſona hæredis obligationis conditio non mutetur. Quod autem textus ſubdit: *At in contrarium ſumma ratione fit vt vno ex hæredibus ſtipulatoris victo, in partem eius committatur ſtipulatio, eò pertinet,* vt indicet I. C. in hoc caſu contrario nullam oriri difficultatem, atque adeò ſumma ratione id fieri, quia, ſcilicet nihil obſtat, ſicut in præcedenti caſu obſtat illa, *ex perſona hæredis promiſſionis non poſſe deſcendentem à defuncta ſtipulatione diuerſam conditionem cuiuſque facere, vt* in d. §. incertam.

CAPVT LVII.

Si quis promiſerit non offendere Titium, nec hæredes eius ſub pœna, & vnus ex hæredibus fuerit offenſus, an pœna in ſolidum committatur, hoc eſt, an offenſus eam in ſolidum petere poſſit?

Bart. in l. 4. §. Cato, n. 3. de verb. oblig. reſpõdit ſoli offenſo actionem ad pœnam competere in ſolidum. Eandem ſententiam ſecuti fuêre Ang. Roman. Socin. Bolog. Iaſ. n. 54. Alciatus n. 158. & ſeqq. Ripa n. 97.

Sed contrarium docuerunt multi alij, pœnam ſcilicet in ſolidum committi, ſed hæredem illum ſtipulatoris, qui offenſus fuit actionem tantum habere, pro ſua parte. Ita poſt alios quos citat Alex. in d. §. Cato, n. 52. Ruin. n. 85. Socin. iun. alios citans ibidem, nu. 151. & hanc eſſe communiorem ſeu etiam ſcribit Alciatus n. 158. quamuis alij quidam ſententiam Bart. communem dixerint, vt refert Soc. iun. loco proximè citato.

Fundamentum prioris ſententiæ eſt, quia ſtipulatio de non offendendo eſt indiuidua, nec ſui natura ad hæredes tranſitoria: ex eo quòd ſit indiuidua, quilibet offenſus habet in ſolidum actionem: ex eo autem, quòd non ſit ad hæredes tranſitoria in perſonam cuiuſque hæredis, cenſetur eſſe noua quædam promiſſio, & proinde cuilibet hæredi actio competit, perinde ac ſi quilibet ſtipulatus fuiſſet, quo caſu procul dubio in ſolidum actio vnicuique competeret ad pœnam.

Contrariæ ſententiæ fundamentum eſt in l. 2. §. Item ſi in facto, de verbor. obligat. in illis verbis: Contra autem ſi ſtipulator deceſſerit, qui ſtipulatus erat ſibi hæredique ſuo iure agere

gere licere, & vnus ex hæredib. eius prohibeatur interesse, dicemus vtrùm in solidum stipulatio committatur, an pro parte eius, qui prohibitus est. Nam si pœna stipulationi adiecta sit, in solidum committetur stipulatio, sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione submouebuntur. Respon. Bart. ibi de stipulatione agi, quæ sui natura transit ad hæredes, promissionem autem istam non esse sui natura transitoriam ad hæredes.

Alij contra hanc responsionem adducunt l. stipulatio. §. si quis ita. ff. de verb. oblig. Alex. verò aliter respondet, nimirùm in proposita quæstione, dato quòd stipulatio de non offendendo, non transiret ad hæredes stipulatoris ex natura sua, tamen negari non posse, quin hæredibus competat actio ex contractu defuncti, & sic ex causa hæreditaria. Replicat Ripa, licet hæc stipulatio sit hæreditaria, tamen multiplicari in personas singulorum hæredum, atque tot esse pœnales stipulationes, quot sunt personæ hæredum, ac propterea singulis in solidum competere actionem ad pœnam. Et licèt stipulatio ire, agere licere, non transeat ad hæredes, vt in §. si quis ita: tamen posse sui natura transire, & in hoc à stipulatione ista de non offendendo differre, quæ omninò est personalis, nec sui natura est apta transire ad hæredes.

Puto ego posteriorem sententiam esse probabiliorem, quia pro se habet text. in dict. l. 2. §. Item si in facto. His accedit ratio, nam è contrario si vnus ex hæredibus promissoris in re indiuidua contraueniat, videmus pœnã committi pro portione hæreditaria contra omnes iuxta decisionem §. Cato, & in terminis propositæ quæstionis est communis sententia, teste Ripa ibi, num. 100. Igitur & in quæstione nostra dicendum est, pœnam in solidum committi, hoc est, vt actio competat omnibus hæredibus stipulatoris pro portione hæreditaria, veruntamen exceptione repellantur cæteri hæredes, qui prohibiti non fuere.

Male Alciatus, qui existimauit tex. in d. §. Item si in facto, probare sententiam Bartoli, dum ait pœnam in solidum committi: istud enim non est ita accipiendum quasi committatur pœna omnibus stipulatoris hæredibus, sed illi tantùm qui prohibitus est. Non rectè, quia text. declarat quomodo pœna in solidum cõmittatur, & satis apertè indicat singulis hæredibus ipso iure committi pro hæreditaria portione, dum subdit: *Sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione submouebuntur*. Nam si soli prohibitio in solidum actio competeret, & non aliis hæredibus, non esset opus vt exceptione repellerentur.

Non obstat, quòd dicebatur stipulationem de non offendendo, sui natura non esse transitoriam ad hæredes, quia vt bene respondet Alexander, satis est in proposito nostro ex contractu defuncti transire, quia actio inter singulos hæredes diuiditur pro portione hæreditaria, l. ea quæ, C. famil. herciscundæ.

Non obstat replicatio Ripæ, scilicet multiplicari pœnales stipulationes ex personis singulorum hæredum, quia id est verum, sed cum sua qualitate, nimirum, vt vno ex hæredibus offenso committatur stipulatio ad pœnam singulis hæredibus pro portione hæreditaria, sic & in d. §. Cato. vno ex hæredibus promissoris contrauenientе, omnes contrauenisse videntur, & propter indiuiduam naturam stipulationis *iter fieri*, quot sunt hæredes promissoris, tot videntur esse promissiones, & tamen pœna committitur in singulos hæredes pro portione hæreditaria. Hic igitur nos contemplari oportet, non solùm indiuiduam principalis stipulationem, quæ diuidua est: Et licèt non sit ad hæredes transitoria ipsa principalis promissio, transit tamen ex defuncti contractu, & cum sua natura, vt nimirùm pro portione hæreditatis singulis hæredibus committatur. Atque ita sentio.

CAPVT LVIII.

Statuto stante vt homicida capite plectatur, nisi pacem habuerit ab hæredibus occisi, an sufficiat habere pacem à maiori parte hæredum?

Affirmat Bart. sufficere, in l. 4. §. Cato, in vlti. quæst. Castr. l. 2. §. ex his. de ver. oblig. Areti. in l. pro hærede. §. vlt. de acq. hæred. vbi dicit communem esse: alios citat Socin. Iun. in d. §. Cato, n. 153.

Negant autem Ias. Ripa, Alciatus, qui alios adducunt, in d. § Cato. & Felin. in c. cum omnes, de constit. col. 10 vers. Septimò fallit. vbi dicit sententiam Bart. communiter reprobari. Affirmantis sententiæ fundamentum est in l. Et suum, cum legib. seqq. ff. de pact. & in l. vlt. C. qui bonis ced. poss. & in l. quod maior. ff. de mancip. Posterioris autem, in l. Per fundum, ff. de ser. rust. præd. in l. Rescriptum, ff. communia prædio. in l. in casu, de ver. sign. & in reg. quòd omnes tangit, de reg. iur. lib. 6. l. si autem plures, de aq. plu. arcenda.

Res sanè perquam obscura est; namque ex vna parte verba statuti omnium hæredum exigunt consensum, ex altera pugnat æquitas, vt liberetur à pœna mortis occisor. Non videntur ad rem facere leges adductæ pro sententia posteriore, quia hic non agitur de

hæredum præiudicio, sicut quando seruitus prædio imponenda est; imò pacem inire laudabile & Christianum est. Sed nec leges adductæ pro sententia priore admodum vrgere videntur, quia creditorum intererat, vt hæreditas adiretur, vt quinquennalis dilatio concederetur, forsitan enim eis satisfieri aliter non poterat; quare vnius vel alterius dissensus maiori parti nocere non debet. Denique sic concludo. Aut hæredes occisi recusant pacem inire ne amittant actionem iniuriarum; & hoc nihil est, quia iniuriarum actio non transit ad hæredem, l. si cum. §. qui iniuriarum. ff. si quis cautio. aut recusant ne damna, & expensas atque actionem ex l. Aquilia amittant; & hoc etiam nihil valet, quia remittens iniuriam, non videtur remittere damna, expensas, & interesse, vt probat optimè Antonius Gomesius tit. de iniuria, nu. 13. Aut recusant, quia volunt necem vendicare, ne incidant in pœnam, iuxta L. vlt. ff. ad Syll. & l. 1 C. de his quibus vt indign. & istud nihil mouere potest, quia iam accusatio facta est vt occisor condemnetur ad mortem, nisi pacem habuerit ab hæredibus occisi. Itaque nullum isti hæredes periculum incurrunt amittendæ hæreditatis. Aut denique pacem facere recusant, vt occisor capite plectatur, vel quia nolunt ei gratificari, & hoc ideò non obstat, quoniam nullum præiudicium continet ipsorum hæredum, & consequenter nos versamur extra casum legum allegatarum pro sententia posteriore, in quibus vnius dissensus impedit seruitutem constitui, vel aliud ius acquiri, propterea quòd res illa omnes hæredes tangit, hoc est præiudicium singulorum continere videtur. Versamur autem in specie non dissimili ab ea quæ continetur in legibus adductis pro sententia priore: Nam hæredum qui consentiunt vt pax fiat interesse videtur tolli prorsus inimicitiam ortam omnémque odij ansam amoueri; & non impediti quominus occisorem pacem petentem à morte liberent.

Ex quibus palàm esse potest Bart. sententiam quæ priori loco relata superiùs est, nisi aliquod adsit præiudicium hæredis recusantis pacem facere, iuri & æquitati magis consonam esse.

CAPVT LIX.

Vtrùm creditor inuitus cogatur accipere particularem solutionem?

CVm partis solutio non minima adferat incommoda, vt ait I.C. in l. 3. ff. fami. hercisc. meritò communi Doctorum sententia receptum est, creditorem inuitum non esse cogendum partis solutionem accipere, vt notant omnes Doctores, in l. quidam. ff. si certum petat. cùm scilicet totum debitum est liquidum, ne obstet d. l. quidam. Et hæc sententia optimè probatur ex l. Tutor. §. Lucius. ff. de vsuris, vbi Modest. *Si non hac lege mutua pecunia data esset: vti liceret particulatim quod acceptum est exoluere, non retardari totius debiti vsurarum præstationem &c.*

Sed contrariam sententiam habuerunt Alciat. & Corasius, in l. 2. §. & horum. de verb. oblig. Fulgo. & Decius, in d. l. quidam., quorum argumenta refutanda sunt.

Primum est ex d. §. & horum primo, in illis verbis: Quædam partis præstationem recipiunt, veluti cùm decem dari stipulamur, nec enim id restringi debet ad eũ casum quo creditor consentit; præsertim cùm inferiùs dum agitur de stipulatione hominis dicat text. *Nã etsi Stichi pars soluta sit, nondum in vlla parte stipulationis liberatio nata est*; etenim hoc intelligendum est inuito creditore; volenti enim creditori aliud pro alio solui potest, l. 2. §. mutui, de reb. cred. si cert. pet. Ergo & quod superiùs dictum est cum decem dari stipulamur partis præstationem id recipere, intelligendum est etiam inuito creditore. Respondeo cùm decem dari stipulamur; hanc stipulationem partis præstationem recipere sui natura, quia quantitas hæc diuidi potest; & hæc est mens I.C. Vtrùm autem debitor possit partem soluere inuito creditore, nec ne, id ex alijs locis petendum est. Quod autem inferiùs subdit si pars Stichi soluta sit liberationem non contingere, huc pertinet vt ostendat I.C. id quod paulò antè dixerat, nimirum quædam sui natura partis præstationem recipere, sed nisi tota dentur stipulationi, non satisfieri. Fateor hoc posterius accipiendum esse inuito stipulatore, seu creditore; sed nego ea quæ sui natura partis diuisionem recipiunt, veluti cùm decem dari stipulamur etiam, inuito creditore, semper recipere. Aliquando enim inuito creditore solutio partis fit, veluti cùm plures sunt hæredes debitoris, & vnus suam partem soluit, l. in executione. §. 1. ff. de verb. oblig. l. si testamento. §. 1. ff. de fideiuss. aliquando non potest fieri, veluti cum ipse principalis debitor partem offert, d. l. Tutor. §. Lucius, ff. de vsuris.

Secundum argumentum est, creditor potest partem exigere inuito debitore, ergo & debitor partem soluere potest inuito creditore, vt correlatiuorum eadem sit natura, l. 1. C. de cupressis, libr. 11. Respondeo negando antecedens; namque creditorem inuito debitore exigere posse partẽ debiti, iure nõ probatur. Non ad rem facit l. Iam tamen. §. pe. ff. iud. sol. sed

sol. sed contrarium probat l. in commodato. §. duob ff. commod. & est communis Doctorum sententia, non licere creditori, inuito debitore, partem crediti exigere: ne continentia causæ diuidatur, vel debitor distrahatur pluribus iudiciis: vide Matthesil. sing 115. Nota, quod si ex centum, & ibi addentes Imola, Alex. & Aret. in l. 1. ff. de acq. hæred.

Tertium argumentum est, quia in fisco locum habet particularis solutio, l. Placuit, C. de colla. functio patri. lib. 11. ergo multò magis in priuato. Respon. illud esse specialiter constitutum in iis qui obtinent res emphyteuticas, vel patrimoniales fisci, ideo non est trahendum in consequentiam ad omnes alios debitores.

Quartum argumentum est, quia si plures sint hæredes promissoris certæ quantitatis pecuniæ, & vnus eorum partem offerat pro portione hæreditaria, liberatur creditore inuito. l. in executione. §. 1. de verb. obli. l. si testamento. §. 1. de fideiuss. Ergo idem est in ipso debitore principali, quia ex persona hæredis non variatur conditio obligat. l. 2. §. ex his, de verb. obli. Resp. negando consequentiam, quia inter principalem debitorem, & ipsius hæredes maxima est ratio differentiæ. Principalis debitor totum soluere tenetur, vt fidem suam liberet, & promissori satisfaciat: verùm hæredes plures pro portione hæreditaria tenentur, l. 2. C. de hæred. act. quia lex 12. tabularum diuidit inter eos obligationem: vt scilicet, non singuli teneantur totum soluere, sed partem pro portione hæreditaria.

Quintum argumentum est, quia lex 12. tabularum diuidens obligationem inter hæredes pro portionibus hæreditariis, esset iniqua, & creditoribus damnosa, l. 3. ff. famil. hercis. Resp. nec iniquam esse, nec creditoribus damnosam. Non est iniqua, quia vt dixi cùm sunt plures hæredes qui succedunt in ius defuncti necesse est, vt inter eos diuidantur commoda, & onera hæreditaria. Non est damnosa, quia creditores habent actionem contra omnes hæredes. Quare si vnus soluerit partē suam, remanet ei actio contra alios, qui possunt simul totam debitam quantitatem consequi.

Porrò ad l. Tutor. §. Lucius. de vsuris respōdent contrariæ sententiæ authores ibi agi de vsura quæ pœnæ similis est. Pœna verò facit stipulationem indiuiduam, l. 5. §. si sortem, de verbor. obl. l. si certum pet. quia nec partis solutio admittitur. Nihil moror hanc responsionem, quia si debitor solutione partis liberaretur inuito creditore, vsuræ totius summæ non deberentur. Et quod dicitur de comparatione pœnæ at vsuræ, nihil est: quia quod attinet ad l. 5. § si sortem, illius ratio non est in eo posita, quòd de pœna agatur, sed in eo quòd aliter fieri non possit sine iniuria stipulatoris, vt ibi expressè dicitur, & alias quoque nos latius explicabimus.

CAPVT LX.

De regulis cognoscendi, an facta sint indiuidua?

NOn malè Bart. in l. stipul. non diuiduntur, de verbor. obligat. in 3. quæst. & cum eo communis interpretum schola tres constituit regulas ad cognoscendum, an facta sint indiuidua vel diuidua. Prima, si tale sit factum, quod pro parte non afferat tantam vtilitatem respectu partis, quantum pro toto respectu totius, est indiuiduum, secùs si afferat. Exemplum, si quis promittat opus fieri, puta insulam fabricari, fossam fodi, Romam ire. Probatur argum. l. in executione. §. 2. de verbor. oblig. ibi: *Quia operis effectus in partes scindi non potest.* & l. Stipul. non diuiduntur, eod. tit. ibi: *Horum intercessio corrumpit stipulationem.* l. Si is qui. §. Quædam. ff. ad leg. Falcid. ait text. sed opus municipibus hæres facere iussus est, indiuiduum videtur legatum. Neque enim vllum balneum, aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quæ ex cōsummatione contingit, non dederit. Quid enim est aliud, operis effectum in partes scindi non posse, diuisionem eius corrumpere stipulationem, neque balneum, neque theatrum fecisse videri, qui ei propriam formam non dederit: quid inquam aliud hæc sibi volunt, quàm partem factorum istorum non adferre vtilitatem pro parte: sicut totum respectu totius adferre videtur? Si pars operis pro parte adferret vtilitatem, sicut pars pecuniæ promissæ respectu partis vtilitatem adfert eandem, quam tota respectu totius, certè opus rectè diceretur esse diuiduum ob eandem rationem, quæ est in pecunia.

Secunda regula, illud factum dicitur indiuiduum quod si pro parte fiat, & pro parte interesse præstetur, in diuersis rebus fieret solutio, l. in executio. § pro parte. ff. de verbo. oblig. ibi: *Solui autem, nisi in solidum non potest: alioquin in diuersis hominibus rectè partes soluerentur.* Hic autem est notandum, non distinguere hoc in loco Bartol. inter indiuiduum solutione tantùm, & indiuiduum obligatione & solutione: satis enim est regulam esse aptam ad constituendum factum indiuiduum, siue illud sit solutione tantum, siue obligatione & solutione. Alias autem differentia est, verùm solutione tantùm, an verò solutione & obligatione sit indiuiduum.

Tertia regula: illud factum dicitur diuiduũ in quo duo copulatiuè concurrunt. Primum, quod pro parte impletum adferat tantam vtilitatem, respectu partis, quãtam totum respectu totius. Secundum, quod si pro parte fiat, & pro parte interesse præstetur, contingit solutionem fieri in eadem re, vt si quis teneatur ad restituendum sacculum pecuniæ. Exemplum est in stipulatione, amplius non agi, & rem ratam haberi, vt in l. 4. §. Cato, de verb. oblig. Malè author. tract. diuidui & indiuidui, in 2. par. 2. partis, n. 262. reprehendit has regul. nam quæ opponit friuola sunt.

Primam regulam ait nihil concludere, quia sequeretur dationem domus vel fundi, aut certi hominis, vel equi non esse diuiduam, sed indiuiduam obligatione & solutione, quoniam pars rei animatæ non adfert vtilitatem. Resp. potest, Bartol. non loqui de datione, sed de facto. Nam circa stipulationes quæ consistunt in dando, non sunt constitutæ dictæ regulæ, sed ad eas spectant quæ in faciendo consistunt.

Secundò obiicit, stipulationem rem restitui diuiduam esse, & tamen non adferre pro parte vtilitatem. Responderi potest, imò stipulationem rem restitui, indiuiduam esse solutione, l. Si duo. ff. depo. nec continere nudum factum, & proinde huc non pertinere. Non enim Bart. in his regulis tradendis rationem habuit indiuiduæ stipulationis quoad obligationem, vel quoad solutionem, sed satis illi fuit regulas tradere quibus cognoscatur aliquam obligationẽ facti indiuiduam esse. Nec superfluitatis argui potest, quia nihil nocet rem pluribus explicare, & quæ superabundant non solent vitiare scripturas.

Non etiam satisfacit regula, quam ipse tradit author dicti tractatus, diuiduas esse obligationes, quando debitum præstari potest pro parte: indiuiduas autem quando nõ potest, sed totum præstari debet. Nam fateor id verissimè dictum & hanc esse naturam diuiduę obligationis vel indiuiduæ. Illud autem quæro, an sit aliqua regula qua intelligi possit totum præstari oportere, partem pręstari non oportere. Author ille nullam eiusmodi regulam docet, ergo non tam audacter alios accusare debuit: omni enim culpa carere debet, qui in alterum dicere paratus est. Malè etiã Cumanus, licèt habeat Duarenum protectorem, lib. 6. disputat. c. 59. Facta esse indiuidua quæ sunt visibilia, siue vt Duarenus loquitur, corporalia: diuidua autem, quæ sunt inuisibilia seu incorporalia. *Nam fossam fodere, rem tradere & similia quæ vel à demente, & ab eo qui intellectu & iudicio caret, non minus quàm à sano homine expediri possunt. Cùm enim in hac executione nihil possit animus, sed corpore omninò opus sit, quónam modo potest ea diuisio locum habere quæ intellectu tantùm fiat, non etiam corpore?* hæc & similia Duarenus. Non placent: quia responderi potest in rebus corporalibus animum & intellectum facilè diuisionem facere posse, etsi res corpore non diuidatur: & hoc sufficere, vt res dicatur esse diuidua. Sed de his apicibus iam satis philosophati sumus.

CAPVT LXI.

Testator reliquit mille in constructionem ecclesiæ: & reliquit quatuor hæredes, vtrùm obligatio sit indiuidua, vt singuli teneantur in solidum?

Affirmant esse indiuiduam Angelus, Imola, & Castr. in l. In executione. ff. de verb. oblig. Alex. in l. 2. §. Et harum. nu. 5. eo. tit. & ibidem Alciatus, n. 6. & lib. 2. Parergon. c. 22. Iason in l. Stipulationes non diuiduntur, nu. 27. eod. Fundamentum est in l. Fideicommissa. §. pen. de legat. 3. Vlpianus: *Si in opere ciuitatis faciendo aliquid relictum sit, vnumquemque hæredum in solidum teneri D. Marcus, & Lucius Verus Proculæ rescripserunt.* Huc accedit quod dicitur dationem ordinatam ad factum pro facto reputari, vt nos in l. Natur. §. Quod si faciam. ff. de præscrip. verb.

Sed quod attinet ad text. in d. §. pen. ille loquitur, quando hæredibus à testatore iniunctum est opus, vt scilicet ipsi illud fieri curent, non autem quando certa pecunia relicta est pro opere faciendo. Id patet ex verbis sequentibus eiusdem text. quæ sic se habent: *Tempus autem cohæredi præstiterunt intra quod mittat ad opus faciendum post quod solùm Proculam voluerunt facere imputaturam cohæredi sumptum pro parte eius.* His enim verbis intelligitur hæredibus iniunctum onus hoc fuisse, vt opus faciendum curarent. & solam Proculam voluerunt facere, imputaturam cohæredi sumptum. Quod verò dicitur dationem ad factum ordinatam, facto comparari, hunc sensum habet, vt si quis seruum dederit vt manumittatur, is manumisisse videatur. sic loquitur Gloss. in d. §. Quod si faciam. Ex quo potest inferri hæredes, qui pecuniã dederint vt opus fieret, videri fecisse ipsum opus: non autem inferri potest id quod infertur, testatorem aliquid legantem pro opere faciendo, eodem iure habendum, ac si opus illud faciendum iniungeretur hæredibus. Ratio enim differentiæ est, quia cùm opus fieri mandat, omnes hæredes in solidum obligat: cum verò certam pecuniam legat pro construendo opere, non obligat hæredes ad fa-

ad faciendum opus, vel ad curandum illud fieri, ſed ad certam pecuniæ quantitatem perſoluendam; quæ diuiſionem recipit ex perſona cuiuſlibet hæredis pro portione hereditaria.

Contrariam igitur ſententiam in propoſita quæſt. ſecuti ſunt Dyn. Iacob. Rauen. Albert. & Bart. in d. §. pen. Alex. in d. l. ſtipul. non diuiduntur. col. 6. Soc. & Iaſ. in d. §. Et harum, & hęc eſt verior. Adferri ſolet text. pro hac ſententia, in l. Mortuo. §. vlt. de leg. 2. qui reuera ad rem non facit, vt præclarè oſtendit Alciat. libr. 2. Parerg. cap. 21. Probatur igitur hęc veriſſima ſententia, ex generali regula, quæ docet omnem obligationem eſſe diuiduam inter hæredes, ſi agatur de re, quæ diuiſionem recipit, veluti eſt, pecuniam præſtari, l. 2. §. & harum. de verbor. oblig. l. Pro hæreditariis, Co. de hær. act. l. Hæredes. §. idem iur. ff. fam. hercif. At in propoſita facti ſpecie, teſtator pecuniam præſtari mãdat, ergo eſt diuidua obligatio ipſorum hæred. pro hæreditaria portione. Quod enim opus faciendum ſit ex pecunia illa, non hoc pertinet ad opus heredum, ſed ad alios, quorum intereſt, vel iure incumbit opus fieri: hoc tantum hæredibus onus iniũgitur, vt ſoluãt pecuniam. Quare ſi eam pro portionibus hered. tariis inferri parati ſint, nihil proponi video, cur ad aliud teneantur.

CAPVT LXII.

Conciliatur l. Et ideo. de verb. oblig. cum l. Maritius, ff. locati, & l. Mora. § penult. ff. de vſuris. cum l. pen. ff. de duob. reis.

IN hac materia diuiduę, & indiuiduę obligationis occurrit antinomia quędam inter l. Et ideo. de verbor. oblig. & l. Maritus. ff. locat. Fateor antiquos Gloſſatores ac interpretatores non tam acutè vidiſſe, ſicut recẽtiores quidam viderunt. Nam in d. l. Maritus, de conductore agi operis faciendi, patet ex verbis textus: ideo nihil mirum, ſi periculum ex terrę motu, non vitio operis prouemens, ad eum non ſpectat. Quid enim aliud ei iniunctum eſt ex contractu locationis, quàm vt opus faciat? ſi fecerit illud, & ſine culpa ſua perierit, periculum eſt domini, non autem conductoris; quia res perit domino non alteri. l. ſi creditor. Cod. de pig. act. & quæ fortuitis caſibus eueniunt, in nullo bonæ fidei iudicio præſtantur, l. quæ fortuitis. C. eod. tit. l. Contractus. de reg. iur. At in l. & ideo. non agitur de conductore operis, ſed de eo qui erat obligatus ad id faciendum, vel ex promiſſione, vel tanquam heres alterius: ſi partem operis fecerit, vel fieri curauerit, quæ incendio conſumpta ſit, periculum ad eum ſpectat; quia ſuæ obligationi non ſatisfecit, donec opus abſolutum præſtiterit. Rectè etiam idem monet. l. Mora. §. pen. ita conciliari poſſe cum l. pen. ff. de duobus reis: factum vnius rei debendi, alteri nocet correo, vt in d. l. penul. quantum ad principalem obligationem, ideo ſi alter correus ſeruum debitum occidat, vel aliquid delinquat circa rem, quæ præſtari debet, non idcirco alter correus liberatur. Mora autem vnius correi alteri non nocet, quantum ad hoc, vt obligatio principalis augeatur, ita vt & vſuras præſtare teneatur, ſicut in bonæ fidei iudiciis præſtantur ex mora, vt in d. l. Mora: quæ lex de his vſuris cùm loquatur in principio, videtur etiam de eiſdem loqui, & ad eas reſpicere inferiùs, dum agit de mora vnius rei, & alteri reo non nocere. Cæteræ expoſitiones veterum non ſunt ita perſpicuæ, diuinant, & ad ſcopum non collimant.

CAPVT LXIII.

Explicatur materia diuidui, & indiuidui, propoſitis concluſionibus breuiori & faciliori via.

SEd operæ pretium duxi, iſtam materiam in aliquot veluti theſes coniicere, quò faciliùs percipi poſſit, quàm difficillima ſit. Sæpè igitur repetita non diſplicebunt.

1 Ad cognoſcendum, quæ ſit diuidua, vel indiuidua ſtipulatio, nullum Doctorem Paulo I.C. meliorem habemus: is enim l. 2. §. 1. ff. de verbor. oblıgat. *Stipulationum, inquit, quædam in dando, quædam in faciendo conſiſtunt: & harum omnium, quædam partium præſtationem recipiunt: veluti cùm decem dari ſtipulamur, quædam non recipiunt: vt in his quæ natura non admittunt diuiſionem: veluti cùm viam, iter, actum ſtipulamur.* Diuidua igitur eſt obligatio, quæ diuiſionem recipit: indiuidua, quæ non recipit. Exempla adfert Paulus, quæ vides.

2 Cui & Vlpianus conſonat, in l. 72. eod. titulo, cùm ait: *Stipulationes non diuiduntur, earum rerum quæ diuiſionem non recipiunt, veluti viæ, itineris, actus, aquaductus, cæterarumq́ ſeruitutum.*

3 *Sed quædam,* inquit Paulus in d. l. 2. §. 1 *partis quidem præſtationem natura ſui recipiunt, ſed niſi tota dentur, ſtipulationi ſatis non fit: veluti cùm hominem generaliter ſtipulor, aut lancem, aut quodlibet aliud vas.*

4 Nec enim, vt noſtri monent interpretes, ea eſſe poteſt mens ſtipulantis, vt partem vaſis, hominiſve conſequatur.

5 Et hoc est, quod Vlpianus ait in dict. l. 72. *Harum enim rerum diuisio corrumpit stipulationem.*

6 Et loquitur ibi, exemplúmque proponit, cum quis *faciendum aliquid stipulatus est, vt puta fundũ tradi, vel fossam fodi, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile.*

7 Vis rationem cognoscere huius rei? eam pete ex Caio in l. 79. §. Quædam. ff ad l. Falcid. *Sed si opus,* inquit, *municipibus hæres facere iussus est, indiuiduum videtur legatum. Neque enim vllum balneum, aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quæ ex consummatione contingit, non dederit.*

8 His congruit Vlpiani responsum in l. 11. §. pen. de leg. 3. *Si in opere ciuitatis faciendo aliquid relictum sit, vnumquemque hæredum in solidum teneri,* & paulò infrà, *Ergo & in statua, & in seruitute, & in cæteris, quæ diuisionem non admittunt, idem est dicendum.*

9 Non est idem dicendum, si pecuniæ certa quantitas legata sit in opus aliquod faciendum, tunc enim inter hæredes obligatio diuiditur: vt rectè docuerunt Dyn. Iacob. Rauen. Albericus, & Bart. in dict. l. 11. §. pen. de leg. 3. & multi alij.

10 Non quidem ex responso Iurecon sulti, in l. Mortuo §. vlt. de leg. 2. illud enim aliam habet interpretationem, quam Alciat. adfert lib. 2. parerg. cap. 21.

11 Sed ob regulam generalem, quæ ex leg. 12. tabular. descendit, & obligationem inter hæredes diuidit, si modò res diuisionem patiatur. l. 2. C. de hæred. act. pecunia verò quantitatis diuisionem recipit.

12 Qui verò contrarium docuêre, Angelus, Imola & Castr. in l. In executione. de verbor. obligat. & alij forsitan hallucinati sunt eam ob causam, quod l. 11 §. penult. de leg 3 de istiusmodi facti specie loqueretur. Ait enim initio: *Si in opere ciuitatis faciendo aliquid relictum sit.* Sed vlteriora verba spectare oportuit, quibus apparet non certam pecuniam ad faciendum opus relictam fuisse, sed hæredibus iniunctum opus, ibi: *Tempus autem cohæredi præstiterunt, intra quod mittat ad opus faciendum, post quod solam Proculam voluerunt facere, &c.*

13 Sed quid est, quod ait Pomponius, in l. 5. §. vlt. de verbor. obligat. *Si sortem promiseris, & si ea soluta non esset, pœnam: etiamsi vnus ex hæredibus tuis portionem suam ex parte soluerit, nihilominus pœna committetur, donec portio cohæredis soluatur?* Hic agitur de pecunia, quæ diuisionem recipit: cur ergo indiuiduæ obligationis naturam imitatur?

14 An quia, vt dicebat Bart. in l. 4. §. Cato, de verbor. oblig. obligatio hæc in dando consistat? Et ideò si hæres non soluat portionem cohæredis, sit in culpa? quia id potest facere, & postea repetere iudicio fam. hercisc. iuxta l. 2 §. Ex his, l. in executione, §. Quòd si stipulatus, de verbor. obligat. Secus vbi stipulatio consistit in faciendo: quia non est in potestate cohæredis efficere, vt cohæres faciat, vel non faciat: ideò pœna committitur pro parte contrafacientis tantùm, vt in dict. l. 4. §. Cato, de verb. obligat.

15 Minimè gentium: nam sequeretur pœnam cessare, si hæres id præstare non possit: quod repugnat l. In executione §. pen. de verb. obligat.

16 Nec enim placet quod Bart. docet, quempiam rei alienæ dominium transferre posse pro solutione debiti sine consensu domini: id enim pugnat cum l. Id quod nostram, de reg. iur. cum l. 1. C. de comm. rer. aliena.

17 Nec si id faciat pro solutione æris alieni, l. 4. C. de rebus alien. non alienand.

18 Non iuuat Bart. l. si procuratorem. § si ignorantes. ff. mand. quia non dicit textus id fideiussori licuisse, sed narrat factum, & ideò intelligendus est in casibus iure permissis, vt puta si fideiussor potestatem habeat id faciendi ex consensu debitoris, qui rei est dominus.

19 Nil facit Auth. si captiui. C. de episcop. & cleric: quia ius est singulare fauore captiuorum, quò faciliùs redimantur.

20 Nil suffragantur alia iuris loca. Authent: qua in prouincia. C. vbi de crim. ag. opor. Gloss. in l. venditor, de iudicus. l. Si cum vno. si ex noxa. cau. agatur: quia huc non pertinet: vt legenti statim apparebit.

21 At dices, vtiliter gerenti negotium, consensum esse præstandum. l. Pomponius. ff. de negot. gest. est autem vtile ad euitandam pœnam, vt hæres cohæredis sui rem stipulatori tradat.

22 Sed quid si magis vtile foret pœnam soluere?

23 Præterea negotia aliena gerentis potestas non vsque eò porrigit, vt alienare bona possit, præsertim fundum, & alia immobilia: id tibi probat l. 4. C. de rebus alienis non alienandis.

24 An dicemus l. In executione. §. pen. de verb. oblig. non loqui de hæredibus, sed de principali promissore, qui fundum promisit sub pœna? Sic enim dicebat Soc. iun. in d. §. Cato.

25 Non acquiescit animus huic Soc. iun. resp. quia text. in §. pen. indefinitè loquitur, vt totus fundus detur, nullo discrimine constituto inter promissorem & hæredes.

26 Ergo auscultemus Cuiacium, perpendentem in §. Cato. iniuriam stipulatoris, cuius meminit I.C. in d. l. 5. § si sortem. dum ait, aliud

aliud non poſſe fieri ſine iniuria ſtipulatoris: nam cùm ſolutio particularis, non modica habeat incommoda, l. 3. ff. famil. hercisc. hinc oritur iniuria ſtipulatoris, quia ex ſolutione partis, incommodum ſentit, ideóque pœnam rectè petit, quia ſtipulationi ſatisfactum non videtur: nec ratio iniuriæ ſtipulatoris locum non habet in §. Cato, quia ſtipulatori nihil eſt præſtandum, ibi: *ſed amplius nō agi ei permiſſum eſt, quare ſi pro parte agatur ab vno ex hæredibus, pœna tantùm pro parte committitur, nec enim ampliùs ſtipulatoris intereſt.*

27 Redeo ad Paulum, in d. l. 2. §. 1. de verb. obl. is rectè quidē docet, diuiduam eſſe ſtipulationem præſtationis pecuniæ, ſed non rectè docēt qui ex hoc putant inuito creditori ſolui poſſe partem debitæ pecuniæ.

28 In hunc ſcopulum incautè impegēre Alciat. & Coraſius, in d. §. 1. quibus nec ſuffragatur tex. ibi, & maximè repugnat l. tutor. §. Luci. ff. de vſuris.

29 Si enim partis ſolutio rectè fieret inuito creditore, cur totius ſummæ vſuræ deberentur, depoſita parte pecuniæ? Cur I. C. ibi exigeret pactum expreſſum, quo particularis ſolutio fulciretur?

30 Nihil moror reſponſiones quæ adferuntur, vſuram eſſe ſimilem pœnæ, ac proinde ſolutionem partis impedire; ſicut & pœnæ ſtipulatio impedit; iuxta l. 5. §. ſi ſortem, de verbor. oblig. nam in §. ſi ſortem, eſt ratio, quam iam ex Cuiacio, ſatis indicaui. Nihil moror argumenta reliqua: ea enim confutaui lib. 2. controuerſ. cap. 6.

31 Concludo vnà cum Paulo, diuiduas eſſe ſtipulationes earum rerum quæ diuiſionem recipiunt, indiuiduas autē quæ non recipiunt. Hoc enim ſufficit ad ſciendum, quid ſit diuidua, & indiuidua ſtipulatio.

32 Non quæras meliorem magiſtrum Vlpiano, in l. 83. de verb. oblig. *In executione obligationis quatuor eſſe cauſas: Nam interdum eſt aliquid, quod à ſingulis hæredibus diuiſim conſequi poſſumus, aliud quod totum peti neceſſe eſt, nec diuiſim præſtari poteſt: aliud quod pro parte petitur, ſed ſolui niſi totum non poteſt, aliud quod ſolidum petendum eſt, licèt in ſolutione admittat ſectionem.*

33 *Prima ſpecies pertinet ad promiſſorem pecuniæ. Secunda ad opus quod teſtator fieri iuſſerit. Pro parte autem peti, ſolui autem niſi totum non poteſt: veluti cùm ſtipulatus ſum hominem incertum. In ſolidum verò agi oportet, & partis ſolutio affert liberationem, cùm ex cauſa euictionis intendimus.* Vlpianus vbi ſuprà.

34 Paulò rudiùs, & craſſiori filo Bartol. in l. 4. §. Cato. Indiuiduum aliud eſſe contractu, obligatione, & ſolutione, veluti inter ſtetiā. aliud obligatione, & ſolutione: aliud ſolutione tantùm.

35 Non malè etiam idem Bartol. in l. ſtipulationes non diuiduntur, num. 18. res dici diuiduas, vel ſecundum naturam, vel ſecundum iuris diſpoſitionem, l. Non ampliùs, §. vltim. de leg. 1.

36 Idem diuiduum recipere partes multiplicatiuas, puta dimidiam, tertiam, quartam: quandóque partes iuridicas, vt eſt vſusfructus, & proprietas rei: quandóque diſcretas partes, veluti ſunt res mobiles, quæ in partes diuidũtur ſeparatas.

37 Alii alia indiuiduorum genera comminiſcuntur, ſed quid opus eſt, aurum cùm inueneris, illud cum ære permutare? Ex fontibus legum & receptis Doctorum traditionibus hæc inſpice ſigna ad intelligendum, quæ ſit diuidua vel indiuidua obligatio.

38 Aut in obligatione eſt rem dari, quæ conſiſtit in quantitate, vel in iis rebus, quæ pondere, numero, & menſura conſiſtunt, veluti pecunia, frumentum, oleum, & ſtatuas eſſe diuiduam obligationem, l. 2. §. 1. l. In executione. §. 1. de verb. obl.

39 Aut eſt certa ſpecies, puta, lances, & eſt diuidua petitione, & obligatione, l. ſi ſtipulatus. §. 1. ff. de ſolutio.

40 Aut in obligatione continetur ſpecies in genere, puta homo, vel alternatiuè, puta, homo vel leo, & tunc eſt diuidua obligatione, & petitione, ſolutione autem indiuidua, l. In executione. §. Pro parte. de verb. oblig.

41 Aut ſeruitus deducitur in ſtipulationem, & dicas eſſe indiuiduam, l. 2. §. 1. l. ſtipulationes non diuiduntur, de verb. oblig.

42 Excipe vſumfructum, quia diuiduus eſt, l. 5. de vſufr.

43 Non idem eſt in vſu; eſt enim indiuiduus, l. Vſu pars, de vſu, & hab.

44 Vis cauſam ſcire? Vſusfructus eſt pars dominii, l. 4. de vſufructu: dominium eſt diuiduum, refertur enim ad fundum, & ad fructus fundi, qui ſunt diuidui, ideo & ipſe diuiduus eſt.

45 Vſus autem refertur ad perſonæ indigentiam, & neceſſitatem, quæ res diuiſionem non accipit: quis enim diuidet perſonæ cuiuſdam indigentiam?

46 Aut conditio adiicitur obligationi, & facit eam indiuiduam, l. Cui fundus. de cond. & demonſt.

47 Quandoque etiam pœna adiecta facit, vt obligatio indiuidua ſit, vt in l. 5. §. vltim. de verbor. obligat. propter iniuriam ſtipulationis, vt dixi.

48 Quandoque res natura ſua diuiſionem recipit, ſed niſi totum detur, ſtipulatori non

atisfit, vt in l.2.§.1.de verb.oblig. vbi exempla adferuntur.

49 Aut in obligatione sunt facta, veluti rem tradi, fossam fodi, insulam fabricari. & hæc individua esse dubium non est, l. stipulationes non dividuntur, de verb.obli.

50 Regulæ verò cognoscendi facta individua tres a Bart constituuntur, in dict.l. stipulationes non dividuntur. Prima si tale factum sit quòd pro parte non adferat tantam vtilitatem respectu partis, quantam totum, respectu totius.

51 Exempla habes in l. In executione.§.2.de verbor.oblig.& in dict.l. Stipulationes non dividuntur, & in l.Si is qui.§. Quædam. ff. ad l. Falcid.

52 Altera est regula. Factum individuum est, quando si pro parte fieret, & pro parte id quod interest præstaretur, contingeret in diversis rebus fieri solutionem, l. In executione. §. Pro parte. id autem individuum est, respectu solutionis non autem obligationis, vel petitionis, vt ibi dicitur.

53 Factum dicitur dividuum, in quo duo copulatiuè concurrunt. Primum, quod pro parte impletum adferc tantam vtilitatem respectu partis, quantam totum respectu totius: Secundum, quod si pro parte adimpleatur, & pro parte interesse præstetur, adhuc contingit solutionem fieri in eadem, non autem in diversis rebus: vt si quis teneatur restituere sacculum pecuniæ: si enim pro parte præstetur id quod promissum est, fiet solutio in pecunia. Si non præstetur tenetur promissor ad interesse, & illud in pecunia consistet: idem puto in promissore amplius non agi, & rem ratam haberi, iuxta l.4. §. Cato.eod.

54 Non placet Cumani doctrina licèt ei Duarenus adstipuletur, lib.1.disput.cap.59.facta esse individua, quæ sunt visibilia siue corporalia. dividua autem quæ sunt inuisibilia, siue incorporalia.

55 Cur enim animus ac intellectus facta corporalia & visibilia dividere non possit?

56 Primum omnium satis constat, hoc operari individuam obligationem, vt nec principalis promissor, nec hæredes satisfacere possint, nisi totum præstiterint, l.2.§.Ex his, de verbor. oblig.

57 Secundò: si individua sit stipulatio, vno ex hæredibus contraveniente, pœna quo ad omnes committitur, quia omnes fecisse videntur id, quod nisi in solidum committi potest, l.4.§.Cato, de verb.oblig.

58 Tertiò: si res sit dividua, vno ex hæredibus promissoris contraveniente, pœna committitur pro parte illius tantùm, d.l.4.§.Cato.

59 Respectu tamen ipsius principalis promissoris, etiamsi dividua sit stipulatio, veluti rem ratam haberi, pœna in totum committitur, si pro parte ratum non habeat, d.l.4. §.Cato, in fin.

60 Hæc enim stipulatio rem ratam haberi, non dividitur, nisi in personis hæredum, l.2.§. Incertam.ff.de prætor.stip.

61 Quartò: si obligatio sit individua solutione tantum, & vnus hæredum totius rei restituendæ facultatem habeat, officio iudicis compellitur ad totam restituendam, l.3.§.Hæres.ff. commod.

62 Quintò: etiam hoc operatur individua obligatio solutione, vt non contingat hæredib. liberatio, nisi integræ rei præstatione, l.Si duo. ff. depos.

63 Ex facto tamen proprio, siue ex proprio delicto, hæres quilibet obligatur in solidum, ipse solus licèt ex parte hæres sit, l.in depositi. ff.depos. l. In commodato.§.Si ex facto.ff.commod.

64 Et notandum est, si duo sint obligati ad rem restituendam, in solidum teneri ad præstandum dolum, & culpam, l.Si vt certo, §.Si duob. ff commod.

65 Hoc caput concludo cum Iuliani responso in l.54. de verbor. oblig. *In stipulationibus aliàs species, aliàs genera deducuntur. Cùm species stipulamur, necesse est inter dominos, & inter hæredes ita dividi stipulationem, vt partes corporum cuique debeantur. Quoties autem genera stipulamur, numero fit inter eos divisio, veluti cùm Stichum & Pamphilum quis stipulatus, duos hæredes æquis partibus reliquit, necesse est vtrique partem dimidiam Stichi & Pamphili deberi. Si autem idem duos homines stipulatus fuisset, singuli homines singulis hæredibus eius deberentur.*

66 Prima quæstio est, an stipulatio rem tradi, sit individua solutione & obligatione, dubitationem facit l.Stipulationes non dividuntur, de verb.oblig.illis verbis: *Idem puto, & si quis faciendum aliquid stipulatus sit, vt puta fundũ tradi.* Comparatio enim fit cum servitutum stipulatione, quam constat & obligatione, & solutione individuam esse.

67 Sed cur absolutam in omnibus & per omnia similitudinem exigimus? Ergo stipulatio rem tradi individua erit, etiam contractu, sicut & servitutum stipulatio: quòd nemo dixerit, quia potest quis stipulari partem fundi tradi.

68 Expende verba sequentia: *Harum enim rerum divisio corrumpit stipulationem.* Nam si totum non tradatur, si totum opus non perficiatur, stipulatio effectum non habet, non consummatur, non perficitur: quòd ipsum ad solutionem pertinet, non ad obligationem.

69 Er-

69 Ergo ſtipulatio rem tradi, indiuidua eſt ſolutione, ſicut ſeruitutes, non etiam obligatione; etenim fac plures hæredes eſſe eius, qui tradere promiſerat, cur omnes dicimus obligatos in ſolidum eſſe ad tradendum, & non potius pro hæreditariis portionibus? l. 2. C. de hæred. act.

70 Quid? quòd in ſolidum teneri hæredes in his rebus, quæ natura diuiſionem recipiũt, nihil aliud eſt quam omnes teneri pro portione hæreditaria. l. Adeò, in fin. de reg. iuris.

71 Nunquid lex obligat ad impoſſibile? Certe non, l. impoſſibilium. de reg. iuris. cur igitur hæredes ſinguli totam rem tradere teneantur, ſi eam rem non habeant niſi pro portione hæreditaria?

72 Si opus aliquod hæredibus iniunctum foret, obligatio eſſet indiuidua: quia hæres quilibet, vel facere totum opus, vel vt fiat, curare poteſt ſumptibus ſuis, eoſque à cohæredibus repetere: vt in l. fideicom. [illegible] §. [illegible] de opere, de leg. 3. Sed hic agitur de tradendo fundo, qui non eſt in poteſtate ſingulorum hæredum, ſed pro portione hæreditaria.

73 Secunda quæſtio eſt, de obligatione rem reſtitui, quo pacto ſit indiuidua: & receptum eſt, indiuiduam eſſe ſolutione tantùm: quę ſententia probatur in l. 2. §. Hæres. ff. commod. iuncta l. ſi duo. ff. depoſ. Hic enim dicitur, liberationem non contingere, niſi reſtitutione integræ rei: ibi autem reſponſum eſt, hæredem teneri ad rem reſtituendam pro ea parte, pro qua hæres eſt.

74 Sed quid eſt, quod ait Vlpianus in l. 1. §. ſi apud duos ff. depoſ. *Si apud duos ſit depoſita res, aduerſus vnumquemque eorum agi poterit, nec liberabitur alter, ſi cum altero agatur.* Exiſtimo hoc Vlpianum velle, quod & in l. Si vt certo §. Si duobus ff. commod. *& dolum & culpam, & diligentiam à ſingulis præſtandam eſſe in totum: quare duo quodammodo rei habebuntur.* Ad dolum igitur & culpam referenda hæc eſſe exiſtimo, quam ſinguli depoſitarii præſtare debeãt: non autem ad primariam obligationem rei reſtituendæ: hoc enim inter hęredes diuiduntur. l. 3. §. Hæres ff. commod. & verba ſequentia Vlpiani in d. §. Si apud duos, noſtram confirmant expoſitionem; ait enim: *Proinde ſi ambo dolo fecerint, &c.* & rurſus, *Idémque & ſi alter dolo non fecerit, & idcirco ſit abſolutus, nam ad alterum peruenietur.*

75 Excipe caſum hunc, cùm vnus hæres totius rei reſtituendæ facultatem habet, nam cõdemnandus eſt ad totam rem reſtituendã quaſi id boni iudicis officio conueniat, vt inquit Iureconſultus in dict. l. 3. §. Hæres. ff. commodati.

76 Sed actio commodati eſt bonæ fidei, meritò ſi vnus totius rei reſtituendæ facultatem habeat, condemnatur. Nunquid idem ſit in iudiciis ſiue contractibus, quę dicuntur ſtricti iuris? Bart. affirmat, idem eſſe dicendum, ſi cum actione perſonali concurrat rei vendicatio, §. Si plures ff. de vi & vi armata.

77 Verùm toto errat cœlo. Nec enim ibi concurrit actio realis cum perſonali, niſi ſpoliatus ſit dominus, fruſtráque adducitur l. Si quis emptionis, C. de præſcript. longiſſimi temporis: quia poſteà condita eſt, & multa alia requirit, quæ non concurrunt in dict. l. Si plures.

78 Ergo quod ait Paulus in dict. l. Si plures. *Interdum in ſolidum teneri eum hæredem, ad quem tota res peruenerit, quamuis ex parte hæres ſit.* Fundamentum habet in regula iuris, ex delicto defuncti hæredes obligari, in quantum ad eos peruenit. l. Vn. C. ex delict. defunct. l. 2. C. de vi.

79 Quid ergo ad propoſitam quæſtionem de contractibus ſtricti iuris reſpondebimus? Vrget ratio, quòd omnis obligatio inter hæredes ſit diuidua, l. 2. C. de hæred. act. l. 2. C. ſi ex plur. hæredib. niſi contrarium ſit conſtitutum. Non eſt autem contrarium conſtitutum in contractibus ſtricti iuris. Ergo.

80 Nec enim argumentari licet à contractibus bonæ fidei ad ſtricti iuris, quia diuerſam habent naturam, l. Mora. §. In bonæ fidei. ff. de vſur. l. cùm fundus. ff. ſi cert. pet.

81 Sed cùm æquitate ſuadente ſic deciſum ſit in contractu commodati, vt hæres qui totius rei reſtituendæ facultatem habet, in ſolidum condemnetur, quaſi id boni iudicis officio cõueniat, vt inquit I. C. in d. l. 3. §. Hæres ff. commod. cur nos id non porrigimus etiam ad contractus ſtricti iuris, eandem æquitatis rationẽ ſecuti?

82 Placuit enim in omnibus iudiciis, æquitatis magis quàm ſtricti iuris rationem habendam, l. Placuit. C. de iud. l. in omnibus quidem, de regul. iur. l. ſi me & Titium. ff. ſi cert. pet. l. ſi ſeruum. §. ſequitur. de verb. obligat. quæ duæ leges vltimæ de contractibus ſtricti iuris loquuntur.

83 Differentiæ verò inter contractus bonæ fidei & ſtricti iuris aliò ſpectant, ſcilicet ad fructus, & acceſſiones, quæ in bonæ fidei contractibus veniunt ex natura contractus, l. quia tantundem, iuncto §. vlt. legis præcedentis. ff. de regul. iuris. Vide Menoch. de arbitr. iud. qu. 3. Albert. Bolognet. de leg. iure, & æquitate, capite 33.

84 Tertia quæſtio eſt: An in contractibus bonæ fidei vno ex hæredibus contra promiſ-

ſionem defuncti faciente, teneatur ipſe ſolus in ſolidum ad pœnam: Non puto, ſed pœnam committi exiſtimo aduerſus omnes hæredes pro portione hæreditaria, l. 4. §. Cato, de verb. oblig.

85 Licèt enim de ſtipulatione loquatur i. l. C. quæ ſtricti iuris eſt, tamen ſtipulatio plerumque interponi ſolet ex aliqua cauſa: vnde dicitur pendere ex negotio contracto, in l. 5. §. Conuentionales, eod. tit.

86 Ergo poteſt interponi tàm ſuper contractu bonæ fidei, quàm ſtricti iuris, cum non diſtinguat I. C. inter cótractus bonæ fidei, & ſtricti iuris, recte inferri poteſt, pœnam committi aduerſus omnes hæredes vno contrafaciente, ſiue agatur de contractibus ſtrict. iuris, ſiue bonæ fidei.

87 Obiicitur l. In depoſiti ff. depoſ. quæ nihil obſtat: loquitur enim de hærede, qui delinquit, & ſic in proprio delicto obligatur. Audi verba eius: *In depoſiti actione, ſi ex facto defuncti agam aduerſus vnum ex pluribus hæredibus pro parte hæreditaria agere debeo.* Vides hic primariam obligationem ex facto ſiue promiſſione defuncti in hæredes deſcendere pro portione hæreditaria: ſed pergit textus de ſecundaria obligatione oriente ex facto proprio hæredum: *Si verò ex ſuo delicto, pro parte non agam: meritò, quia æſtimatio refertur ad dolum, quem in ſolidum ipſe heres admiſit.*

88 Quarta quæſtio: quid ſi vnus ex hæredibus emphyteutæ non ſoluerit canonem pro ſua parte, an incidant omnes hæredes in pœnam caducitatis? Placet, eum ſolum incidere, qui non ſoluit: nē factum, & culpa vnius alteri noceat. l. de pupillo. §. ſi plurium. ff. de oper. noui nunc. l. vlt. ff. ad Syllan. Facit ad rem l. Fraudati. ff. de publicanis. l. Supra icet. §. apud ferocem, de aq. plu. arcen.

89 Confirmatur hęc ſententia, quia canonis ſolutio diuiſionem recipit: in his autem quæ diuiſionem recipiunt, pœna committitur aduerſus eum ſolum hæredem, qui contra promiſſionem facit, l. 4. §. Cato.

90 Alii in contrariam ſententiam abiêre: alii diſtinguere ſolent aliter atque aliter, ſed nullum video fundamentum, præterquam in l. 5. §. ſi ſortem. de verbor. obligat. vbi vno hærede ceſſante, committitur pœna contra omnes hæredes, ſed ſuam habet ſingularem rationem illud reſponſum, ſicut ſuprà annotauimus concluſ. 26.

91 Addo nunc Cuma. libr. 6. cap. 2. in fin. circa d. § ſi ſortem. *In his ſtipulationibus pœnalibus,* inquit, *aliter ſi conſtituatur, iniuria fit ſtipulatori, qui vel ob eam cauſam maximè ſibi cauit promiſſione pœnæ, vt non neceſſe habeat à ſingulis hæredibus, quod ſibi debetur, per partes petere, & perſequi, ſed vt ab his ſicut à debitore totum* *cum debitum conſequeretur.*

92 Non ſic durè agitur cum emphyteuta, quę non ſoluendo per triennium cadit à iure ſuo, l. 2. de iure emphyteu. vel ſi res Eccleſiaſtica ſit, per biennium & potuit de locato: idque procedit ex diſpoſitione legis, non ex pœnali ſtipulatione. Mitior eſt igitur lex, quam homo. l. Celſus, ff. de arb.

93 Quinta quæſtio: vtrùm in contractibus ſtricti iuris ſi plures ſint promiſſores, & agatur ne te indiuiduę omnibus contrafacientibus, pœna contra omnes in ſolidum committatur, quid? Nam in contractibus bonæ fidei omnes in ſolidum teneri receptum eſt, l. 1. §. ſi apud duos. & l ſi duo. ff. depoſit. l. ſi vt certo. § ſi duo. ff. commod. non eſt ratio differentię inter hos, & contractus ſtricti iuris.

94 Adde, cùm ſtipulatio indiuidua eſt, omnes teneri ad rem principalem in ſolidum, l. 2. §. Ex his, de verb. oblig. Ergo, & ad pœnam in ſolidum omnes tenentur. quia pœnalis ſtipulatio eſt acceſſoria principalis ſtipulationis, & eius naturam ſequitur, vt docet Bart. in l. vlt. in 2. q. ff. de duob. reis.

95 Sexta quæſtio: Si pœna rei indiuiduæ adiiciatur facto indiuiduo, vel diuiduo vno ex hæredibus contrauenientè, quomodo committatur? Reſpondetur, pœnam indiuiduæ adiectam rei indiuiduæ aduerſus omnes hæredes in ſolidum committi vno contrafaciente. Bartol. in §. Cato, in 1. qu. Ripa, Iaſ. Alciatus, & alii.

96 Ea enim quę in partes diuidi non poſſunt, ſolida à ſingulis hæredibus debentur. l. Ea quæ. de reg. iur. Huc ſpectat l. 2. §. Ex his. de verb. obl. & l. Hęredes. §. In illa. ff. fam. herciſc.

97 Si verò pœna facti indiuidui adiiciatur, promiſſioni rei indiuiduę, Reſpondit, vne Ang. Imol Paulus Caſtr. & Iaſ. in § Cato pœnam committi aduerſus eum hęredem ſuſum, qui contrauenit. arg. l. In commodato. § Si ex facto ff. commod. & l. In depoſiti. ff. depoſit. & quia pœna ipſa diuiſionem non recipit.

98 Malè iſti: quia leges adductę non loquuntur de contractu defuncti, hoc eſt, de obligatione primaria defuncti, quę in hęredes tranſit, ſed de ſecundaria, quæ non ex proprio delicto, ſed facto hęredum proficiſcitur.

99 Magis placet communis ſententia, quæ ſic ſtatuit ſtipulatorem agere poſſe in ſolidum aduerſus hęredem qui contrafacit, ſed offerre oportere cæteris cohęredibus æſtimationem partis cuiuſque, ita dicebat Petrus, vt refert Bartol. in dict. §. Cato, queſt. 1. Aret. Alexand. Socin. junior num. 130. Probatur ex d §. Cato. ibi:

ibi. At si de eo cautum sit quòd diuisionem recipiat, veluti amplius non agi, tunc cum hæredē qui aduersus ea fecerit pro portione sua solùm pœnam committere.

100 At dices pœnam indiuiduam esse supponitur, ergo non potest pro parte tantùm committi. Respondeo quoties vnus ex pluribus hæredib. solus tenetur aliquid præstare quod sit indiuiduum, agentem offerre oportet æstimationem pro parte aliorum hæredum, ni fecerit, exceptione repellitur, l. cum filius. de leg. 2. l. si is qui quadringenta. §. quædam. ff. ad leg. Falcid.

101 Septima quæstio: Vtrùm stipulatio de defendendo sit diuidua, vel indiuidua? Existimo indiuiduam esse, authoritate l. 4. §. vlt. de verb. oblig. ibi: *Ipsi autem promissori pro parte neque restitutio, neque defensio contingere potest* & in l. In executione. §. In solidum. eod. tit. & leg. Cùm ex causa, cod. & l. si cùm vno ff. si ex nox. caus. agat. ibi: *nec auditur si pro parte paratus sit defendere* & l. loci corpus §. Si fundus. ff. si seruit. vend. ibi: *Quisquis defendit solidum, debet restituere, quia diuisionem hæc res non recipit.* & l. Hæres § si vnus. ff. famil. herciscun. & l. si rem §. fin. ff. de euict. & l. Ex clausula. ff. iud. solui. ibi. Non enim videbitur defensa res boni viri arbitratu, quæ non in solidum defensa sit, & l. iam tamen §. si tamen ff. eod.

102 Et hæc est communis sententia, teste Alciato, in §. Cato, num. 172. sed contrarium docuerunt ibi Cuman. nu. 68. Soc. Ion. n. 132. Harmanotus Detus, nu. 436. Burigel. nu. 158. Cror. nu. 112. nimirum hanc obligationem diuiduam esse.

103 Primò, quia agere, & defendere sunt correlatiua, sed stipulatio amplius non agi, diuidua est, l. 4. §. Cato. Ergo & stipulatio de defendendo est diuidua, quia correlatiuorum eadem est natura, l. vlt. C. de ind. vid. toll. l. 1. C. de cupressis lib. 11.

104 Respondeo, si pro parte agatur, pro parte quoque defensionem dari, & tunc eandem esse naturam actionis, & defensionis. Sed re in abstracto considerata non rectè infertur. Vnus ex hæredibus potest agere pro parte, ergo & qui defendere tenetur, potest pro parte defendere. Nam licèt actio inter hæredes diuidatur, defensio tamen indiuidua esse dicitur, quia is qui plenè non defendit, non videtur defendere, l. si defensor. de interrog. act.

105 Secundò, quia potest quis pro parte defendere, l. 1. C. de consortib. eiusdem litis.

106 Non valet argument. quia sermo hic fit de stipulatione de defendendo quæ indiuidua est; ibi agitur de pluribus consortibus eiusdem litis, quorum vnus sine altero agere ac se defendere potest, quia nulla præcessit defendendi obligatio: ibi quilibet suæ defensioni potest renunciare, iuxta l. pen. C. de pact. hic non potest inuito stipulatore suscipere pro parte tantùm defensionem, quia nisi integra, & plena defensio sit, stipulatori non satisfit.

107 Tertium argumentum est ex l. si communes, in fin. ff. de neg. gest. ibi: *Quia potui partem meam ita defendere, vt socij partem defendere non cogerer.*

108 Nil mirum, quia ibi nulla de defendendo est obligatio, & nulla præcessit stipulatio.

109 Quartum est ex l. 7. §. Incertam. ff. de præt. stipul. vbi stipulatio iudicatum solui, quæ clausulam defensionis continet, diuiditur ex personis hæredum.

110 Responderi potest, Paulum ibi accipiendum de stipulatione iudic. solui per se considerata, non autem quatenus continet etiam clausulam defensionis.

111 Quintum est ex l. vlt. ff. iud. solui. Sed nihil ad rem facit: non enim dicit illa lex, posse vnum ex hæredibus defendere pro parte, de pluribus hæredibus loquitur, quorum alter defendit, alter non defendit.

112 Sextum est ex l. Pœnales: §. Iulianus. ff. ad leg. Falcid. illis verbis: *Nam constare ex iudicatum solui stipulatione siue à parte actoris, siue à parte rei plures extitissent, non omnibus nec aduersus omnes, actiones contingere, sed duntaxat iis, qui vicissent, & aduersus victos, inque aduersus quos res defensa non esset, aduersus eos qui rem non defendissent.*

113 His enim verbis I. C. indicare videtur obligationem defendendi inter hæredes eius, qui defendere obligatus est, scindi: quia committitur tantùm contra eos, qui non defenderunt: si enim esset indiuidua, vno contraueniente, contra omnes committeretur, l. 4. §. Cato.

114 Respondeo, non hanc esse causam, quia res pro parte defendi possit, sed quia si plures sint fideiussores iudicatum solui, & vnus non defendat; committitur stipulatio pro parte eius ad interesse, siue ad æstimationem rei in iudicium deductæ, l. si ex duobus. l. ex iudicatum. ff iud. solui. æstimatio autem rei diuidua est; vt patet: esset enim iniquum, alterum, qui defendit, hac stipulatione teneri: quia, aut is vicit, aut victus est. si vicit, iam ridiculum est eum teneri: si victus est, teneretur ex capite rei iudicatæ: quare opus non est, vt teneatur ex capite defensionis non factæ.

115 Septimum argumentum est, quia si obligatio defendendi esset indiuidua, quilibet hæres venditoris in solidum conueniri posset

ad rem defendendam, quod pugnat cum l. In executione. §. In ſolidum. de verbor. oblig. vbi dicitur omnes heredes debere ſubſiſtere.

116 Reſpondeo, text. dicit, omnes hæredes in ſolidum eſſe denunciandos, hoc eſt, quemlibet in ſolidum, vt ibi.

117 Poſtremum argumentum ſumi poteſt ex l. Cùm à matre. C. de rei vend. Nam ſi obligatio defendendi indiuidua eſſet, filius hæres matris ibi teneretur in ſolidum defendere emptorem, & conſequenter vendicare non poſſet rem venditam, etiam pro ea parte, pro qua heres non eſſet: cuius contrarium ibi dicitur.

118 Reſpondeo, obligationem iſtam eſſe quidem indiuiduam, verumtamen heredes teneri de euictione pro hæreditariis portionibus; l. Cùm ex cauſa, l. in executione. §. ſolidum, de verbor. obligat. quę res facit, vt in d. l. cùm à matre, filius repellatur tantùm pro ea portione, pro qua heres matris eſt: non enim pro ea portione rem vendicare poteſt, quia de euictione tenetur, l. vendicantem. ff. de euiction.

119 Septima quęſtio, an ſtipulationibus pretoriis vno ex heredibus promiſſoris contraueniente aduerſus omnes pœna committatur? Reſp. non committi, ſed aduerſus eum ſolum heredem, qui contrauenit, ita Bart. in d. §. Cato. in 13. q. quem ſecuti ſunt alii frequentioribus ſuffragiis, teſte Soc. iun. n. 135.

120 Fundamentum eſt in l. 2. §. Incertam. de verb. oblig. illis verbis: *Reſpondetur, ſcindi eas in perſonas hæredum*. & in l. Iulianus. §. Pœnales, ad leg. Falcid.

121 Contrarium, & malè docuerunt Aretinus, Ruinus, Cumanus in d. §. Cato. Ripa diſtinguente, n. 78. & 79.

122 Nam l. 5. §. vlt. & l. cùm ex cauſa. de verb. obligat. quas adducunt, nil eorum ſententiam iuuant, vt Socinus iunior oſtendit loco annotato.

123 Illud prorſus diſplicet, quòd nonnulli dixerunt, & nouiſſimè etiam Cuiac. ad libr. 75. Pauli ad edictum, in d. §. Incertam, hoc velle Iurecõſultum, committi ſtipulationem contra omnes hæredes pro portione hæreditaria vno contraueniente, ſeu victo. Nam contrarium dicit, nimirum ſcindi eas ſtipulationes, in perſonas heredum, licèt regulariter ex perſona heredis, conditio ſtipulationis non mutetur. l. 2. §. ex his. ff. eod.

124 Quòd autem textus ibi ſubdit: *At in contrarium ſumma ratione ſit, vt vno ex hæredibus ſtipulatoris vincente, in partem eius committatur ſtipulatio*. eò ſpectat, vt indicet I. C. in hoc caſu contrario nullam oriri difficultatem, atque adeò ſumma ratione id fieri, quia ſcilicet nihil obſtat, ſicut in præcedenti caſu obſtabat illa ratio: *Ex perſona heredum promiſſoris non poſſe deſcendentem à defuncto ſtipulationem, diuerſam conditionem cuiuſque facere*, vt in d. §. incertam.

125 Octaua quæſtio: Si quis promiſerit non offendere Titium, nec hæredes eius ſub pœna, & vnus ex hæredibus fuerit offenſus, an pœna in ſolidum committatur? hoc eſt an offenſus eam in ſolidum petere poſſit? Bartol. in §. Cato. numer. 30. reſpondit ſoli offenſo actionem ad pœnam dari in ſolidum. Item reſponderunt Angelus, Romanus, Bolognet. Iaſon, num. 54. Alciat. numer. 158. Ripa, num. 99.

126 Quia ſtipulatio de non offendendo, indiuidua eſt, nec ſui natura ad hæredes tranſitoria. Ex eo quòd ſit indiuidua, quilibet offenſus habet actionem in ſolidum. Ex eo autem, quòd ad hæredes tranſitoria non ſit, in perſona cuiuſque hæredis cenſetur eſſe noua quædam promiſſio, & proinde cuilibet hæredi actio competit, perinde ac ſi quilibet ſtipulatus fuiſſet, quo caſu actionem vnicuique in ſolidum ad pœnam competere certum eſt.

127 Sed contrarium docuerunt multi alij, pœnam ſcilicet in ſolidum committi, ſed hæredem illum ſtipulatoris, qui offenſus fuit, actionem tantum pro ſua parte habere. Alex. in §. Cato. n. 52. Ruin. nu. 85. Soc. iun. n. 153. & hanc eſſe communem ſententiam Alciatus ſcribit n. 158. quamuis alij quidam ſententiam Bar. communem dixerint, vt refert Soc. iun. loco proximè citato.

128 Fundamentum eſt in l. 2. §. Item ſi in facto, de verb. oblig. illis verbis: *Contra autem ſi ſtipulator deceſſerit, qui ſtipulatus erat ſibi hæredique ſuo tre, agere licere, & vnus ex hæredibus eius prohibeatur, intereſſe dicemus vtrùm in ſolidum ſtipulatio committatur, an pro parte eius qui prohibitus eſt. Nam ſi pœna ſtipulationi adiecta ſit in ſolidum, committatur ſtipulatio: ſed qui non ſunt prohibiti, doli mali exceptione ſubmouebuntur*.

129 Reſpondet Bart. ibi de ſtipulatione agi, quæ ſui natura tranſit ad hæredes, promiſſionem autem iſtam non eſſe ſui natura ad hæredes tranſitoriam.

130 Alij aduerſus hanc reſponſionem adducunt l. ſtipulatio iſta. §. ſi quis ita. de verbor. oblig.

131 Alexander verò aliter reſpondet, dato quòd ſtipulatio de non offendendo, non tranſiret ad hæredes ſtipulatoris ex natura ſua, tamen hæredibus actionem competere ex contractu defuncti, & ſic ex cauſa hæreditaria.

132 Replicat

132 Replicat Ripa, licèt hæc ſtipulatio hæreditaria ſit, multiplicari tamen in perſonas ſingulorum hæredum, atque adeò tot eſſe pœnales ſtipulationes, quot ſunt perſonę hæredum, ac propterea ſingulis in ſolidum competere actionem ad pœnam.

133 Et licet ſtipulatio ire, agere, licere, non tranſeat ad hæredes, vt in d. §. ſi quis ita: poſſe tamen ſui natura tranſire, & in hoc à ſtipulatione iſta de non offendendo differre, quæ omninò perſonalis eſt, nec ſui natura apta eſt tranſire ad hæredes.

134 Puto ego poſteriorem ſententiam eſſe probabiliorem, quia pro ſe habet text. in d. l. 2 §. Item ſi in facto. His accedit ratio, nam è contrario ſi vnus ex hæredibus promiſſoris in re indiuidua contraueniat, pœna committitur pro portione hæreditaria contra omnes iuxta §. Cato. & communem Dd. ſententiam, teſte Ripa ibi. n. 100.

135 Igitur & in quæſtione noſtra dicendum eſt, pœnam in ſolidum committi, hoc eſt ita, vt actiò detur omnibus hæredibus ſtipulatoris pro portione hæreditaria, verumtamen exceptio eis obſtet qui offenſi non fuerunt, ſicut in d. §. Item ſi in facto, exceptio obſtat cæteris hæredibus, qui prohibiti non fuere.

136 Malè Alciatus dum putauit text. in d. §. Item ſi in facto. probare Bart. ſententiam, cùm ait, pœnam in ſolidum committi: id enim non ſic accipiendum eſſe, quaſi pœna committatur omnibus ſtipulatoris hæredibus, verùm ei duntaxat qui prohibitus eſt.

137 Non rectè, quia text. declarat quomodo pœna in ſolidum committatur, & ſatis apertè indicat ſingulis hæredibus ipſo iure committi pro hæreditaria portione, dum ſubdit: (*Sed qui non ſunt prohibiti, doli mali exceptione ſubmouebuntur.*) Nam ſi ſoli prohibito in ſolidum actio competit, & non aliis hæredibus, non opus eſſet vt exceptione repellerentur, quia nulla actio eis competeret.

138 Non obſtat, quòd dicebatur ſtipulationem de non offendendo, ſui natura non eſſe tranſitoriam ad hæredes, quia vt bene reſpondet Alexander ſatis eſt in propoſito noſtro ex contractu defuncti tranſire, nam actio diuiditur inter ſingulos hæredes pro portione hæreditaria. l. ea quæ; C. fam. hercis.

139 Non obſtat replicatio Ripę, ſcilicet multiplicari pœnales ſtipulationes ex perſonis ſingulorum hæredum, quia id eſt verum, ſed intelligendum eſt cum ſua qualitate, nimirùm, vt vno ex hæredibus offenſo committatur ſtipulatio ad pœnam ſingulis hæreditaria pro portione hæreditaria.

140 Sic & in §. Cato. vno ex hæredibus contraueniente, omnes contraueniſſe videntur, & propter indiuiduam naturam ſtipulationis *Iter fieri*, quot ſunt hæredes promiſſoris, tot videntur eſſe promiſſores, & tantum pœna committitur in ſingulos hæredes pro portione hæreditaria.

141 Hic igitur nos contemplari oportet, non ſolum indiuiduam principalis ſtipulationis naturam, ſed etiam pœnalem ſtipulationem, quæ diuidua eſt: Et licet non ſit ad hæredes tranſitoria ipſa principalis promiſſio, tranſit tamen ex defuncti contractu, & cum ſua natura, vt nimirum pro portione hæreditaria ſingulis hæredibus committatur.

142 Nona quæſtio: Statuto ſtante vt homicida capite plectatur, niſi pacem habuerit ab hæredibus occiſi, an ſufficiat pacem habere à maiori parte hæredum. Affirmat Bart. in §. Cato. in vlt. quæſt. Caſtr. in l. 2. §. Ex his, de verb. oblig. Aretin. in l. pro hærede. §. vlt. de acquir. hæred. vbi dicit communem eſſe: alios adducit Socin. iun. in d. §. Cato, num. 155.

143 Fundamentum eſt in l. Et ſuum, cum l. ſequen. ff. de pactis, in l. vltim. C. qui bon. cedere poſſ. & in l. quod maior, ad municipalem.

144 Negant autem Iaſon, Ripa, Alciat qui & alios adferunt in d. §. Cato. & Fel. n. in c. cum omnes de cōſtit. col. 10. v. 7. fallit, vbi dicit Bartoli ſententiam communiter reprobari.

145 Fundamentum eſt in l. per fundum. ff. de ſeruit. ruſt. præd. in l. Reſcriptum. ff. commu. præd. in l. In vſu, de verb. ſignif. in l. Si autem plures. ff. de aq. plu. arcend. & in reg. quòd omnes tangit, de reg. iur. lib. 6.

146 Res ſanè obſcura eſt. Namque ex vna parte ſtatuti verba omnium hęredum exigunt conſenſum, ex altera pugnat æquitas vt liberetur à pœna mortis occiſor.

147 Non videntur ad rem facere leges adductæ pro ſententia poſteriore, quia hic non agitur de hæredum præiudicio, ſicut quando ſeruitus prædio imponenda eſt, imò pacem inire laudabile, & pium eſt.

148 Sed nec leges adductæ pro ſententia priore admodum vrgere videntur, quia creditorum intererat vt hæreditas adiretur, & vt quinquennalis dilatio debitori concederetur: forſitan enim eis aliter ſatisfieri non poterat: quare vnius vel alterius diſſenſus maiori parti nocere non debet.

149 Denique ſic concludo: Aut hæredes occiſi recu ant pacem inire ne amittant actionē iniuriarum, & hoc nihil eſt, quia actio iniuriarum non tranſit ad hæredes, l. ſi cum §. qui iniuriarum ff. ſi quis caut.

150 Aut recu ant ne damna & expenſas atque adeò actionem ex leg. Aquil. amittant

& hoc etiam nihil valet, quia remittens iniuriam, non videtur damna remittere, expensas & interesse, vt bene docet Ant. Gomezius tit. de iniuria, num. 15.

151 Aut recusant, quia necem vindicare volunt, ne incidant in pœnam Senatusconsulti, l. vltim. ff. ad Syllan. l. 1. C. de his quibus vt indig. & istud quoque nihil mouere potest, quia iam accusatio facta est, & occisor condemnatus ad mortem, nisi pacem habuerit ab hæredibus occisi. Itaque nullum hæredes periculum incurrunt amittendæ hæreditatis.

152 Aut denique pacem facere recusant, vt occisor capite plectatur, vel quia nolunt ei gratificari, & hoc ideò non obstat, quia nullum præiudicium continet istorum hæredum: consequenter nos versamur extra casum legum allegatarum pro sententia posteriore, in quibus vnius dissensus impedit seruitutem constitui, vel aliud ius acquiri, propterea, quod illa res omnes hæredes tangit, hoc est, singulorum præiudicium respicere videtur.

153 Versamur verò in specie non absimili ab ea, quæ continetur in legibus pro priore sententia relatis. Nam hæredum, qui consentiunt vt pax fiat, interesse videtur tolli prorsus omnem inimicitiam, & occasionem odij.

154 Sic denique volo, sic statuo, rigorem verborum posteriori sententiæ adstipulari, priori autem iustitiam æquitatísque rationem verbis statuti præferendam. Inter leges obscuras in hac materia diuiduæ atque indiuiduæ obligationis principem sibi locum vendicat l. 4. §. Cato, sed eam latè in publicis lectionibus explicaui, secutus communem intellectum; cui & Zasius, & Iacobus Cuiacius adstipulantur, & nihil moror quæ nouissimè dixerunt Connanus, & Ant. Faber, & aliàs in eis refellendis opera mea non desiderabitur.

155 Post hanc sequitur l. si seruus. §. si plurium. ff. si quis cautio. quo loci Vlpianus sic ait: [*Si plurium seruorum nomine iudicio sistendi causa vna stipulatione promittatur, pœnam quidem integram committi, licèt vnus status non sit, Labeo ait, quia verum sit omnes status non esse. Verùm si pro rata portione vnius offeratur pœna, exceptione doli vsurum eum qui ex hac stipulatione conuenitur.*]

156 Pugnare videtur primò cum §. Cato, in fin. vbi promissor pro parte ratum habere non potest, quin scilicet pœna committatur.

157 Deinde pugnat cum l. Si is qui ducenta §. Cum ita. ff. de reb. dub. vbi Iulianus: *Vel ut propius accedamus, fingamus ita stipulationem factam: Si Stichum & Damam, & Erotem non steteris decem dari: neque enim dubitamus quin æquè omnes sisti oporteat.*

158 Non placet Martini responsio ... volentis ex his plurium semper pœnam quidem committi, sed obstare exceptionem [illegible]

159 Nam verisimile nõ est eo responso, quod loquitur de iudicialibus stipulationibus normam accipere cætera responsa quæ de contractibus loquuntur.

160 Non satisfacit solutio Bart. in §. Cato. licet communis sit, teste Soc. iun. ibi, nũ. 120. illud responsum habere locum in iudiciis: aliter esse constitutum in contractibus, in iis enim pœna cum effectu committitur, argum. d. §. Cum ita.

161 Nam §. Cùm ita. non potest ad contractus restringi, quoniam stipulationes de sistendo plerunque in iudiciis interponuntur.

162 Aliter Ruin. & Alciat. soluunt Socin. iun. reluctante. Sed mihi sententia Petri magis placet, quam secuti fuêre Ias. in d. §. Cato & Alb. in d. §. Si plurium.

163 Hæc est solutio: cùm vnum factum in stipulationem deducitur, pœnam integram committi, nisi promissa fecerit, vt in d. §. Cato. si plura sunt facta, committi pœnam ex iuris rigore, vt in §. Cùm ita. Sed obstare tamen exceptionem ex æquitate, vt in §. Si plurium.

164 Nam quot sunt facta in stipulationem deducta, tot videntur esse stipulationes, l. Scire debemus, de verb. oblig.

165 Secundum hanc regulam non videretur pœnam committi in §. Si plurium, respectu eorum qui stati fuêre in iudicio.

166 Verùm ipso iure committitur, quia vnica stipulatione quis promisit omnes sistere, quæ offenditur, simul atque vnus vel alter status non est, *Quia significatio quæ sumitur ex vniuerso in quo aliquid falsum est, totam orationem falsam efficit.* l. Si is qui ducenta, §. vtrum ff. de reb. dub.

167 Obstat tamen exceptio pro parte eorum seruorum qui stati sunt, quia promissio vniuersalis de sistendo seruos omnes, resoluitur verborum rigore posthabito in plures promissiones, quasi si vnus seruus tantùm non sistatur, meritò eius solius nomine pœna rectè exigeretur, non aliorum qui stati fuêre.

168 Tertio loco offert se l. In executione. §. 2. de verb. oblig. vbi Vlpian. ait, operis effectum in partes scindi non posse, & in l. stipulationes non diuiduntur, vbi dicitur, operatum stipulationem esse indiuiduam, & in l. Libertus, qui post. de oper. libert.

169 At contra, videtur recipere diuisionem,

nem, vt in l. In stipulationibus. §. Operarum. eodem tit.

170 Sed quis non videt nullam esse antinomiam: cùm §. Operarum, loquatur de numerali diuisione operarum, ibi, *Nō in partes operarum, sed in numerum cedit:* diuiduntur. n. operæ numero, l. Libertus, qui post. de operis libertor. non diuiditur autem opera in partes, vt in d. §. Operarum, & in l. Stipulationes non diuiduntur, & in d. l. Libertus. vbi ait: *Et neque promitti, neque solui, nec deberi, nec peti pro parte poterit opera.*

171 Quid igitur est, quod ait Vlpian. in dict. §. Operarum. de parte operæ. Respondeo cum Bartolo in l. Stipulationes non diuiduntur, num. 11. de verbor. oblig. illum textum explicari debere ex l. Si quando duobus. ff. de oper. libert. vbi Pomponius.: *Si quando duobus patronis iurauerit libertus operas se daturum, Labeoni placet, & debere, & peti posse partem operæ, cùm semper præterita opera quæ iam dari non possit, petatur.*

172 Diuiditur ergo hæc stipulatio operarum quo ad æstimationem, non quò ad ipsam operæ præsentationem: illa enim pro parte peti non potest, at æstimatio operæ iam præteritæ, & quæ iam ampliùs præstari non potest, rectè diuidetur.

173 Rectè enim Celsus refert Tuberonem existimasse, vbi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, l. Stipulationes non diuiduntur, versic. Celsus, de verbor. oblig.

174 Quartò videtur esse quædam antinomia inter l. pen. de duobus reis, & l. Mora, ff. de vsur.

175 Sed rectè monent qui dicunt l. penult. loqui de principali obligatione: l. Mora, loqui quantum ad vsuras itaque factum vnius rei debendi nocet correo quò ad principalem obligationem.

176 Non nocet mora vnius rei alteri correo quantum ad hoc, vt obligatio principalis augeatur, vsuræque debeantur.

177 Quintò videtur pugnare l. Et ideò, de verb. obli. cùm l. Martius. ff locat.

178 Non pugnant. Nam in l. Martius, agitur de conductore operis faciendi: meritò periculum ad eum non spectat.

179 At l. Et ideò, loquitur de eo, qui obligatus erat ad faciendum opus, vel ex propria obligatione, vel tanquam hæres alterius: is si partem operis fecerit, vel fieri curauerit, quæ incendia consumpta sit periculum meritò præstat, quia donec opus præstiterit absolutum, suæ non satisfacit obligationi.

180 Sextò pugnare videtur cap. suam, de pœnis. cum legibus Cæsaris: sed non pugnat: siquidem ex visceribus iuris Cæsarei sumptus videtur id est l. Celsus ff. de arbitris vt docet Ripa in §. Cato. numer. 68. vt ego aliàs latè disserui.

181 Plura de stipulationibus diuiduis, vel indiuiduis qui scire cupit præter Caballini, qui circumfertur tractatum, adeat Ant. Gom. tit. de diui. & indiuid. Connanum li. 6. c. 2. Gregorium Tholosanum Syntag. li. 5. c. 5. & noui ac veteres interpretes in §. Cato. & in l. Stipulationes non diuiduntur, videri poterunt.

CAPVT LXIII.

Vtrùm Auth. Hoc nisi. C. de solution. locum habeat in debitore qui iurauit?

NOn habere locum eam Cæsaris constitutionem, cuius summarium habetur in auth. Hoc nisi. C. de solution. in debitore qui iuramento obstrictus sit, authores sunt multi: Gozadin. consil. 32. nu. 9. Brunus de cessione bonor. q. 34. & alij: vt per Serafinum de priuileg. iuramenti, Priuileg. 74. nu. 207. Fundamentum est, quia iuramentum obligat præcisè ad factū: Gloss. in l. Si pecuniam, vers. quia iurasti, de cond. ob caus.

Sed contrarium docuerunt Rota Bononien. decis. 18. & Iosephus Lud. decis. Perusina 64. parte 2. qui alios citat. nouissimè Hondedeus consi. 18. num. 39. & seq. lib. 1. quibus & ego assentior. Nam etsi iuramentum præcisè obliget ad factum, id tamen intelligitur, quando id seruari potest, secùs si non possit seruari: tunc enim per æquipollens ei satisfit, c. ex literis, 2. vbi glo. & Abb. de sponsalibus. Berous consi. 37. nu. 5. & nu. 14. libr. 1. Nec enim iuramentum referri potest ad impossibile Rimin. iun. cons. 168. num. 47. lib. 3. Sic etsi controuersia est, an debitor qui iurauit, obiicere valeat compensationem, in debitore tamen paupere compensatio facilè admittitur Parisius cons. 1: 1 num. 4 lib. 1. Grat. consi. 121. num. 4. libr. 1. Afflict. decisione 163. n. 34. Gabriel. tit. de iureiur. conclu. 7. num. 11. Cùm igitur constitutio ista supponat, debitorem satisfacere non posse in pecunia: non video quo pacto cogi præcisè possit propter iuramentum. His tollitur fundamentum contrariæ opinionis, quia iuramentum obligare præcisè ad factum tunc intelligitur quando id fieri potest: aliàs secùs: Crauet. consi. 12. nu. 1. Gabriel. comm. concl. tit. de iureiurando concl. 8. in fine.

CAPVT LXIV.

Singularis quædam obseruatio, de fidei essere ad libito in contractu censuali.

Solent, qui emunt annuos cēsus, pro cautione, præter rem, in qua census fundatur & obligationem venditionis, accipere fideiussorem, qui se obliget principaliter & insolidum pro solutione annui census: Sciant nullius esse momenti eiusmodi obligationem fideiussoris, vti principalis & insolidum: licèt valere possit, vt accessoria obligationis, principali obligationi accedens: in qua locum non habet impedimentum: quod subiiciam: quapropter fideiussor obligatus vti principalis & insolidum, conueniri non poterit, nisi facta excussione principalis debitoris, & prout regulariter fideiussor conueniri potest: iuxta not. Authent. Præsente, Cod. de fideiussor. Ratio superioris dicti posita est in Constitutione Pij V. super annuis censibus: Illa enim, vt omnibus notum est, requirit, vt super certa re fundetur census, immobili, &c. Ergo fideiussor qui principalis esse vult, séque vti principalem insolidum obligare, debet & ipse fundum, aliámve rem idoneam supponere: si non supponit, non potest obligari, vt principalis, licèt maximè velit: quia constitutio illa id vetat: ita latè deducit Ioan. Petrus Surdus consil. 318. libr. 3. Huic doctrinæ locum esse non puto, cùm in instrumento fideiussoriæ obligationis adest clausula, omni meliori modo, cum iuramento & renunciationibus, beneficiis competentibus. Potest renunciari per fideiussorem simplicem beneficio excussionis. & clausula omni meliori modo operatur, vt si non valet obligatio eo modo quo facta fuit, valeat eo modo quo potest valere: & sic operabitur, vt si non potest fideiussor conueniri, vt principalis & correus, poterit conueniri vt fideiussor. Renunciatio autem iurata operabitur, vt licèt fideiussor sit, non tamen habeat beneficium excussionis, quia ei renunciauit. Vide Nattam consil. 426. num. 21. Crauet. consil. 263. num. 6. Thesaur. decis. 166. num. 4. De clausula autem illa, plena sunt omnium scripta. Bald. in l. Vinum. ff. si certum petat. Idem Surdus conf. 303. nu. 13. & 305. num. 49. lib. 3.

CAPVT LXV.

Ad l. Vsura. C. de Vsuris.

Bartolus ita dicit: Quod dicitur, vsuras non debere excedere duplum, intelligitur de vsuris vnius anni. Idem scribit Paul. Castr. Bald. verò sic. Computatio vsurarum fit in fine cuiuslibet anni. Sabeet ita, licèt plures præstationes vsurarum per plures annos factæ in vnum collectę excedant duplum veræ sortis, non proptereà iudicantur illegitimæ, quia non coaceruatio, sed singulorum annorum præstatio debet considerari.

Sensus est secundum Surdum consil. 381. tunc vsuras excedere duplum, & consequenter non deberi, cùm excedunt sortem habito respectu ad vnum annum. Vt pata creditor centum dedit; si vno anno recipiat vltra centum pro vsuris, dicitur excedere duplum: quo nihil est absurdius. Quî enim fieri potest à quouis immani creditore, vt tantum vsurarum nomine vnius anni exigat, quantum sors ipsa debita valet? Centum pro centum? Nisi istos fefellerit vsura centesima: quæ est duodecim pro centum: ipsi autem putarunt, centum esse pro centum: de quo errore aliàs dixi. Sed & hæc interpretatio repugnat verbis literæ: quæ sic habent. [*Vsuræ per tempora solutæ non proficiunt reo ad dupli computationem. Tunc enim vltra sortis summam vsuræ exiguntur, quoties tempora solutionis summa vsurarum excedit eã computationem.*] Quis non videt sensum esse manifestum, quem Budæus in notis ad Pand. in l. 1. ff. ad leg. Iul. Maiest. Alciat. lib. 1. Parergon. cap. 33. Duaren. ad Tit. C. de vsuris, cap. 3. indicant: vt videlicet vsurarum solutiones, quæ fiunt per partes diuersas temporis, non coaceruentur, neo in duplum computentur? Igitur lex quę vetat vltra duplum vsuras exigi, intelligenda est cum tempore solutionis summa, quæ exigitur excedit eam computationem: vt bene isti docent.

At inquit Surdus *loco annotato*, est eadem ratio eam respectu vsurarum solutarum, quam soluendarum: ergo idem ius. Concedo, & ideirco abrogata est hæc lex: vt patet &c. Nouella 121. vt ibi notat Cuiac. & ante eum Alciat. loco suprà citato, quæ sunt notatu digna pro Antonini legis vera cognitione.

CAPVT LXVI.

De omittente scienter in Inuentario omnia bona defuncti, & de legitimato per rescriptum, an excludat substitutum: & ad c. 1. lib. 9 & ad c. 36. lib. 3.

Dixi de his aliàs: Addo pro confirmatione opinionis meæ: quod is qui sciente omisit aliquam inuentario apponere, amittat beneficium inuentarij: quæ latissimè disputant Honedeus cons. 54. lib. 3. & Turretus cons. 47. libr. 2.

Quod attinet ad legitimatum per rescriptum, an excludat substitutum, vide nouissimè & adde doctiss. Laderchium consil. 23. Dixi

23. Dixi lib. 9. cap. 51. in quæstione illa distinguendum esse inter deportatum & relegatum. Pro qua distinctione adduxi Cuiacium: Reperi text. expressè ita distinguentem in l. Cum ratio. §. vlt. de bonis damnat. Circa c. 36. libr. 3. addo Petrum de Ledesina tracta. de matrimonio in addit. ad 3. partem, q. 47. artic. 5. vers. Est secundum dubium.

CAPVT LXVII.

Consensus Pontificis Maximi in alienationibus rerum Ecclesiasticarum necessarius, an præsumendus sit intercessisse spacio triginta vel quadraginta annorum?

SEMPER respondi, & non semel iudicaui spacio longiss. temporis triginta vel quadraginta annorum non esse præsumendum Summi Pontificis consensum, qui de iure est adhibendus in alienatione rerum ecclesiasticarum, iuxta Pauli 2. constitutionem. Extrau. Ambitiosæ, de rebus eccles. non alienan. & alias recentiores constitutiones: quia facta non præsumuntur, sed probanda sunt, secundum regulas vulgatas. Et quia solennitas extrinseca non præsumitur, sed probanda est, l. Quacunque. §. vltim. de Publicia. Et denique quia Summus Pontifex nõ præsumitur habere notitiam harum alienationum, quæ fiunt in partibus remotis: Approbatio autem & confirmatio notitiam præsupponunt, vt omnes norunt: cum ignorans non possit dici consentire, & ita docuerunt Alexan. cons. 9. num. 7. lib. 3. Afflict. decis. 107. Felin. in c. Sicut. num. 33. de re iud. Socin. iun. cons. 56. num. 24. lib. 2. cum plurimis aliis nouissimè adductis per Menoch. de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 132. nu. 70. 71. & seq.

Sed nouissimè opponebatur Hiero. Gabriel cons. 81. n. 31. 32. lib. 2. vbi post Aret. Dec. Ias. Grat. scribit præsumi etiam consensum Papæ ex lapsu 30. annorum: propter communem illam conclusionem, quæ docet solennitatem extrinsecam præsumi ex lapsu temporis, c. Peruenit, de empt. & vend. Nec refert, inquit, quòd consensus non possit considerari sine scientia, quia sicut præsumitur consensus, ita per necessarium antecedens præsumitur scientia: siquidem scientia inducitur ex postulatione gratiæ, si in euidentem, & eius impetratione: quæ cùm necessaria sit, ad actum præsumitur impetrata, quia facilè conceditur.

Sed hæc iure non probantur, nec iur. reg. sunt consentanea: Fateor scientiam induci ex postulatione gratiæ. Sed quomodo probatur isthæc gratiæ postulatio? Facilè conceditur si in euidentem. Facilè concedo: sed facta non præsumo: At solennitates extrinsecæ præsumuntur ex lapsu triginta annorum, c. Peruenit, de empt. & vendit. Fateor, data scientia, sicut ibi: mulier enim consensum præstiterat: debuit iterum consentire, Ius præsumit secundum hunc consensum: quia post primum interpositum, passa est emptorem 30. annos possidere. Scientia & patientia inducit nouum consensum: Vbi scientia cessat, non potest induci, l. Mater. de inoffic. testam. cum vulgatis aliis textib. Si collas text. d. c. Peruenit, vix habet fundamentum in quo consistat illud axioma, Solennitas extrinseca lapsu triginta annorum præsumitur, in re graui & præiudicium inferente.

CAPVT LXVIII.

De emphyteuta, an possit donare irrequisito domino?

DIXI non posse, lib. 3. cap. 97. & confirmaui meam sententiam: refutaui contrariam, lib. 6. cap. 98. Nunc addo quæ pro eadem sententia inueni apud doctissimum Landerchium cons. 16. Et mirum est, inquit, quomodo doctores tam supinè errauerint hac in re: qui ideo putant, non oportere denunciare, quia cessat arbitrium offerendi, quasi verò Imper. in ea lege adigat emphyteutas, vt interrogent dominos, an sibi donari velint, non etiam vt diligenter conditionem nominati emphyteutæ explorent. Certum sit itaque, necessariò præcedere debere interpellationem in quacunque alienatione, quicquid malè scripserunt multi in d. l. Et Aret. consil. 41. Id enim tam apertè exprimitur in d. constitutione, vt nihil apertius. Tertiò ex his consulitur domino ipsi, ne cogatur litigare de canone cum secundo emphyteuta, nec de laudatinio: ille enim non aliter consentiet alienationi, quam soluta quinquagesima, & re à secundo emphyteuta in emphyteusim accepta: alioqui personalis, quæ primum constringebat, secundum non teneret: & ita dominus tam quo ad canonis obligationem, quam quoad cæteras quæ instrumento comprehensæ essent, periclitaretur: vt tradunt omnes post Bart. in d. l. fina. & Aret. d. cons. 41. & passim.

Huic rei vt doctores occurrant, nam & ipsi magnum domini periculum hac in re versari fatentur, dicunt, quòd non inducetur acquisitor in possessionem, post contractum, nisi prius denuncietur domino. Fulgo. in d. l. fin. vbi & Salic. numer. 5. & in n. 69. Imol. in l. Si domus. § fina. de leg. 1. Anan. in c.

Potuit, numer. 5. de locato: & eſt de mente omnium qui exigunt traditionem rei, vt locus ſit pœnæ, d. l. fin. Sed profectò hoc non facilè admitti debet. Nam denunciatio hæc ſecunda nunquam poterit extorqueri ex verbis dictæ conſtitutionis: in qua Imp. ſub eadem clauſula definit, denunciari debere domino venditionem meliorationum, & iuris tranſlationem: & inde inter neceſſitatem compellit eum conſentire venditioni aut tranſlationi: Mox in verſ. Sin autem nouum: lapſis duobus menſibus, concedit emphyteutæ, vt vel vendat, vel transferat: ſemper autem agit Iuſtinia. de eadem denunciatione, quæ præcedit, non quæ ſubſequitur contractum. Præterea fragile eſt remedium hoc Doctorum, & domini rationes conturbari poterunt. Namque poſt ipſam puta venditionem, ſoluto pretio ſtatim nouus emptor, authoritate ſua rem inuadet: quod per iuris diſpoſitionem, ſecundum multos ei permiſſum eſt. Abb. Imol. Caſtren. in l. ſi ex ſtipulat. de acquir. poſſ. Ange. in l. eum qui de fur. Quod tamen plerique alij in d. l. ſi ex ſtipulatione, negant, vel ſaltem ob clauſulam vſitatam; ſcilicet dedit, & vendidit: in qua re omnes conſentiunt. Alber. in d. l. ſi ex ſtipul. vbi & Comen. numer 2. & Iaſ. num. 4. Bald. in l. Nec ex vera, num. 4. C. de acquirend. poſſeſſ. Quæ tamen clauſula venditorem non facit incidere in pœnam, vt per Aretin. d. conſ. 41. vel præcedenti titulo nixus iniuſtè etiam occupabit. Quod ſi euenerit, quomodo conſuletur domino? Non poterit agere contra emphyteutam, qui non induxit in poſſeſſionem, quique omni dolo carere poteſt: & nouus autem poſſeſſor non facilè poterit deiici; quia omnes difficultates occurrerent, quas doct. ipſi conſiderant, vbi poſſeſſio à venditore tradita eſſet.

Plana ergo & facilis via eſt, quæ ab ipſo Iuſt. commonſtrata eſt: vt denunciatio ipſa omnem alienationis contractum præcedat; quare niſi hæc obſeruata ſint, emphyteuta iure ſuo decidet: vt in poſtrema parte eius conſtitutionis diſertè expreſſum eſt. Et cautelæ illæ quæ adhiberi ſolent, obtenta licentia, & non aliter, ac ſimiles, parum ponderis habent, & repugnant verbis apertiſſimis dictæ conſtitutionis: Sin autem, inquit Imperator, fuerit verſatus, iure emphyteutico cadat: Et hæc mea declaratio eſt tam vera, quam quæ veriſſima: ſed & quorundam Doctorum magni nominis authoritate communita eſt, qui quod ad hanc rem attinet, dictam conſtitutionem rectè intellexerunt. Cynus ibi ad finem qui inquit, etiam in donatione debere præcedere denunciationem, quia lex vult vt ſecundus approbetur à domino, non ab emphyteuta; quod Iuſtin. ipſe explicauit illis verbis, non contradicere, ſed nouum. Hoc etiam tradit Alberic. ibidem numer. 2. dum ait non ceſſare rationem requirendi conſenſus in donatione. Ità etiam voluit Bartol. in d. c. Potuit. num. 14. qui in ea quæſtione, an Emphyteuta donare poſſit, ita commodè opiniones conciliat, vt ſi agatur de denunciatione, an dominus ſibi donari velit; ea non ſit neceſſaria: ſi vt conſentiat, ſecùs: & idem probat Imola ſub num. 11. qui & Zabarell. ibi num. 12. ita ſenſiſſe putat: quin & Iaſon ipſe in d. l. final. num. 66. qui particulas dictæ legis accomodat donationi, exigit, vt dominus ab initio interpelletur, vt cognoſcat an idoneus ſit donatarius: mirúmque in modum ſua interpretatione ſibi placet: & n. 67. & 69. concludit, hoc eſſe in mente omnium Doctorum. quamuis paulò infrà in verſic. Bene; parùm memor, aut potiùs imprudenter exigat denunciationem poſt ipſum contractum, antequam tradatur poſſeſſio. Hactenus.

CAPVT LXIX.

Ius accreſcendi an tranſeat in emptorem?

QVAERITVR vtrum ius accreſcendi tranſeat ad emptorem, vel venditorem hæreditatis. In qua quidem quæſtione variæ ſunt Doctorum ſententiæ, quas ordine referam, & poſt amplectar quæ mihi verior videbitur.

Prima eſt opinio Bart. in l. re coniunctis, in 5. q. p. q princ. de leg. 3. quæ communis fuit vſq; ad tempora Decij, vt teſtatur ipſe in l. vni. in vlt. not. C. quando non per. par. Ius accreſcendi tranſire ad emptorem.

Primò per text. in l. 2. in princ. ff. de hæred. vel act. vend. vbi dicitur emptorem hæreditatis non minus iuris habere, quàm ipſe hæres habiturus eſſet. Sed vt animaduertit Rimin. Iun. in d. l. vnic. n. 137. & ſeq. loquitur ille text. reſpectu partis venditæ, quod ex eo patet, quia d. l. ibi quærit an venditor teneatur cauere de euictione, quod neceſſariò intelligitur reſpectu partis venditæ

Secundò per text. in d. l. 2. §. illud. à contrario ſenſu; dum enim ibi dicitur, vendita hæreditate paterna, non cenſeri venditam hæreditatem pupilli, quoniam alia hæreditas eſt; Inferri poſſe videtur, in propoſito noſtro, vendita parte hæreditatis, contineri in venditione aliam partem, quæ per ius accreſcendi aduenit, cum eadem ſit hæreditas & non diuiſa. Sed reſponderi poteſt

ſatis

satis diuersam esse ab illa parte quæ vendita est, cùm ad venditorem non peruenerit tempore venditionis: & consequenter actum videri non possit inter contrahentes, de huiusmodi partis venditione.

Tertiò adducitur text. in dict. l. 2. §. sicuti. vbi dicitur, omne lucrum ad emptorem pertinere. Sed tollitur facillimè, quia debet intelligi de lucro proueniente ex portione vendita.

Quartò adducitur text. in d. l. 2. §. cùm quis. dum ibi dicitur, emptorem sustinere vicem hæredis. Sed rectè occurrit Rim. Iun. in d. l. vni. n. 135. quia text. ibi non dicit absolutè vicem hæredis sustinere, verùm respectiuè tátùm, quantum scilicet ad hunc effectum, vt ipsi venditori satisfaciat.

Quintò adducitur text. in l. Sentio. ff. de vsufruct. vbi dicitur ius accrescendi naturam alluuionis imitari, & ideo portionem sequi, non personam: At portio vendita est apud emptorem. Ergo portio deficiens illam sequitur, & emptoris lucro cedit, sicut & alluuio, l. id quod. ff. de pericu. & commod. rei vend.

Sed facilè respondetur, sequi naturam alluuionis istud ius accrescendi, hoc modo, vt excepto vsufructu, portio deficiens accrescat personæ, quæ suam portionem agnouerit, non autem personæ simpliciter, nec portioni simpliciter, sed portioni coniunctæ, quæ suam portionem acceptauerit, qualis certè emptor non est: etsi enim habeat portionem emptam, non tamen est persona coniuncta cui, propterea deficiens portio accrescere debeat secundum mentem legis vel testatoris. Adde, quod venditor videtur habere suam portionem venditam, cùm habeat pretium, l. si & rem & pretium, de petit. hæred. l. quia qui pretio, ff. de vsufruct.

Non obstat quod dicebat Polit. in repet. dict. l. re coniuncti. istud non militare in hærede qui suam portionem donauit, omissa enim responsione Ripæ ibi considerantis antidotalem obligationem, contra quam obstat text. in l. sed etsi lege §. consuluit. de petit hæred. vt bene deducit Riminald. Iun. vbi suprà. videtur respondendum esse in hærede donante, per textum in l. si pignore. ff. de furt. quatenus ibi dicitur speciem esse lucri, cùm quis habet beneficij debitorem. Postremò, pro hac sententia adducitur text. in l. si totum. ff. de acquiren. hæredit. in illis verbis, *quia rem habere videtur*: considerando id verificari, etiam in venditore, quia rem vendidit, & sic rem non habet.

Sed istud nihil est: quoniam, vt dixi, verius est, videri rem habere propter pretium quod habet, & quia text. in d. l. si totum tollitur ex responsione Dec. Ias. & aliorum, in d. l. vnic. sub num. 20. quoniam loquitur de eo, qui tacitè rogatus fuit restituere incapaci, & propterea amisit portionem suam. Confiscatur enim hoc in casu, l. quilibet. ff. de his quibus vt indig. l. ex facto. §. Iulius, ff. de vulg. meritò est perinde, ac si non fuisset hæres institutus: & absurdum esset, vt qui ob delictum suam partem amittit, alterius partem lucrifaciat, argum. l. itaque falso ff. de furt. Igitur hæc sententia Bart. mihi non satisfacit.

Minùs satisfacit sententia Dec. in dict. l. vni. in vltim. not. portionem accrescere venditori, sed obligatum esse, eam restituere emptori, quod & Alciat. docuit libr. 4. paradox. cap. 9. & quidam alij. Namque mouentur primùm ex d. l. 2. §. non tantùm, ff. de hæred. & act. vend. Secundò ex l. hæredem. ff. mandati. Tertiò ex doctrina Bartol. in l. qui hæredi. §. cùm hæreditas, in fin. de condict. & demonstrat. Sed quod attinet ad text. in dict. §. non tantùm. loquitur de eo quod peruenit ad venditorem ex hæreditate vendita, non autem aliunde. Quod verò attinet ad text. in dict. l. hæredem. venditor ibi actionem mandati meritò cedit emptori hæreditatis, quoniam emptor est qui debet soluere id quod creditoribus solutum fuit. Ad doctrinam Bartol. Respondeo, id quod datum est hæredi causa conditionis implendæ, meritò spectare ad emptorem hæreditatis, cùm immediatè proueniat ex ipsa hæreditate. Alia distinctione vtitur Ripa in dict. l. re coniuncti, numer. 100. & Bologn. in dict. l. vni. num. 24. aut quis vendidit partem suam hæreditatis simpliciter, & tunc portio accrescit venditori: aut vendidit cum omnibus iuribus ad eam spectantibus & ad ipsum venditorem occasione illius rei, & tunc accrescit emptori, ex doctrina Bartol in l. si pro te. § vltim. ff de euictión. Sed quod attinet ad vltimum hoc membrum distinctionis, res videtur satis perspicua, nisi obstaret illud quod infrà dicam. Quod verò attinet ad primum membrum distinctionis, veritas illius pendet ex iis quæ statim subiiciam.

Communior igitur sententia est, ius accrescendi transire ad venditorem, vt testantur Rimin. Iun. in d. l. vnic. nu. 93. & ego alias dixi lib. 5 contro. iur. cap. 101. Sed illius argum. facilè euitari possent.

Primò enim adducitur text. in dict. l. ex facto. §. Iulius. ff. de vulg. vbi is qui amisit suam portionem, nihilominus consequitur alterius portionem ex substitutione: ius autem accrescendi est quædam tacita substi-

to pretio soluto: semper autem illa facienda est interpretatio in dubio, per quam absurditas & iniustitia euitari potest, l. nam absurdum. de bon. liber. & illa quę neutri partium est captiosa, latè Menoch. de arbit. Iud. casu 199.

Septimò considerandum est, iuris accrescendi naturam & proprietatem, non istam esse, vt portio sequatur portionem absolutè, sed vt sequatur portionem personæ coniunctæ; sic enim loquitur l. Si Titio. ff. de vsufruct. Cùm igitur venditor sit persona illa coniuncta; emptor autem minimè: iustius est, vt portio venditori accrescat, non autem emptori.

Vltimò, ego puto attentari posse & hanc conclusionem rectè defendi, quod portio proueniens ex iure accrescendi antequàm deficeret, non possit vendi vel donari, etiam expressè, quia non valet pactum de hæreditate viuẽtis: cùm sit cõtra bonos mores, l. vlt. C. de pact. & dicitur esse improbus, qui est solicitus de hæreditate viuentis, l. Quidam. §. 1. ff. de donat. & hoc procedit etiam ante ius quæsitum viuenti, l. 2. §. Interdum. ff. de vulg. Nemo igitur præsumitur facere voluisse, id quod iuste facere non potest, l. meritò, ff. pro socio.

Non obstat, si dicatur vendi posse ius substitutionis pupillaris, etiam viuente pupillo, l. 2. § Illud. ff. de hæred. & act. vend. Quia responderi potest in illo textu abundare dictionem maximè, vt notat ibi glos. Vel illud esse specialiter constitutum in pupillari substitutione, quia est sequela hæreditatis paternæ: vt notat Decius in l. vlt. nu. 22. C. de pact.

Quæ quidem ratio specialitatis non militat in proposito nostro: cùm nullo iure probare possit, vnam partem hęreditatis, alterius partis sequelam esse, & accessoriam: partes enim accedunt toti, & illud sequuntur, l. Malum. de verb. sign. non autem vna alteri parti accedere dicitur. Non obstat, si dicatur vnam partem accedere alteri per ius accrescendi: quia istud est verum, posteaquàm defecit, non autem ante: sed in casu nostro pars deficiens non consideratur, postquàm defecit, sed antequam deficiat: quia tempore venditionis nondum defecit.

Quæ omnia his addenda erunt, quæ aliàs scripsi de hac eadem quæstione.

CAPVT LXX.

An in præteritione paterna filij in potestate, locũ habeat Auth. ex causa. C. de lib. præter. & in corpore vnde sumitur?

TRactaui aliàs hanc quæstionem: sed nunc plenius iuuat retractare. Communis est sententia, locum habere etiam in præteritione paterna, vt testantur in d. Auth. ex caus. C. de libe. præter. Cagn. n. 14. Bolog. n. 27.

Primò ex §. Aliud quoque Capitulum, in Authe. Vt cùm de app. cog. versic. sin autem hęc obseruata non fuerint, considerando verbum *exhæredatis*, quod est ibi positum, largè continere præteritionem, l. si patronus, de bonis libert. l. Non putauit. §. Non quæuis, de bonor. possess. contra tabul. Respondet Bolog. vbi supra n. 24. id non esse verum: quia hoc modo præteritio esset species exhæredationis: at id stare non potest: quia species est in genere suo, l. Si quid eorum. §. Inter emptum, de legat. 3. Sed præteritio excludit exhæredationem: tantùm abest, vt in exhæredatione insit, tanquàm in suo genere, §. Eadem, Inst. de hær. quæ ab intest. Ad text. adductos respondet, non probare: quia dicunt præteritionem haberi pro exhæredat. Aliud est esse tale, aliud haberi pro tali: Glo. in l. Mercis, de verb. sig.

Secundum arg. est, quia ratio constitutionis locum habet etiam in præteritione paterna. Illa est ratio: *ne filij falsis accusationibus damnentur*. vers. sin autem hæc obseruata fuerint. Hęc ratio locum habet etiam in præteritione paterna: Ergo fit extensio etiam in correctoriis, cùm ratio sit expressa in l. corrigente, Ias. in Authe. quas actiones, n. 22. C. de sacros. Eccl. Ripa in l. Si constante, n. 6. sol. mat. Respondet Cagnol. vbi suprà nu. 14. extensionem non posse fieri, quando lex est correctoria & pœnalis simul, Dec. in c. Translato, n. 3 in 1. lect. de const. Ias. d. Auth. quas actiones, n. 22. Quòd sit pœnalis videtur probari ex §. Sin autem hæc omnia non fuerint obseruata, ibi. *Et hæc quidem exhæredationis & præteritionis sit pœna.*

Tertium argu. sumitur ex §. Sin autem hæc omnia, vbi dicit Imperator, ipsius intensionem esse iniuriam exhæredationis & præteritionis auferre. Resp. verbum præteritionis referri ad lineam maternam: exhæredationis autem verbum ad lineam paternam: Glos. in eadem Nouella in §. Sancimus, in verb. præterit.

Quartum argu. est ex initio dictæ constitutionis, quod est generale: ideo licèt referat postea casum specialem, nihilominus generaliter lex est accipienda, l. Regula § Et licet, de iur. & fact. igno. Resp. Cagnol. n. 14 initium constitutionis non esse generale: quia verbum præteritionis refertur ad lineam maternam, *vt supra dictum est*.

Quintum argu. est, loquitur hæc constitutio de filio exhæredato sine iusta causa: & ita inter omnes conuenit. Sed istiusmodi exhæredatio est præteritio, l. Non putauit. §. Nõ quæuis. de bonor. poss. contra tabu. § Eadem, Instit. de hæred. quæ ab intesta. Ergo loquitur etiam de præteritione. Respondetur negando minorem, quia text. allegati loquuntur de exhære-

dationē non ritè facta. id eſt, non ſolenniter, vt conuenit fieri: Non autem loquitur de exhæredatione ſine cauſæ inſertione: quia illa ſolennitas cauſæ inſerendæ olim non erat neceſſaria, ſed hac conſtitutione inducta fuit.

Sextò, pro hac ſententia Cag- ol. adducit textus in §. Sin autem hæc omnia. vbi text. dicit, ea quæ ſupra dicta ſunt, eſſe de exhæred. & præteritione. Reſp. loqui ibi de præteritione patris, quæ pro exhæredatione habetur. Glo. in l. 1. de inoff. teſtam.

Septimum argumentum eſt Bolognet. dicentis, conſtitutionem tanè non loqui de præteritione patris, ſed tamen ad eam extendi, quia ratio eſt in ea expreſſa, quæ conuenit etiam præteritioni: Et in correctoriis fit extenſio, vbi ratio eſt in lege expreſſa, vt per Iaſ. in d. Authent. quas actiones, numer. 22. Sed reſponderi poteſt vt ſupra, extenſionem non fieri, vbi lex eſt correctoria & pœnalis ſimul.

Contrariam ſententiam amplexus eſt Fulgoſ. Olaſad. conſil. 138. & Bolog. dicit eſſe veriorem, *vbi ſupra*, quia textus loquitur de exhæredatis liberis, vt patet ibi in §. Sin autem hæc: *nullum exhæredatis liberis fieri præiudicium.* Confirmari poteſt, quia verba ſtrictè ſunt accipienda in materia odioſa, ſicut eſt exhæredatio, cap. Rodolphus, de reſcript. & ſic verbum, exhæredatis, ſtrictè videtur accipiendum pro exhæredatione, non autem præteritione. Rurſus quia Imperator hac conſtitutione voluit fauere filiis, ne circumſcriptionem patiantur: Sed vbi filius eſt præteritus, non indiget fauore Imperatoris: quia tunc teſtamentum eſt nullum: & legata corruunt. l. filio præterito, de iniuſto, rupt. teſtam. & ideò potius in odium filii retorqueretur hæc conſtitutio, ſi de præteritione paterna ſit accipienda: quia ſic filius præteritus legata præſtare teneretur. Ego puto communem ſententiam eſſe probabilem.

Primò ex §. Sancimus. d. conſtitut. dum ait: *Non licere patri vel matri filium exhæredare vel præterire.* Hæc verba ſunt clara, & verbum, præterire, refertur tam ad patrem, quam ad matrem.

Secundò, quia ſi nullum poteſt fieri præiudicium exhæredatis, vt habetur in §. Sin autem hæc. ergo nec præteritis, quia in tota illa conſtitutione æquiparantur exhæredatio, & præteritio: ergo diſpoſitum in vno, locum habet etiam in alio. Gloſ. in l. Si quis ſeruo, C. de furtis. etiam in materia correctoria, Ripa in l. Si conſtante, n. 69. ſol. mat.

Tertiò, quia ratio in lege expreſſa locum habet etiam in præteritione, ergo fit extenſio, etiam in materia correctoria, Iaſ. dict. Auth. quas actiones, n. 22. & Ripa in d. l. Si conſtante. n. 72. Nec eſt verum, quòd ſit correctoria & pœnalis ſimul, ſicut loquitur Gloſ. in Cl. n. 2. de ætate & qual. in verſic. Eiſdem. vnde ſumitur dicta limitatio: loquitur enim de pœna propriè, quæ eſt coërcitio delicti, vt per Doct. in rub. de pœnis.

Quartò, quia hæc opinio fauet teſtamento, vt ſcilicet valeat quantum ad alia, excepta inſtitutione: igitur eſt ſequenda in dubio, l. Si pars. de inoff. teſt. Menoch. de Præſumpt. lib. 2. præſump. 71. n. 30. Non obſtat verbum, exhæredatis, quia tam patet ex reſponſis. Non obſtat præiudicium liberorum in ſoluendis legatis: quia Imper. non tam voluit liberis fauere, quam teſtamento: vt ipſe declarat: licèt ex eo iura antiqua remaneant correcta.

Nouiſſimè Ant. Faber de erroribus Pragmaticorum, Decad 20. Error. 4. arbitrit eam conſtitutionem loqui de teſtamentis, quæ reſcinduntur per querelam: & ideò non pertinere ad teſtamentum nullum ex cauſa præteritionis: quia quod nullum eſt, reſcindi non poteſt, l. Nam etſi de inoff. rupt. irr. t. teſt. Nec obſtare verbum præteritionis, quo frequenter Imper. eſt vſus in illa conſtitutione, quia intelligitur de præteritione, quæ pro exhæredatione habetur. Reſpondeo, dictam conſtitutionem loqui etiam de præteritione, vt verba ipſa ſonat: conſequenter loqui etiam, vbi teſtamētum eſt nullum. Et quòd verbum præteritionis accipiatur pro ea, quæ vim habet exhæredationis, diuinationem continet. At præteritioni non conuenit illud, quod de inſertione cauſæ dicitur. Reſpond. imò conuenire, quia ſi dicit, Filium meum prætereo abſque cauſa, vel quia me verberauit: eſt præteritio, & non exhæredatio, vt docet Bartol. in d. Auth. ex cauſa, num. 10. C. de lib. præter.

CAPVT LXXI.

Legitimati per ſubſequens matrimonium, an excludant ſubſtitutum ſub conditione, ſi inſtitutus deceſſerit abſque filiis de legitimo matrimonio natus?

DE hac quæſtione dixi lib. 4. cap. 54. poſteà plenius inueni tractatam à Peregrino de fideicomm. art. 24. num. 14. Nunc argum. mihi ſoluenda eſſe videntur, quibus nouiſſimè doctiſſimus Laderchius conſil. 24. contra ſubſtitutum mouetur. His enim omnibus ſimul coniunctis, vix aliud in hac quæſtione deſiderari poterit.

Primò is mouetur ex l. cùm quis, in fin. C. de

C.de natur.lib. in illis verbis: *Sed qui ex eiſdem matrimonijs procreati ſint, ſimili perfruantur fortuna. Ecce* (inquit) *hic Imperator appellat hos legitimos procreatos ex matrimonio*: idem probatur in §. fin. de nupt. Sed certè illa verba referuntur ad alios filios, qui poſt matrimonium nati ſunt, non autem ad eos qui ante: illa dictio, eiſdem, non includit natos ante, quaſi eadem ſint matrimonia & iis & illis qui antè ſunt nati: Neque enim poteſt eſſe matrimoniũ, reſpectu eorum qui antea ſunt nati: quia tunc non erat contractum, & tex. paulò poſt eos appellat natos *ante dotem*: ſi ante dotem, igitur & ante matrimonium, quia illo iure abſque dotalibus inſtrumentis non erat. Si ante matrimonium ſunt nati, ergo non ex matrimonio: Non igitur merum commentum eſt, ſed valde probabilis expoſitio Vtitur autem Imp. phraſi qua vti ſolemus, cùm ſemel fecimus mentionem alicuius rei: quaſi dicat ex eiſdem matrimoniis, id eſt, illis, de quibus proximè facta eſt mentio, ex illiſmet quæ ſecuta ſunt, poſtquam natus erat filius.

Secundò mouetur ex c. Tanta, qui filij ſint legit. coniungendo rubrum cum nigro, & illa verba: *Poſt contractum matrimonium legitimi habeantur.* denotant veritatem ex doctrina Bartol in l. Si is qui pro emptore, num. 29. de vſucap. Reſpond. ponderanda eſſe verba illa: *Poſt contractum matrimonium*: Ergo non antè: Nec text. dicit retrotrahi, nec id iure probatur, præſertim cùm de tertij præiudicio agitur, Alciat. lib. 5. Paradox. c. 12. Peregri. dict. art. 24. numer. 34.

Tertiò mouetur, vigore exæquationis factæ inter legitimè natos & hos legitimatos, d. l. cùm quis. C. de nat. lib. § reliqui, in Authent. quib. mod. ad off. leg. Reſpon. exæquationem, quæ fit iuris interpretatione, ceſſare, quando verba requirunt veritatem, & non fictionem, l. vltim. C. de his, qui ven. ætat. impet. Et ita exæquatio locum habere poteſt in diſpoſitione legis: ſecùs autem in diſpoſitione hominis, in qua ſonus verborum attendi debet: vt in propoſito ex plurib. demonſtrat Peregrin. d. art. 24. num 42.

Quartò adducit text. in c. Cùm in cunctis. & in cap. Innotuit. cùm ibi not per Doct. de elect. vbi admittitur ad Epiſcopalem dignitatem legitimatus per ſubſequẽs matrimonium: licèt Pontifex Maxim. requirat, vt ſint nati de legitimo matrimonio. Monſtrum igitur eſſet non haberi pro legitimo, quantùm ad actus ſeculares, qui pro legitimo habetur, quantùm ad dignitates Eccleſiaſticas, vt inquit text. in cap. Per venerabilem, qui filij ſint legit. Reſpond. omiſſis aliorum reſponſionibus, text. allegatos non dicere, quòd legitimati per ſubſequens matrimonium admittantur ad Epiſcopatus: ſed eſt Glo. quæ hoc dixit in d. c. Innotuit, per tex. in d. c. tanta. Igitur negari poteſt id verum eſſe, quia text. in dict. c. Tanta id non probat: ſed tantùm probat, legitimatum per ſubſequens matrimonium, pro legitimo haberi. At nos legitimè natum requirimus, non autem legitimatum. Et authoritas Doctorum euitari poteſt, quia iidem ſunt, qui & in quæſtione noſtra ſunt pro legitimato: Preterquàm quòd, vt ſæpe dixi, non authoritatibus, ſed rationibus agendum eſt in diſputando.

CAPVT LXXII.

Ad Auth. Præterea. C. vnde vir. & vxor.

NOn placet quod reſpondit Natta in conſi. 605. vxori inopi vſumfructum quartæ partis deberi, ſi mortuus ſit vir, filiis ſuperſtitibus, qui defuncti poſteà ſunt. Fundamentum enim ipſius in eo conſiſtit, quòd ſcilicet filiis ius dominij quæſitum fuerit, & ſic ad hæredes tranſmiſſum: ex quorum perſona non debeat obligationis qualitas immutari.

Nego ius quæſitum eſſe. Nullo iure id probatur. Non eſt bonum argumentum de vſufructuaria muliere relicta, quòd legatum in alimenta reſoluitur ex conſuetudine Bulgari: & ſic remanet etiam defunctis liberis, niſi plura ſint legata: veluti cùm dictum eſt, donec vixerit, ad tradita per Bart. in l. Titia. §. Titia. de leg. 2 Quia mulier à principio habet dominiũ, non autem vſumfructum tantum: licèt illud liberis, ſi extiterint, reſeruare teneatur. Verba Irnerij, quem in hoc nullus interpretum accuſat malæ traiectionis ex authentico, ſunt iſta: *Vt tamen eiuſdem matrimonij liberis proprietatem ſeruet, ſi extiterint. His verò non extantibus, vel ſi nullos habuerit, potietur etiam dominio*: quomodo conſeruabit liberis proprietatem, ſi ipſa vxor eam non habet, ſed liberi? Eſt planè ſimile exemplum de muliere tranſeunte ad ſecundas nuptias, quæ conſeruat proprietatem bonorum liberis primi matrimonij: verùm ſi moriantur, eam ipſa habet, non autem hæredes filiorum defunctorum, l. Fœminæ. §. illud. in fin. C. de ſecund. nupt. Ripa ibi, nu. 5. Bald. conſi. 153. lib. 5. latè Gabriel. tit. de ſecund. nupt. conclu. 1. nu. 23. Quod ſimile exemplum non labefactatur ea reſponſione, quòd ibi ſit ita conſtitutum. Nam ſimiliter & hic conſtituendum videtur à nobis interpretatione, iuxta l. Non poſſunt, de legib. Nec valet illa interpretatio, *his verò non extantibus, vel ſi multos habuerit, potietur etiam dominio, non extantibus tempore mor-*

tis patris. Quia intelligo illa verba abſolutè, quandocunque non extent: quia iam dixit text. vxorem inopem ſuccedere vnà cum liberis in quartam, *Succedit*, inquit text. *vnà cum liberis communicatque ad quartam*. Si iam ſucceſſit vxor in quartam, etiam ſtantibus liberis, & ſucceſſit ſimul cum liberis, ergo mortuis liberis liberata eſt ab onere conſeruandi eiſdem proprietatem dictæ quartæ, de quo onere ſtatim fit mentio: ergo ſupponendum eſt, liberos extare tempore mortis patris, & nihilominus vxorem ſuccedere in proprietate quartæ vnà cum liberis: Ergo illa verba, non extantibus, referenda non ſunt ad tempus mortis vxoris: quæ proprietatem non tenetur conſeruare eiſdem liberis ſi non extent: prius enim ipſa mulier ſuccedit pleno iure cum eis, ſed poſtmodum conſeruare tenetur filiis extantibus, ſcilicet poſtquam ipſa vxor bonis erit fruita toto vitæ ſuæ tempore. His accedit quod Imperator in Authent. Vt liceat matri & auiæ. §. Quia verò legem. ait vxorem habere quartam partem ſubſtantiæ viri vnà cum filiis: deinde iubet, vt dominium ipſis filiis ſeruetur, quos ex illis nuptiis habuerit: Ergo prius ipſa debet frui, vt illa verba indicant, *ita quippe vt ipſa vxor vſum ſolum habeat*. Ergo reſeruatio dominij, de qua ſtatim loquitur, debet referri ad tempus, quo vxoris finitus eſt vſusfructus, eo igitur tempore filiis reſeruabit vſumfructum, ſi extiterint. Si non extiterint, pleno potietur dominio, vt interpretatur Irnerius: cuius autoritatem, cæteris anteponere iuſtum mihi videtur: Atque ita ſentio, meliori iudicio ſaluo.

CAPVT LXXIII.

De pacto legis commiſſoriæ in pignoribus, an iuramento firmetur?

PActum legis commiſſoriæ in pignoribus iuramento firmatur, ex iuris canonici regulis, quibus declaratur, omne iuramentum ſeruandum, quod ſeruari poteſt ſine diſpendio ſalutis æternæ, licèt iure ciuili reiiciatur ac improbetur, cap. cùm contingat, de iureiur. cap. quamuis, de pact. in 6. Vſque adeò, vt locum iſtud habeat etiam in debitore, qui iurauit ſe ſoluturum vſuras, c. Debitores, de iureiur. Et hæc eſt veriſſima & receptiſſima Doctorum ſententia. Gloſſ. & Doct. in d. cap. cum contingat, de iureiur. in c. ſignificante, de pignor. & alibi. Latè Seraſin. de priuileg. iuramenti, Priuilegio 131. ...

Contrarium docet nouiſſimè Anton. Faber de erroribus Pragmaticorum, decade 21. errore 8.

Cuius fundamentum eſt in eo poſitum, quod iuramentum non poſſit efficere id, quod per rerum naturam fieri nequit: Fieri autem neq. is, vt eiuſdem rei pignus & venditio ſimul contrahatur, aut contracta eſſe intelligatur.

Sed pace Doctiſſimi I. C. non eſt hoc impoſſibile: quia venditio fit ſub conditione, ſi non ſoluatur pecunia tempore conuento: quod venditionis genus receptum eſt, eius rei quæ oppignerata fuit, niſi odium creditoris obſtaret, quoniam iuſto pretio rem accipere ob legem commiſſoriam. *Poteſt ita fieri pignoris datio hypothecæ, vt, ſi intra certum tempus non ſit ſoluta pecunia, iure emptionis poſſideat rem, iuſto pretio tunc æſtimandam. Hoc enim caſu videtur quodammodo conditionalis eſſe venditio.* l. Si fundus. 16. §. vlt. ff. de pignor. At vbi non eſt adiecta iuſti pretii mentio, non valet pactum, odio creditoris. Sic enim ait Cõſtantinus in l. vltim. C. de pact. pignor. *Quoniam, inquit, inter alias captiones, præcipuè commiſſoriæ pignor. legis creſcit aſperitas, placet infirmari eam, & in poſterum omnem eius memoriam aboleri.*

Nam cùm res pignori obligari ſoleant, longè ſuperualentes debito, nolebant creditores mutuam dare pecuniam, niſi ſub lege & pacto expreſſo commiſſi pignoris, niſi pecunia in termino conuento ſolueretur. Huic legi facilè debitores pecunia egentes ſe ſubiiciebant, ſperantes, interim rebus ſuis conſulere, & tempore conſtituto pecuniam reſtituere: quod cum præſtare non poſſent, res proprias amittebant, eáſque creditores acquirebant: ſic Doctores noſtri & rectè Bartol. in l. 1. & vlt. Cod. de pactis pignor. & ibidem Cuiacius in paratitlis, Neguzant. de pign. 4. part. princ. in princ. Modernus Pariſienſis de Vſuris, nu. 364. qu. 52. Didacus Couuarruuias, variar. reſol. libr. 3. cap. 2. n. 8. Syl..eſt. in Summa, verſic. Pactum. queſt. 14. Connanus libr. 4. Commentariorum iuris. capite decimo octauo. numer. 8. Non igitur malè Summus Pontifex in cap. ſignificante, de pig. exiſtimauit, hanc pactionem, odio creditoris improbatam eſſe: quia hæc eſt vera ratio, non illa, *quòd ſit de re impoſſibili, & implicante contradictionem.*

CAPVT LXXIV.

De argumento, à Ceſſante ratione legis, quadam vulgaria.

OMnes ſciunt regulam, *Ceſſante ratione legis, ceſſat lex.* l. Quod dictum. ff. de pact. l. Adigere. §. Quamuis. de iure patronatus. cum aliis quæ tradit Euerard. in Centuria legali

gali loco à Ceſſatione rationis. Sed non omnes norunt, (niſi fallor) quo pacto ſit intelligenda; quoniam Euerar. *vbi ſuprà*, non ſat plenè rem attingit. Reperio hanc regulam ſic eſſe accipiendam, vt procedat, quando ceſſat ratio legis generaliter: ſecus autem ſi ceſſet in caſu particulari: ita Aretin. in l. 2. col. 5. verſ. Tu autem aduerte. ff. de vulg. Tiraq. tract. Ceſſante cauſa, Lim. 32. Couuarr. in c. cum eſſes, num. 9. de teſtam. & in Epito. de ſponſal. parte 2. cap. 6. §. 9. n 8. Fundamentum eſt in Clem. ad noſtram, de hær. & in l. 1. in fin. de minoribus. Sed difficultas eſt in eo, quod text. in l. Quod dictum de pact. in l. Adigere. §. Quamuis. de iure patronat. ex quibus ſumitur dicta regula, & alij textus concordantes, loqui videntur in particulari caſu; Si ergo ceſſante ratione legis in illis caſibus particularibus, ceſſaret legis diſpoſitio, qui fieri poteſt, vt declaratio ſubſiſtat, qua ſic cautum eſt, vt ceſſante ratione legis in vno acta particulari non ceſſet lex.

Hæc ſanè difficultas ſæpè me torſit. Cæterùm cùm rem Perilluſtri Comiti Nicolæ Clericato Vincentino auditori meo, iuueni certè omni virtutum genere prædito, & ad omnem gloriam nato, declaraſſem, is mihi luculentam attulit huius rei enodationem. Quod dicitur in d. l. 1. in fin. de minor. res minorum committi ſolere aliorum adminiſtrationi, licèt rem ſuam benè gerant, id pertinet ad particularem vnius vel alterius minoris perſonam: Ideoque licèt ſciret legum lator aliquos fore minores induſtrios atque ſagaces, voluit tamen res minorum ab alijs gubernari, quia plerumque fragile eſt minoris conſilium, & multis captionibus expoſitum, vt dicit I. C. in d. l. 1. Licèt ergo in Titio puta, ceſſet ratio iſta, vel in Caio minoribus, propter ſagacitatem eorum: non ceſſabit legis diſpoſitio, quia ceſſat ratio in caſu particulari, non autem generaliter in omnibus: At in l. Adigere. §. Quamuis. de iure patron. ratio legis non ceſſat in vno vel altero particulari, ſed in omnibus Caſtratis: nullus enim eſt, qui poſſit generare: meritò in eis ceſſat legis diſpoſitio, generaliter in omnibus, non autem in vno vel altero tantùm. Idem & de alijs textibus mecum diſcurrebat: egregiè ſanè, vt mihi viſum eſt: quamobrem totam hanc explicationem nobiliſſimo viro acceptam ferre debent ſtudioſi, ad quos noſtra hæc ſcripta peruenient.

CAPVT LXXV.

Ad l. 4. Cato, de verb. obligat.

DVæ ſunt facti ſpecies proponendæ, ex quibus ſententia clariſſima huius §. apparebit. Prima: Titius Caio vendidit prædium Sempronianum, promiſitque ei ire, agere licere per aliud prædium; neque per ſe, neque per hæredes factum iri, quominus ei ire, agere liceret: ſi aduerſus ea factum eſſet, pœnam Caio ſtipulanti promiſit.

Moritur Titius venditor relictis pluribus hæredibus: vnus hæredum prohibet emptorem, quominus eat ad fundum emptum. Quæritur, an pœna ſit commiſſa aduerſus eum ſolum, an verò etiam aduerſus alios cohæredes pro portione hæreditaria, qui non prohibuerunt. Reſpondit Paulus *ex ſententia Marti Pontij Catonis, cuius meminit Pomponius* in l. 2. de orig. iuris. pœnam committi aduerſus omnes hæredes pro portione hæreditaria. Ratio dubitandi eſt: quia factum vnius non debet alteri nocere, l. De pupillo. §. Si plurium. de operis noui nunc. Pœna enim ſuos tenet auctores, l. Sancimus. C. de pœnis. c. ſi compromiſſarios, §. Porrò. de elect libro 6. Nec alteri per alterum debet iniqua conditio inferri, l. Non debet. de regul. iuris. Ratio decidendi eſt; quia quod ab vno ex hæredibus fit, ab omnibus factum videtur: hoc eſt, idem eſt, ac ſi ab omnibus factum eſſet: quia ſtipulator non in partem prohiberetur ire, agere; ſed in totum, *vt ait idem Paulus*, in l. In executione. §. Quod ſi ſtipulatus. eod. tit. Tanti igitur intereſt ſtipulatoris ab vno prohiberi, quanti ſi ab omnibus prohiberetur: quia ire, agere eſt indiuiduum, l. 2. §. vlt. ſuprà eodem titul. In ſumma, eſt idem, ac ſi promiſſor dixiſſet, ſi vllus hæredum prohibuiſſet ire, agere, pœnam ſolutum iri: quo caſu ſi vnus prohiberet, ſine dubio pœna contra omnes committeretur, pro portione hæreditaria; quia lex tabul. diuidit obligationem inter hæredes pro portione hæreditaria, l. Hæredes, §. Idem iuris. ff. fam. hereiſc. l. Pro hæreditariis. C. de hær. act. l. 1. C. ſi cert. per.

Non obſtat ratio dubitandi; quia licèt pœna committatur contra omnes hæredes, tamen ipſi, qui non prohibuerunt, actionem habent pro indemnitate, l. In executione. §. Quod ſi ſtipulatus. l. 2. §. Item ſi in facto, eodem tit. de verbor. oblig.

Sed contra: quia nemo ideò obligatur, quòd recepturus ſit ab alio, id quod ipſe præſtiterit. l. Nemo ideò. de regul. iur. quia poſſet fieri non ſoluendo, l. Supra iter. §. apud ferocem. de aqu. plu. arcend. Aliqui dicunt alios hæredes, qui non prohibuerunt, cedendo actionem liberari, ſecundum regul. l. Quod debetur. de pecul. l. Quod ſi poſſeſſor, de pet. hæred. cum

ſimilibus. Sed refell.t hanc ſententiam Socin. Iun. in d. §. Cato, n. 28. tum quia text dicit, pœnam ex gr.j. oſſe; tum quia hæres non habet actionem antequam ſoluat. Nec ideo tenentur cohæredes, quod actionem habent, ſed quia ſtipulatio eſt indiuidua: & ideò ab omnibus factum videtur, quod vnus fecit: ideò non eſt locus regulæ l. Quod debet ur. de pecul. Reſponderi poteſt: legem aliter prouidere non potuiſſe; quoniam defuncti obligatio eſt indiuidua; quamobrem hæredes non poſſunt conqueri de lege ſic eos obligante, ſed de ipſo defuncto, qui ſic eos obligauit.

CAPVT LXXVI.

Ad eundem §. Cato l. 4. de verborum obligatione.

ALtera facti ſpecies eſt iſta: Promiſit Sempronius ſe ampliùs non acturum: ſi ampliùs ageret, pœnæ nomine centum. Mortuo Sempronio vnus ex hæredibus contrauenit. Quæritur, an pœna ſit commiſſa contra omnes cohæredes? Reſpondetur in texto, commiſſam eſſe contra eum hæredem ſolùm, qui contrauenit. Ratio dubitandi eſt ex l. 5. §. vlt. infrà eod. Ratio decidendi eſt, quia ſtipulatio eſt rei diuiduæ, vt in text. Ad d. l. 5. §. vlt. reſpondebat olim Ioannes ibi agi de ſtipulatione, quæ conſiſtit in dando; hic de ea quæ conſiſtit in faciendo. Malè; quia ibi pœna incurritur ex eo, quòd arbitri ſententiæ non paretur: quæ tamen poteſt conſiſtere, et iam in faciendo, id eſt, iubere vt aliquid fiat. Melior eſt reſponſio in d. §. vlt. pœnam in totum committi: quia aliud ſtatui non poteſt in huiuſmodi ſtipulationibus ſine iniuria ſtipulatoris: & hoc eſt, quod ait I.C. in l 3. fam. hercisc. ſolutionem partis non minima incommoda habere. Ideoque creditor inuitus non cogitur partem ſummæ accipere, l. Tutor. §. Lucius. ff. de vſuris.

CAPVT LXXVII.

Ad eundem §. Cato. l. 4. de verbor. obligat.

VEnio ad verſ. *Sed videamus.* Gloſſ. ibi ſcribit ſenſum eſſe, his verbis quæri, an idem ſit in ſtipulatione, per te non fieri, quominus mihi ire, agere liceat, quod in ſtipulatione iter fieri: an verò magis idem, quod in ſtipulatione, Titium hæredemque ratum habiturum: & reſpondet Paulus non idem eſſe. Non placet; quia [*Iter fieri, & per te non fieri, &c.*] non ſunt duæ diſtinctæ ſtipulationes, ſed vnica ſtipulatio eſt, continens affirmationem & negationem, hoc modo. Iter fieri licere: & per te non fieri, quò minus mihi ire, agere non liceat: vt patet ex l. 2. §. penult. & vlt. ſuprà eod. titul. Huc accedat, quòd ſi ſtipulatio: *Iter fieri*, quam initio pro exemplo poſuit I.C. Indiuiduæ ſtipulationis, non eſſet eadem cum ſtipulatione per te non fieri, inepta eſſet ratio, quæ in text. habetur: cùm ſcil. cet text. dicit, in ſtipulatione iter fieri, pœnam committi contra omnes hæredes: quia niſi in ſolidum peccari poteſt, & ab omnibus factum videtur in illa ſtipulat.one, *per te non fieri.* Quid enim hoc ad rem facit, ſi ſtipulatio per te non fieri, diuerſa eſt à ſtipulatione iter fieri? Quæ cauſa eſt, vt nec mihi probetur Alciati expoſitio, hoc in loco ab eo tradita, & in commentarius de diuiſionibus ſtipulationum, Paulum dubitare, an ſtipulatio, per te non fieri, eadem ſit cum ſtipulatione, iter fieri, vel ampliùs non agi: quoniam & hæc interpretatio differentiam conſtituit inter ſtipulationem, iter fieri, & per te non fieri, quæ conſtituenda non eſt, vt dixi.

Doctiſſimus Taurellus dicebat, hic quæri, vtrùm ſtipulatio, *dolum malum abeſſe*, cuius fit mentio in principio legis, ſit eiuſdem naturæ cum ſtipulatione, per te non fieri? an vna potius cum ſtipulatione, rem ratam haberi? Et hanc ſententiam Pauli eſſe, eandem eſſe cum ſtipulatione, per te non fieri, *rem ratam haberi*: vt probatur in l. In ſtipulatione. ff. rem rat. haberi. & quia prætoriæ ſtipulationes ſunt eiuſdem naturæ, l. Pœnales. §. Iulianus ff. ad legem Falcid. Non placet, quia non eſt veriſimile, hunc verſiculum eſſe referendum ad principium legis tam remotum, & de quo Paulus iam ſeparatim dixerat. Deinde, quia ſtipulatio, rem ratam haberi, eſt diuidua: vt hic probatur. & in l. Inter, §. Si quis ita ſtipulatus, famil. hercisc. At ſtipulatio, dolum malum abeſſe, indiuidua eſt, vt hic in principio legis probatur, & in d. l. Inter, §. Quod ſi ex facto. ff. fam. hercisc. Non obſtat l. Pœnales. §. Iulianus; quia non habet locum in ſtipulationibus indiuiduis, vt in l. 2. ff. de prætor. ſtipulat. Non obſtat in l In ſtipulatione. quia hoc tantùm dicit, in ſtipulationem, rem ratam haberi, venire id quod intereſt, & idem iuris eſſe in ſtipulatione, ſiue in clauſula, Dolum malum abeſſe.

Communis igitur expoſitio (nam quæ recentiores dic...., omitto) mihi veriſſima videtur, quam attulerunt antiqui Gloſſatores, Iaſ. Ripa, Socinus ſenior, ac iunior, nouiſſimè Zaſius & Cuiacius: Paulum quærere, ac dubitare, an idem ſit iuris in ſtipulatione, ampliùs non agi, quòd in ſtipulatione

tione, per te non fieri; an verò magis idem, quòd in ſtipulatione, Titium hæredémque ratum habiturum, & concludere, idem eſſe, quod in hac ſtipulatione de rato, quoniam ſtipulatio rati diuidua eſt, ſicut & ſtipulatio, amplius non agi. Iſta expoſitio verbis text. eſt conſentanea. Ait enim Paulus, *Videamus an non idem hic ſit*. id eſt, in dicta ſtipulatione, amplius non agi, *quod in ſtipulatione, per te non fieri: an verò magis idem quod in ſtipulatione, Titium hæredémque ratum habiturum*. Nam ſtipulatio de *rato, recipit diuiſionem, quia is ſolus tenetur, qui ratum non habuit, & is ſolus agit, à quo fuerit petitum*, quaſi dicat, ſtipulatio de rato eiuſdem eſt naturæ, cuius eſt ſtipulatio amplius non agi. Illa enim verba, *& Paulus reſpondit, non idem eſſe*, non ſunt agnoſcenda, quia non extant in Pandectis Florentinis: Confirmatur hæc ſententia. Nam Paulus vnam ex ſtipulationibus iſtis confert cum ſtipulatione, Titium hæredémque ratum habiturum. Non eſt dicẽdum eum conferre ſtipulationem, iter fieri, vel per te non fieri, quia ſunt indiuiduæ: illa verò diuidua eſt. Ergo conferre videtur ſtipulationem, amplius non agi, quæ ſimiliter eſt diuidua, ſicut ſtipulatio, Titium hæredémque ratum habiturum. Ratio dubitandi erat, quia dominus pro parte ratum habere non poteſt, igitur nec hæres: quia ex perſona hæredis non mutatur conditio obligationis. l. 2. §. Ex his, eod. tit. Ratio decidendi eſt, quia vtraq; ſtipulatio, id eſt, amplius non agi, & rem ratam haberi, diuiſionem recipit, vt in text. dicitur. Non obſtat. reg. d. l. 2. §. Ex his, quia locum non habet in ſtipulatione, rem ratam haberi, vt docet idem Paulus in l. 2. §. Incertam. de præt. ſtipul.

CAPVT LXXVIII.

Vt pœnalis promiſſio ſit, an oporteat eſſe promiſſum expreſſim, nomine pœnæ?

NOtat Aret. ex l. 4. §. Cato, de verb. oblig. pœnalem promiſſionem, ſeu ſtipulationem non dici, niſi fuerit expreſsè dictum, nomine pœnæ aliquid dari, vel fieri. Nam text. dicit, *pœna certa pecuniæ promiſſa*. Idem voluit ibidem Cror. Ioan. Andr. in cap. Bona fides depo. Roman in l. ſtipulatio iſta. §. Alteri. de verbor. obligat. Cæterùm illud argumentum facilè poteſt euitari. Licèt enim text. dicat pœnam certæ pecuniæ ſtipulationi adiectam, non tamen negat eſſe pœnalem promiſſionem, ſi non fiat mentio pœnæ. Pro eadem ſententia adfertur tex. in §. Non ſolùm, Inſtit. eod. tit. *niſi feceris, dabis centum nomine pœnæ*. Verùm eodem modo poteſt reſponderi, non negare Imperatorem, quin pœnalis ſtipulatio ſit, licèt non fuerit dictum nomine pœnæ. Tertiò adducitur l. Qui res. §. qui ſtipulatur. de ſolution. vbi requiritur pœnæ nomine promitti decem, niſi quinque dentur Titio. Sed ibi neceſſarium eſt exprimere ad tollendam obſcuritatem: cùm enim dicitur, *Dabis mihi decem, aut Titio quinque*, poteſt eſſe ſenſus, vt in totum decem dentur, quinque Titio, & quinque ſtipulatori, ideò neceſſe fuit adiicere, nomine pœnæ.

Quartò adfertur l. Si ita ſtipulatio, de oper. libert. vbi viginti obligationi adiecta ſunt loco operarum promiſſarum, quaſi operas tanti ſtipulator æſtimauerit. Sed non propterea inferri poteſt, quantitatem promiſſam in aliis caſibus pro pœna intelligi non poſſe.

Contrariam igitur ſententiam amplexi ſunt Iaſ. in d. §. Cato, n. 3. Ripa n. 8. Soc. iun. n. 13. quibus & ipſe aſſentior.

Probatur in l. vlt. & ibi not. Bartol. de prætoriis ſtipulatio. & in l. executione. §. Quòd ſi ſtipulatus, & ibi Gloſſ. in verb. dari. eod. tit. de verb. oblig. & in § penul. eiuſdem l. Et in vlt. ff. de eo per quem factum fuerit, & in l. Nouiſſimè. ff. de iud. ſol.

Et ratio eſt, quia pœna eſt, quicquid eſt ſupra rem debitam, l. Si ſeruus ea lege, de ſer. exportand.

CAPVT LXXIX.

De verbo, conuenit, in ſcriptis redacto, an importet ſtipulationem?

VErbum, conuenit, in inſtrumento appoſitum non importat ſtipulationem ſecundum Bart. in l. Lecta, colum. 4. ſi cert. pet. quem ſecuti ſunt Bald. Angel. Salicet. & alij communiter, teſte Ripa in rubr. de verbor. obligat. nu. 16. quibus & ego conſentio. Fundamentum eſt, quia de verbo, promiſit, quod ſtipulationem importet, teſtimonium habemus in §. ſi ſcriptum, Inſt. de inutil. ſtipulat. De verbo autem, conuenit, nulla eſt lex tale quid dicens. Verbum enim, conuenit, commune erat omnibus pactis & contractibus. At verbum, promitto, ſtipulationis proprium eſt, §. 2. Inſtit. de verbor. obligat. dicimur etiam promittere rogati, *vt ex Latinis authoribus oſtendit Duaren*. in §. Adeò l. Iuriſgent. ff. de pactis. quanquam verborum ſolennitas Leonina conſtitutione ſublata eſt, l. omnes. Cod. de contrah. & commit. ſtipul.

Contrarium docuerunt in d. l. lecta, Fulgo. Roma. Caſtr. & Iaſ. in 3. not. & quidam alij in rubr. de verb. oblig.

Primum, quia verbum, conuenit, tacitè includit promiſſionem. Taciti autem & expreſſi par eſt vatcus, l. Cùm quid, ſi cert. pet. Nihil eſt, quia ſtipulatio requirit verba, l. 1. de verb. obli. ex quibus colligatur interrogationem præceſſiſſe, & reſponſionem ſubſecutam eſſe, l. Obligantur §. Verbis, de actio & oblig.

Secundum eſt, quia eadem eſt ratio circa verbum, conuenit, quæ eſt de verbo, promiſit, vt videantur omnia ſollenniter acta, l. Sciendū. de verb. obl. Reſpondetur, imò eſſe diuerſam rationem, quia verbum, conuenit, eſt generale, at verbum, promiſit, ſpeciale & proprium ſtipulationis.

Tertium eſt l. 1. C. de vſur. Reſpond. non loqui de promiſſione facta in inſtrumento, itaque non facit ad rem: eadem ratione nec ad rem facit l. 1. C. de dotis promiſ. quæ ſolet allegari.

Quartum eſt ex l. ſi extraneus, ff. de condit. cauſ. dat. & ibi Gloſſ. in verb. conuenit, quæ dicit, ſcilicet per ſtipulationem. Reſpon. loqui de conuentione facta à patre quæ non valet ſine ſtipulatione, l. Auia. C. de iure dot. ideò vt actus valeat, intelligitur, per ſtipulationem.

Quintum eſt ex l. Si ſeruus. ff. de ſer. export. quatenus ibi dicitur, *conuenit circa ſtipulationem.* Ergo ipſum verbum, conuenit, importat ſtipulationem: quia ſi non importaret ſtipulationem, non erat opus adiicere, citra ſtipulationem. Reſpond. ad maiorem claritatem adiecta fuiſſe, ne quis exiſtimaret ſtipulationem ſubiectam fuiſſe, ſicut olim moris fuiſſe indicat l. Iuriſgentium. §. quod ferè. de pact. l. Lecta ſi cert. pet. & l. qui Romæ. §. Chryſog. de verb. oblig.

CAPVT LXXX.

Exceptio rei iudicatæ in iudicio ſummario, an obſtet in ordinario?

QVod eſt cognitum & deciſum in iudicio ſummario, poteſt iterum deduci in ordinario, l. à Diuo Pio. §. Si ſuper, de re iud l. pen. de his qui ſui vel alie. iur. ſunt, l. Si quis à liberis, §. ſi vel parens, de lib. agnoſc. l. 3. §. Cauſæ cognitio, de Carbon. edict. l. Si autem. §. ſi quocunque. de negot. geſt. Et ideò probationes factæ in iudicio ſummaro, non nocent in ordinario, c. Veniens. 2. de teſtib.

Sed controuerſia eſt, an idem ſit dicendum vbi probationes factæ in ſummario ſunt plenæ. Negant, idem eſſe dicendum Alex. in d. §. Si ſuper rebus, nu. 6. Dec. in conſ. 96. Panorm. conſ. 50. lib. 1. Ripa in l. Qui Romæ §. duo fratres. de verb. oblig. nu. 21. Soc. Iun. nu. 60.

Primò, quia ideò ſententia lata in ſummario, non præiudicat in ordinario, quia in ſummario ſufficit ſemiplena probatio, l. 3. §. Cauſæ cognitio, de Carbon. edict. Hæc ratio ceſſat, vbi probationes factæ in iudicio ſummario ſunt plenæ, ergo ceſſare videtur legis diſpoſitio. Reſponderi poteſt, non ceſſare prorſus rationem legis, quia potuiſſet pars eſſe diligentior, ſi ordinarium fuiſſet iudicium, vt dicebat Aret. in c. cauſam quæ, num. 29. de teſtib. & atteſt.

Secundò, quia ſententia lata ſuper principali, nocet etiam ſuper incidenti, quando plenè fuit cognitum ſuper incidenti, Gloſſ. in l. 2. C. de ord. cogn. Sed hoc nihil ad rem facit, quia non agimus hic de incidenti quæſtione.

Tertiò ex l. Sin autem, §. vlt. de negot. geſt. & l. Quod in diem. §. 1. de compenſat. Sed ibi non agitur de iudicio ordinario & ſummario: agitur de exceptione ſemel cognita in vno iudicio. quæ non poteſt in alio iterum deduci.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt Aret. in d. ca. Cauſam quæ, num. 29. de teſt. Bald. in l. 2. in fin. C. de edend. Crot. in d. §. duo fratres.

Primò, quia litigator non præſumitur tàm diligens in iudicio ſummario, ſicut in ordinario fuiſſe. Reſpon. Socinus iun. imò de diligentia ſatis conſtare, quia probationes ſunt plenæ.

Secundò, quia probatio non neceſſaria non reuelat. l. vlt. & ibi Gloſſ. qui leg. perſo. ſtare in iudic. Sed plenæ probationes in ſummario iudicio non ſunt neceſſariæ, ergo factæ nihil releuant. Reſpo. d. Gloſſ. loqui de Probatione impertinenti: ſed nos loquimur de pertinenti, licet non ſit neceſſaria.

Tertiò, quia iudicium ſummarium caret forma veri iudicij, ergo ſententia in eo lata non nocet in alio iudicio. Nihil eſt, quia quæſtio præſupponit probationes factas eſſe ſecundum formam ordinarij, id eſt poſt litem conteſtatam, iuxta titu. Vt lit. non conteſt.

Breuiter mihi magis placet Aretini ſententia: tum quia leges non diſtinguunt, quibus cautum eſt ſententiam latam in ſummario iudicio, non præiudicare in ordinario, non diſtinguunt, vtrum probationes ſint plenę vel non: tum quia ſententia, quę lata non eſt ſecundum ordinem iudiciorum, nō habet vim rei iudicatę, l. Prolatam. C. de ſent. & inter om. iud. Talis eſt ſententia quę fertur in iudicio ſummario; ergo non habet vim rei iudicatæ, & ideo bene dicebat Bald. in l. 2. in fin. C. de edem. proceſſum ſummarium non fieri ſecūdum formam iuris. Forma autem iuris non in hoc ſolùm eſt poſita, vt probationes fiant poſt litem conteſtatam, ſed

sed vt libellus detur, litis contestatio fiat, & seruetur forma iudicij, de qua Gloss. loquitur in d. l. Prolatam.

CAPVT LXXXI.

Sententia lata in iudicio ordinario, an possit in alio iudicio tractari?

EX traditis per Bartol. in 4. oppo. in l. Qui Romæ. § Duo fratres, de verb. oblig. colligitur hæc conclusio: Sententia lata in iudicio ordinario contra actorem pro excipiente, non potest retractari in alio iudicio, in quo agitur ad rem accessoriam, veluti ad pœnam, vel ad fructus. Probatur in dict. §. Duo fratres. Confirmatur ex regul. Accessorium, de reg. iur. in 6. Adducit Ripa text. in l. Ex diuerso § 1. de rei vendi. sed loquitur quando pronunciatum est pro actore contra excipientem.

Altera conclusio est ex dictis Bartoli: Quod est decisum in iudicio ordinario, sed incidenter potest in alio iudicio retractari, principaliter agendo. Egi confessoria pro seruitute debita fundo meo; debui incidenter probare me dominum fundi. l. Sicuti. §. Sed si quæratur. ff. si seru. vend. & ibi Gloss. l. Vt. frui. §. 1. ff. si vsusfruct. petat. Victus sum, quia non probaui: possum in alio iudicio fundum vendicare, l. Sed si aute. ff. de except. Ias. Rip. Socin. iun. & omnes in dict. §. Duo fratres, in 4. oppo. Bartol. Secus esset, si prius fundum vendicassem, & fuissem victus, quia non possem seruitutem vendicare, l. Fundum. ff. eodem tit. de except.

Tertia conclusio: Quod est decisum incidenter in iudicio plenario siue ordinario contra excipientem pro actore, non potest in alio iudicio principaliter deduci, si concernat causam status: ita Bart. in d. 4. oppo. cum quo omnes transeunt, argumen. l. 1. C. de ord. cog. voluit allegare notata per Gloss. in l. 2. in vlt. glo. Ratio est, quia intelligitur pronunciatum super incidenti, l. 1. C. de ord. iud.

Quarta conclusio: Quod est decisum in iudicio ordinario pro actore contra excipientem, non potest in alio iudicio æquè principali deduci, & in dubium reuocari, quando agitur ad eundem finem, Bartol. & omnes in d. §. Duo fratres, in 4. oppo. argum. l. Quod in diem. §. 1. De compensat. Et dicitur agi ad eundem finem, quando agitur de eodem facto, licet per diuersa media, l. Duobus, de except. rei iud. Secus si agatur ad diuersum finem, vt per Bartol. & alios comm. teste Ripa, num. 17. argum. l. Vendicantem, cum l. seq. de euict.

CAPVT LXXXII.

De eadem materia & ad l. Vendicantem, cum l. seq. de euict.

SEd obiicitur l. Vendicantem, cum l. seq. ff. de euict. vbi probatur, quod est in iudicio actum & cognitum per modum exceptionis, posse in alio iudicio deduci atque cognosci. Respondet Bar. in l. Qui Romæ. §. Duo fratres, de verbor. obligat. in 4. oppos. illum textum loqui de sententia lata contra excipientem, in cuius potestate non erat agere, l. purè. §. vltim. de doli mali except. Non placet Alciato ibi, quia non est ratio diuersitatis inter actorem & reum, d. l. de euict. l. vltim. C. de fruct. & lit. expen.

Secundo igitur loco dicebat Iason in dict. §. Duo fratres, num. 49. loqui, quando res diuersa in iudicio deducitur, & ad alium finem agitur. Non placet Alciat. quia potest reus dicere, Aut dicis me vendidisse, aut non potes dicere me vendidisse, quia si vendidissem, non potuissem rem euincere: aut dicis me non vendidisse, & tunc frustrà de euictione agis: Respondet igitur Alciatus, ibi agentem in alio iudicio, non impugnasse sententiam directò latam in priori iudicio: quæ fieri potest, vt contra eum pronunciatum fuerit, non quia aduersarius non vendidisset, sed quia id non probasset, argum. l. Quod in diem. §. 1. de compens. & l. Si autem. § vlt. de neg. gest. Non satisfacit; quia in illa specie emptor probauit venditorem fuisse, qui rem vindicabat, & reiectam fuisse istam exceptionem.

Ergo vera est interpretatio, ibi non fuisse rationem habitam exceptionis oppositæ: quo casu idem in alio iudicio peti posse clarum est; quando iudex reiecit exceptionem, non quia vera non esset, sed quia non obstaret in illo iudicio, d. l. Si autem. §. vlt. de negot. gest. d. l. Quod in diem. §. 1. de compensat.

CAPVT LXXXIII.

Sententia lata ex falsa causa, an sit nulla?

BArtolus in l. Qui Romæ. §. Duo fratres, in 5. oppo. dicit sententiam latam ex falsa causa dolo aduersarij, esse nullam: aliàs secus. Alexander autem, & post eum Iason ibidem, nu. 52. dicunt esse nullam, si error fuerit expressus in sententia. Cum Bartolo transeunt alij communiter, teste Socino iuniore, n. 68.

Cæterùm, quòd sententia ex falsa causa lata, sit nulla, si de falsitate causæ constet ex actis, docuit Iason in l. 1. num. 11. C. de err. cal.

culi. Felyn. in c. inter cæteras, in 2. conc. de re iudic. Rota decis. 347. Nota quod licet in antiquis. Crau. cons. 134. in fine.

Pro sententia Bartol. & sequacium adducuntur, 1. l. Si iudex. §. Marcellus, de iudic. 2. l. 2. C. quando prouo. non est necesse. 3. l. Præses. de re iudic. 4. l. Si expressit. de appell. 5. l. 1. ff. quæ sent. sine app. rescind. 6. Doctr. Bartol. in l. 1 C. de error. calc. quæ communis est, & ibi per Deci sententiam valere, licèt error ex actis appareat, nisi referat se ad acta. Idem tradunt Abb. & Felyn. in 1. not. in c. Inter cæteras de re iudic. 7. l. prima. C. si sæpius in integ. restit. fuerit postul. 8. quia causa non est exprimenda in sententia, c. Sicut nobis, de re iudi. Alex in d. §. Duo fratres, num. 37. ergo si exprimatur & falsa sit, non vitiatur sententia. argum. l. Vnic. C. de rei vxo. act. 9. l. Ciues. C. de appell.

Pro contraria autem sententia adducuntur 1. l. Qui testa. de excus. tut. 2. l. Cùm verò. §. subuentum, de fideicommiss. libert. 3. Clem. Pastoralis, de sentent. & re iud. 4. c. solicitudinem. ad fin. de appellation. 5. capit. Inter cæteras de senten. & re iud. 6. l. Si pars, de inoff. testam. 7 cap. cùm ad quorundam, de excess. prælator. Quia ex falsitate causæ apparet adhibitam non fuisse causæ cognitionem, ergo nulla, l. 2. Co. de sentent. ex breui. recitand. l. vltim. Cod. commun. Epistol. & l. Ex stipulatione. Cod. de sententi. & interloc. omn. iudi. 9. Quia transactio ex falsa causa corruit, Menoch. consil. 91. numer. 40. ergo & sententia, quia æquiparatur transact. l. Non minorem. Co. de transact. 10. Adducitur l Sciæ. ff. de tutor. & curat. dat. ab his. 11. Quia sententia notorie iniusta ex actis, nulla est. Vant. de null. ex def. process. n. 127. Gabriel. tit. de sentent. concl. 10. n. 5.

Ego vt breuiter me expediam, distinguendum puto. Aut falsa causa fuit expressa in sententia, aut non. Primo casu est nulla, secundo verò casu, valet.

Ratio est, quantum ad primum casum, quia apparet iudicem non adhibuisse causæ cognitionem sicut oportet, d. l. 2. C. de sent. ex breui ic. recit. & cessat illa bona præsumptio, quæ est pro iudice. Confert text. in l. Qui testamento. de execu. tuto. vbi consideratur vitium in pronunciatione.

Ratio secundi casus est, quia si talis sententia esset nulla, omnes sententiæ iniustæ essent nullæ, quod falsum est. Semper enim iudex mouetur ex aliqua causa, vera vel falsa. Confert text. in l. 1. & 2. C. si ex fals. instr. quatenus ibi rescinditur sententia lata ex falsis instrumentis per in integrum restitutionem.

Non obstat doctrina Bart. in l Prolatam, nu. 2. C. de sent. & interlo. omn. iud. dum ait causæ cognitionem in hoc consistere, vt partes sint præsentes vel citatæ, quia consistit etiam in multis aliis, l. In causæ cognitione. §. Causa cognita, de mino. d. l. 2. C. de sentent. ex breui. reci. l. ex stipulatione. C. de senten. & interlo. omn. iud. c. iudicantem. 30. quæst. 5.

Non obstat l. Vnic. C. de rei vx. act. quia ibi lex fingit stipulationem ex omni parte perfectam, hic autem lex non fingit sententiam latam ex vera causa.

Non obstat l. Si iudex. §. Marcellus, quia ibi locus est querelæ, quod intelligo per restitutionem in integrum, sicut in l. 2. C. si ex fals. instrum.

CAPVT LXXXIV.

Conciliatur l. Qui Romæ §. Duo fratres. de verb. oblig. cum l. Rescriptum §. Si pacto, de pactis.

PRima conciliatio est, pœnam peti posse, sed compensandam cum exceptione, & exigi posse id, quod est plus in pœna, argumen. l. Prædia. ff. de act. empt. l. Si quis a socio ff. pro socio Lion. i. dict. §. Duo fratres, numer. 54. Alexand. num 39. Socin. iun. numer. 78. Non placet Alciato, quia videtur esse contra mentem Scæuolæ in d. §. Duo fratres. volentis pœnam committi, & consequenter cum effectu.

Secunda solutio est Baldi in Tit. Imp. Lotharius Eugenio Papæ in vsibus feudorum, pœnam committi, quia de facto, & non de iure sententiam obtinuit, argument. l. Debitor. §. vltim. ad Trebellian. Non placet Alexand. quia is qui sententiam obtinet iniquam, non potest eius iniquitatem allegare, ad sui commodum, l. Si ictuus plurium. §. 1. de legat. 2.

Tertia solutio est Bartol. in d. §. Duo fratres. in 7. oppo. in d. §. Si pacto. petitum fuisse, & non obtentum, at in §. Duo fratres, promissum fuisse, nihil contra diuisionem fieri, & factum fuisse contra diuisionem, petendo hæreditatem tanquam ex fideicommisso. Non placet Alexan. quia stante hac solutione non posset peti id, quod est plus in pœna, in d. §. pacto.

Quarta solutio est in dicta. §. Duo fratres, adiectam fuisse in diuisione clausulam, *Rata manente pacto*, vt in Glo. iuxta l. Qui fidem. de Transacti. Non placet Alciato, quia continet diuinationem: nulla enim mentio fit in dicta §. Duo fratres, adhibitam fuisse dictam clausulam.

Quinta solutio Alciati est in d. §. Duo fratres, partes promisisse, nil acturas contra diuisionem, idcòque sublatum fideicommiss.

l. Si vnus. §. Pact. de pact. Pœnam verò adiectam fuisse, ne de facto agere tur in contemptum. q o casu res & pœna peti potest, l. Si quis rem, de arb. quæ ratio cessat in d. §. Si pacto. Non placet Socin. iun. quia repugnat commun. sententiæ Doct. in dict. §. Duo fratres, quæ habet, sententiam ibi relatam iniustam: quo stante non fuit per diuisionem sublatum fideicommissum. Secundò, quia non ipso iure fuisset sublatum, sed ope exception s, vt patet ex illis verbis: *Quasi de fideicommisso quoque transactum esset.* Adde quod nihil interest, an ipso iure actio non competat, vel obstet exceptio. l. Nihil interest, de reg. iur.

Puto ego solutionem esse probabiliorem, si dicamus multa concurrere in §. Duo fratres, quæ non concurrunt in §. Si pacto primò, diuisio facta fuit: secundò promissum non contrauenire: tertiò de fideicommisso transactum; quartò pœna promissa cum clausula: *Rato manente pacto.* Hic enim partes promiserunt se nil facturas contra diuisionem: & insuper pœnam promiserunt. Ergo vtrunque actum est: vt contractus seruaretur: & pœna committeretur, si fieret contra diuisionem.

Vel dicendum est, priorem sententiam quam retuli suprà, amplectendam esse, quam & Cuiacius sequitur d. §. Duo fratres. ibi, responsum Scæuolæ hoc tantùm velle, quòd pœna sit cōmissa: de quo erat interrogatus: quod est intelligendum secundum formam aliarum legum: & sic secundum text. in d. §. Si pacto. Scæuola erat solitus breuiter & ad rem respondere vt patet ex l. Qui Romæ §. Augerius. l. Lucius. §. Collegio, de leg. 3 l. Taberna, de fund. instr. l. Imperator, de probat. & alibi, vt iam diu Duaren. in Scæuola docet.

CAPVT LXXXV.

Ad §. Æquè. Inst. de act.

DVæ sunt difficultates huius loci. Vna, circa illa verba: *Veluti si quis agat ius sibi esse altius ædes suas tollendi, &c.* Altera in illis verbis: *Sanè vno casu, &c.* Piget aliorum sentētias, absque vllo operæ pretio commemorare. Dicam igitur quid sentiam. Circa primum difficultas oritur ex eo, quod cuique ius est altiùs ædes suas tollere, l. Altius. C. de seruit. l. Cuius. de seruit. vrb. præd. Ergo superflua videtur act. ob hoc ipsum iure prodita. Omitto quid Faber, quid Gomez. Iat Cuiac Balduin. & alij omnes dixerunt. Tolli videtur hæc difficultas ex interpretatione Glossæ dicentis, cum meus habere dico ædes meas altiùs tollendi, verbis quidem hanc esse confessoriam actionem, at re ipsa negatoriam, quia inclusam habet negationem, hoc est, meas ædes seruitutem quo minùs altiùs tollantur, non debere, sed liberas esse. Cū autem ago ius non esse aduersario ædes suas altiùs tollendi, etsi verbis negatiua sit actio, vt tamen ipsa confessoriam esse: quia hoc ego contendo, ædes tuas hanc mihi debere seruitutem vt altiùs tollere eas non possis.

Quod attinet ad secundum, mitto aliorum expositiones, & textus emendationes. Sunt enim qui legant, *Sanè in hoc casu:* Alij, *Sanè non vno casu.* Alij aliter. Ego non discedo à verbis textus, & pondero illa verba: *Sanè vno casu is qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet.* Non dicit actorem esse, sed actoris partes obtinere. Exemplum ergo erit secundum Glos. quando reus possidet: & excipit contra actorem qui dominium probauit: Etenim hoc in casu actoris partes obtinet, quia suam probare tenetur exceptionem. l. 1. de except. Exemplum est in exceptione rei iudicatæ opposita vendicationi, l. In exceptionib. §. vltim. & probat. & in alijs exceptionibus. de quibus in l. Verius eod. titul. l. Eum qui. eo. tit. l. Siue possidetis. C. eod. & in alijs quæ latiùs in Pandectarum libris habentur. Vnus autem casus est non plures, & in hoc consistit, vt is qui possidet, nihilominus actoris partes sustineat, quatenus suscipit in se onus probandi exceptionem oppositam, alioqui succumberet nisi suam probaret exceptionem, l. 1 de except. Regulariter reus qui possidet, non tenetur probare, §. commodum. Instit. de interdict. l. 1 §. Interdictum. ff. Vti possid. vbi vides Vlpianum dicere, actionem nunquam dari *vltrò* possessori. Quod verbum *vltrò* non est in §. æquè, quia non loquitur de *vltrò* agente, id est; de ipso qui sponte & non inuitus actionem mouet: sed loquitur de eo, qui obtinet partes actoris, & ita sensit hic Glos. Vel si de ipso actore exemplum velis, non displicet quod est in l. Officium. de rei vend. Vbi dominus rei & possessor vendicat rem suam à depositario, commodatario, & similibus, qui habent rei restituendæ facultatem.

CAPVT LXXXVI.

Conclusiones ex Bartoli combinationibus ad l. Naturaliter. §. Nihil commune, de acquir. poss.

SI actor intentat petitorium, & posteà transeat ad possessorium retinendæ, & reus fateatur ipsum actorem possidere, debet absolui ab obseruatione iudicij petitorij

Comm. eſt: Ripa nu. 119. Probat ex §. vlt. Inſtit. de perpet. & tempor. act. & quia implicat repugnantiam, quòd actor poſſideat, & poſſit exercere petitorium, §. æquè, Inſtit. de actio. Sed intellige cum Socin. Iuniore num. 208. quando agitur de vna & eadem poſſeſſione, tam in petitorio, quàm in poſſeſſione, diuerſa, vt puta ſi actor ciuiliter poſſideret, reus autem naturaliter

2 Confeſſio facta in iudicio poſſeſſorio probat in petitorio inter eaſdem perſonas: eſt com. Ripa num. 120.

3 Nemo poteſt ſe fundare in confeſſione aduerſarij, quam impugnauit Ripa nu. 121. & probatur in c. ex eo, de reg. iur. nu. 6.

4 Actor di cens contraria, repell tur l. 1. C. de fur. fallit quando reus negauit vnum ex contrariis. Ripa nu. 125. Probatur ex doctrina Bal. in l. Si quis teſtib. C. de teſtib. vbi poteſt quis aduerſari ſuæ confeſſioni iam factæ quando aduerſarius eam impugnauit. & ex aliis de quibus ibi per Ripam.

5 Agens petitorio, videtur renunciare poſſeſſioni quam habet: & per conſequens poſſeſſorio, quando ſcit ſe poſſidere: ſecùs ſi ignoret. Comm. eſt. Ripa num. 126. Probatur, quia ſupponitur vna tantùm poſſeſſio, nec diſtinguitur inter ciuilem & naturalem; Ideo ſi petitorio agam, dico aduerſarium meum poſſidere non me, per conſequens renuncio poſſeſſorio: facit l. De pup. §. Meminiſſe, de oper. no. nunc.

6 Obliuione perditur poſſeſſio rei immobilis, Gloſſ. in l. Si id quod. ff. de acq. poſſ. Non autem mobilis. l. 3. §. Nerua, eod. tit.

7 Statur declarationi libellantis, pro qua poſſeſſione intentauerit petitorium, & pro qua poſſeſſorium, l. Inter ſtipulantem. §. Si Stichum, de verbor. obligat. l. Si quis intentione. de iudic.

8 Hanc tamen declarationem ad hæredes non tranſmittunt. l. Pomponius ſcribit ſi frumentum. §. vlt. de rei vend. l. Inter ſtipulantem. §. 1. de verb. oblig.

9 Petitorium & poſſeſſorium adipiſcendæ poſſunt cumulari, niſi ſit concluſum in cauſa petitorij, cap. Paſtoralis, de cauſa poſſeſſ. & propriet. vel ſimus in caſu l. vltimæ, C. de codicill.

10 Petitorium & poſſeſſorium recuperandæ cumulari poſſunt. l. Cùm fundum. §. vlt. ff. de vi & vi armat.

11 Petitorium proponens poteſt illud ſuſpēdere, & proponere poſſeſſorem recuperandæ: & hoc in odium ſpoliatoris. Clem. 1. de cauſa poſſ. & propriet.

12 Qui propoſuit petitorium & poſſeſſorium ſimul, ſi victus in poſſeſſorio recuperandæ, tunc victus et iam in petitorio: licet non probet ſe dominum, quia onus probandi pertinet ad aduerſarium l. Liberis. §. vlt. ff. de lib. cauſ. l. Vis e. ius, C. de proba.

13 Petitorium & poſſeſſorium retinendæ poſſunt cumulari pro iuribus incorporalibus. §. æquè, Inſtit. de actione.

14 Petitorium & poſſeſſorium retinendæ pro rebus corporalibus non poſſunt cumulari reſpectu eiuſdem poſſeſſionis quam tempore moto petitorij habebat actor, & ſciebat ſe habere: & hoc propter proprietatem, l. 1. C. de fur.

15 Nullum poſſeſſorium habens admixtam cauſam proprietatis, poteſt cumulari cum petitorio, obſtante regula l. Fundum, & l. Fundi. ff. de except.

16 Poſſeſſorium retinendæ datur ei, qui liti conteſtatæ tempore poſſidebat, l. 1. ff. Vtrubi. §. Sed hodie, Inſt. de interd.

17 Poſſeſſorium recuperandæ facit ſilere petitorium prius ab altero intentatum, propter priuilegium ſpoliati, vt ante omnia reſtituatur, iuxta c. 1. de reſtit. ſpol. & l. Si quis ad ſe fundum. C. ad l. Iul. de vi pub. l. 1. C. ſi per vim vel alio modo.

18 Niſi ſpolium factum fuerit lite pendente ſuper petitorio: tunc enim ſuper vtroque procedi poteſt, arg. l. Si cōſtiterit. C. fin. regun.

19 Niſi ſpoliatus petat reuocari per modum attentati id, quod eſt factum lite pendente: tunc enim reuocari debet ante omnia: c. pen. & fin. vt lit. pend.

20 Fallit etiam ſupradicta concluſio, quando poſſeſſorium proponitur reſpectu diuerſæ poſſeſſionis, arg. cap. cùm dilectorum, de ordin. cognit.

21 Fallit etiam quando reus intentat poſſeſſorium recuperandæ poſt litem conteſtatam in petitorio: quia tunc proceditur ſuper vtroque. Nam exceptio ſpolij debet proponi ante litem conteſtatam, cùm ſit dilatoria, l. fin. C. de except. l. expoſitionem. C. de probationibus.

22 Sed communiter reprobatur per text. in Clem. 1. de cauſa poſſeſ. & propriet.

23 Poſſeſſorium, adipiſcendæ propoſitum à reo, non concurrit cum petitorio propoſito ab actore, niſi fiat reſpectu diuerſæ poſſeſſ. quia dū reus proponit poſſeſſorium adipiſcendæ, negat ſe poſſidere: ergo non poteſt conueniri petitorio, l. fin. de rei vend.

24 Cùm vtraque pars proponit petitorium & poſſeſſorium, non poteſt procedi ſuper vtroque, ſed prius de poſſeſſorio cognoſcendum, l. Incerti. C. de interdict. l. 1. §. quoties. ff. vti poſſid.

25 Proceſſus valet parte non opponente, in caſibus in quibus cumulatur petitorium & poſſeſſorium contra iuris diſpoſitionem,

cum

cùm dilectus, de ord. cog. l. Si emancip. §. de euictione.

26 Niſi cumuletur in caſibus in quibus vnius electione, alterum ipſo iure tollitur, iuxta l. vlt. C. de codi.

27 Niſi obſtet regula contrarietatis: quia iudex poteſt recipere libellum ex officio continentem cōtraria; ſecundum Glo. in l. 1. de off. aſſeſſ. c. examinata, de iud.

28 Si tamen iudex non reiiciat, & actor vnũ tantum ex contrariis proſequatur, valebit proceſſus, argum. l. 1. §. quod autem. ff. quorum legatorum.

29 Coram delegato tamen proceſſus erit nullus, ſi cumuletur petitorium & poſſeſſorium, cùm ei mandatum eſſet, vt priùs de poſſeſſorio cognoſceret, quia forma mandati non ſeruata actus eſt nullus; l. Diligenter. Mand. c. cùm dilecta. de reſcript.

30 Acta facta in vno iudicio non probant in alio, inter eaſdem partes, niſi producantur, l. Cùm anteà §. vlt. C. de arbitr.

31 Litis conteſtatio in poſſeſſoriis interdictis eſt neceſſaria; c. 2. vt lite non conteſt.

32 Niſi agatur contra incertam perſonã, quia tunc non eſt, cum quo lis poſſit conteſtari, l. fin. C. de edict. D. Adr. tollen.

33 Niſi periculum ſit in mora; arg. l. De pupillo. §. Si quis riuos, de ope. nou. nunc.

34 Niſi cauſa ſit coram delegato ad certum tempus, ne ſit in facultate rei, eludere iudicium, c. conſultationibus, de off. deleg.

35 Niſi agatur per viam attentatorum lite pendente, glo. in Clem. 2. Vt lite pend.

36 Niſi agatur de reuocanda poſſeſſione data à iudice, iuris ordine non ſeruato. Nam quæ de facto fiunt, debent de facto reuocari; ſecundum Gloſ. in l. Minor. de euict. Felyn. in cap. qualiter & quando ib primo de accuſat.

37 Niſi ſit Epiſcopus, in cuius manibus beneficium ſit reſignatum. Poteſt enim abſque iuris ordine poſſeſſionem auferre renuncianti, vt per Innocent. in cap. 3. in fin. de reſtitut. ſpol.

38 Niſi agatur de ſpolio notorio; quoniam in notoriis, ordo eſt, ordinem iuris non ſeruare, c. Ad noſtram, de iureiur.

39 Poteſt tamen contra actorem perueniri ad definitiuam ſententiam abſque litis conteſtatione. Authen. qui ſemel. C. quomodo & quando iudex.

40 In cauſa tamen appellationis, altera parte contumace, valet, abſq; litis conteſt. in prima inſtantia, c. per tuas, de appell. l. vlt. §. Illud. C. de temp. appel. aliàs eſt neceſſaria litis conteſtatio, etiam in cauſa appoſitionis, l. Vnic. C. ne liceat tertiò prouo.

41 Petitorium & poſſeſſorium vna ſententia terminari debet, cap. cùm dilectus, de cauſa poſſeſſ. & propriet. cap. cùm dilectus, de ord. cogn.

42 Iure ciuili, ſecus. l. non idcirco, de iud. Glo. in c. 2. de cauſa poſſeſ. & propriet.

43 Iure canonico, vt dictum eſt, ſimul expedienda, etiam quando tractata ſunt per modum conuentionis & reconuentionis, c. 1. & 2. de mutuis petition.

44 Sed in ſummariis, in quibus lis non conteſtatur, non eſt locus reconuentioni: Bartol. in l. Sed & hæ. §. Non ſolùm, de procur. Marian. Soc. in d. c. 2. de mutui pet. quæſt. 6.

CAPVT LXXXVII.

Ad tit. de in ius vocando, quædam controuerſia.

Rectè Cuiac. lib. 10. obſeruat. c. 10. notat olim ex lege 12. tabul. permiſſam fuiſſe in ius vocationem vt adhibita: ex illis verbis: *Si in ius vocat, ni eat, manus iniicito*: quam partem leg. 12. tabul. Feſtus nobis reſtituit in verbo *ſtruere*. Sed non rectè (aut ego fallor) ſubiecit, hodie edicto locum non eſſe, quo Prætor vetat parentes & patronos in ius vocari ſine permiſſu prætoris; quoniam iam ſublata ſit, & abolita poteſtas illa, inuitum in ius ducendi, quia hodie non ducuntur, qui in ius vocantur: perſonas, quæ ſine veniæ petitione & impetratione olim vocari non poterant, vt in ius vocemus, nihil hodie, inquit, nos indigere petitione veniæ: quaſi ſublata cauſa, & illud, quod cauſæ illi conſequens eſt, tolli neceſſe ſit. Neque enim ea in ius vocatione, qua vtimur, reuerentia, vel pietas perſonis ſine venia non vocandis debita læditur; violenta manus iniectione ceſſante.

Non rectè, vt dicebam: primò, quia repugnat edictum Prætoris, de quo fit mentio in tit. De in ius vocand. & omnes ferè leges illius tituli, quæ apertè vetant perſonas, quibus debetur reuerentia in ius vocari, ſine venia Prætoris.

Secundò, quia nulla fit mentio in toto illo titulo, de iſta violenta manus iniectione priuatim exerceri ſolita, nec ob eam cauſam edictum Prætoris emanauit.

Tertiò, quia facilè potuiſſent Compilatores iur. & Iuſtin. ſeparare ſimplicem in ius vocationem a violenta manuum iniectione, illamque permittere, hanc autem in his perſonis prohibere, ſicut factum legimus in l. Plerique, cum ll. ſeq. de in ius vocando.

Quartò, quia viget adhuc edictum illud, etiam in parentib. & patronis. In ius vocari vetant, &c. vt patet ex l. 1. & 2. eod. tit. nulla tamen fit mentio iniectionis huius violentæ. Ex quibus inferri videtur poteſtatem illam veteris legis 12. tabul. tempore Iuſtiniani fuiſ-

se obliteratam: Viguisse autem edictum de non vocandis in ius sine venia parentibus, patronis, & aliis.

At non læditur reuerentia his personis debita, sola in ius vocatione. Imò læditur, & nisi læderetur, id non esset edicto prohibitum. Si sola manus iniectio violenta tolleret istam reuerentiam, facilè potuisset Imperator illam moderari, fauore personarum, quibus reuerentia debetur, & in ius vocationem solam permittere absque venia. Sic moderatam esse videmus fauore harum personarum, qualitatem fideiussorum in d. l. 2. ff. in ius vocati, vt eant, &c.

CAPVT LXXXVIII.

Nouerca, an possit in ius absque venia vocari?

ALtera est controuersia circa Nouercam, an possit in ius vocari absque venia. Multi enim affirmârunt vocari non posse; quia generaliter vocari prohibentur in ius omnes personæ, quibus reuerentia debetur, l. Generaliter, de in ius vocand. Nouercæ autem debetur reuerentia, quia loco matris est, §. Socrum. in Inst. de nupt. Huc accedat text. in l. 1. C. eodem titulo, vbi reuerentia quæ debetur marito, debetur etiam vxori: Et hanc sententiam communiorem esse scribit Curt. iun. in l. 1. C. de in ius vocan. & veriorem esse scribit Osascus decis. 50. n. 5.

Cæterùm contrariam sententiam multi sunt secuti, quos refert & sequitur, dicens magis communem esse sententiam Alciatus, in d. l. 1. nu. 11. & Osascus d. dec. 30. sub nu. 2. Horum fundamentum est in l. De his. C. de furtis. Vbi datur actio famosa contra Nouercam. Et quia nulla est lex prohibens huiusmodi vocationem Nouercæ. Huc accedat odium Nouercæ, & iniuria quam filiis irrogare solet & damna. l. 4. ff. de inoff. testamen. Clement. Pastor. Verùm, quia & ibi Glo. in vers. Nouerca, de re iud.

Sed nullum argumentum hoc mihi magis persuadere potuit, quàm illud quod mihi dicebat iuuenis ad omnem virtutem & gloriam natus, Melchiorocius Meliorat. Burgensis, Auditor meus, ex l. 1. §. vlt. de postul. vbi recensentur omnes, quæ sunt comprehensæ in edicto Prætoris de in ius vocando, & post eas adiicitur Nouerca. Ex quo manifestè liquet, Nouercam inter eas personas non commemorari. Si enim edictum illud ad Nouercam extenderetur, non erat opus, vt ab aliis personis ibidem nominatis Nouerca separaretur. Fateor reuerentiam deberi Nouercæ & vxori patroni, vt in l. 1. C. de in ius vocan. & in §. Socrum, Institut. de nupt. Sed nego eam reuerentiam deberi, quæ personis debetur nominatis in edicto, vel Iurisconsultorum Interpretatione comprehensis: Dum enim nullam de Nouerca mentionem fecêre, argumentum nobis præstant, eam edicto minimè contineri. Quæ enim difficultas erat, si ea fuisset eorum mens vt comprehenderetur, id exprimere? ita mecum discurrebat iuuenis nobilissimus: & hæc sententia etiam nunc mihi maximè probatur, ex not. per Gl. in d. l. Generaliter, de in ius vocan.

CAPVT LXXXIX.

De vasallo, an possit in ius vocare dominum sine venia?

VAsallum non posse in ius vocare dominum sine venia, multi, nec obscuri omnis authores tradiderunt: Specul. titul. de feud. § Quoniam, num. 43. vers. 17. quæritur. Iason post Alexand. in l. Generaliter, de in ius vocan. & ibidem Zasius nu. 2. Mynsing. §. Pœnales, n. 40 Institut. de actio. Hartmannus Hartmanni lib. 2. observ. pract. tit. de feudis §. 45. vbi refert in Camera Imperiali secundum hanc opinionem iudicatum. Fundamentum est, quia vasallus æquiparatur liberto: Fuerat. in loco, à liberto ad vasallum: sed libertus in ius vocare non potest patronum sine venia. l. 4. l. 8. de in ius vocan.

Sed contrariam sententiam habuerunt Glo. in c. 2. ver. salua reuerentia, de milite vasallo qui contumax est. Angel. in d. §. Pœnales. nu. 8. & ibidem Faber, nu. 2 Iason, nu. 72. Platea num. 157. Zasius n. 36. Iacobin. tracta de Harmagiis. num. 26. vbi hanc esse communiorem testatur. Bursat. consil. 99. num. 20. Fuerat. in loco à liberto ad vasall. nu. 5. Alexand. in d. l. Generaliter, de in ius vocan. Clarus §. Feudum, q. 25. Mynsingerus Centuria 4. obseru. 92. Andr. Gaill. lib. de pignorib. obseruat. 15. num. 4. Pichard. in addit. ad commun. opin. Villalobus versi. Vasallus sine venia. Fundamentum est, quia nullo iure id cautum reperitur: nec iure communi, nec libris feudorum. Alciat. distinguit in l. 1. nu. 3. C. de in ius vocan. veniæ petitionem esse necessariam si de feudo agatur, aliàs secus. Ego puto non esse necessariam veniæ petitionem.

Primò, quia in titulo de in ius vocan. nulla fit mentio vasalli.

Secundò, quia nulla etiam fit mentio in libris feudorum.

Tertiò, quia in libris feudorum traditur modus & forma agendi, & nulla fit mentio huiusmodi veniæ.

Postremò, quia vt mihi dicebat perillustris adolescens D. Christophorus Archintus Medio-

Mediolanensis, Auditor meus, cuius ingenium summopere probo, non videtur esse bona æquiparatio liberti & vasalli: Est enim libertus multò magis patrono obstrictus, a quo libertatem accepit, quæ inæstimabilis est, l. Libertus. de reg iur. quàm vasallus domino, a quo feudum accepit, vt ei fideliter seruiat. Imò & dominus vasallo reciproca fide tenetur, c. 1. §. vlt. de forma fidelit. quod de liberto & patrono nullibi scriptum reperitur. Sic ille, vt mihi videtur, acutè & prudenter disserebat.

CAPVT XC.

Ad l. Centurio. de vulgari, & pupillari: circa verba illa, cum fructibus inuentis in hæreditate.

QVæritur quis sit sensus illorum verborum *cum fructibus inuentis in hæreditate:* an de fructibus intelligantur, qui erant in hæreditate testatoris, tempore mortis suæ, an verò de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis filij.

Duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ, vna, esse intelligendum de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis filij: Bart. hic in vlt. oppos Bald. in 4. oppo. & in 6. notab. Aretin. in 1. col. circa medium, vbi dicit esse communem sententiam. Soc. sen. num. 23. 24. Ripa nu. 38. Alciatus n. 43. Socin. iun. nu. 146. Aquili. nu 126.

Primò Bart. mouetur ex ratione, quia substitutus à milite, debet aliquid plus consequi ex priuilegio militum, quàm cæteri substituti: sed cæteri substituti per fideicom. non capiunt fructus ante moram perceptos, l. in fideicommissaria. ff. ad Trebellia. ergo substitutus iste eiusmodi fructus consequi debet. Respond. Socin. iunior, argumentum retorqueri posse, quia priuilegia sunt restringenda, non autem amplianda l. Quod verò. ff. de leg. cap. quæ à iure. de reg. iur. in 6. Ergo cùm substitutus militis aliqua priuilegia contra ius commune habeat, vt in d. l. Centurio, consequens est non esse amplianda huiusmodi priuilegia, sed potius restringenda.

Secundò mouetur Aretinus ne verba textus sint superflua contra l. Si quando, de leg 1 & cap. si Papa, de priuileg. in 6. Essent autem superflua, quia textus dicit, substitutum capere bona patris, sub quibus verbis comprehenduntur etiam fructus, l. Item veniunt. § Item non solùm, de petitione hæreditatis. Ergo dum loquitur postea de fructibus, debet intelligi de his fructibus, qui non erant in hæreditate patris, sed in hæreditate filij. Respondet Decius in l. In testam. numero 6. Cod. de milit. testamen. fructus huiusmodi peti sub nomine fructuum, licet sint vniti cum hæreditate patris, vt in d. l. Item veniunt, §. fructus. Non placet Socin. sen. nu. 13. d. l. Centurio, quia fructus sunt percepti in vita testatoris, non autem post mortem eius: quamobrem inter bona testatoris connumerantur, nec possunt peti suo nomine fructuum. Sed replicat Soc. iun. etiam fructus perceptos in vita testatoris, peti sub nomine fructuum nihil adducens, sed poterat allegare textum in l. quinta, C. de his quibus vt indignis.

Tertiò pro hac communi sententia Socin. sen. adducit hoc argumentum: Textus noster loquitur de fructibus vnuentis in hæreditate & dicit pertinere ad substitutum: Ergo à contrario sensu fructus consumpti non pertinebunt ad substitutum, sed istud falsum est in fructibus inuentis in hæreditate testatoris, quia licèt ab hærede consumpti sint, tamen tenetur eos restituere, l. Marcellus §. Res quæ ff. ad Trebellian. Ergo noster textus non potest intelligi de fructibus inuentis in hæreditate testatoris. Respondet Socin. iun. numer. 169. versic. ad tertium argumentum. à contrario sensu ita esse sumendum: fructus inuenti in hæreditate pertinent ad substitutum: Ergo fructus consumpti ab ipso testatore non pertinent ad ipsum substitutum Et licèt istud sit indubitatum, tamen non est absurdum, in argumento a contrario sensu, aliquid indubitatū contineri.

Quartò mouetur Iason. Fructus non præsumuntur conseruari vltra triennium, Gloss. in l. vnic. C. si aduers. vsucap. Ergo text. iste non potest intelligi de fructibus, qui erant in hæreditate tempore mortis patris, quia præsumuntur consumpti. Respondet Socin. iun. nu. 169. præsupponendum esse, etiam fructus extare. Addit Ripa, num 40. etiamsi consumpti forent, æstimationem tamen præstandam esse ab hærede, argumen. l. Mulier. §. sed enim. ff. ad Treb.

Vltimò mouetur Socinus iunior, numero 170. quia qualitas adiecta verbo, debet intelligi secundum tempus verbi, l. In delictis, §. si extraneus. ff. de noxalibus. Bartol. in l ex facto. ff. de vulgar. Ergo dum textus loquitur de fructibus, intelligitur secundum tempus verbi, quod est capiet. quo stante, substitutus capiet fructus inuent s tempore mortis filij: cùm ante mortem filij, substitutio locum habere non possit. Responderi potest substitutum capere fructus inuentos in hæreditate tempore mortis filij, sicut concludit argumentum

ſed non capere illos fructus, quos filius ante mortem percepit & in hæreditate reliquit, nam dicimus ſubſtitutum capere fructus repertos quidem tempore mortis filij, ſed illos fructus, quos pater ante mortem ſuam perceperat, & in ſua hæreditate reliquit: & hoc probatur ex verbis textus quatenus dixit, ſubſtitutum capere bona patris duntaxat, nam certum eſt, hæc eſſe bona quæ tempore mortis filij reperiuntur, & erant in hæreditate patris, tempore quo mortuus eſt, ſic igitur idem de fructibus eſt intelligendum.

Contrariam ſententiam ſecuti fuêre Angel. in d. l. Centurio, col. 2. Caſtr. nu. 6. Alex. nu. 39. Dec. in l. In teſta. n. 16. & ibid. Iaſ. n. 13. C. de mil. teſtam.

Fundamentum eſt primò, quia fructus quos hæres percipit, qui reſtituere grauatus eſt, non pertinent ad ſubſtitutum, ſed ad hæredem grauatum, interim donec veniat dies reſtitutionis, l. Ita tamen. §. 1. & l. ſi poſtulatione. §. vlt. & l. In fideicommiſſaria. ff. ad Trebellian. Reſpondet Ripa. num. 40. & Soc. iun. numero 166. deterioris eſſe conditionis filium grauatum, quia datus eſt ei ſubſtitutus directò. Hinc eſt quod nec Trebellianicam detrahit, licèt per fideicommiſſum grauatus regulariter detrahere poſſit, l. iubemus. C. ad Trebellian. & talis hæres grauatus per fideicommiſſum, remanet hæres, l. 1. ad Trebellian. at iſte deſinit hæres eſſe.

Secundò, quia ſi textus intelligatur de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis filij, ſubſtitutus non haberet fructus inuentos in hæreditate teſtatoris: quia hæreditas adita deſinit eſſe hæreditas, & efficitur patrimonium hæredis. l. Sed ſi pluries. §. Filio. de vulgar. Reſpondet Sociu. iun. n. 167. hæreditatem aditam retinere nomen ſuum, quando alteri eſt reſtituenda, l. 1. ad Trebell. Sed hic eſt reſtituenda ſubſtituto, ergo.

Tertium argumentum ex Deci. in l. Ex teſtamento, num. 2. Vbicunque verba poſſunt referri ad teſtatorem, & ad hæredem, in dubio potiùs referenda ſunt ad teſtatorem quàm ad hæredem, l. Cùm in teſtamento, vbi Bartol. hoc notat, de aur. & argent. leg. ſed verba textus poſſunt referri tam ad teſtatorem, quàm ad filium hæredem, ergo, &c. Reſpondet Socin. iun. numer. 168. illam regulam locum habere, quando verſamur in verbis teſtatoris: ſed in caſu noſtro non ſunt verba teſtatoris, ſed legis. Contrà replicat Ripa. nu. 40. etiam verba legis in dubio referenda eſſe potiùs ad teſtatorem, quàm ad hæredem: adducit text. in l. Filiusfamilias. §. diui, de legat. 1. vbi verbum, creditoribus, poſitum in illa lege refertur ad creditores, ſed tamen reſponſio Socini videtur defendi poſſe, quia text. in d. §. Diui, in verb. *Creditoribus*, intelligendus fuit neceſſariò ſecundùm ſubiectam materiam, quòd autem verba legis referenda ſint potiùs ad teſtatorem, quàm ad hæredem, nullus adeſt textus.

Vltimum argumentum colligitur ex Aret. in 2. col. hoc eſſe priuilegium militum in teſtamentis, vt poſſint directò ſubſtituere hæredibus ſuis in bonis, quæ ex teſtamento hæredes ſunt conſecuti, ita text. in l. 5. ff. de mil. teſt. ſed fructus, quos filius hæres percepit, & reliquit in hæreditate, non eſt conſecutus ex teſtamento patris: Ergo, quòd non ſit conſecutus, manifeſtum eſt, quia ex teſtamento patris conſecutus eſt quidem hæreditatem: at fructus iure ſuo percepit tanquam hæres. Reſpon. Socin. iun. num. 168. ſatis poſſe dici filium fructus percepiſſe ex teſtamento patris, ſaltem mediatè, fuit enim in cauſa patris teſtamentũ, vt eos perciperet: & dictio, *ex*, aliquando ſignificat cauſam mediatam, l. 1. §. Ex incendio. ff. de incend. ruin. Bart. in l. non dubium. C. de legib.

Ego puto hanc poſtremam ſententiam veriſſimam eſſe.

Primò ex verbis tex. noſtri: nam dicit ſubſtitutum capere bona patris ſolùm, ſed iſti fructus inuenti in hæreditate tempore mortis patris, ſunt bona patris: Ergo iſtos fructus capere intelligitur ſubſtitutus.

Secundò tex noſter dicit, hunc ſubſtitutum non poſſe capere bona filij, ſed patris tantùm, ſed fructus inuenti in hæreditate tempore mortis filij, quos ipſe filius percepit, ſunt bona filij, non patris: ergo. Quòd iſti fructus ſint bona filij, probo, quia filius in text. noſtro eſt hæres patris, hæres autem poſt aditam hæreditatem facit fructus ſuos, tex. in l. Item veniunt. §. Fructus. ff. de pet. hær.

Tertiò moueor, quia ſubſtitutus capit bona patris cum fructibus inuentis in hæreditate ex priuilegio militum, ſed militum priuilegium non debet alicui præiudicium inferre, l. Impuberi, ff. de admi. tut. Sed ſi textus noſter intelligeretur de fructibus quos filius percepit, & in hæreditate reliquit, priuilegium militis inferret alteri præiudicium: ergo. Probatur, quia ſubſtitutus haberet tales fructus in præiudicium hæredum legitimorum filij.

Quartò & vltimò, quia verba legis ita ſunt interpretanda, vt interpretatio non mereatur reprehenſionem, l. Seruius Ariſtus. ff. de leg. præſt. ſed ſi tex. intelligeretur de fructibus quos filius percepit, & in hæreditate reliquit, hæc interpretatio digna eſſet reprehenſione. Ergo: quòd illa interpretatio digna ſit reprehenſione, probatur: primò quia iure permiſſum non eſt patri hæredem dare filio ſuo puberi: cùm ipſe teſtari poſſit, & hæredem ſibi inſtituere: ſed ſtante iſta interpretatione, pater

ſeudi tex.

dediſſet hæredem directum, non fideicommiſſarium, filio ſuo puberi: Ergo ſecundò ſi pater dediſſet hæredem filio ſuo puberi, hæredem ſolum in fructibus à filio ſuo perceptis, & filius alium hæredem haberet ab inteſtato, in cæteris ſuis bonis; quod videtur abſurdum: tertiò & vltimò, quaſi I.C. voluiſſet loqui de fructibus inuentis in hæreditate tempore filii, & quòd fructus percepti pertinerent ad ſubſtitutum, non dixiſſet capere ſubſtitutum bona patris ſolùm, ſed adiecißet exceptionem iſtam fructuum, id eſt, fructuum perceptorum à filio, non autem dixiſſet ſimpliciter, cum fructibus inuentis in hæreditate: quia fructus, quos filius hæres percepit ex rebus hæreditariis, vt aliàs probaui, adducendo textum l. 2. C. de his quib. indignis.

CAPVT XCI.

Iudæus, an poſſit moram purgare?

CVm Iudæi vtantur iure ciuili Romanorum, l. Iudæi, C. de Iudæis, & iure communi liceat purgare moram, iuxta l. Si Inſulam, de verb. obl. cum aliis ſimilibus, rectè mihi videntur docuiſſe, qui Iudæis moræ purgationem concedunt: Alciat. Paretgo. lib. 2. c. 11. Crot. & Rip. d. l. Si Inſulam. Nec obſtat reſpõſio Campegii de dote, parte vlt. qu. vlt. & Feracii in ſua caut. 24. id eſſe intelligendum, quantum ad ordinem iudiciorum; ſecus autem in iis quæ reſpiciunt deciſionem cauſæ. Quia text. in d. l. Iudæi loquitur generaliter & indiſtinctè de omni iure, ergo ſtandum eſt illi, niſi qui caſus excipiuntur aliis legibus, inter quos non eſt iſte. His accedit, quòd Iudæus poteſt præſcribere, Gloſſ. in c. Porro. 16. q. 3. in l. Si fur. §. 1. ver. vſucapere, de vſuris. Iaſ. in rubr. de iuſt. & iure, col. 2. Grau. conſ. 73. n. 27.

Crebrior tamen videtur contraria opinio Doct. in d. l. Si inſulam. ſed certè nullum habet ſolidum fundamentum. Nam Gloſſ. in c. 2. de Iudæis in ver. Seueritate. qua ſola nititur, nihil aliud dicit, niſi iuris rigorem, & ſeueritatem ſeruandam eſſe Iudæis: ex hoc inferunt moræ purgationem eis eſſe denegandam, quia fundatur in æquitate. Omitto Felyni reſp. in d. c. 2. & dico Gloſſ. illam eſſe intelligendam ſecundum text. in d. c. 2. vbi ſeueritas in hoc conſiſtit, vt Iudæus non poſſit habere Chriſtianum in mancipium: in aſcriptitium autem habere poteſt. Sed non poteſt ad alium transferre locum, vel ad aliud obſequium retinere. Ipſe enim ſibi imputet, qui ius colonarium, & ius dominii ſibi iuris ſeueritate damnau t. Hæc ſunt verba text. ſecundum quæ Gloſſ. illa eſt intelligenda, vt numerum ratiocinando dicebat Nobiliſſimus iuuenis Auditor meus Ioannes Ceulus Piſanus; cuius ingenii acumen, & morum probitatem ſæpè admirari ſoleo: atque ita ſentio.

CAPVT XCII.

Sententia delegati iniuſta, an tranſeat in rem iudicatam?

SEntentia contra ius litigatoris lata, habet authoritatem rei iudicatæ, ſi non fuerit appellatione ſuſpenſa, l. 1. ff. quæ ſentent. ſine appellat. l. 2. C. quando prouoc. non eſt neceſſe: licèt in integrum reſtitutio detur à Principe, l. Diui fratres, de pœn. l. 1. §. vlt. de quæſt. Hoſti. & Abb. in c. 2. de purg. vulgar. Deciſ. in c. Propoſuiſti, num. 14. de probat. Oddus de reſtit. part. 2. quæſt. 79. artic. 2. Sed quæritur an idem ſit in ſententia delegati? Mouet, quòd huiuſmodi ſententiam delegati iniuſtam, eſſe nullam dicebat olim D. Otto Cardinalis Portuenſis in cap. vlt. de præben. Quia non eſt ſeruata forma mandati, l. Diligenter. ff. Mand. c. Cùm dilecta, de reſcript. Forma enim mandati eſt, vt iuſtitiam faciat. Sic & ſententia arbitri eſt nulla, ſi lata ſit contra ius litigatoris, quando compromiſſum factum fuit in eum, vt pronunciaret ſecundum ius, Bartol. in l. Diem proferre, §. Stati, de arbitr. quoniam arbitri poteſtas pendet ex compromiſſo. l. Non diſtinguemus. §. Nunc de officio. de arbitr. Sed reſponderi poteſt, idem eſſe in iudicibus ordinariis: nam & iis mandatum eſt à lege, vt iuſtitiam faciant, §. 1. Inſtit. de offic. iud. Et ad doctrinam Bart. in d §. Stati, quæ communis eſt, teſte Ripa in l. Qui Romæ. §. duo fratres. n. 8. de verbor. oblig. reſponderi poteſt, in ſentẽtia arbitrationem eſſe, quia ſtandum eſt eius ſententiæ, licèt iniqua ſit, d. §. Stati. Ergo dum exprimitur in compromiſſo, vt ſecundum ius pronunciet, non exprimitur id, quod tacitè inerat: ſicut in iudice, cui tacitè intelligitur mandatum, vt iuſtè iudicet: meritò illius expreſſio nihil operatur, l. 3. de legib. Contraria igitur ſententia verior & communior, vt per Iaſonem in d. §. duo fratres, in 2. notab. & per Canoniſt. in c. vlt. de præben. Et præterea quæ iſti adducunt, hęc ſententia probatur: quia à ſententia iudicis delegati neceſſe eſt appellare, l. 1. ff. à quibus appell. non licet. l. 1. ff. qui & à quib. appell. at ſi eſſet nulla, non eſſet opus appellare: quod argumentum tollit omnem difficultatem.

His accedit Innocent. doctrina in cap. Prudentiam. de offic. deleg. & in c. Cùm ad ſedem, de reſtitut. ſtipulat. Et quia reſcriptum Principis delegatorium, ſicut alia reſcripta recipit interpretationem ex iure communi. l. Si quan-

do. C. de inoff. test. l. Rescripta. Co. si contra ius. Ergo intelligitur, vt delegatus debeat iustè iudicare. Cæterùm si iniquè iudicauerit, nihilominus sententia vim obtinebit rei iudicatæ, si lata sit cōtra ius litigatoris, quia sic iure communi est constitutum, vt suprà dixi.

CAPVT XCIII.

Promittens parere arbitri sententiæ sub pœna, si petat reductionem ad arbitrium boni viri, & iniustè succumbat, an teneatur soluere pœnam?

TEneri hunc pœnam soluere docet Bartol. in l. Qui Romæ. §. duo fratres. in 1. opp. de verb. oblig. & ibid. Cuman. Salic. & alii, quos citat Ias. ibid. n. 15.

Primò ex d. §. duo fratres. Sed leue est argumentum; quia non constat, an ibi fuerit malè iudicatum, ob varias interpretationes Doctorum.

Secundò ex l. Et ex diuerso §. 1. de rei vendic. Sed resp. Angelus in l. Tres fratres, ad fin. de pact. s. loqui de sententia, quæ profertur in eadem instantia: sed hic opus est alia instantia, in qua pœna petatur. Malè, quia repugnat ibi Gloss. in verb. *errore*, & ibi etiam Bart. Aliter respondit Aret. in d. §. duo fratres. videlicet textū illum locum non habere in accessorio, quod absque culpa committi non potest, veluti est pœna. Non videtur autem in culpa esse, qui iniustè succubuit.

Tertiò ex l. Deferente. ff. quibus modis pig. vel hypothec. solui. Sed resp. ex mente Socini iunior. in d. §. duo fratres. ibi agi de pignore, quod sine obligatione principali consistere non potest. At pœna compromisso adiecta potest consistere sine principali: nam potest arbitri sententia locum habere, licèt pœna non soluatur.

Quartò, quia ista exceptio impugnat sententiam contra l. Peremptorias. C. sen. rescin. non posse. Respondet Angelus, & Aret. non venire contra sententiam directè, quia in sententia arbitri nihil dicitur de pœna. Cùm ergo agatur ad rem diuersam sententia non licet, l. Cùm quæritur. de except. rei iud.

Contrariam sententiam secutus est Aret. & Angel. in d. §. duo fratres.

Primò, quia iusta causa excusat à dolo. l. igitur. §. Potest. de liber. caus. Et ab expensis, l. qui solidum. §. Etiam. de leg. 2. Ergo & a pœna compromissi. l. De rebus. cum Gloss. de arbitr. Resp. Ias. in dict. §. duo fratres, num. 19. illam iustam causam allegari non posse, quia iam de ea cognitum & pronunciatum est ab arbitrio, ergo rei iudicatæ stari oportet, l. 1. C. de re iudicata.

Secundò ex l. Quidam cùm filium, de verb. oblig. Omissa responsione Ias. & aliorum, placet responsio Soc. iunior. in d. §. Duo fratres. num. 47. illum textum non dicere filium agentem de inofficioso testamento victum fuisse iniustè.

Tertiò, quia ista exceptio non impugnat sententiam, ergo admittenda, l. Nesennius. §. vlt. de re iud. Glo. & Bart. in l. 1. C. de iur. & facti ign. Sed hoc negari potest.

Tertia est opinio Bartol. in d. §. Duo fratres, quam dicit esse communem Ias. ibi num. 16. Aut iudex reductionis confirmauit laudum causa expressa, quia æquum esset: tunc si agatur ad pœnam, non obstabit exceptio, quòd sententia sit iniusta, aut confirmauit, quia iniustitia laudi non fuit probata, tunc obstat exceptio iniustitiæ, petenti pœnam: aut nulla causa expressa est in sententia, & tunc præsumitur lata ex defectu probationis. l. Iulianus. de cond. indeb. Bart. in l. 2. §. 1. n. 3. de vi bon. raptor. & ideò victus probare poterit iniustitiam sententiæ ad euitandam pœnam. Non placet: quia si in sententia exprimatur causa falsa, non valet. Bart. in l. 1. Co. de errore calculi. Vantius de Nullis tit. de nullit. ex defectu process. n. 129. Nec potest sententia retractari ex nouis probationibus. l. sub specie. Cod. de re iud. nisi lata sit ex probationibus priuilegiatis, iuxta l. admonendi. de iureiur.

Quarta est sententia Bald. in l. Eos qui. §. Apost. Co. de appell. Aut fuit compromissum in arbitrum ex necessitate statuti, & tunc pœna non est commissa: aut voluntariè, & tunc commissum esse: quia succurritur facienti ex necessitate, l. si defensor. §. si necessaria, ff. qui satisd. cogant.

Mihi magis placet eorum opinio, qui docent pœnam esse commissam: quia quod est semel cognitum in vno iudicio, inter easdem partes, non potest in alio iudicio retractari. l. Quod in diem. §. 1. de compensat. Sed sic est in proposito, quia fuit cognitum de iustitia, & iniustitia sententiæ, vt patet: Non obstat, si dicatur tunc cognosci posse, quia agitur ad pœnam, & sic ad diuersum finem. Nihil refert. Nam qui petit reductionem, ideo petit, ne cogatur pœnam soluere, supposito iure communi quo cautum est, ex laudo non dari actionem, nisi fuerit emolog. l. 1. l. cùm antea. C. de arbitr.

CAPVT XCIV.

Ius patronatus an transeat in fideicommissarium?

TRes sunt Doctorum sententiæ hac de re. Prima, transire, ita Rom. in leg. si patroni. ff. ad

ff. ad Trebel. Ludou. Molina de Hispa. primog. li. 1 c. 14. num. 10. Primò, quia ius patronatus transit ad hæredem extraneum, Arct. in c. significauit, n. 1. de testib. Caualca. cons. 78. n. 8. Roland. con. 47. n. 6. & n. 36. lib. 1. Quæ autem ad hæredem extraneum transeunt, etiam ad fideicommissarium transeunt, vt notat Gloss. in d. l. Si patroni. Ripa in l. Centurio, nu. 55. de vulg. Secundò, quia ius patronatus transit cum vniuersitate, ex literis, de iure patronat.

Altera est opinio huic contraria, non transire. Ripa in d. l. Centurio, n. 56. Aret. in c. significauit, num. 6 de testib. Rubeus cons. 156. nu. 17. D. Decianus cons. 147. num. 5. lib. 3. & alii quos adducit Pereg. de fideicommiss. art. 6. nu. 37. Tiraquel. in tract. *Le mort saisit le vif.* part. 2. declar. 11. num 9. Fundamentum est, quia in fideicommissarium non transeunt ea, quæ non recipiunt æstimationem pecuniariam: veluti sunt iura sepulchrorum, l. quia proinde. ff. ad Trebel.

Tertia est opinio distinguentium, Aut prohibita est a testatore Trebellianicæ detractio, aut non. Primo casu ius patronatus transit in fideicommissarium: Secundo verò casu remanet apud hæredem grauatum, Guido Papæ decis. 507. n. 2. Addent. ad Alex. cons. 73. lib. 7. Lambert. de iure patronat. lib. 1. part. 2. artic. 35. 2. quæst. princ. n. 5. Ratio est, quia quando hæres detrahit Trebell. videtur defunctum repræsentare, & ideo tenetur pro rata act. subire, l. 2. C. ad Trebell.

Mihi verior videtur negantium sententia: quia ius patronatus transit in hæredem, & hoc est certum: quod autem transeat in fideicommissarium, nullo iure proditum est; Et licet omnia iura transeant in fideicommissarium facta restitutione re, vel verbo, l. 1. l. Facta ad Trebell. tamen non videtur cogendus hæres restituere ius patronatus, cum sit quid spirituale, c. 3. de iudic. & ideo non sit eius naturæ, cuius sunt cætera iura hæreditaria, quæ recipiunt æstimationem pecuniariam, & videtur simile iuri sepulchrorum, quod non transit in fideicommissarium.

Non obstat, quòd dicebatur transire ad hæredes extraneos, & transire cum vniuersitate, quia etiam ius sepulcrorum transit ad hæredes, non tamē ad fideicommissarium transit. Ideò rectè dicebat Decius in l. 1. recib. num. 22. C. de impub. argum. valere negatiuè, non autem affirmatiuè.

Non obstat, quòd si locus sit Trebellian. tunc hæres defuncti personam repræsentat, ideò ius patronatus retinet: quia id concedo: sed non rectè infertur, si non sit locus Trebellian. non retinet ius patronatus: Imò retinet ob rationes dictas, & in hoc casu repræsentat testatorem, quoad iura directa, quæ sunt inseparabilia. l. 3. pro socio. l. quis ergo casus, de pecul. Ripa in l. 1. n. 17. ad Trebellian.

CAPVT XCV.

Si duo sint hæredes patroni A, & B. & A, moriatur relictis quinque hæredibus, quorum duo præsentent vnum, simul cum B, alij verò tres præsentent alium, ad ius patronatus, vtrum vota sint æqualia.

SI plures sint hæredes habentes ius patronatus, vt puta A, & B, & A, moriatur relictis quinque hæredibus: quorum tres præsentent vnum, alij autem duo præsentent alium vnà cum B compatrono. Quæritur quis ex præsentatis præferatur? Et respondendum est, præferendum esse eum qui præsentatus est à compatrono B, & dictis duobus hæredibus A, sicut responderunt antiqui Doct. relati à Lambert. de iure patron. lib. 1. part. 1. art. 25. & 27. Nam in concernentibus ius priuatorum, semper fit coaceruatio respectu numeri personarum, vel respectu maioris iuris, l. Maiorem. ff. de pact. Angelus consi. 113. Feder. Senens. consi. 1. colum. vlt. Quamobrem maior pars hæredum, adhærendo voto alterius patroni, præponderare videtur ratione vnionis factæ, procedentis ab eodem stipite. Itaque iste sic præsentatus, in aliquo superare videtur præsentatum ab aliis tribus hæredibus.

Contrariam opinionem habuit ipse Lambertinus post Cardinalem, Imolam, Abbatem & Felyn. vbi suprà, qui tamen in his terminis non loquuntur. Et licet ipse Lambertinus, necnon Rochus de Curt. in tract. de iure patron. in §. vel is, in primis quæst. idem sentiat etiam in his terminis, quando scilicet, minor pars adhæret alteri compatrono: Mouentur tamē debili fundamento, nimirum ex regula l. Quod maior. ff. ad municip. & l. duo ex tribus. ff. de re iud. Quę quidem regula nō habet locum in his, quæ spectant ad plures, vt singulos, sed in his quæ spectant ad plures vt vniuersos, l. per fundum. ff. de seruit. rustic. præd. not. Bart. in d. l. quod maior. Abb. in c. cum omnes, nu. 5. de constit. Fran. decis. 2. num. 4. 5.

CAPVT XCVI.

Conciliatur l. si vnus. §. Pactus. de pactis, cum l. Stichum, §. Naturalis ff. de solut.

PApinianus. *Naturalis obligatio,* inquit, *vt pecunia numeratione, ita iusto pacto, vel iureiurando ipso iure tollitur.*

At contra Paulus: *Pactus ne peteret, postea*

contrario: vt peteret, prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure.

Respond. Irnerius. Papin. loqui, cùm naturalis & ciuilis simul iuncta est: Paulum verò, cùm naturalis sola est. Sic naturalis possessio sola difficilius tollitur, quàm si iuncta cum ciuili sit: vt declarat Castren. dict. §. Pact. colum. 5. Non placet, quia imò naturalis sola pacto tollitur, ipso iure. l. vltim. ff. de iureiur. Hippol. Rim. in d. §. Pact. num. 70. qui & aliter respondet, n. 74.

Alij dixerunt, quod dicitur naturalem tolli ipso iure, intelligendum est, id esse ope exceptionis, quod nihil aliud est, quàm exponere album pro nigro. Fortunius in dict. §. Pact. vult ibi naturalem, & ciuilem simul iunctam fuisse, & propterea pacto ipso iure non tolli: in §. Naturalis, tolli ipso iure; quia erat sola naturalis. Sed obstat d. l. vlt. de iureiuran. vt ipse quoque fatetur. Glo. in d. §. Pact. dicit obligationem naturalem non tolli ipso iure, quando tendit ad liberandum, vt in d. §. Pact. secus si ad obligandũ, vt in d. §. Naturalis. argumen. l. Arian. de act. & oblig. Non placet, quia Iurisconsul. in d. §. Pactus. alia vtitur ratione, vt considerat etiam ibi Ruin. num. 93. & 94. Azo dicebat pactum primum de non petendo, naturalem tollere, & elidere ciuilem, & obligate quem naturaliter, nõ petere, ideo secundum pactum de non petendo, de quo in d. §. Pactus. tollit naturalem, non autem tollit alios effectus pacti: sequuntur Castr. Ias. & Angel. & est communis: Riminal. iun. ibi. n. 100.

Sed obstat, quod tex. ponit vim in eo, quod in pactis factum versatur, non autem ius, quẽadmodum in stipulat. quæ ratio videtur habere locum etiam in d. §. Naturalis. Alij aliter respondent apud Ioan. Bologn. in d. §. pact. nu. 29. Rumin. iun. nu. 103. Fortun. col. 6. Mant. nu. 43. Zas. lib. 1. respon. c. 5. Coras. lib. 2. Miscell. c. 16. Bellon. lib. 2. supputat. c. 1. Aliter etiam respondet ipse Rimin. n. 102.

Breuiter, inter tot tamque varias opiniones dicam quod sentio. Difficultas in hoc versatur, quia §. Pactus. posterius pactum de petendo, non tollit ipso iure præcedens pactum de non petendo: quod tamen tollere deberet, si verum est, quòd naturalis obligatio tollatur ipso iure, per pactum, vt in d. §. Naturalis. Nam, ex pacto de non petendo, nihil aliud oritur quàm naturalis obli. l. 1. de pactis.

Dico igitur pro solutione esse animaduertendum, quod in §. Pactus naturalis obligatio semper est sublata per pactum, iuxta tex. in d. §. Naturalis. Hoc enim minimè negatur, in d. §. Pact. sed ibi pactum non operatur vt actio iam orta ex primo contractu, vel exceptio orta, & procreata ex primo pacto de non petendo fuerit sublata ipso iure, & ideo opus est exceptione ac replicatione: quem casum non attingit text. in d. §. Naturalis, sed simpliciter ibi dicitur pacto tolli naturalem obligationẽ, quod non negatur in d. §. Pactus. Aliud est igitur dicere, quòd naturalis obligatio tollatur ipso iure per pact. aliud verò quòd tollantur effectus iam in esse producti, videlicet actio & exceptio.

His confert conclusio illa communiter recepta, quod vbi effectus est iam in esse productus, non tollitur causa cessante, Bartol. in l. 1. § vlt. ff. de donat. ergo licèt naturalis obligatio sublata fuerit per pactum, iuxta d. §. Naturalis. opus est tamen exceptione ac replicatione, ad tollendam actionem & exceptionem, iam procreatas, iuxta §. Pact. Quib. ita positis nulla est dissensio inter Paulum, & Papinianum.

CAPVT XCVII.

Contumacia procuratoris in appellando, an noceat domino?

VArie loquuntur Doctores nostri in hoc articulo. Dicam aliqua non contemnenda, ex quibus nonnihil elucidabitur.

Primùm quidem, omnibus est obuia distinctio illa. Aut procurator est soluendo: aut non est soluendo, Primo casu, eius negligentia in appellando nocet domino: altero casu non nocet. Felin. in c. Quoad consultationem, n. 31. de re iudic. & in c. 1. nu. 6. vt lite non contestat. Lancellot. de attent. Tit. de attent. appell. pen. limit. 50. n. 80. 85. Afflict. decis. 314. Gaill. lib. 1. obser. 43. n. 6. & obser. 139. n. 9.

Sed hæc distinctio non procedit, quando procurator fuit verus contumax, & non comparuit, nec defendit dominum, tunc enim licebit domino appellare à die scientiæ. Ita Bart. in l. 1. §. vlt. ff. quando appell. sit. Ias. in l. 1. §. si procurator, num. 14. ff. si quis ius dicen. non obtemp. Vrsillus ad Afflict. d. decis. 344. Felyn. in d. c. 1. n. 6. vt lite non contest. Lancellot. vbi supra, num. 149. Probatur, in d. l. 1. §. vlt. vbi text. dicit domino absenti appellare licere à sententia, ex die quo scit latam fuisse, non autem ex die quo lata fuit: nisi fuerit defensus per procuratorem, quia scilicet procurator fuerit contumax, est perinde ac si procuratorem non habuisset. Probatur & aliis rationibus, quibus Doctores adducti vtuntur.

Rursus illa distinctio locum habet in procuratore specialiter constituto in illa causa: secùs autem in procuratore generali, quia illius scientia & negligentia non nocet domino, quominùs ipse possit appellare, Gloss. in Clem. causam, in versic. Specialiter, de elect. per

per illum text. & ibi not. Anchar. in 6. not. Specul. tit. de appellationib. §. qualiter, num. 11. vers. Quid si procuratori. Idem Anchar. in cons. 372. in vlt. dub. Scientia verò debet esse certa, non solùm latam esse sententiam, sed etiam sic latam esse. Glos. in c. Concertationi, vers. scineris, de appell. in 6. Grauati. ad Vestr. de appell. c. 3. n. 52. Gaill. d. obser. 139. n. 7. Probatur in d. Cle... causam, de elect. ibi: *Porrecto videlicet sibi sub scriptura authē. vel perlecto illius tenore.* Ex quo inoleuit vsus intimandi sententiæ tenorem, ad verbum per publicum instrumentum. Specul. tit. de appell. §. qualiter, vers. Cautus etiam sit. Anchar. d. consil. 372. in vltim. dub. Natta consil. 51 num. 1. & 162. n. 3. Capycius decis. 139. n. 1. Fran. in c. Bonæ, n. 22. de appel. Felin. in d. c. Quoad consultationem, n. 32. de re iud. Lancellot. dict. limitat. 50. numer. 158. & seq. Vrsillus ad Afflictum d. deci. 344. n. 12. Sed hæc cautela non est necessaria, quādo intimatio fit sententiæ, authoritate iudicis: tunc enim intimatus tenetur ei credere, licèt non videat tenorem latæ sententiæ: dummodò intimatio contineat latam esse sententiam, & latam esse in eius præiudicium, Natta post Alex. Rom. & alios cong. 348. n. 3.

CAPVT XCVIII.

Ad extrauag. Ambitiosæ, de rebus Ecclesiæ non alienandis.

IN primis explodenda mihi videtur eorum opinio, qui dixerunt hanc constitutionem nō esse vsu receptam; aut eam alleganti onus incumbere probandi, vsu esse receptam.

Nam cùm in corpore iuris inclusa sit, & tot aliis sanctorum Pontificum constitutionibus sit confirmata, videtur omnino seruanda, nec in dubium reuocanda: vti rectè docuerunt Benintendus decis. 13 Borgnin. decis. 15. n. 71. Rodoan. de rebus Eccles. non alien. q 18. sub n. 25. Contra notata per eundem Rodoan. q. 16. n. 20. & Bursat. cons. 55. n. 20. Nisi fortè horum opinio defendi possit, quātum ad pœnam excommunicationis in ea constitutione adiectam, secundum notat. per Sarmientum, de redditibus ecclesiasticis, parte prima, c. 2. n. 20.

Secundò notandum est, circa res solitas locari, & in emphyteusim dari, vt valeat concessio in emphyteusim, & locatio, requiri vt cedat in euidentem vtilitatem ecclesiæ; Et ita Rota Rom. sępè iudicauit; vt videri potest ex Hondedeo cons. 51. n. 61. lib. 1. & cons. 31. n. 19. lib. 2.

Tertiò notandum, hanc cōstitutionem, quatenus infirmat alienationes absque consensu Summi Pontificis, intelligendam esse, præterquam in casib. à iure expressis, vt notat Nauar. in comm. de alien. rer. eccles. nu. 2. vers. quartò quod permittitur alienatio.

Itaque non habet locum in alienatione facta ex iusta causa, & seruata forma iuris can. Bero cons. 83. nu. 23. lib. 1. & 91. nu. 28. eo. l. Alex. de Neuo cons. 39. n. 2. 3. 4. Et hoc est, quod dixerunt domini de Rota decis. 225. parte 3. lib. 2. in nouissimè diuers. Paulinam occidi à iure communi, quod erat prius.

His accedit, quod post Cardin. & alios nouissimè tradit Camillus Borellus controuer. 91. n. 5. Paulinam constitutionem locum non habere in alienatione domus Ecclesię, secundum text. in c. sine exceptione, & in c. Non liceat Papæ, 12. qu. 2. quia scilicet, dicta antiqua iura non intelliguntur esse correcta per nouam illam constitutionem, vt ibi per eum, adducentem Rebuffum, Rodoanum, & Benedictum Canosilum in repet. d. extrauag. Ambitiosæ, fall. 40. 41. Alia quædam ad d. extrauag. notauit Carocius tract. de locato, tit. de bonis Eccles. non alien. quem vide.

CAPVT XCIX.

An legitima filiorum includatur in legato vsusfructus omnium bonorum mortuis filiis, & hæreditate deueniente ad substitutos pupillares?

LEgitimam filiis debitam non contineri, sed excipiendam esse de legato vsufructus omnium bonorum, inter omnes constat, quia sic expressè constitutum est, in §. Prohibemus in auth. de triēte & semisse. Ac proinde ita rectè docuerunt Bartol. in l. vxori meæ. de vsufr. leg. Alex. Corn. Deci Ruin. Boer. & alij à Caualcano relati. de vsufr. mulieri relicto, n. 95. Soc. iun. in cons. 109. in 1. dub. lib. 1. Gozad. cons. 47. n. 12. Illustrissimus Mantica, de coniect. libr. 9. tit. 6. n. 21. Surdus de alim. tit 2. q. 15 n. 178. Peregrin. de fideicom. artic. 12. n. 29. & n 48. Viuius deci. 367. n. 5 Thesaur. decis. 184. n. 9. Crass. §. Legitima q. 58.

Cæterùm non tàm plana res est, quando filij sunt mortui, quibus substitutus est datus. Etenim hoc in casu legitimam excipiendam esse, respondit Bart. cons. 56. n. 5. lib. 1. Alexand. cons. 29. lib. 4. Ruin. cons. 52 n. 7. & 8 lib. 2. Peregrin. cons. 70. nu 18. Contrarium autem censuere Zanc. in rep. l. Hæredes mei. §. Cùm ita, n. 477. ad Treb. Peregrin de fideicom. art. 12. sub num. 29. & sub n 48. in fine.

Atque ego aliàs interrogatus, ita respondi; quia substitutus filii non potest deducere hanc legitimam: nam ex persona sua non habet ius deducendi, cùm illi legitima non debeatur. Ex persona autem filii eam deducere nequit, quia per pupillarem substitutionem potuit pater substitutum grauare in ipsa legitima fibi, se-

ut potuiſſet ipſe filius teſtando eum grauare, ſi teſtari potuiſſet; Et ideo ceſſat ratio dict. §. Prohibemus. Et legitima filii continetur in legato vſusfructus, Ruin. conſ. 42. num. 8. lib. 2. & 118. n. 12 lib. 3. Rip. in l. Centurio, n. 108 de vul gar. Caſtr. conſ. 416. Iſta domina lib. 1. & 236 lib. 2. D. Cephal conſil. 294. n. 59. Pariſ. conſ 41. n. 44 81. nu. 9 10. 11. lib. 2. Nam fauor filiorum hoc operatur, vt licèt legitima contineatur in legato omnium bonorum, tamen omnino ſit deducenda; & non valeat legatum, quantum ad legitimam. Sic enim declarat Imperator, in d. §. Prohibemus. Ceſſante ergo fauore liberorum, vſufructuarius redintegratur ad legitimam, vt dixi.

Quòd legitima contineatur in legato vſusfructus omnium bonorum, probatur in d. §. Prohibemus, dum Imperat. prohibet id fieri, & mandat filiis legitimam relinqui. Ergo legitima continebatur, licèt fauore filii non valeret legatum reſpectu legitimæ. Et hoc eſt quod Doctores dicunt, legitimam filiorum detrahi contra voluntatem teſtatoris, Alex. conſ. 159 n. 1. lib. 1. Ripa in l. in quartam. n. 154. ad l. Falcid. Crau. conſ. 423. nu. 4. libr. 3. Ex quibus erroris conuincitur Ruin. con 52. nu. 8 lib. 2. dum negat legitimam contineri in legato vſusfructus. Mortuis ergo filiis, legatum intelligitur datum à ſubſtituto. Conſequenter, non eſt locus detractioni legitimæ: D. Mantica de coniect. lib. 8. tit 3. in princ. Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſumpt 72. n. 3. Peregr. de fideicomm. art. 8. n. 41. & art. 12. n. 31.

Pro contraria opinione nullum apud authores commemoratos argumentum inueni, quod ad eum caſum pertineret, quo filii iam ſint mortui.

Vnum igitur hoc adferri poteſt; quòd legitima filiorum ab initio ſeparata ſit à legato vſusfructus omnium bonorum, & ideo mortuis filiis vſusfructus debeatur legatario, deducta legitima. Sed meminiſſe oportet legatum a ſubſtituto deberi poſt mortem filii, qui non poteſt legitimam deducere ex perſona ſua, cum illi non debeatur, nec ex perſona filii, cum intelligatur eſſe grauatus, etiam in legitima, teſtatore legitimam ita volente, & valente diſponere in perſona ſua; licèt in perſona filiorum, voluerit quidem, ſed non potuerit, ad §. Prohibemus.

CAPVT C.

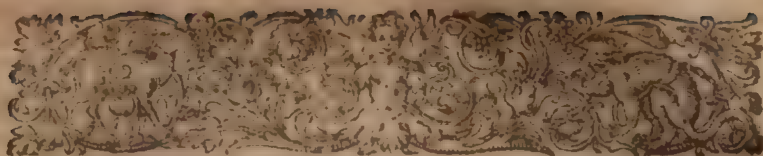
De clauſula, omni meliori modo, an transfundat actum in aliam ſpeciem?

Clauſula, omni meliori modo, transfundit actum in aliam ſpeciem, per quam efficacius valere poteſt: eſt enim perinde, ac ſi dictum eſſet, ſi non valet quod ago, valeat vt valere poteſt, iuxta notata l. 1. Si quis ita, de verb. oblig. Atque ita rectè annotarunt Gallaula in rub. de verb. oblig. n. 60. Beroius conſ. 135. n. 4. lib. 1. D. Cephalus conſ. 41. n. 16. cum ſeq. & 548. n. 11. lib. 4 D. Decia. conſ. 34. n. 81 libr. 3. Simon Pret. de inte pr. vlt. vol. lib. 3. n. 6. fol. 300 Hondedeus conſ. 40. n. 39. lib. 2. & 54. n. 48. Præclarè Nonius in conſ. 44 n. 7. vbi reliqua notabilia infert.

Cauendum igitur ab aliis, qui ſcribunt clauſulam hanc operari in ſubſidium, quando actus non valet: Gozad. conſil. 78. num 15. Seraſin. de priuileg. iuram. priuileg. 98. num 14. & ſi qui ſunt alii.

TOMVS





TOMVS QVARTVS

CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER VNDECIMVS.

CAPVT PRIMVM.

De Venatione.



E Venatione, quòd liceat Principibus eam interdicere, & quomodo præscriptione acquiratur ius prohibendi, & veniat in generali concessione ac inuestitura. Vide Surd. consi. 390. per tot. lib. 3. Aliquid per Hondedeum consi. 100. num. 12. & 63. cum seqq. lib. 2.

Sed quæritur, quo pacto conciliari possit Papinianus cum Martiano? ait Martianus: *Si quisquam fluminis publici diuerticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure vti prohibet* l. si quisquam ff. de diuers. tempor. præscri. At contra Papinianus: *Præscriptio longæ possessionis ad obtinenda loca iure gentium publica concedi non solet.* Et subiicit exemplum hoc: *Vel si quis, quòd in fluminis publici diuerticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure prohibeat.* l. vlt. ff. de vsucap.

Laborant Zasius lib. 2. antinomiar. in princip. Duaren. in tit. de vsucap. Cuiac. in d. l. vl & concludunt ferè omnes, Papinianũ loqui, quãdo is qui pluribus annis piscatus fuit, intermisit piscationem: Martianum verò loqui, quando is est adhuc in possessione vsus sui, hoc est, occupat locum illum. Rectè: quia Papinianus paulò suprà dixit: *Quod ita procedit, si quis ædificio funditus diruto, quod in littore posuerat, aut dereliquerat: ædificio alterius postea eodem loco extructo, occupantis datam exceptionẽ opponat.* Rectè igitur glo. in d. l. si quisquam, ibi: *Vel secundum Iohannem, hic erat in quasi possessione piscandi, ibi non.* Nihil rectius. Perinde est, ac si diceret, ibi deseruisse locum occupatum, (vt loquitur Pap.) ibi non deseruisse, (sic intellig. Martian.)

Sed quæri potest; an consuetudo venandi contra prohibitionem factam excuset à pœna? Pendet hic articulus ab alio, qui apud Dd. in controuersia positus esse videtur: an in delictis excuset à pœna consuetudo delinquendi? etenim excusare affirmat glos. in c. cùm venerabilis, in vers. migrasse, de consuet. & ibi Abb. & commun. Doct. glo. in c. denique, 4. dist. Rom. cons. 366. & sing. 19. & 384. Cassiodorus decis. 19. tit. de reg. iur. Cancellariæ. & alii multi à Tiraquello citati de pœnis legum temp. causa 42. & alij. quos commemorat Gabr. tit. de malef. concl 8. n. 16. & alij apud Farinacium, t. de delict. & pœn. q. 20. n. 45.

Cæterùm non excusare docuit Innocent. in c. sanè, de off. ord. & plurimi alii, quos refert & sequitur Farinacius, vbi sup. nec non etiam Tiraq. vbi inf. n. 25.

Prioris sententiæ fundamentum est, in d. c. cùm venerabilis, & in d. c. denique & in c. sanè, de temp. ord. in cap. non satis, de simonia. in ca. cùm habet, de eo qui dux. in mat. in c. obiiciantur, 32. q. 4 in cap. vlt. de cog. sp. libr. 6. in c. non plures, de consec. dist. 4. l. apud Labeonem, ff. de ædil. edic. & in l. pignus, C. de pig. act. in l. 5. ff. ad Maced. & in l. si pignore, §. vltim. ff. de pig. act. in l. certi condict. §. si nummos, ff. si cert. pet.

Posterioris autem in cap. vlt. de consuet. in c. non satis, in cap. cùm in Ecclesia, in c. ea quæ, de simo. in c. inter dilectos, de excess. prælato. in c. flagitia, 32. q. 7. in c. multi, 2. q. 1. in l. nemo C. de Episcop. aud.

Non desunt, qui vtantur distinctione illa: quòd consuetudo quem tueatur à pœna temporali, non autem ab æterna. Et hæc est verissima & communis distinctio. Tiraq.

vbi suprà num.14. distinguit inter priuatam & publicam consuetudinem. Illam quidem prodesse negat: hanc verò prodesse affirmat. Alij aliter. Magis probo eorum distinctionem, qui dicunt: in iis quæ peccantur contra ius positiuum, consuetudinem à pœna excusare: secus in iis, quæ repugnant iuri diuino, vel naturali. Mouet me textus in cap. mala consuetudo, in c. si consuetudinem, cum aliis quatuor sequentibus. distinct. 8. Cæterùm, si præcessit consuetudo, & secuta est prohibitio, non puto consuetudinem excusare, Auth. Nauigia. I.C. de f. r. Tiraq. vbi suprà num. 15. nisi post edictum Principis consuetudo inualuerit, eo conniuente, & patiente: videtur enim abrogatum, & vicem obtinet legis, quæ vsu recepta non sit: ac proinde non obligare, l. de quib. ff. de legibus, c. in istis, §. leges, 4. dist. Atque ita puto verius esse.

CAPVT II.

An Princeps legibus sit solutus?

Licèt Princeps sit solutus à legibus: obligatur tamen ex conuentione & contractu, vt ait Bald. in l. 1. ff. de constit. Princ. Ias. in cons. 1. num. 1. dub. lib. 1. Hinc oritur contentio, possitne Princeps auferre ius quæsitum ex contractu, cum ipso Principe inito, licèt in spe tantùm consistat. Negant Ruin. in consil 7. nu. 30. 31. libr. 1. & cons. 36. num. 17. eod. libr. & 99. num. 4 lib. 3. Alciat. cons. 166. in 2. dub. Otasc. decis. 139. num. 12. latè alios citans, Ludo. Morocius cons. 45. num. 9. Affirmant Paris. cons. 2. n. 35. lib. 1. & cons. 4. circa fin. eod. lib. & 103. col. 1. lib. 4. Alex. cons. 224. n. 5. lib. 6 Ruin. cons. 192. n. 12. lib. 1. & 160 n. 8. lib 4 & 21. n. 3. & 136. n. 22. lib. 5. Decius consil. 56. nu. 58. 59. Crau. cons. 135. num. 6. & 7.

Prioris opinionis fundam. est in cap. 1. de natur. feu. & in c. 1. de proba. posterioris in c. naturales. si de feud. fuer. cont. & quia potest Princeps legitimare in præiudicium substitui, vt notant Doct. in l. Gallus, §. & quid si tantùm, de lib. & posth.

Sed breuiter dirimitur contentio ex distinctione nostra inter subiectionem coactiuam, & directiuam: Nam, si velit Princeps derogare contractui, & ius quæsitum seu quærendum ex eo auferre, quis eius voluntati resistet? Semper autem viget illud oraculum: *Digna vox est maiestate regnantis.* l. digna vox, C. de legib. Non licebit ergo Principi à contractu recedere, nisi quatenus ei licet à legibus recedere. At, per leges licet Principi legitimos efficere eos, qui sunt illegitimi, toto titul. de natalib. rest. quib. modis nat. eff. legit. Eatenus ergo ei licebit subst iuris, seu aliter vocatis inferre præiudicium. Non facit hoc Princeps, vt aliis noceat: sed vt prosit, suámque exerceat potestatem. Ergo, si eam exercuerit secundum formam, quam leges præscribunt, non offendet oraculum, l. digna vox: sin autem legis formam offenderit, eius meminisse debebit: Principem solutum esse legibus, l. princeps, ff. de legibus, secundum vim coactiuam, vt suprà: non secundum vim directiuam. Quod perinde valet, ac si diceretur: posse de facto: non de iure. Si igitur ad iuris terminos disputatio concludatur, placet eorum sententia, qui negant, licere Principi auferre ius quæsitum.

CAPVT III.

An rigor sit præferendus æquitati?

Rigori præferenda est æquitas, sed, nunquid etiam id seruandum sit in puniendis delictis, & puto seruandum. Mouet me Martianus dicens: *In grauioribus pœnis seueritatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequantur.* l. perspiciendum, ff. de pœnis. vbi etiam ait: *In leuioribus delictis promptiores ad lenitatem iudices esse debent*, & text. in l. Preces, & in l. interpretatione, eod tit. Et iuris Pontificij non desunt authoritates, vt in c. d. cip. ina, & in cap. namque. 45. dist. c. vera, c. licet ibid. & hanc sententiam complures secuti fuere apud Farinac. tit. de delictis & pœnis, q 17. n. 4. Quibus multi ab eodem ibi relat. contradixerunt: & his adstipulatur text. in l. 1 ff. ad Turpill. Facti quidem quæstio dicitur esse in arbitrio iudicantis: sed pœnæ persecutio reseruatur legi, & in §. oportet, in auth. de iudicibus, & multa alia vtriusque iuris testimonia, quę ille persequitur.

Summa hæc est: legis & iustitiæ rationem esse spectandam: & vbi illa exigit, modò rigorem, modò æquitatem amplectendam, vt latissimè docet Tiraquel. in tract. de pœnis legum temp. & optimus Magister I. C. in l. aut facta, ff. de pœnis, dum ait: *Spectanda esse aut dicta, aut scripta, aut consilia. Et hæc septem modis consideranda esse, Caussa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, euentu.* Ex quibus patet, certam quidem regulam tradi non posse: colligi autem, æquitatem ferè in omnibus sequendam fore.

CAPVT IV.

De petitione hæreditatis danda contra titulo possidentem.

Rursus

RVrsus controuertitur; an petitio hæreditatis detur contra titulo possidentem quando titulum acquisiuit post mortem eius, de cuius hæreditate agitur.

Affirmant dari Bal. in l. fin. in 9. opp. C. de edict. diu. Adr. tol. & ibi Barba. in ad. & in cons. 65. lib. 2. Alex. cons. 90. nu. 10. lib. 2. Affli. decis. 228 ten. Ped. dec. 51. n. 4. Honded. alios adducens in cons. ..., n. 10. lib. 1. Fundamentum est in d. l. vlt. C. de edict. Diu. Adr. vbi probatur, illud remedium possessorium dari etiam contra titulo possidentem, sed non potest hoc intelligi, quando titulus fuit acquisitus ante mortem: igitur debet intelligi, quando titulus fuit acquisitus post mortem. Huc accedit ratio: nam, qui habet titulum acquisitum post mortem, habet titulum posteriorem eo, quo nititur hæres. Item habet etiam possessionem, tempore posteriorem, quam hæres, qui nititur possessione defuncti.

Contrariam sententiam amplexi sunt Salyc. in d. l. vlt. n. 25. C. de edict. Diu. Adria. toll. & ibi Alex. nu. 2 6. Iason in §. omnium, nu. 195. de act. Beneuend. decis. 35, Couar. pract. q. ca. 72, num. 5. Soc. iun. cons. 9. n. 7. lib. 4. Ruin. cons. 160. lib. 5. nu. 1. lib. 1. Gabriel cons. 45. nu. 24. lib. 2. quorum multi testantur, hanc esse communem, & hæc sententia verissima est. Omissis aliis fundamentis, probatur in lege etiam, §. 1. de pet. her. vbi specialiter est constitutum, vt petitio hæreditatis detur contra titulo possidentem in certis casibus: & certum est, ibi loqui de titulo quæsito post mortem quia loquitur de emptore hæreditatis. Probatur etiam in l. hæreditatem, C. in quibus cau. cessat long. temp. præscriptio. ibi: *Verum his, qui nec pro hærede nec pro possessore: sed pro empto vel donato, seu alio titulo res, quæ ex hæreditate sunt, vel fuerunt, possident: cùm ab his successio vindicari non possit, &c.* Illa verba (*quæ fuerunt*) significant acquisitionem factam post mortem.

Non obstant contraria: quia quod attinet ad text. in d. l. vlt. datur illud remedium: sed si compareat contradictor, vtriusque iura examinantur, & vincit is, qui meliora & potiora iura habet. Si ergo contradictor titulum habet & hæres doceat de dominio tractatoris, obtinebit. Non enim decidit ibi Iustinianus, hæredem præferendum ex eo solo quòd sit hæres, & bona fuerint in bonis defuncti.

Et, quod ibi subiungitur de præscriptione per quam possessor & contradictor vincit non arguit vinci possessorem, si non sit præscriptione munitus: quia vinceretur etiam is possessor, qui ante mortem titulum haberet, cum de omni possessore ibi loquatur.

Ad alterum argumentum est aduertendum: hæredem niti quidem titulo, quia est hæres; sed non possessione defuncti: quia possessio non acquiritur hæredi, nisi fuerit apprehensa, l. cum hæredes, de acq. poss. Et possessor eo ipso, quod possessor est cum titulo, videtur esse potior altero, qui priùs possidebat, & titulum allegabat, §. commodum, Instit. de interdict. Et regula; *Qui prior est tempore, potior est iure*, locum habet in pignoribus & hypothecis, & sic in realibus actionibus, vt declarat Ripa in l. Priuilegium, num. 3. de priuileg. credit. At hic neuter habet ex titulo ius reale, nisi dominium fuerit defuncti, aut eius, qui post mortem in possessorem ex iusto titulo transtulit, vel vsucapio fuerit completa. Ergo inanis est allegatio regulæ: *Qui prior est tempore, &c.* Fateor, si duobus sit res vendita, & neutri tradita, in concursu, præferendum esse eum, qui priùs emit. Ias. in l. quoties nu. 34. C. de rei vind. sed, quando res est duobus à diuersis vendita, melior erit causa possidentis, l. siue aut. §. si duobus, de public. sic ergo melior erit causa huius possessoris, qui titulum habet.

CAPVT V.

De tertio comparente appellante.

QVid, si tertius comparens sit venditor, qui veniat ad defensionem emptoris, cui lis super proprietate mota fuit. & lata sententia contra emptorem ipse non appellet, & sic transeat in rem iudicatam, vt nostri loquuntur an venditor possit appellare? Et puto posse, authent. tex. in l. ab executore, §. alio, ff. de appel. ibi: *Item si emptor de proprietate victus sit, eo cessante author eius appellare poterit.* & in l. si parentes, C. de euictio. ibi: *Si appellationem non interposuistis.* venditoribus licet appellare. Quod intelligi debet, quando emptor victus non appellauit, nam si emptor appellauit, potest venditor eius appellationi adhærere. Et hoc est, quod dicitur in d. §. alio: *Et cessante, author eius appellare poterit.* Atque ita rectè docuerunt Dominicus Ceph. in cons. 106. & Vrsil. ad Afflict. dec. 10.

Contrarium respondit Honded. in cons. 25. n. 25. & Couar. pract. q. c. 15. nu. 4. & ante istos Castr. in d. §. alio nu. .. Fundamentum est: quia sententia non est lata contra venditorem: sed contra emptorem. Et quia venditor venit pro defensione emptoris, debétque suscipere causam in statu & terminis in quibus reperitur, nec duriorem actoris conditionem reddere potest, argum. l. 2. §. defendi, ff. ex quib. caus. in possess. eat.

Sed responderi potest: sententiam qui-

dem latam esse contra emptorem : sed tamen licere venditori pro suo interesse ab ea prouocare, vt dicitur in d. c. alio. Nec venditor appellans, emptore cessante, ideò minus dicitur suscipere iudicium in statu & terminis, in quibus reperitur: quia iam fuit admissus ad defensionem, vel admitti potuit ac debuit : nec de hoc nunc agitur: sed agitur de alio, ne scil. culpa emptoris ac negligentia in appellando ei noceat : non enim semper tenetur appellare emptor victus, iuxta not. per Bald. & alios in l. Herenn. us, §. Caia, de euict. & ideò venditoris interest appellare. Nec reddit causam actoris deteriorem appellatio venditoris: quia nullum ei ius perit; quod enim ipse appellat, emptore non appellante, non dicitur reddere ius deterius, seu causam deteriorem : alioquin nunquam liceret appellare venditori, emptore cessante, quod repugnaret d. l. ab executore. §. alio, & d. §. si parentes, C. de euict.

Illud fateor, si tres sententiæ fuerint latæ aduersus emptorem appellantem, non licere venditori appellare, si sciebat causam agi, vt declarat Bar. in l. a sententia, n. 8. de appella. Et hoc est, quod voluit dicere text. in d. l. si parentes, *si appellationem non interposuistis*. Et bene Hondedeus, d. cons. 25. n. 28. lib. 1. esset enim absurdum , vt actor, qui tres conformes retulit sententias contra emptorem, deberet de nouo alias tres expectare contra venditorem.

CAPVT VI.

De compensatione, an tam opponens censeatur debitum fateri?

QVi compensationem opponit, an videatur debitum fateri , non est eadem omnium sententia. Etenim videri affirmant Bald. in l. cum Papinianus, C. de sent. Aret. in l. decem, col. pen. de verb. obli. Natta in cons. 134. n. 6. & cons. 684. n. 1. Ro. cons. 77 Bouius de statu vrb. præscr. glo. 21 n. 58. Surdus dec. 24. n. 7. Cæterum non videri, docet Alc. in l. decem n. 29. de verb. obli. Ioannes de Amicis, cons. 49. n. 7 Fuluius Pacianus, tract. cui incumbat onus proban. parte prima ca. 22. n. 19. Felin. in c. venerabilis. n. 17. de excep. Carolus de Grassis tract. 1. de except. 19 n. 39.

Prioris sententiæ fundamentum est : quia compensatio est debiti & crediti inuicem facta contributio, l. 1. de compen. Qui ergo vult compensare, fatetur se debitorem & creditorem: alioquin non posset fieri contributio ista. Non obstat, si dicatur : qui exceptionem opponit, non fatetur , l. non vtique ff. de except. & qui exceptionem , de reg. iur. in 6. c. venerabilis , de except. Quia compensatio non est propriè exceptio, vt tradit Bartol. in l. 2. nu. 3. de except. Alex. in cons. 12. lib. 1.

Contrariæ opinionis fundamentum est in directa regula iuris : *Qui excipit non fatetur, &c.* & quia opponens exceptionem solutionis non videtur fateri, Alexand. in d. l. decem, nu. 25. adducens glos. in l. Iulianus, de condit. indeb.

Ego puto, hanc posteriorem esse veriorem quia ratio regulæ est duplex: vna , quoniam excipiens intendit excludere actionem: & ideò non debet eius exceptio operari contra eius intentionem, l. legata inutiliter, de leg. 1. Hæc ratio locum habet etiam in opponente compensationem. Altera est ratio : quia excipiens videtur fateri conditionaliter, si videlicet , actor probauerit suam intentionem, prout te..etur probare , vt declarat Ioan. de Amicis d. cons. 49. nu. 7. Hæc ratio similiter militat in opponente compensationem : quia eius est intentio, vt fiat compensatio, quatenus probetur actoris intentio. Mouet etiam quia compensatio est solutio , l. solutionis, de solu. l. Iulianus ait, de cond. & demonstr. Sed in solutione est receptum , vt eam opponens non dicatur fateri. Ergo idem in compensatione.

Non obstat ratio differentiæ, quam adducit Surdus loco superiùs annotato: quia is, qui dicit se soluisse , non supponit nunc extare: imò dicit, non subesse, sed qui compensat, fatetur subesse, cum extingui non possit, quod nō est. Quia eadem ratione potest dici: eum, qui dicit se soluisse hoc supponere , se debitorem fuisse: licèt nunc dicat soluisse: & ideò se non esse debitorem. Est igitur spectanda ratio iuris quæ est : *Excipientem non fateri de intentione aduersarij*: quia eius intentio est excludere. Et quia exceptionem opponit, supposita fundamenti actoris probatione, quæ ipsi incumbit: fundamento enim ab actore probato, actio est vera & efficax: tunc autem exceptione excluditur. Hinc tollitur ratio alterius sententiæ: quia fateor , compensationem esse debiti & crediti inuicem factam contributionem : sed qui vult compensare, supponit debitum probatum, vel probandum ab actore, non autem illud fatetur.

CAPVT VII.

De compensatione de specie ad quantitatem.

NOn admittitur compensatio de specie ad quātitatem, l. si conuenerit, ff. de pign. act. sed retentio datur, vt ibi, & in l. si necessarias, §. 1.

ias, §. 1. eod. tit. & ita nocuêre Duaren. ad tit. de compensat. Corn. in consi. 61. lib. 3. Paris. consil. 100. nu. 36. lib. 2. Crau. consi. 148. colum. 1. versi. si modo. Gabriel. tit. de iureiur. concl. 7. num. 2. Carolus de Grassis tract. de excep. in 16. except. nu. 16. 17.

Omnes illi generaliter docent, vbi non datur compensatio, retentionem esse permissam. Idem Seraphinus voluit de priuileg. iura. priuil. 74. n. 144. & nouissimè Vincen. Mancinus de iuramento, parte 4. effe. 30. in fin. Quod ita generaliter accept. m decipere potest: quia non licet rem al quam pro alia retinere, l. fi. C. comm. L. si non inducta. C. in quibus caus. pig. ta. contr. Ergo id erit intelligendum, quando creditor habet hypothecam, vt loquit r textus in d. l. si conuener t & in d. ct. 9. si pignoris. Vel, quando in illis casibus versamur, in quibus retentio est permissa, quos explicat Neguz. de pig. 4. memb. 5. part. in prin. Adde, quod si species non extat, potest fieri compensatio cum quantitate: quia species reducitur ad quantitatem, Ias. in l. in bonæ fidei, num. 66. Insti. de act. & in l. huiusmodi, §. cum pater, num. 12. de leg. 1. Soc. iun. consi. 60. nu. 8. lib. 1. & consi. 11. num. 10. lib. 2. & 74. num. 12. lib. 3. Anch. q. 2. n. 1. lib. 1. Surd. consi. 246. n. 11. lib. 2. Malvasia consi. 72. n. 28. Carolus de Grassis excep. 16. n. 53.

Adfero tex. in l. diuortio, §. ob donationes, ff. sol. matr. & in l. rei iudicatæ, §. 1. eod. titul. & in l. 1. C. rer. amot. & in l. 6. C. de compensat. vbi mulie i dotem repetenti in pecunia consistentem obstat compensatio ob res amotas.

CAPVT VIII.

An in contractibus innominatis pœnitentia sit locus, iure Canonico?

IN contractibus innominatis, ei qui dedit, licet pœnitere, l. si pecuniam, l. dedi, § ed. ti. tit. de cond. causa. Noluerunt enim veteres iuris authores, ex qualibet pactione & conuentione actionem oriri: vel, quia aliquando minus consultè ac deliberatè fiunt: vel ne Reip. litib. repleretur. Itaque ex certis nominatis contra[ct]ibus, in quos transeunt pactiones & conuentiones, vtilitatis gratia actionem concesserunt, l. iurisgentium, ff. de pact. Controuersia autem est, an id etiam iuri Canonico sit consentaneũ? Et putem fore con onum omni iuri, omnique rationi & æquitati: nec video iuri canonico contrarium constitutum. Ergo standum erit iuri Cæsareo, c. 1. & 2. de op. no. nun. Et ita rectè docuit Rom. in d. l. si pecuniam, quem visus est sequi Ias. ibi in 6. lim.

Omnis difficultas consistit in eo, quod iure canonico nudum pactum actionem producat secundum communem sententiam Doctorum in c. 1. de pact. quæ ratio traxit multos in eam opinionem vt iure canonico non sit locus pœnitentiæ in huiusmodi contractibus innominatis, vt per Alex. consi. 16. lib. 2. & alios a la. one relatos in d. l. si pecuniam.

Sed facilis est responsio: nam præterquàm, quòd falsa est illa communis, (vt alias dixi) non rectè quis argumentetur: Pactum nudum actionem producit. Ergo in contractibus innominatis non est locus pœnitentiæ: quia in contractib. innominatis pactum reciprocum interuenit.

Cùm ergo quis pro sua parte impleuit, potest, antequam alter impleat, pœnitere, etiam altero inuito: quia alter nondum impleuit. Et sic agere non potest: quia obstat ei exceptio. *Tu non adimpleuisti*, quæ quidem exceptio semper potest opponi, Bart. in l. 1. §. & parui. ff. quod vi aut clam. Deci. cons. 119. n. 3. Roman. consi. 144. n. 5. Crati. cons. 151. nu. 10. Osasc. decis. 50. nu. 19. Marchard. de proba. vol. 3. concl. 1387. n. 21. Rolan. consi. 53. n. 33. lib. 1. Nec oblatio vim habet implementi, vt not. glo. in l. iurisg. in ver. facias, in fi. de pactis. nisi secuta esset depositio & consignatio, l. acceptam, C. de vsuris, vt per Iasonem in d. l. iurisg. n. 11.

CAPVT IX.

De iure offerendi, an creditoribus competat, vbi anteriori creditori facta est adiudicatio per sententiam iudicis?

CReditor, qui tempore posterior est, potest offerre anteriori creditori, quod ei debetur, & pignus auocare l. 1. C. si ant. q. credit. secundum distinctionem ibi positam. sed quæritur, an idem iuris sit, vbi iudicialis facta est adiudicatio, atque in solutum datio anteriori creditori? Affirmant idem iuris esse Saly. in d. l. 1. Neguz. memb. 5. par. num. 7. de pigno. Rim. iun. consi. 3. nu. 10. Lud. Morocius de iure offeren. nu. 40.

Negant Dominus Ceph. in consi. 298. n. 8. & 397. n. 45. & 550. Thessau. dec. 157. n. 11.

Prioris sententiæ fundamentum est: quia factum iudicis censetur factũ partis, l. si ob causam, C. de euict. sed si debitor daret pignus in solutum anteriori creditori, tunc ius offerendi competeret alteri creditori posteriori, text. in d. l. 1. C. si antiq. cred.

Posterioris sententiæ fundamentum est in l. si finita, §. Postquam, de damno inf. in l. obligata, C. si antiq. credit. quibus cauetur post iudicialem adiudicationem cessare ius offerẽdi. Sed isti tex. loquuntur de ipso debitore, non

autem de alio creditore. Aliud fundamentum est relatum à D. Ceph. quod non attingit Moroc. & Rim. iun. attingit quidem, sed non impugnat, si lata est sententia dationis in solutum seu adiudicationis, citatis etiam creditoribus, tunc cessare ius offerendi, etiam respectu creditorum: quia sententia eis ita nocet, sicut debitori principali, ex not. per Calderinum consi. 9. titul. de re iud. quem refert & seq. Fely. in cap. cum super. col. 7. n. 15. vers. dicit etiam, de re iud. Et, quia est eadem ratio tunc in aliis creditoribus, quæ in principali debitore, vt sc. aliquando sit finis litium, vt in d. §. postquam: nunquam enim lis finietur, si creditori, qui fuit in iudicio, liceret offerre post iudicialem adiudicationem. Ergo idem ius debet esse in creditore, quod in debitore.

Sic ergo conciliantur opiniones: vt prima locum habeat, quando creditor tempore posterior non fuit in iudicio illo, in quo facta est in solutum datio, & adiudicatio per iudicē. Tunc militat fundamentum illius sententiæ: quia factum Iudicis reputatur factum partis. Altera verò sententia locum habet, vbi lis fuit cum debitore, & cum ipsis creditoribus posterioribus: quia, si finem accepit per iudicialem adiudicationem, non est iterum per ius offerendi suscitanda. Et, si quis rectè perpenderit, in hoc posteriori casu consuluit D. Cephal. in priori autem casu Rim. iunior.

CAPVT X.

De muliere vindicante rem dotalem an ne possessor dotem in pecunia offerre possit, vbi res fuit æstimata?

Respondit Soc. sen. in consil. 224. col. 2. lib. 2. possessorem rei dotalis æstimatæ offerre mulieri posse agenti rei vindicatione, & idem voluit Ias. in l. traditionibus. nu. 20. C. de pact. Couuar. pract. quæst. cap. 28. vers. octauo, in fine. Roland. consil. 91. in fin. lib. 2. Ludou. Moroc. de iure offerendi. q. 3. nu. 6. Contrarium voluit Neguz. de pigno. 5. parte, membr. 3. numero 28.

Fundamentum prioris sententiæ, quæ communior, positum est in eo, quòd rei vindicatio mulieri datur in subsidium, iuxta gl. in l. in reb. dotalibus. & ibid. Bald. & omnes. C. de iure dot. Ergo mulieri competit rei vindicatio ratione æstimationis, quam consequi non potest in bonis viri. Item, quia possessor successit in ius mariti: quia à marito causam habuit. sed maritus posset offerendo dotem vxorem repellere à rei vindicatione. Igitur & possessor causam habens à marito, eodem iure vti poterit.

Istis non obstantibus, videtur iuri magis consona sententia Neguzantij: quia ius offerendi datur contra agentem ad quantitatem sibi debitam, non autem aduersum eum, qui rem vindicat, l. officium, de rei vindic. l. Item si verberatum §. fin. eod. titu. ne aliud pro alio inuito creditore soluatur. l. 2. §. 1. ff. si certi petatur.

Non obstant argumenta in contrarium: quia quantum attinet ad primum, satis est mihi, quando maritus non est soluendo, electionem dari mulieri agendi vel hypothecaria actione, vel rei vindicatione, vt in d. l. in rebus, ibi: *per vtramque viam, siue in rem, siue hypothecariam ei plenissimè consulitur.* Cùm ergo agit hypothecaria, locus erit iuri offerendi: quia natura actionis id patitur. cùm verò aget rei vindicatione, secùs erit: quia natura actionis illius id non patitur, & tunc non consideratur amplius, quòd dos mulieris consistat in quantitate. Nec ratio habenda est quantitatis, sed dominij, quod habet vxor in rebus datis in dotem, siue æstimatis, siue non vt considerat Imp. in d. l. in rebus, ibi: *cùm eadem res & ab initio vxoris fuerint, & naturaliter in eius permanserint dominio.*

Ad secundum respondetur, non potuisse hunc possessorem succedere amplius in ius mariti: quia maritus non erat soluendo, vnde nec offerre potuit, & tunc res non est integra: quia propter inopiam mariti vxor habet electionem, vtrum hypothecaria, vel rei vindicatione agere velit. Nec mirum, si per hanc subsidiariam actionem plenè consulatur vxori: id enim voluit Imp. in dict. l. in rebus, ibi: *per vtramque viam &c. ei plenissimè consulatur.* Non igitur potest is, qui succedit in locum mariti, illo iure, quod marito competebat, vt si fuisset diues, vt mulieri ius quæsitum propter eius inopiam auferre debeat. Denique possessori licet, antequam mulier rem vindicare incipiat, ei dotem offerre: & sic vti eodem iure, quo maritus potuit: sed facta electione rei vindicationis non est locus iuri offerendi: quia natura actionis illius non est ad ius offerendi accommodata.

CAPVT XI.

Tertius possessor conuentus hypothecaria, an liberetur offerendo æstimationem rei, quam possidet?

Similem fortunam passa est alia Socin. sen. conclusio in eodem consi. 224. circa finē: hanc quam passa fuit ea, cuius meminimus in capite præcedenti,

præcedenti, eámque impugnat toto pectore Neguz. de pign. 4. mem. 5. partis, n. 22. Couar. lib. 1. var. resol. c. 8. vers. Quin. accedit Ludou. Morocius de iure offerend. n. 7.

Dixit Socin. posse probabiliter affirmari, possessorem hypothecaria conuentum liberari, offerendo creditori agenti æstimationem rei possess. motus ex eo, quòd possessor liberatur offerendo litis æstimationem, l. communi diui. un. d. §. inter eos, ff. com. diu. l. si creditor, ff. de pig. act. l. fine, in fin. ff. quibus mod. pig. vel hyp. sol. Sed litis æstimatio nihil aliud est, nisi pretium rei petitæ, l. 1. l. litis æstimatio, ff. pro empto. Igitur iste possessor liberatur offerendo æstimationem rei possessæ. Mouetur etiam ex c. ex literis, de pignor. in vlt. verbis, in quibus probari videtur, possessorem condemnari ad quantitatem dotis secundum bonorum quantitatem.

Contra Neguz. & alij; quia non liberatur possessor offerendo litis æstimationem semper, sed cum distinctione, quæ habetur in l. si fundus §. in vindicatione, ff. de pign. Item, quia in hypothecaria contra tertium possessorem æstimatio litis est maior, quàm in actione contra debitorem, l. si inter, §. vlt. de pign. Tertiò, quia litis æstimatio in hac hypothecaria non est solum pretium rei, sed etiam id quod venit in actione personali, vt declarat Bart. in l. 1. ff. pro empto. vers. item in eo, quod dicit. Nec obstat text. in d. c. ex literis, quæ formula sententiæ, quæ ibi ponitur, non est secundum regulam hypothecariæ: sed fuit conformis libello. Ita Neguz. vel quia sensus verborum illius text. est, condemnandum esse possessorem bonorum; vel ad restituendam debitam dotem, vel ad bona tradenda secundum naturam actionis hypothecariæ. Ita Couar. loco sup. annotato.

Ego puto, Socini sententiam rectè defendi posse, si rectè intelligatur: nam litis æstimatio in se continet quanti creditoris interest, l. semper, §. in hoc, ff. quod vi. aut clam. l. si quis mandati, ff. de neg. gest. l. 9. ff. de eo quod certo loco. si igitur verum est, possessorem liberari offerendo litis æstimationem agenti hypothecaria (vt Soc. ait) & leges ab eo allegatæ probant; sequitur eundem liberari offerendo æstimationem rei hypothecæ subiectæ: quia ista est litis æstimatio, cùm actor nihil aliud petat, quam rem sibi tradi possidendam & tenendam, donec ei fuerit satisfactum, l. quandiu, C. de distract. pign. Illud addidi, (si rectè intelligatur) quia debet intelligi, quando actori offertur à possessore pretium rei possessæ, & simul etiam id, quod ipsius actoris interest ob culpam fortè eiusdem possessoris. Et hoc est, quod docet tex. in d. l. inter. §. 1. ff de pig. ibi: *aduersus cæteros possessores, etiam pluris.* Et ibi glos. inquit: *verbi gratia, culpa mea amisi.* Idem voluit dicere Bart. in d. l. 1. ff. pro empto-re, dum dixit, nu. 3. *Item in eo, quod dicit quod quando culpa desiit possidere, &c.* vbi semper considerat dolum, vel culpam possessoris: eadem culpa ac dolus possessoris ponderatur ad eundem effectum à Iurisconsulto in l. si fundus, §. in venditione, ff. de pig.

His ita stantibus non obstant argumenta in contrarium. Nam ad primum, fateor non semper possessorem liberari offerendo litis æstimationem; sed satis est regulariter liberari offerendo litis æstimationem, vbi enim non potest liberari, inanis est disputatio, an sufficiat oblatio pretij rei possessæ.

Ad secundum argumentum fateor, possessorem aliquem pluris condemnari, quàm debitorem; sed hoc accidit ob culpam, vt exponit glos. in d. l. si inter. § fin. de pig. & hoc in casu ego fateor etiam id, quod interest, offerēdum.

Ad tertium dico: cessante culpa vel dolo, litis æstimationem non esse aliud, quàm rei æstimatio rei etiam in actione hypothecariæ nec aliud mihi probat Bart. in d. l. 1. Non obstat, quod Neguz. subdit, in hypothecaria actione litis æstimationem non esse similem emptioni, vt tradit Bal. in l. si creditor, qui rem. & ibi etiam Castr. ff. de pig. act. & notat. Alex. ad Bar. in l. litis æstimatio, ff. pro empt. Quia respondeo, non esse similem emptioni in præiudicium alterius, id est, domini ipsius rei, vt declarat Paul. Castr. in d. l. si creditor, secus in præiudicium ipsius litigatoris, si erat dominus, vt ibi per eum. Sed ex hoc non infertur, in hypothecaria possessorem conuentum non liberari soluendo litis æstimationem. Etsi enim talis æstimatio litis, cùm possessor non sit dominus, non habeat vim venditionis, liberet tamen eum. Et hoc solum in proposito nostro mihi sufficere videtur.

Ex his patet, sententiam Soc. posse defendi, quam etiam habuit Crau. in cons. 298. num. 16. vbi adducit rationem satis probabilem: si licet creditori petere rem hypothecatam, & illam retinere pro illa quantitate, quæ valet saluo sibi iure residuo. Ergo etiam reo & possessori conuento licebit pro eadem quantitate & iusta æstimatione retinere.

CAPVT XII.

Quòd si tertius possessor sumptus, & meliorationes in rem fecerit: an possit hypothecaria actione conuentus offerre æstimationem rei detractis meliorationibus?

AFfirmant Bart. in l. 2. C. de prædiis, & om. reb. nauic. l. 11. & sequitur ibi Alexan. in

add. & Casbeda l. si conuenerit, § si fundus, de pig. a & Socin. sen cons. 224. li. 5. Corsetus sing. ver. Melioratio, Neguz. de pig. 4. memb. 5 par. n. 21. Brauus tract. de A rg. conc. 14. fall. 2. Grau. cons. 298. n. 16 Cabalinus de euict. in add. in ver. Melioramenta, n. 8.

Negant Didac. Couar. lib. 1. variar. resol. c. 8. n. 2. lo. Garsia in tract. de expensis & meliorationibus c. 18. n. 84. Ludouicus Morocius de iure offerendi n. 8.

Fundamentum prioris sententiæ est in d. l. 2. C. de prædiis & om. lib. reb. naui. Sed certè non est satis firmum: quia sensus illius text. est: pensionem fisco debitam ex rebus nauicularioru m soluendam esse à tertio possessore, pro modo & quantitate ipsarum rerum, nec augeri, licèt res à tertio possessore fuerint melioratæ.

Posterioris sententiæ hæc sunt argumenta. Primum, quia hypotheca super re extenditur etiam ad augmentum, quod rei superuenit. l. si fundus hypothecæ, de pignoribus l. si conuenerit §. si nuda, de pign. act. Respondeti potest: dato, quòd meliorationes veniant sub hypotheca: non rectè infertur, offerri non posse rei æstimationem detractis melioramentis: Nam melioramenta sunt restituenda bonæ fidei possessori, l. Paulus, §. pen. de pig. Restat igitur apud possessorem res ipsa sola, cuius æstimationem offert.

Secundum. Creditor agens hypothecaria potest auocare à possessore fundum melioratum, solutis æstimationibus meliorationum l. cum postulassem §. vlt. de dam. inf. l. Paulus. §. pen. de pig. Ergo non potest excludi a possessore offerente æstimationem ipsius rei. Respondeo negando consequentiam: quia possessor habet ius offerendi æstimationem litis (vt infrà dicam) & sic non est bona consequentia.

Tertium, Natura hypothecariæ actionis est, vt vel debitum soluatur, vel res hypothecæ obnoxia tradatur, l. si fundus, §. in vendicatione, de pig. l. mulier, ff. qui pot. in pig. hab. l. si cum venditor, de euict. Ergo non licet possessori offerre pretium rei. Respondeo: imò licere rei pretium offerre: quia si licet ipsi creditori agenti rem petere, & eam retinere, donec ei fuerit satisfactum, consequenter etiam possessori licebit rem retinere pro eadē quantitate & iusta æstimatione. Est enim retentio fauorabilior, quàm petitio, l. per retentionem, l. de vsur. l. Fauorabiliores. d. reg. iur. ita Grauer. in cons. 298. n. 16. vers. pone etiam.

Priorem igitur sententiam, quæ magis communis est amplector. Primò ex ratione Grauettæ, quam proximè retuli. Secundò, quia possessor liberatur offerendo creditori agenti hypothecaria litis æstimationem, l. si creditor, ff. de pig. act. l. solutione, § vlt. ff. quib. mod. pig. vel hyp. sol. l. communi diuidundo, §. inter eos. ff. com. diu. l. ex his prædiis C. de euict. Sed litis æstimatio in actionibus in rem nil aliud est, quam pretium rei cum expensis & damnis, si in illa causa expensæ & damna venire debeant, l. 1. 2. 3. ff. pro empt. l. si quis mandato, de neg. gest. l. sed & si res, de public. l. si seruus, de euict. l. si propter ff. rerum amot. l. Mæuius, §. eum qui, de leg. 2. l. ei qui de furt. & optimè declarat Petrus Rebuf. de verb. sig. ad l. Hæc enunciatio.

Ergo possessori competit ius offerendi pretium rei & oblatione illa creditorem repellet.

CAPVT XIII.

An possessori conuento à creditore ex remedio l. fi. C. de acq. poss. competat ius offerendi?

ASsentior Ludouico Morocio in quæstionibus de possessore offerente q. 5 num. 9. competere ius offerendi possessori conuento ex remedio l. fi. C. de acq. poss. à creditore, cui bona debitoris obligata sunt cum clausula constituti: nam, (vt ipse bene consi ierat) agit iste creditor in eum finem, vt consequatur, quod sibi debetur; & sic ad possessionem rei sibi obligatæ, vt eam detineat: donec fuerit ei satisfactum: Ergo possessori licet offerendo quod ei debetur, eum excludere, l. Mulier, ff. qui potior. in pig. hab. l. si fundus, §. in vindicatione, de pig. l. Paulus. § . ff. quib. mod. pig. vel hyp. soluitur. Respondet Menoch. de recuperat. poss rem. 14. n. 60. id esse verū, cum agitur hypothecaria, at hic non agitur hypothecaria: sed condictione ex d. l. fi. Non rectè: quia est eadem ratio in creditore agente ex remedio d. l. fi. quæ in agente hypothecaria; siquidem ideò offerri potest agenti hypothecaria: quia non agit, vt præcisè auocet possessionem, sed vt consequatur, quod sibi debetur, eadem est intentio creditoris agentis ex remedio d. l. fin. ergo idem ius in vtroque.

Contrariam sententiam habuit Ruin. cons. 77. col. 1. li. 5. Menoch. d. rem. 14. n. 60. Fundamentum est: quia possessionis restitutio, retardari non debet. &, quia non datur ius offerendi possessori in summario rei vindicatione, l. si culpa, de rei vend. Soc. sen. cons. 224. lib. 2.

Respondeo: possessionis restitutionem retardari non debere sine causa: et si offeratur, iusta est causa retinendi eam, sicut & in hypothecaria: quia eadem est ratio.

Nec obstat: quod dictum est de rei vindicatione.

catione: quia tunc alia est ratio, agitur in ea actione de dominio, quod longè differt à debito. Sed hic totum creditoris agentis fundamentum stat in obligatione sibi facta à debitore: quia constituit se eius nomine possidere obligata, vt ita de maior esset creditori securitas parata pro suo credito consequendo, quod cum per oblationem possessionis obtinet, non iustè rem persequitur.

CAPVT XIV.

An mulieri, agenti constante matrimonio ad dotis in tuto collocationem, offerri possit pecunia à creditoribus mariti?

POsui hanc quæstionem lib. 3. cap. 100. secutus eorum sententiam, qui dixerunt creditoribus competere ius offerendi. In qua etiam persisto: quia fundamentum eorum, qui negant istud ius competere, positum est in eo, vt consulatur magis dotium securitati per bonorum retentionem, sed æquè bene consuli potest dotium securitati, si pecunia collocetur ad honestum lucrum, vel in emptionem bonorum, vt dicebat Imola in l. si constante. col. 7. vers. item in quantum dicit, ff. sol. matr. Crotus cons. 107. n. 10. lib. 1.

Contraria sententia est magis communis, Rolan. cons. 9. lib. 4. Abb. cons. 86. D. Cepha. cons. 298. nu. 6. Afflict. decis. 199 Capyc. decis. 41. n. 11. Osasc. decis. 135. Franc. deci. 54. n. 5. Morocius de possessore offerente, q. 6.

Componamus hoc dissidium, vt mulieri consulatur, nec fiat præiudicium creditoribus, hoc modo, videlicet: certa bonorum portio marito adiudicetur mulieri, secundum iustam æstimationem, pro rata quantitatis dotis. Ita Baldus Nouell. de priuile. dot. parte 7. priuil. 47. Neguz. de pigno. 1. membr. 5. partis, n. 33. Rol. d. consi. 9. n. 4. Alinius tract. de executio. §. 7. c. 119. Osasc. decis. 135. in fin. Franc. d. decis. 54. num. 5. Moroc. d. q. 6.

CAPVT XV.

De interesse lucri cessantis, an in contractibus debeatur post moram?

COmmunis est sententia: peti posse post moram interesse, (quod vocant) lucri cessantis à solito negotiari & lucrari, vt latè ostendit adductis authoritatibus Gabr. commu. concl. tit. de solutionib. conclu. 10. in prin. Lup. Gemin. alios adducens ad l. curabit. comm. 1. §. 6. num. 107. C. de act. empt. quibus adde Bursat. consi. 60. num. 42. Rot. Genuens. decis. 134. Fundamentum est in l. 2. §. vlt. ff. de eo quod certo loco, ibi: *Quid, si merces solebat comparare, an & lucri habeatur ratio non solius damni? Puto & lucri habendam rationem.* Et in l. commissa ff. rem ratam hab. & in l. si fundus quem, §. vlt. ff. loca. in l. si mulier, ff. rerum amotar. & in l. vn. C. de sent. quæ pro eo, quod interest, proferuntur in fine.

Contrariam sententiam amplexi sunt Deci. in c. cùm venerabilis, numer. 14. de exceptio. & in con. 441. circa finem. Soc. sen. in l. de diuisione, col. pen. in fi. ff. solut. matr. Curtius iun. in l. vn. C. de sententijs, quæ pro eo quod interest, num. 39.

Fundamentum est in l. vlt. ff. de periculo & commo. rei ven. ibi: *non omne omnino, quod venditor, mora nō facta, consequi potuit: veluti si negotiator fuerit, & pretio soluto, ex mercibus plus, quàm ex vsuris, quærere potuit.* & in l. si sterilis, §. cum per venditorem, ff. de act. empt. & vend. vbi idem dicitur.

Respondent contrariæ sententiæ authores: dictas leges non loqui de creditore solito negotiari & lucrari. Malè: quia repugnant verba text. ibi: *veluti si negotiator fuerit*, & illa: *& ex mercibus plus, quàm ex vsuris, quærere potuit.*

Item respondent: ibi non attendi interesse ratione lucri, quoniam agitur de vsuris recompensatiuis, præstandis ab emptore venditori, quæ debent exigi ad rationem fructuum perceptorum ex illo fundo.

Non rectè: quia si debetur Interesse hoc lucri cessantis à debitore post moram, creditor non exiget vsuras ad rationem fructuum, sed ad rationem lucri, quod facere potuisset: quia id maius esse potest, quam sint vsuræ ad rationem fructuum perceptorum, vt ibi dicitur.

Ego puto, posteriorem hanc sententiam esse veriorem: quia istud Interesse lucri cessantis est extra rem, (vt omnes fatentur,) at nullo iure cauetur Interesse, quod est extra rem, peti posse, imò contrarium, quòd peti non possit, expressè cauetur in d. l. vlt. & in d. §. cùm per venditorē. Non obstant leges adductæ pro communi sententia: quia omnes loquuntur de lucro circa ipsam rem: non autem de huiusmodi lucro extrinseco & remoto, seu extra rem, vt videri potest ex iuris textibus.

Excipio tex. in dict. l. vlt. ff. de eo, quod certo loco. qui textus expressè loquitur de Interesse lucri cessantis, de quo nostra est disputatio. Et hic est locus, qui fuit causa erroris, in quem impegêre nostri Doctores, (salua pace) non ex eo, quod textus ille loquatur in actionibus arbitrarijs, vt Socin. Dec. & alij sunt opinati, sed, quia loquitur de pecunia traiectitia, vt patet ex verbis illis: *quid enim si traiectitiam pecuniam dederat.* & postea sub-

dit: *in hanc arbitrariam, &c*. Ex quibus verbis intelligitur, in hanc actionem arbitrariam, in qua venit pecunia traiectitia, sic fuisse constitutum vt habeatur ratio lucri cessantis.

Rectè Cuiacius ad Africanũ, tract. 8. in com. ad d. l. si fundus quem, ff. locati, *Si pecuniã nauticam creditori certo loco reddi conuenerit, hoc in casu lucri & damni etiam extrarij habetur ratio etiam supra duplum, quia nautica pecunia modum non habet vllum, non seruat modum dupli, modũ centesimæ*, vt habetur in d. l. 3. § vlt. Quod dicit de centesima probatur in l. eos. §. super C. de vsuris. ibi: *in traiectitiis autem. &c*. Rationem puto esse propter periculum nauis amittendæ, quod subire solebant creditores in traiectitijs pecunijs, l. 1. 3. 4. C. de nautico fœnore, l. 1. 2. & toto ferè tit. ff. eod. tit.

CAPVT XVI.

An sententia sub conditione resolutiua sit valida?

NEgat Bartol. in l. Iudex posteaquam, de re iudic. & Bart. secuti sunt Dd. magis communit. qui copiosè citantur à Gabr. cõ. conc. ti. de sent. concl. 1. Osascus decis. 146. sub n. 10.

Fundamentum est in d. l. Iudex, & in l. moris est. §. 1. ff. de pœn. & alijs similibus, quibus cauetur, iudicem non posse corrigere sententiam suam. Sed hoc valdè infirmũ mihi videtur: quia textus allegati loquuntur, quando ex interuallo Iudex vult corrigere sententiam: hic autem loquimur, quando eodem tempore & eodem contextu eam corrigit: puta, condemnat Titiũ in centum, adiecta reseruatione, *quod si minus vel plus condemnari debeat, secundum formam statutorum intelligatur esse condemnatus in minus vel plus, secundum formam statutorum*. Videtur enim id licere Iudici.

Contrariam igitur sententiam veriorem esse existimo, quam secutus est Angel in d. l. iudex. Bal. in l. certa, in fi. C. quando prouoc. non est necesse. Felin. in c. cùm contingat, sub nu. 12. de off. delegat.

Fundamentum est in gloss. in l. item Labeo, ver. purè, ff. fam. herc. Vbi valet sententia cum resolutione, quam infrà dicam. Respo. Alex. in d. l. Iudex, num. 25. illam clausulam, (cuius gloss. meminit) venire ad qualificandum, non autem ad corrigendum. Secundò adducitur glo. in c. Prædicaros, 16. q. 1. quæ probat valere sententiam, si Iudex dicat: condemno, imò absoluo.

Et certè in exemplo Barto. quod suprà retuli, res videtur clara: quia pœnæ persecutio non voluntati Iudicis mandatur, sed legis authoritati reseruatur, l. 1. vers. Nam vt Papinianus, ff. ad Turpil. In alijs causis idem puto statuendum: quia sententia est certa per relationem ad certum, l. in summa ff. de re iudic. & valet sententia sub conditione lata, l. 1. §. Biduum, ff. quando app. & antequam sententia sit prolata, iudex potest addere, corrigere, prout ei videtur, arg. l. contractus, C. de fid. instrum. notat Alex. in d. l. iudex posteaquam. n. 6. Itaque resideo in hac sententia, huiusmodi sententiam valere: sed arguere imperitiam iudicis: quia priùs debuit statutum considerare, an conforme esset condemnationi nec ne: non autem ita pronunciare.

CAPVT XVII.

Vtrùm sententia sub conditione extrinseca lata valeat?

COmmunis est & verissima sententia: sententiam latam sub conditione extrinseca valere. Ita docuerunt glo. & Bartol. in l. 2. §. biduum. ff. quando appel. sit. Vantius de nul. titulo ex defect. process. numero 113. alios citant & communem testantur Gabriel. concl. 1. titu. de sententijs, & Osascus decis. Pedem. 146. Fundamentum firmissimum est, in d. l. 2. §. Biduum, fatuus enim esset ibi Iurisconsultus disputando à quo tempore appellandum sit, vbi sententia sub conditione lata est, si necessaria non esset appellatio, eò quod sententia huiusmodi non valeret. Tantò magis cùm ibi dicat, sententiam non esse ferendam sub conditione: sicut enim reprehendit huiusmodi sententiam, quæ sub conditione fertur: ita etiam credibile est, eundem iurisconsultum dicturum fuisse, non valere, si reuera non valeret. His accedit regula trita: *Vtile per inutile non vitiatur*. Quamobrem inutilis adiectio conditionis vitiare non debet sententiam, quæ alioquin valida est, præsertim, quia semper interpretatio fieri debet, vt actus valeat, l. quoties de reb. dub. Neque vlla lege cauetur, vt huiusmodi sententia sit nulla: ergo nullitas à nobis inducenda non est. Est enim nullitas quædam species pœnæ, l. senatus, ff. de contrah. em. & not. Bartol. in l. Turpia. de legat. 1. & in l. Prætor, ff. de oper. non. nunc. Vant. tit. quid sit nullitas, n. 8. At pœna non imponitur, nisi lege caueatur, l. & si quis, §. diuus, de religios. & sumpt. & notat li. argumentando, Achilles de Grassis. dec. Rotæ Rom. tit. de electio. decis. 2.

Contrariam sententiam habuerunt Bald. Sal. & Alberic. in l. cùm iudex, C. de sen. & interloc. om. iud. idem Bald. in l. Non dubium, in 5. opp.

in 5. opp. C. de legib. sed eorum argumenta nihil nos morantur. Primum sumitur ex regula l. actus, de reg. iur. nihil est: quia debet intelligi de actibus legitimis ibi expressis secundum Decium, in princ. vel de actib. solennibus, vt declarat optimè doctissimus Petrus Faber in commentariis eius loci. Secundum est: quia sententia debet esse conformis libello, l. vt fundus. ff. commu. diuid. Respondeo: supponendum esse quod sit cõformis in substantialibus: quia scilicet contineat condemnationem, vel absolutionem, iuxta l. 1. ff. de re iud. Tertium est: quia sententia non valet lata sine causæ cognitione, l. 2. C. de sent. ex periculo recitat. l. vlt. C. comm. nat. epist. c. ponderet. 50. distinct. Respondeo, hic supponendum esse, caussæ cognitionem fuisse adhibitam, licèt inutilis conditio adiecta fuerit. Quartum est. ex l. 1. §. cùm adiicitur, de verb. oblig. sed respondc. vt per Osascum decis. 146. nu. 6. Vltimum sumitur ex l. non dubium, C. de legibus, cui satisfacit glos. in d. §. Biduum.

CAPVT XVIII.

An valeat sententia lata sub conditione intrinseca respiciente tempus præteritum, vt puta, (si probatum sit?)

NOn puto, valere sententiam iudicis, qua reum condemnauerit sub ista conditione, si probatum est, eum debere: quia nihil definit huiusmodi sententia. Quod tamen fieri oportuit, l. 3. ep. & vlt. C. de epi. quæ sine cert. quant. profer. l. in summa, §. sortis, de re iud. l. 3. ff. eod. tit. l. de qua re, de iudic. l. 3. §. tu mag s. de testib. l. quinquaginta, de probatio. Videtur enim lata absque causæ cognitione, cùm ex actis iudex non cognouerit an fuerit probatum necne. Ergo non valet, l. 2. C. de sent. ex periculo recit. c. iudicantem, 30. q. 5. Et sequor hac in re sententiam Cuman. & Bexutij Castrensisque in cons. 424. lib. 1 & in l. 2. §. Biduum, ff. quan. app. sit, n. 7. in quam & Ripa inclinare videtur in l. ait prætor, §. si iudex, n. 7 de re iudicata.

Contraria sententia est communior, quam secuti sunt Bart. Alex. Ias. & alij communiter in d. §. si iudex. Osasc. decis. Pedem. 146. nu. 10. Gabr. concl. 1. num. 21. tit. de sententiis. Sed nullum firmum habet fundamentum: quia leges adductæ pro hac sententia loquuntur de sententia iudicis referente se ad aliud, & conditionem in se habente intrinsecam vel extrinsecam in his, in quibus nihil iudici imputari potest: & in quibus certa nihilominus est sententia & condemnatio: non autem, vbi conditio totam sententiam reddit incertam, vbi apparet iudici non liquere, prout decidit, quando condemnat reum, si probatum est, dubius ergo est iudex, an sit probatum, cùm ita pronunciet. At vbi non liquet iudici, nec pronunciare debet, l. vbi C. de fals. l. hæc autem, ex quib. caus. in poss. eat. gl. in l. si de me s. §. vlt. ff. de arbit. gloss. in cap. pen. de eo, qui mittitur in possess.

Videantur ergo leges pro communi sententia adductæ, ne sub generali verborum sermone quisquam decipiatur. Sunt hæ: l. ait prætor, § si iudex, de re iud. l. in summa, eod. tit. l. à diuo Pio, §. si in venditione, eod. tit. l. qui testamento, de excusat. tut. l. Generaliter. C. de reb. cred. l. cùm iudex, C. de sent. & interloc. om. iud. Nihil simile comperies in his legib. Vide: nec enim iudicium tuum impedire volo prolixitate verborum, quæ recitando dictas leges facilè tædium adferrent.

CAPVT IX.

An valeat sententia lata sub conditione intrinseca respiciente tempus futurum, puta (si probabitur?)

NOn puto, valere huiusmodi sententiam, quia nihil certi continet, arg. l. 3. C. de sen. quæ sine cert quan. §. Curare, institut. de actio. Maximè, cùm ista conditio non statim impleri possit? Quemadmodum illa, si iuraueris, quo casu valet, vt in l. Generaliter, C. de reb. cred. vt not. gloss. in l. cùm iudex, C. de sent. & interl. om. iud. Adde quòd huiusmodi sententia videtur peruertere ordinem iudicii: probationes enim fieri debent ante sentẽtiam, non autem post, l emptorias, C. sent. rescindi non posse. Nec potest dici lata caussa cognita: cùm nulla probatio fuerit facta. In summa, ex probationibus partis pronunciandum est, non ex futuris, nisi forte probationes pertineant ad executionem & liquidationem pronunciati. Bartol. in l. cùm iudex. C. de sent. & interloc. Castr. in l. continuus, de verbor. obligat. & est communis sententia Doctorum, vt per Osascum decis. Pedem. 146. Gabriel. concl. 1. tit. de sent. n. 27.

Contrarium multi docuerunt ab Osasco & Gabriel citati in locis annotatis. Primò ex l. 2. §. Biduum, ff. quan. app. sit. Respondet Ripa in l. ait prætor, § si iudex, de re iudic. text. illum loqui de conditione, quæ suspendit. Hæc autem conditio, *si probabitur*, sententiam expectat post se, contra textum in l. iudex, de re iudic. Secundò: quia probationes non sunt de substantia iudicii, l. cùm putarem, ff. fam. hercisc. Respondeo, de substantia tamen sententiæ esse, vt caussam definiat: quod ista non facit. Ergo non valet. Tertiò: quia hæc sen-

tentia est contra ius litigatoris: nam actore non probante, reus absoluitur, l. qui accusare, C. de edendo. ergo valet, & appellare necesse est, l. 1. ff. quæ sent. sine appellat. rescind. Respon. et Ripa in d. §. si iudex. videri esse contra ius constitutionis, quia constitutio mandat, probationes fieri ante sententiam. Addo, sententiam huiusmodi notoriè esse iniustam. Ergo non valet, cap. inter cæteras, de sent. & re iud. Gabr. tit. de sent. concl. 10. Rota nouiss. dec. 85. in prima part. Quartò adducitur text. in cap. cùm venissent. de con. cui satisfacit Otalc. d. dc. 246. in fine. Vltimò: quia parte non opponente, incertitudo non vitiat, vt notatur in l. vlt. C. de an. except. Hic autem pars non opponit: quia non appellat.

Respondeo, licèt non appellet, de nullitate tamen dicit: nam supponendum est, de nullitate dici. Si enim nullus sit, qui de nullitate dicat: est perinde, ac si valida esset sententia. gloss. in l. qui habebat, in fine, de manu. testa. D. Cephal. consil. 47. numero vigesimo. Adde, quod nec consensus partis facere potest, vt sententia, quæ est nulla, valeat in vim sententiæ: sed valere potest in vim pacti, l. 5. C. comm. vtriusque iud. Sed consensus hoc in casu debet esse expressus, nec sufficit tacitus. Crauet. consil. 29. num. 6. de quo tamen videatur Gabriel. tit. de sent. concl. 2. num. 18.

CAPVT XX.

Vtrùm emphyteusis concessa pro filiis & descendentibus comprehendat fœminas?

SI emphyteusis concessa sit pro filiis & descendentibus, aliqui docuerunt: fœminas non comprehendi, quasi illud verbum *filius* adiunctum, restringat alterum verbum *descendentibus*. Nam communiter receptum est, filiorum appellatione in emphyteusi fœminas non contineri. Clarus §. emphyteusis; quæst. 32. Roland. consil. 76. libr. 3. Licèt ergo descendentium appellatione veniant fœminæ, Ruin. consil. 24. num. 9. lib. 1. Gozad. consil. 20. num. 7. tamen propter verbum *filiis* restringitur illius significatio. ita D. Cephal. consilio 11. Curt. iunior consilio 321. numero decimo tertio, libro tertio. Argumento textus in l. 1. & ibi gloss. & Soci. & alii, ff. de rebus dub. ibi enim probatur, vnum verbum dubium vel obscurum declarari ex verbo adiuncto. Horum sententiam non est ausus sequi indistinctè Iosephus Ludouicus, decisio. 29. Lucensi. etenim nume. 8. quasi mediam viam eligendo existimauit: huiusmodi emphyteusim intelligi concessam priùs masculis: & postmodum, eis deficientibus, ad fœminas pertinere. Neutra sententia mihi videtur iuri consentanea: nam, vt de Ludouico expediam, nititur authoritate Pinelli loquentis in terminis longè diuersis: quando scilicet, dictum fuit simpliciter pro se & filiis: tunc enim vult Pinellus admitti etiam fœminas, vbi masculi non extant. Quod cum quæstione nostra nihil sanè commune habet.

Quantum verò attinet ad priorem sententiam, (vt omittam ea, quæ alias scripsi contra communem sententiam, quæ negat filiorum appellatione fœminas contineri) dico nunc etiam ea communi sententia præsupposita nihil proponi, cùm verbum *descendentes* adiunctum verbo *filiorum* debeat restringi: nam textus in l. 1. de rebus dub. & si quæ sunt alia iuris testimonia inducta ad hoc probandum, nihil minus probent. Aliud est enim, verba ambigua & obscura ex verbis adiunctis declaranda esse. (vt probatur in dictis locis.) Aliud verò est, quod nunc venit in disputationem, an generale verbum adiunctum speciali suam amittat naturam: & de generali efficiatur speciale. Quod sanè verum non puto: nam si dicatur, *quicunque homo*, illud verbum, *quicunque*, non restringit (licèt specialiter denotet genus masculinum) alterum verbum *homo*: nec impedit, quò minus tam masculum, quàm fœminam comprehendat, vt notat Bartol. in l. 1. de verb. sig.

Ego igitur lubentius aliorum sententiæ subscribendum puto, qui in proposita specie docuerunt, tam masculos quam fœminas comprehendi, secutus tradita per Corn. in consil. 263. libro primo, per Iacobum a sancto Georgio in l. sed si hac, §. liberos, de in ius vocan. Alex. in consil. 81. colum. fin. libro primo. Bero consil. 152. numero trigesimo secundo, & sequ. libro 2. & hanc sententiam videtur etiam sequi Alexa. in dict. §. liberos. Iat. in l. si quis quod. num. 25. ver. 2. limitat. de iurisd. om. iud. & Goyad. in consil. 20. num. 7. Corbul. de iure emphyteut. cap. duodecimo, numero trigesimo secundo, & sequ. & cùm hæc scripsissem in causa cuiusdam Dominicæ Polienæ, vidi decisionem rotæ Florentinæ pro hac sententia libro 66. mortuorum, folio 103.

Et tantò magis in causa illa respondit, ne emphyteusis de vna linea ad alteram transiret: nam quamdiu superest aliquis de vna linea disponentis, semper portio illa spectare debet ad superstites illius lineæ tam masculos quàm fœminas, exclusis descendentibus omnibus alterius lineæ etiam masculis, Corn. consil. 233. num. 10. lib. 4. Rui. consil. 9. n. 3. lib. 4. Bero. cons. 152. n. 35. & n. 42.

& num. 42. lib. 1. consil. 93. num. 26. eod. Osasc. decis. Pedem. 23. num. 34. Cels. Hugo consil. 93. num. 10.

CAPVT XXI.

An emens ab Ecclesia teneatur stare colono?

EMentem ab Ecclesia teneri stare colono, omnium primus affirmauit Ludou. Rom. in l. tuhosam. §. si vir. ff. sol. mat. quem secutus est Alex. in cons. 118. n. 14. lib. 5. nec non Gratus in cons. 95. n. 23. lib. 1.

Contrarium respondit Curtius senior in cons. 10. secutus Alexandrum sibi contrarium in d. §. si vir. nu. 5. Fundamentum huius sententiae posterioris est in l. emptorem. C. de locato. cùm nulla lex reperiatur, quae contrarium ius statuerit in eo, qui ab Ecclesia emit. Ergo standum est regulae. Fundamentum verò posterioris sententiae positum est in l. fin. ff. de iure fisci. vbi constitutum est in emente à fisco, vt teneatur stare colono: *ne fiscus colono teneretur, quod ei frui non licuisset*, argumentando à fisco ad Ecclesiam, vt per Euerard. in loc. leg. in loco à fisco ad Ecclesiam. Atque hinc pendet tota difficultas. scio communem esse sententiam, valere huiusmodi argumentum, sicut monet Euerard. ibi, & traditur etiam Alba in cons. 108. in fin. D. Cephal. cons. 85. n. 46. & seq. sed facile est, aliquid affirmare: at probare, quod affirmatur, hoc opus, hic labor est.

Ego sic statuo; multos esse casus, in quibus Ecclesia vtitur eodem iure, & priuilegio, quo fiscus. Sed nullum habeo iuris, vel Canonici, vel ciuilis testimonium, quo cautum sit, Ecclesiam vti iure fisci in casu nostro: si igitur nulla lex hoc dicit: nec nos dicere debemus, l. illam. C. de collationibus, fateor in fauorem Ecclesiae dici posse idem quod dicitur in fauorem fisci. *ne Ecclesia teneretur eo, quo conductori frui non licuisset*, sed iuris auctorem desidero, qui hoc decernat, atque declaret: nam inter ius & aequitatem interpositam interpretationem soli legumlatori conuenit dirimere, l. 1. C. de legibus, nec priuilegia sunt inducenda. l. quod verò. ff. eod. Atque ita disputando dici posset. Veruntamen, cùm res dubia sit, facilè subscribo sententiae; quae pro Ecclesia est. l. sunt personae. ff. de relig. & sumpt. funer. proque est decisio Aluari Valaschi decis. 40.

CAPVT XXII.

Qualiter laesio consideretur in arbitramento?

SCribit Bart. in l. 2. n. 7. C. de rescind. vend. laesionem in arbitramento, siue laudo, (vt vocant) considerandam esse ad deducendam, inspecto dubio litis euentu. sicut in transactione fieri solet, cùm disputatur, an transactio contineat laesionem vltra dimidiam? nam arbitramentum est species transactionis, Auth. si verò contigerit. C. de Iudiciis, & ibi gloss. in verbo, compositionem, & Bart. secuti sunt multi. quos commemorat ibi Cagnol. num. 84. & sequenti. cui sententiae, praeter exemplum transactionis, suffragari videtur, quod aliàs etiam idem receptum sit: vt quoties contractus dubius est, spectari debeat euentus dubius. l. si iactum retis. ff. de act. empt.

Contrariam sententiam, Bartolo acriter reprehenso, amplexus fuit Bald. in d. l. 2. in 8. opp. Primò: quia coram arbitratore propriè lis non est. Deinde: quia quandoque compromittitur de pretio rei, ibi non potest lis aestimari, quae non est. nec esse speratur. Baldum secuti sunt multi, quos commemorat Iason in l. si quis cum aliter. sub numer. 15. de verbo. oblig. confirmantes hanc sententiam ex eo, quòd arbitramentum non sit propriè transactio, vt tradit idem Barto. in l. quod si Ephesi §. 1. ff. de eo quod cert. loco. glo. in c. si quando, de off. delegati.

Breuiter agendo: tota difficultas huius rei consistit in cognoscendo, an arbitramentum dicatur esse transactio: quia in re duo sunt casus distinguendi. Aut enim agitur de arbitramento emologato: aut non emologato. Si arbitramentum non sit emologatum: non potest dici transactio: quia transactio dicitur, cùm à lite receditur. l. 1. ff. de transact. Hic verò non receditur a lite: quia laudum non est approbatum: imò peti potest reductio in arbitrium boni viri, vt notum est ex l. societatem §. arbitriorum. ff. pro socio. Si verò laudum fuerit emologatum & approbatum: videtur mihi verè & propriè transactio: quia partes à lite recedunt, consentientes in huiusmodi arbitrium aliquo, scilicet dato, vel retento: sicuti & iuramentum dicitur esse quaedam species transactionis, l. 2. ff. de iureiur. quia scil. seruato iuramento plerumque lites finiuntur, l. 1. ff. eod. & ita affirmant Dec. in c. si quando. de off. deleg. nu. 6.

Hoc igitur ita posito, rectè Barto. sensisse videtur, cum dixit: arbitramentum transactionem quandam esse, & idcirco, ad eius laesionem diiudicandam, spectandum esse litis euentum. Maléque reprehenditur à Baldo qui rectè loquitur, si de arbitrio agatur non emologato, (vt suprà dixi.) Et sic opiniones conciliari posse videntur.

CAPVT XXIII.

De melioramentorum æstimatione in rebus fideicommisso subiectis.

Rectè scribit I.C. in l. in fundo. ff. de rei vind. in æstimandis meliorationibus, rationem habendam esse eius, quod impensum est: si minor sit impensa, quam melioratio: sin autem maior sit, rationem meliorationis esse habendam. Sed quæstionis est controuersæ, an idem statuendum sit, quoties hęres grauatus per fidei commissum rem ipsam, restitutioni obnoxiam, meliorem efficit: vel aliquis alius dominus rei, subiectæ tamen restitutioni. (Dd. appellant *dominium reuocabile.*)

Etenim sunt, qui negant, huic distinctioni locum esse in domino, licet obligato ad rem restituendam, restringentes doctrinam Iurisconsulti in d. l. in fundo, ad bonæ fidei possessorem, qui nullum habet dominium in re meliorata. Ita Valasch. de iure Emphyt. q. 25. num 28. Ruin. consi. 14. lib. 1. Lud. Moroc. alios adducens consi. 31. num. 13. & seq. Quorum fundamentum est: quia dict. l. in fundo, loquitur de bonæ fidei possessore, igitur extendi non debet ad dominum rei: quia dominus rei impendit in suo & in re propria: licèt fortè reuocabili aut restituenda. Ideòque tempore restitutionis faciendæ tantum transfert ad dominum quantum abest ei, hoc est, veram æstimationem rei, quæ tempore restitutionis est. Huc accedit text. in l. domos, de leg. 1. vbi videtur probari, faciendam esse æstimationem ædificij, quo posito, non erit habenda ratio eius, quod impensum est: sed qualitatis ipsius ædificij, id est, meliorationis factæ.

Contrariam sententiam habuerunt Mazar. in epit. de fideicomm. quæst. 65. & in consil. 13. num. 9. Burs. consi. 71. num. 22. Hip. Rim. consi. 411. dubio 2. Petr. de fideic. quæst. 15. n. 171. Garzia. Hisp. de expensis & melio. c. vlt. circa prin. Quam sententiam & ego amplector, sicuti alibi feci, lib. 7. cap. 63. quoniam non adfertur ratio differentiæ inter dominum, & bonæ fidei possessorem, loquendo de domino reuocabili: quoniam huiusmodi dominus reuocabilis restitutioni obligatus, videtur esse quodammodo in mala fide; quoniam scit se teneri ad rem restituendam, arg. l. vltim. §. vltim. C. de leg.

Huc accedit ratio iustitiæ commutatiuæ, per quam conseruatur indemnis, cùm recipiat id, quod impendit, licet maior sit melioratio, ideòque non potest iustè conqueri. Quòd, si meliorationis impensa rem longè pretiosiorem reddiderit, ita vt æstimatio rei longè superet impensam factam, iustè non potest eiusmodi prætendere æstimationem, atque augmentum: quoniam cedere debet vero domino, quemadmodum & damnum ipse dominus sentiret, si secundum naturam, de reg. iur. Minus potest iustè conqueri, si minor sit melioratio quam impensa facta: quia non trãstulit in verum dominum aliud, quàm meliorationem. Ergo non tenetur dominus restituere plus, quàm acceperit.

Non obstat textus in d. l. domos, quia nihil aliud dicit, quàm boni viri arbitratu *restitutionem* esse faciẽdam, habita ratione sumptuũ & ædificiorum, quod rectè intelligi potest secundum distinctionem d. l. in fundo. Non obstat, quod dicitur, dominum rei, licèt reuocabilem, non compensare fructus cum melioramentis, sicuti possessores bonæ fidei, iuxta l. sumptus, de rei vind. secundum Bald. Ang. & Imol. in l. in maiorem, §. 1. solut. mat. Castr. Alex. in d. l. & est gloss. celebris in d. l. emptor, in verbo superfluum. de rei vind. Garz. de expens. & melior. c. 23. n. 53. Ratio diuersitatis hîc in promptu est: nam melioratio facta à domino cedit solo, & sic est ipsius domini. Meritò fructus ex ea percipere potest: & suos facit tanquam perceptos ex re sua. Sed vbi melioratio fit à bonæ fidei possessore, alia est ratio: quoniam fit in re aliena, consequenter fructus ex melioratione percepti, dicuntur esse percepti ex re aliena: meritò fieri debet compensatio fructuum & meliorationum. At hæc ratio nil commune habet cum quæstione nostra, vt patet.

CAPVT XXIV.

An l. si quis argentum. § fin. C. de donat. locum habeat in pacto de donando?

Affirmant locum habere Bartol. in l. iurisgentium ff. de pact. R.... lib. 3. resp. cap. 12. Paul. ad l. 2. in 2 part. n. 30. C. de resc. vend. Aret. in §. in personam. inst. de act. Fortu. in d. l. iurigentium. n. 31.

Negant Salic. in d. l. si quis argentum. §. final. Faber in § aliæ. inst. de dona. Imola in l. in ędib. §. ex rebus. de dona. Alex. in d. l. Iurisgentium. col. 3. vers. item adde, Tiraq. con. 69. n. 18. lib. 1. Alciat. in l. 1. n. 21 de verb. oblig. Et hæc est communior, vt ibi per Roland. Hippol. Rimin. Inst. de dona. §. 1 n. 397. vbi re discussa hac amplectitur vt veriorem & probabiliorem.

Omnis difficultas consistit in recta intelligentia text. in d. l. si quis argentum. §. vlt. cuius hæc sunt verba; *Sin autem hoc minimè donator expresserit, siquidem stipulatio donationi inserta sit, ex eius auctoritate traditionem compelli fieri: sin verò & hoc prætermissum sit, & vsumfructum minimè detinuerit, nihilominus ex*

ex l. noſt. neceſſitatem ei imponi, etiam tradere hoc quod donare exiſtimauit, vt non ex hoc inutilis ſit donatio, quòd res non tradita ſunt: nec confirmetur ex traditione donatio: ſed liberalitatem plenam, & ſecundum legem noſtram perfectiſſimã cõſtituẽtã neceſſarius traditionis effectus ſequatur: & neceſſitatem habeat donator omnimodò, vel res, vel partem ſubſtantiæ, quam nominauerit, vel totam ſubſtantiam tradere. Cùm enim in arbitrio cuiuſque ſit hoc facere, quod inſtituit: oportet eum, vel minimè ad hoc proſilire, vel cùm ad hoc venire properauerit, non quibuſdam excogitatis artibus ſuum propoſitum defraudare, tanquàmque indeuotionem quibuſdã quaſi legitimis velamentis protegere. Tantóque magis hæc firma eſſe, ſi piis actibus vel religioſis perſonis donatio deputata ſit: monumentorum obſeruatione in his mediis, ſecundum quod ſpecialiter à nobis in huiuſmodi caſibus prædictum eſt, obſeruanda: ne in præfatis piis cauſis, ex quibuſdam machinationibus non ſolùm indeuotus, ſed etiam impius donator intelligatur: pœnáſque non ſolùm legitimas, ſed etiam cœleſtes expectet: réſque donatas in omnibus ſuprà dictis caſibus non ſolùm eos dum ſuperſunt, ſed etiam eorum ſucceſſores reddere compelli, non tantùm his, in quos donatio facta eſt: ſed etiam eorum heredibus.

Omitto recenſere, quæ Riminaldus & alii variis huius textus ponderationibus in mediũ attulere, & breuiter concludo pactum de donando contineri in hac præclara conſtitutione. Itaque ſi quis (exempli cauſa) promiſerit alicui citra ſtipulationem ſe ei donaturum, exiſtimo actionem dari, qua is cogatur implere, quod promiſit. Mouent me verba textus, & ratio legis, ex quibus duobus argumentum ſumptum firmiſſimum eſt, l. nominis & rei, §. verbum. *Ex legibus*, de verb. ſig. Verba legis planè oſtendunt, eum qui promiſit ſe donaturum abſque ſtipulatione, hac conſtitutione comprehendi, in illis verbis: *Neceſſitatem ei imponi etiam tradere, quod donare exiſtimauerit.* qui enim promiſit ſe donaturum, procul dubio donare exiſtimauit, id eſt, cogitauit donare, in animo habuit, atque conſtituit ſe donare velle.

Confirmatur hoc argumentum, quia certum eſt hac conſtitutione compelli donatorem, qui nudo pacto donauit abſque ſtipulatione & traditione. Sed pactum de donando nihil aliud eſt, quàm donatio nudo pacto celebrata. Ergo etiam pactum de donando comprehenditur in eadem conſtitutione. Vbi illud moneo, me dixiſſe, pactum de donando idem eſſe, quod eſt donatio nudo pacto facta: non autem dixi idem eſſe quod donatio ſimpliciter facta. Scio enim aliud eſſe donare, aliud verò eſſe promiſſionem de donando. Sicuti aliud eſt venditio, aliud pactum de vendendo. Verùm pactum de donando, & donatio nudo pacto facta, vnum & idem eſſe videntur. Hoc eſſe verum ſic oſtendo. Pactum eſt duorum pluriúmve in idem placitum & conſenſus, l. 1. §. Pactum, de pactis. Igitur pactum de donando erit duorum pluriúmve conſenſus & placitum circa donationem: vt puta *promitto me tibi conſentienti donaturum*: vel, *tibi donabo*, iſtud eſt pactum de donando.

Donatio autem nudo pacto facta quid eſt? certè nihil aliud, quàm nuda promiſſio: non enim traditio interuenit neque ſtipulatio. Quia, ſi quis dicat: *dono tibi hanc rem*, non erit donatio nudo pacto facta, ſed vera & realis, ſi res ſit præſens, quæ donatur. Si verò non tradatur res neque præſens ſit: donatio huiuſmodi reſoluitur in promiſſionem & pactum, quo quis promittit ſe velle donare, ſiue promittit rem illam ex cauſa donationis: nam donatio abſque traditione & ſtipulatione facta, obligat donantem vigore pacti, id eſt, mutui conſenſus donantis & donatarii, ad rem tradendam. Simili modo, qui promiſit donare, videtur obligari: quia hic etiam ineſt conſenſus vtriuſque partis, & ſic effectu & veritate conſiderata, nulla prorſus differentia eſt, quamuis non negauerim, ſubtilitate verborum inſpecta, aliquam eſſe differentiam. Illud contendo, ſi pactum eſt, cùm quis dicit: *ego dono*, obligare donantem ad dandum: & ſimili modo eum, qui promiſit donare, obligatum videri ex pacto. Ratio autem legis militat etiam in pacto de donando: nam ratio fuit fauor liberalitatis, (vt ex text. colligitur) ideóque militat etiam in pacto de donando, cùm & ipſum pactum liberalitatem contineat.

CAPVT XXV.

Deſcendentium per lineam maſculinam appellatione an veniant fœminæ?

DEſcendentium per lineam maſculinam appellatione veniunt etiam fœminæ, vt notat gloſſ. in l. Gallus, § nunc de lege, de lib. & poſthum. vbi Bald. notat. Caſtr. Aret. Soc. Alex. & Iaſ. nu. 10. qui teſtatur hanc eſſe comm. ſententiam. idem Alex. conſil. 55. n. 2. lib. 6. D. Cephal. conſ. 423. n. 22. lib. 3. & alii, quos commemorat Menoch. conſ. 379. n. 26. Bero. conſ. 77. n. 19. lib. 1. Gabr. conſ. 90. n. 33. li. 1. Et ratio eſt in promptu: quia linea maſculina incipit à filio maſculo: quemadmodum linea fœminina incipit à linea fœminina? Ergo, ſi ex filio maſculo naſcatur filia, illa dicitur deſcendere per lineam maſculinam, cùm deſcendat ex maſculo, à quo incipit linea maſculina.

Cæterùm Castr. in l. maritus, Co. de procur. non malè tertiò: filiam non intelligi esse ex descendentibus, per lineam masculinam, cùm lineà non incipiat à patre, sed à filio: & consequenter, ipsa filia caput sit atque principium lineæ fœmininæ, ideòque dici non possit, descendere per lineam masculinam. Adducit Specul. in tit. de locat. §. nam aliqua. versic. 146. & idem Castr. ita consuluit in cons. 9. li. 2. Rui. co. 126. ... 13. & 108. n. 7. lib. 1. & alii. Mai... gitur Crau. in cons. 656. n. 8 & 9. & si qui sunt alii, qui Cast. doctrinam repudiarunt.

Iuri autem & rationi conuenienter docuerunt, qui distinctionem istam adhibuerunt. Aut quæstio est de filia: & non dicitur descendere per lineam masculinam, (vt rectè voluit Cast.) aut quæstio est de nepote vel pronepote: & tunc locus fit contrariæ opinioni, quia nepotis ac proneptis descendentes ex masculo dicantur descendere per lineam masculinam, ex doctr. glo. in d. §. nunc de lege.

Hæc est solida & vera conclusio omnino amplectenda, & etiam communiter recepta, Alex. cons. 43. nu. 6. li. 3. & 53. li. 6. Bero. cons. 7. n. 19. lib. 2. Gabr. cons. 90. n. 33. li. 1. Menoch consil. 926. n. 9. vers. secundo casu. Hondedeus cons. 4. n. 20. li. 1.

Quæ tamen conclusio non procedit, quando versamur in ea dispositione, in qua fuit habita ratio conseruandi bona in agnatione masculina: tunc enim facilè consentio, masculos ex masculis descendere per lineam masculinam, non autem fœminas dici de linea masculina: non autem fœminas, vt latè docet Peregr. de fideic. art. 26. nu. 30. Simon de Prætis de interpr. vlt. volun. lib. 3. dubit. 1. sol. 11. n. 51. Ludouic. Molin. de primog. lib. 3. c. 5. n. 69. Surd. cons. 316. lib. 3. Nisi ponas fœminam ex masculo natam, nuptam esse alicui de agnatione, ita vt & in ea verificari possit ratio conseruandi bona in agnatione, vt respondit Crauet. cons. 835. n. 3. vers. si dixeris, & n. 6. vers. 5. in specie & in cons. 877. per totum, refert & sequitur Mantica de coniect. 8. tit. 12. n. 10. Quibus ita constitutis, omnis sedata est controuersia.

CAPVT XXVI.

Vtrum post conclusum in causa possint produci instrumenta de nouo reperta?

ORdine recensebo, mox ad examen reuocabo omnium sententias hac de re.

Prima & communis est, produci posse, Bart. in l. admonendi, de iureiur. & ibid. Ias. n. 55. Canonistæ in c. cum dilectus, de fide instru. Afinius in prax. §. 23. ca. 6. in 3. lim. Andr. Gail. lib. 1. obs. 107. n. 10.

Hanc communem sententiam ampliat Alba in cons. 9. n. 13. vt possit fieri productio absque restitutione in integrum.

Sed Castrensis in d. l. admonendi, n. 25. restringit, vt procedat, quando causa talis est, in qua appellari non potest, tunc enim æquum esse videtur, vt produci possint instrumenta de nouo reperta in eodem iudicio, quia produci non potuere coram iudice appellationis, cum appellari non possit.

Sed Ludouicus Romanus in d. l. admonendi, contradixit negans produci posse, & idem respondit in cons. 176.

D. Menoch. de arbitrar. casu 141. consentit, produci posse, si modò duo probentur. Primò, fuisse de nouo reperta, quod iuramento probabitur. Deinde, productionem vsum fuisse diligentia, vt reperirentur.

Felin. autem in c. cum dilectus, n. 16. de fid. instr. inquit: communem sententiam defendi posse, quòd sic produci valeat, vbi quis nullam diligentiam commisit in perquisitione instrumentorum nouiter repertorum, post conclusionem in causa: vt, quia propter ignorantiam in causa: vt, quia proba... iter ea ignorauit. Nam produci possunt post conclusionem mediante restitutione in integrum ex clausula generali: *Si qua mihi iusta causa videbitur*.

Quod attinet ad priorem communiorem q; sententiam, vereor ne rectè subsistat: nam fundamentum habet in l. admonendi, de iureiur. & in l. vniuersus. §. vlt. de in lit. iura. & in c. pastoralis, de exceptio.

Textus autem in l. admonendi, procedit secundum veram & communem Doctorum interpretationem, vbi is deciditur iuramento delato à iudice: tunc enim (quia causa est decisa ex probationibus priuilegiatis:) æquum esse videtur: in odium etiam periuri, vt instrumenta de nouo reperta produci possint: quamobrem ea decisio non rectè applicari posse videtur ad eas causas, quæ ordinariis probationibus solent expediri. Textus autem in l. videamus. §. vlt. nihil aliud dicit, quàm iudicem posse ex magna causa, veluti ex probationibus nouiter repertis pluris vel minoris condemnare, quam iuratum sit in litem. Ex quo non rectè inferri potest ad quæstionem nostram, vt contra ordinem iudiciarium probationes admittantur post conclusum in causa, in causis aliter decisis, quàm per iuramentum. Textus denique in d. ca. pastoralis, probat quidem instrumenta de nouo reperta posse produci post terminum datum, sed non probat, posse produci post conclusum in causa. Quæ quidem duo longo inter se distant interuallo, vt probat textus in cap. cum dilectus. de fid. instrum. dum ait: *produci posse instrumenta post publi-*

publicationem processus: non autem post conclusionem in causa.

Quod attinet ad extensionem Albæ, illa laborat eodem morbo: quia præsupponit, iure ordinario admittendam esse productionem, (prout docet communis sententia:) & ideò nulla opus erit restitutione in integrum.

Ad sententiam Castrensis quod attinet, illa certè rationi & iuri consentanea esse videtur in ea parte, in qua negat productionem fieri posse, (vt mox dicam circa Ludouici Romani sententiam) sed in altera parte non placet: quia ratio eadem est, vbi non datur appellatio. Nam per productionem impeditur ordo iudicialis, paria enim sunt: *Conclusum esse in causa, vel latam sententiam,* Bart. in l. si mater. §. eandem. de except. rei iud. Sed post sententiam produci non possunt instrumenta de nouo reperta, l. sub specie, C. de re iud. Ergo nec post conclusionem in caussa.

Et ideo sententia Ludouici Romani videtur esse iuri consentanea, si modò temperetur ex Felyni doctrina. Etsi enim productio fieri non possit post conclusionem in causa, *c. cum dilectus, de fid. instrum.* vbi tamen iusta causa subest, iustumque impedimentum, propter quod restitutio in integrum ex clausula generali locum habere possit, nihil proponi video: cur deneganda sit productio. Et ideo sententia Felyni videtur mihi longè verissima & omnino amplectenda, idemque sensisse Menochium d. casu 241. dum requirit probationem diligentiæ, non videtur mihi dubitandum.

CAPVT XXVII.

An in casu l. Admonendi, de iureiurando. opus sit restitutione in integrum, vt sententia retractari possit propter instrumenta de nouo reperta?

Communis est sententia, opus esse restitutione in integrum, Iaſ. in dict. l. Admonendi. num. 10. Odd. de restitut. in integ. quæst. 74. art. 5. Sed vereor, an vera sit. Nam fundamentum habent in illis verbis textus: *Ex integro caussam agere.* quæ quidem verba non importāt restitutionem in integrum: sed caussam de nouo agi posse, vt est simile in l. si diuersa. C. de transactio. Fundatur etiam in l. Diuus. de re iudic. in l. Diui. de pœnis. in l. 2. & 3. C. si ex fals. instrum. in l. Imperatores. de re iudic. & in l. seruo inuito. §. cùm prætor, & ibi gloſſ. ff. ad Trebell. Sed fundamētum hoc est debile: quia isti textus loquuntur, quando sententia lata est super probationibus ordinariis: non autem super probationibus priuilegiatis: videlicet, super iuramento, prout loquitur textus in d. l. Admonendi.

Contrariam igitur sententiam amplector, quam secutus est Iaſ. in d. l. Admonēdi, & multi alij, quos commemorat Odd. loco annotato. Motus, quia textus in d. l. Admonendi, dicit cōstitutionibus Principum permissum hoc fuisse. Si constitutionib. Principum hoc permissum est: ergo frustrà auxilium restitutionis in integrum postulatur, l. 1. C. de thesaur. Nec tollitur fundamentum, dū dicitur: constitutiones Principum in hoc sequi prætoris æquitatem, & multa alia officio iudicis competere, quę iure ciuili inuenta sunt. Nam fateor, ius ciuile plerumque niti æquitate; est enim ars æqui & boni: & ius prætorium viua vox iuris ciuilis est. l. nam & ipsum, de iust. & iure. Sed aliud est, ipso iure aliquid competere: aliud verò per in integrum restitutionem. Satis est igitur in proposito, hoc beneficium ipso iure competere: nec restitutione opus esse, licèt verum esse possit, totum hoc ius ciuile plenum esse æquitate, ad similitudinem iuris prætorij: nam & æquitatem iudices sequi debent, l. placuit. C. de iudic. Sed non est imploranda in integrum restitutio, nisi quando iure ordinario deficimur. Nec nouum est ea, quæ iure priuilegiario concessa sunt, retractari ob instrumenta, & iura de nouo reperta, iure ita suadente, absque restitutionis auxilio. Videatur textus in l. videamus. §. vlt. de in lit. iurand. & in auth. sed nouo iure. C. de pœn. iudicij & in l. si quis adulterij. C. de adulter. & in l. si minor 25. annis addito de minor. Specu. tit. de homic. verſ. sed pone. & ibi Ioan. Andr. Roman. conſ. 228. in fine, Tiraq. de nobili. c. 37. n. 96. Boſſius tit. de remed. contra Bann. n. 4.

CAPVT XXVIII.

De absolutione ab obseruatione iudicij.

Noti sunt quatuor casus, in quibus iudex absoluere debet reum ab obseruatione iudicij: quos commemorat Maranta in Spec. part. 5. verſ. & omnia fiant, n. 51. Sed præter hos Bartolus in l. admonendi, de iureiur. & cum eo Iaſon n. 75. in repetit. Couuar. lib. 1. variar. resolu. c. 1. nu. 8. & cæteri Dd. communiter, ponunt alium casum: videlicet, quando terminus ad probandum datus non fuit: tunc enim reus est absoluendus ab obseruatione iudicij, si actor nil probauerit, l. Properandum. §. etsi quidem. C. de iud.

Quod procedit, iure communi inspecto, quo cautum est, instantiam iudicij triennalem esse. Cæterùm, si ex compromisso, vel ex

reſcripto delegantis certus terminus fuerit aſſignatus, ad expediendam cauſam: quoniam intelligitur datus & aſſignatus etiam ad probandum: ideò ſi actor nil probauerit: tunc reus eſt abſoluendus à petitis: non autem ab obſeruatione præſentis iudicij. Ita Bart. vbi infr. adducens gl. in l. idem Pomponius ſcrib. r. ſi de meis. §. vlt. verſ. nondum liquere ff. de arbit. & Bart. ſequitur Cæpolla caut. 92. incip. *ſæpe contingit*, & Matthes. ſing. 17. & ibi addentes.

Solus Fulgoſius contradixit, neſciens differentiam, intelligere inter inſtantiæ terminum, datum à lege, & datum ab homine. Et ſecundum Fulgoſij ſententiam aliquando iudicatum fuiſſe, refert Caſtren. in dict. l. admonendi, nu. 34. Adeò, vt hunc caſum dubium eſſe fateatur Rota Lucenſis deciſ. 9. inter deciſ. Valaſiæ.

Caſtrenſis autem in d. l. admonendi, num. 34. amplexus eſt Bartol. doctrinam propter Innocentij authoritatem: requirens tamen, vt præcedat litis conteſtatio: quia, lite non conteſtata, probationes fieri non poſſunt, façendo textum allegatum à Bartolo non probare. Sed, cùm nec textus ille, nec gloſſa Bartoli ſententiæ ſuffragari videatur, vnum ſupereſt refugium in authoritate Innocentij, qui nihil aliud dicit: niſi terminum ab homine datum eſſe peremptorium. Quod Fulgoſius facilè concederet: ſed & ei concedendum eſſet, terminum triennalem à lege conſtitutum ſimili modo peremptorium eſſe. Quamobrem fundamentum ipſius Fulgoſij adhuc manet in ſuo robore: cùm nulla differentiæ ratio adferatur, inter legis & hominis inſtantiam, terminúmque conſtitutum ad cauſſam expediendam. Et ſic concludo, Fulgoſium iuxta magis conuenienter locutum videri.

CAPVT XXIX.

De ſyngrapha recognita ab eo, qui ſcripſit, negante tamen contenta vera eſſe.

NOnnulla hic controuerſia eſt, nonnullíque errores deprehenduntur: nam Bal. in conſ. 198. lib. 1. reſpondit: ſcripturam priuatam probare contra confitentem manu ſua ſcriptam eſſe, licet cætera neget. Sed dom. Roueſcalla in additionibus ibi monet, contra Baldum ſenſiſſe Salycet. in l. ſuper chirographariis. C. ſi cert. petat. & Ripam in l. Admonendi, num. 102. de iureiur.

Quod attinet ad Salycetum, is num. 3. dicit: ſcripturam non ſolemnem non probare, vbi factum negatur: licèt ſcripturam quis fateatur, nullámque legem adduci, nec rationem. Ripa verò loco allegato id non dicit, cuius verba hæc ſunt: *Iſtud ſanè intelligendum in confitente, ſe ſcripſiſſe, vel per alium ſcribi feciſſe: ſecus in confitente ſcripturam manu producentis ſcriptam fuiſſe, & in ea contenta negante. Item ſecus in confitente ſcripturam manu tertij ſcriptam: ſed abnegante contenta.* Ex quibus verbis apparet, Ripam non loqui de confitente ſcripturam, manu ſua eſſe ſcriptam.

Eodem errore labitur Maſchardus de probation. col. 1. concl. 109. n. 8. dum adducit Ripæ auctoritatem. Errat etiam idem Maſchardus, dum ait: Ripam moueri authoritate Romani in conſ. 404. pro diſcutienda in f. dubio. Nam eſt conſilium 104. vbi Romanus hoc non dicit, nec ad hoc propoſitum citatur à Ripa; ſed ad aliud propoſitum, videlicet quando quis confitetur ſcripturam manu tertij ſcriptam, & contenta in ea negat, vt videri poterit.

Iſtis igitur erroribus valere iuſſis, videtur mihi doctrina Baldi veriſſima, & omnino amplectenda, arg. textus in l. generaliter. C. de non num. pecu. cum aliis ſimilibus, quibus cautum eſt, neminem poſſe negare id, quod ſemel confeſſus eſt. igitur confeſſioni ſtandum eſt, donec contrarium probetur: conſequenter, ſcriptura ſic cognita, fidem faciet: niſi contrarium fuerit probatum, vt in d. l. generaliter, & in l. cum de indebito. de probat.

CAPVT XXX.

De priuata ſcriptura, quam teſtes recognoſcunt, qui fuerunt præſentes, non tamen ſubſcripſerunt, an faciat fidem?

SCribit Bartol. in l. admonendi, de iureiur. huiúſmodi ſcripturam fidem facere, ſi concurrat comparatio literarum. Et multi alii idem dixerunt, vt notat ibi Ripa num. 107. quorum fundamentum eſt in Authent. At ſi contractus. C. de fid. inſtr. Sed ille textus hoc non probat: quia nihil aliud dicit: niſi comparationem ſolam non ſufficere. Mouentur etiam ratione: quia teſtes, qui deponunt, ſe fuiſſe præſentes, decipi poſſunt in recognitione ſcripturæ, ſicuti notat etiam Couuarr. pract. quæſt. ca. 22. num. 4.

Benè reſpondet Iaſon num. 88. in d. l. admonendi, non eſſe veriſimile, teſtes decipi: cùm deponant per ſenſum corporis appropriatum actui, l. teſtium. C. de teſtibus. Nec obſtat replicatio Ripæ, quòd teſtes non poſſint ſcire, ſcripturam eſſe illam eandem, quam viderunt ſcribere, niſi per ſimilitudinem literarum, quæ quidem ſimilitudo eſt fallax. Nam dicimus: teſtes optimè poſſe recordari de tenore ſcripturæ, & de contractu, & de perſonis contrahentibus:

hentibus:& omnino standum esse eorum depositioni; cùm sit valde verisimilis, l. in exercendis, C. de fide inst.

Hoc probatur in §. si quis igitur, in Auth. de instrum. caut. & fide, in illis verbis: *Etenim tales testificationes suscipimus, quas præsentes testes dicant: quia his præsentibus subscripsit, qui documentum fecit, & hunc nouerunt.*

Et rursus illis verbis: *Non ex ipso videatur credibile quod scribitur super mutuo documentum, nisi etiam testium habeat præsentiam fide dignorum non minus trium: vt siue veniant, & de proprijs subscriptionibus attestentur: siue alij quidam testificentur, quia præsentibus eis confectum est documentum, fidem caussa ex vtroque percipiat.* ibid. §. sed & si quis. Quę verba: *fidẽ ex vtroque percipiat*, ego intelligo, id est, ex documento & testium depositione: quia suprà textus dixit, *non sufficere documentum solum.*

Nec placet Ripæ expositio: *fidem ex vtroque percipiat*, id est, ex testibus & literarum comparatione: quia de literarum comparatione nihil est dictum suprà, quòd sola non sufficiat: sed dictum est de documento, quod scilicet, ipsum solum non sufficiat. Et textus in verbis sequentibus subdit aliquid de comparatione, licet eam solam non sufficere: sed testium depositione confirmandam esse, dicat.

Ex quo colligitur: si res incipiat à comparatione, opus esse testibus; secus autem, si documentum recognoscatur à testibus, qui præsentes fuerunt, cùm scriberetur documentum. Quare sententia Iasonis in d. l. admonendi, nu. 88. videtur mihi iuri consentanea.

CAPVT XXXI.

De priuata scriptura non recognita, an aliquam fidem faciat?

PRiuata scriptura, etiam non recognita, fidem aliquam meretur: non tamen plenam, nec semiplenam, vt docet Bart. in d. l. Admonendi, de iureiur. Ias. ibi. n. 89. Ripa n. 98. & est communis vt per Couar. pract. quæ. c. 22. nu. 6. alios citat Mascard. de probatio. vol. 1. concl. 3. n. 4. Fundamentum est: quia non est verisimile, quempiam falsò confecturum aliquam scripturam, propter periculum incurrendæ falsitatis, cui maximæ pœnæ sunt impositæ. Confirmari potest hæc conclusio ex §. si quis igitur. in Auth. de instru. caut. & fide, in vers. sed & si quis, quatenus dicitur ibi, priuatam scripturam fidem recipere ex vtroque videlicet, ex ipso documento, & ex testium recognitione. Ergo soli ipsa scriptura aliquid valet.

Contrariam sententiam habuerunt Curt. senior & iunior in d. l. Admonendi, Decius in cap. 2. n. 89. de fid. instrum. & Couar. loco proximè citato. Moti ex c. 2. de fid. inst. ibi: *Non videntur nobis alicuius firmitatis robur habere.* Respondent Iason & Ripa, vbi suprà: non habere robur alicuius firmitatis: quia non facit plenam nec semiplenam fidem, in quibus præcipuè firmitas consistere videtur. Non obstat, quod dicunt, dari posse materiam fabricandi falsum, quia cum huiusmodi scriptura nec plenam nec semiplenam faciat fidem; sed tantummodò aliquam & exiguam fidem mereatur; non est verisimile, quempiam commissurum falsitatem pro exiguo huiusmodi lucro, l. si oleum §. vlt. iunct. l. seq. ff. de dolo. Menoch. lib. 5. præs. n. 20.

CAPVT XXXII.

An liber rationum probet contra scribentem?

VEra & communis est sententia: librum rationum probare in iudicio aduersus scribentem, sicuti Bartolus docet in l. Admonendi. de iureiur. Ias. ibid. nu. 110. Ripa nu. 3. & alij vt per Mascard. de probatio. vol. 2. concl. 976. Fundamentum satis firmum est in generali regula, l. generaliter, C. de non nu. pecu. & c. per tuas, de probat. videlicet: neminem posse venire aduersus confessionem suam, nisi errorem demonstrauerit. Huc accedit text. in l. Lucius, §. tutelæ ff. de admin. tutor. & in l. vlt. C. arbitr. tutel. & in Clem. 1. §. cæterùm, de vsur. Nam, si liber non probaret contra scribentem, non erat opus, vsurarium compellere ad codices rationum suarum edendos.

Non obstant responsiones, quæ adferri solent, quòd hæc specialiter constituta sint odio vsurariorum, seu aduersus tutores fauore pupillorum: quia, si textus illi perpendantur, non faciunt vim in odio vel fauore personarum, quantum ad hoc, vel cuius credi debeat contra scribentem.

Contrariam sententiam amplexi sunt Imola & Roman. in l. Nuda ff. de donatio. & Bald. in rub. C. de constit. pecun. Quorum fundamentum est: quia confessio facta absente parte non probat, l. certum § si quis absente, de confessis: liber autem huiusmodi, confessionem quandam scribentis videtur continere in absentia partis.

Respondet Bartol. in d. l. nuda, nu. 4. & Decius in c. 2. nu. 19 de fide inst., scripturam semper loqui, l. Arthiani C. de hæret. proindéque librum semper loqui: ideò, cùm producitur in iudicio parte præsente, videtur vim habere confessionis tunc factæ in præsentia partis. Vereor, ne non bona sit responsio ista

quia textus in d. l. Arrhiani loquitur de scriptura legis, non autem de scriptura hominis. Lex semper loquitur: sed hominis scriptura non æquè. Est enim similis voci. Hinc proditum est: iniuriam scriptura contentam æquiparari iniuriæ verbali, vt dicebat Roman. in cons. 378. & dixi ego libr. 9. controu. cap. 9.

Respondere igitur potest ad textum in d. §. si quis absente, non esse ibi quæstionem, an confessio facta parte absente probet plenè, vel non: sed, an confessus pro iudicato habeatur, iuxta l. 1. ff. eod. tit. Et respondet Iurisconsultus non haberi: quia nemo absenti condemnatur. [Si quis (ait Vlpianus) *absente aduersario confessus sit, videndum, nunquid non debeat pro iudicato haberi: quia nec qui iurat de operis obligatur: nec solet quis absenti condemnari.*] Hoc est argumentum Iurisconsulti: non solet quis absenti condemnari. Ergo confessus parte absente non potest haberi pro condemnato: quia fictioni non est locus, vbi veritas non habet locum, l. qui ad certum, ff. locati.

Quibus ita constitutis, ego non video, quo modo ex d. §. si quis absente, inferri possit: confessionem factam, absente parte, non probare: quia nihil impedit, quo minus probare, & super tali sententia fundari sententia possit, licet confessus non habeatur pro iudicato, ita scilicet, vt nulla amplius sententia requiratur, vt in l. 1. ff. de confessis. Nota obiter, quòd supradictum est, neminem absenti condemnari, verum esse secundum ius antiquum: hodie enim absenti quis damnari potest, l. Properandum, §. sin autem reus, C. de iudic.

CAPVT XXXIII.

An liber scribentis probet pro scribente in connexu?

SI quis velit vti libro rationum contra scribentem, cogitur eidem stare etiam contra se, Bartol. in l. quæ iam, §. Nummularios, ff. de edendo. Bald. in l. Rationes, C. de probat. Menoch. de arbitr. casu 93. Mascar. de probat. vol. 2. concl. 975. n. 7?. quanquam Menochius vbi sup. id arbitrio iudicis committat.

Alij negant, credendum esse libro rationum pro scribente, Abbas in c. 2. numer. 10. de fide instr. Paris. cons. 47. num. 10. lib. 1. Roman. cons. 346. Laur. de Pinu. cons. 158. Non referam hic argumenta, quæ latè ab istis referuntur, quia totam hanc quæstionem existimo, planè decisam esse a Iurisconsulto, in l. Publia, §. vltim. ff. depos. cuius hæc sunt verba: [*Titius Sempronio salutem. Habere me à vobis auri pondo plus minus decem, discos binos & saccum signatum: ex quibus mihi debetis decem, quos apud Titium deposuistis: item quos Trophimati decem: item ex ratione patris vestri decem, & quod excurrit.*]

Vides, vt puto, in hac epistola contineri debita & credita, (vt vulgò dicitur.) Nunc videamus, an probet contra scribentem: quod scilicet, debeat id, quod fatetur se debere? Et respondet Iurisconsul. in hæc verba: [*Quæro, an ex huiusmodi scriptura aliqua obligatio nata sit: scilicet quod ad solam pecuniæ causam attinet. Respondi ex epistola, de qua quæritur, obligationem quidem nullam natam videri: sed probationem depositarum rerum impleri posse.*

Ex quibus verbis deciditur, epistolam probare contra scribentem, quatenus scripsit se habere res depositas. Sed quæritur tandem, an probet in fauorem ipsius scribentis, quatenus scripsit, sibi quoque deberi decem & alia. Respondet Iurisconsul. in hunc modum: [*An autem is quoque, qui deberi sibi decem in eadem epistola cauit, probare possit hoc, quod scripsit, iudicem æstimaturum.*]

Quibus verbis apparet, arbitrio iudicis commissum esse, vt ipse æstimet: an per epistolam probare possit scribens, sibi deberi decem. Respondet Bologn. in l. 1. num. 23. Cod. de eden. epistolam differre à libro. Nam epistola est vnum corpus continens plura capita: sed liber rationum, continens plures partitas, videtur continere orationem indiuisibilem, & partitæ videntur connexæ. Sed nihil est, vt dicebat Menoch. vbi infr. numero 16. quia idem est in libro, quod in epistola, siquidem & liber & epistola continere possunt varia capita inter se diuersa, & distincta, vt propterea ex vno ad aliud inferri non possit.

Itaque concludo, huic sententiæ omnino acquiescendum esse propter Iurisconsulti authoritatem, ita decidentis in epistola: cùm nulla diuersitatis ratio afferri possit inter librum & epistolam.

CAPVT XXXIV.

An liber priuatus probet pro tertio contra tertium?

NOn puto, librum priuatum probare pro tertio contra tertium plenè, nec semiplenè: quia acta inter alios, aliis neque nocent, neque prosunt, *tot. tit. Res inter alios acta.* Et, quia plus non debet credi scripturæ, quàm viuæ voci, §. si verò tale quid, in auth. de instrum. caut. & fide. Sed viuæ voci testis non creditur absque iuramento, l. iurisiurandi, C. de testibus ergo nec scripturæ credendum est.

Nec

Nec ratio differentiæ, quam aliqui commiriscuntur inter scripturam, & vocem viuam, satisfacere potest: quia, scilicet, testis deponit vt priuatus. At liber videtur esse approbatus, ac quodammodo publicus. Quia fateor, si liber esset publicè approbatus per sententiam, (vt Florentiæ fieri solet) tunc maiorem fidem haberet. Minùs mouet, quod dicunt de periculo falsitatis: quia idem est periculū falsitatis tam in libro, quam in depositione testis. Illud non displicet, quod dicunt: mercatores à principio exercitij sui iurare solitos de fideliter exercendo, ac proinde librum hunc æquiualere testi iurato, qui regulariter facit fidem semiplenam.

Extra hunc casum magis est, vt putem huiusmodi librum nec plenam, neque semiplenam fidem mereri: licet negari non possit, quin aliquam probationem inducat. atque ita subscribo Imolæ in l. nuda ratio, de donatio. Fel. in c. 2. n. 33. de fid. instr. Menoch. de arbit. cas. 91. in fi. & cons. 25. n. 15. & alijs, quos adducit Mascard. de prob. vol. 2. concl. 977. nu. 7. quibus adde totam decis. 375. in 1 par. in nouiss.

Contrariam opinionem, videlicet, saltem semiplenè probare, amplexi sunt Castren. in l. admonendi, col. pen. de iureiur. & ibid. Ias. n. 133 & Ripa nu. 130. Mascard. vbi sup. nu. 6. Moti ex doctrina Bartoli in l. quædam, §. nummularios, de edendo.

Sed responderi potest doctrinam Bartoli veram esse in argentarijs, & nummularijs, & similibus, quorum officium quodammodo publicam causam habet, secùs autem in alijs priuatis hominibus. Quia tunc obstat ratio: non esse credendum magis scripturæ, quàm viuæ voci: viuæ autem voci non creditur absque iuramento, nisi ponas agi de mercatore, vel alio negociatore, qui ab initio iuramentum præstiterit de rectè & fideliter exercenda negotiatione, *vt suprà dixi.*

CAPVT XXXV.

An epistola negata, & non recognita per comparationem literarum plenam fidem faciat?

NOn puto, epistolam probare plenè, sed tantùm semiplenè licet ei comparatio literarum suffragetur, parte illud negante: quia comparatio literarum fallax est, vt inquit textus in §. oportet, in auth de instr. caut. & fide, ideoque tantùm semiplenè probat, *vt ibi dicitur.*

Non obstat, quòd olim plenè probarit, si comparationes, D. de fide instr. quia posteriores leges derogant prioribus, l. vlt. de constit. Princip. Nec obstat, quòd correctio facta sit in chirographis, & apochis, non autem in epistolis: quia ratio expressa in lege corrigente: quia scilicet, comparatio literarum est fallax: locum habet etiam in epistola: Vbi verò ratio legis corrigentis expressa locum habet, fit extensio. Ias. in auth. quas actiones, num. 22. Cod. de sacros. Eccl. Ripa in l. si constante n. 63. solut. matrim.

Neque valet illa nonnullorum consideratio: imputandum esse ei, qui cautionem habet ex chirographo, cur testes non adhibuerit. Quæ ratio cessat in epistola: quoniam is, qui produxit epistolam, non potuit sibi de testibus prospicere, cùm epistola scriberetur. Nam, (vt benè aduertit Iason) vera ratio, propter quam comparatio fidem plenam non facit, desumitur ex eo, quòd sit res valde fallax, & periculosa, vt in d. §. o, oritur, non autem ex negligentia testes adhibendi. Hanc sententiam amplexi sunt Ias. in d. l. admonendi, n. 139. Couar. pract. q. cap. 22. nu. 7. & alij apud Mascar. de probat. vol. 2. conclus. 626. nu. 34.

Contrariam sententiam Bartolus secutus est existimans: plenè probare, in d. l. admonendi, nu. 30. & ibi Alex. nu. 38 Decius in c. 2. nu. 16. de fid. instrum. & ibidem Felin. 17. & Mascard. vbi inf. alios adducens. Quorum fundamentum iam sublatum est. In hoc enim est positum: quod lex antiqua induceret plenam fidem ex comparatione, nec illa sit correcta in epistolis. Sed (vt dixi) ratio correctionis expressa in lege, militat etiam in epistola: & vbi ratio expressa in lege corrigente militat, fit extensio, *vt suprà deduxi.*

CAPVT XXXVI.

An instrumentum confectum inter duos probet contra tertium?

REgula omnibus nota est: *Res inter alios actas alijs non nocere.* Veruntamen aliquam præsumptionem facere, indicat textus in l. si duo, ff. de iureiur. Sed non mihi probatur eorum sententia, qui voluerunt inducere semiplenam probationem contra tertium, id quod in instrumento continetur inter alios celebrato, sicuti docent Bartol. in l. admonendi, de iureiurand. & ibidem Iason numer. 157. & sequent. vbi communem dicit opinionem Ripa ibid. num. 155. Mascard. de probat. lib. 2. conclus. 347. nu. 24.

Moti sunt ex l. capite quinto, & ibi gloss. de adulterijs, & ex text. l. Quæro § vlt. de ædil. edicto & ex c. vlt. de success. ab intest. In quibus textibus hæc conclusio non probatur.

Sed hoc tantùm probatur: si alia concurrant indicia confessionem istam inter alios factā probare contra confitentem, & in d.c. vltimo, confessio fuit facta præsente abbate. Et sic non est confessio prorsus inter alios.

Contrariam igitur sententiam magis probo, quam secuti sunt Salyc. in l. in bonæ fidei, & ibi etiam Bal. C. de reb. cred. & alij, quos adducit Mascard. Vbi sup. n. 25. Istis enim suffragatur regula supradicta, *Res inter alios acta, &c.* & textus secundum vulgatam interpretationem in l. certum, §. si quis absenti, de confess. & in l. vlt. de interrog. actio.

CAPVT XXXVII.

An confessio absente parte, probet de iure Canonico?

Confessionem factam absente parte, plenam fidem facere, iure Canonico inspecto & eius æquitate considerata, communis est Doctorum sententia, Butr. in c. si cautio, de fide instr. & ibid. Felin. num. 27. & plurimi alij, vt per Mascard. de probat. vol. 1. concl. 347. nu. 57. & seq.

Istis ego non assentior. Nam fundamentum eorum est, primò in c. quoties, 1. q. 7. vbi probatur stipulationem, alteri factam, valere de iure Canonico. Secundò: quia iure Canonico pactum nudum parit actionem, c. 1. & c. qualiter, de pactis. Tertiò: quia inter simplicem loquelam, & iuratam Deus non facit differentiam, c. iuramenti, 22. q. 5.

Vt incipiam ab hoc vltimo, nihil ad rem facit: cùm hic non agatur de iuramento ad differentiam simplicis loquelæ: nec verum est, quòd simplex loquela secundum ius canonicum tātam vim obtineat, quantam obtinet iuramentum, vt patet ex c. cùm contingat, de iureiur. Licet quis teneatur verum dicere, siue iuret, siue non iuret. Et sic quantum ad hoc, non est differentia. Grauius tamen peccare eum, qui falsum iurat: vel non seruat iuramentum, certum est & indubitatum.

Quod verò dictum est: pactū nudum actionem producere ex iure Canonico, alias à nobis confutatum est. Et nouissimè ex fontibus ipsis epistolarum D. Gregorij confutat & refellit veram adferens interpretationem dict. c. 1. & d. c. qualiter, Menoc. lib. 2. præs. 134. n. 57.

Porrò ad illud de stipulatione alteri facta respondeo: non esse verum, quod assumitur, (vt alias demonstraui) quòd stipulatio alteri facta valeat de iure Canonico: nam si valeret, non erat opus in promissione vsurariorum de vsuris restituendis, vt stipulatio adhiberetur illis cautelis, quæ habentur in cap. quanquam. de vsur. lib. 6.

Magis igitur assentior contrariæ sententiæ, quam secuti sunt Abbas & Imola in d. c. si cautio, Natta cons. 501. nu. 14. & alij apud Mascar. loco annot. Huic sententiæ suffragantur regulæ iuris ciuilis, quòd confessio, absente parte, nō probat, l. certum, §. si quis absente, de confessis, à quibus non est discedendum, cum iure Canonico non sint correctæ, cap. 1. & 2. de oper. noui nunciat. Suffragatur & textus in c. vlt. de success. ab intest. vbi patet, confessionem istam non plenè probare, nisi alia concurrant.

CAPVT XXXVIII.

An instrumentum probet, si non reperiatur Originale?

Instrumentum publicum à Notario conscriptum, atque in publicam formam redactum probat, & fidem facit, dicitúrque Originale, vt notat Bartolus in l. Sempronius, de legat. 2. præterquam in ciuitate Constantinopolitana, vt habetur in §. vltimo, in auth. de Tabellio. quod, cum specialiter sit constitutum, arguit ius commune esse in contrarium. Et reuera, iure communi, valet huiusmodi instrumentum, vt est text. & ibi gl. in l. vnum, ff. de testam. atque ita communiter omnes docent, Bal. in rub. C. de fide instr. n. 20. Decius in c. quoniam contra nu. 51. de probatio. Castr. cons. 125. num. vlt. li. 2. Roma. cons. 174. Alex. 175. n. 4. lib. 7. Qui limitationem adiungunt: nisi cōtractus fuerit in scriptis celebratus secundum formam, quæ habetur in l. contractus, C. de fid. instrum. moti ex illo textu, ibi: *Non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibusque partium confirmata: & si per Tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa, & postremò à partibus absoluta sint, &c.*

Ex quibus verbis inferunt: necessariam esse scripturam, Matricem siue Protocollum ipsius Notarij: nisi probaretur, casu deperditum fuisse Originale, siue Protocollum: tunc. n. huiusmodi Exemplum publicatum fidem faceret, l. Publicati, C. de testam.

Quod attinet ad textum in d. l. contractus, & ad verba superius ponderata: respondet Paulus Castrens. ibi numer. 14. illa verba non probare, id quod Bald. assumit probandum: quoniam sufficit, scripturam esse confectam, & perfectam ita, vt partes nihil addere vel minuere velint. Hóc autem probatur per Exemplum in authenticam formam redactum à Notario, qui instrumentum scripsit. Itaque,

si res incipiat à Matrice ipsa & Imbreuiatura (quod Protocollum etiam appellatur) non sufficit : quia nondum est in mundum redacta scriptura. Sed, si res incipiat ab vltima scriptura in mundum redacta, satis dicitur contractus in scriptis celebratus: & propterea valet & tenet; licet Matrix non reperiatur. Ratio est; quia Exemplum huiusmodi Authenticum obtinet vim Originalis & Matricis, d.l. vnum, & ibi glos. notat. ff de testa.

Nec textus in d.l. publicati, requirens casu deperditum esse Originale, negat huiusmodi Exemplum in authentica forma fidem facere; licet non probaretur, casu deperditum esse Originale. Quamobrem magis est, vt putem: siue contractus celebratus sit in scriptis, siue non; Exemplum, quod in manibus habemus, fidem mereri sicuti Castrensis putat loco proximè citato, & refert, & sequitur Couar. pract. quæst. cap. 19. n. 5.

CAPVT XXXIX.

De Interesse lucri cessantis, quid sit probandum ab eo, qui illud petit?

Vtrùm Interesse lucri cessantis debeatur, necne, mercatori solito negotiari, disputatum est suprà hoc libr. cap. 15. sed admissa communi opinione, quod debeatur; alia oritur controuersia, quid debeat probari. Nam multi existimant; probandum esse, mercatores similis conditionis solitos esse tantum lucrari, Cagnol. in l. Curabit, nu. 68. C. de actio. empt. & in l. vnica, n. 43. C. de sent. quæ pro eo quod interest, profer. & multi alij, quos refert, & sequitur Lupus Geminian. ad d.l. curabit, nu. 117. vers. alij verò.

Quorum fundamentum est: quia valet argumentum à communiter accidentibus, vt notat glossa, Bartol. & cæteri in l. non hoc, C. vnde legiti. & in l. neque natales, C. de probatio. si ergo probatum sit: mercatores huiusmodi solitos esse communiter lucrari tantum : videtur dicendum, satis probatum esse id, quod agitur in quæstione nostra.

Hoc argumentum à communiter accidentibus, in casu proposito, non valet in præiudicium tertij, vt probatur in l. quemadmodum. §. si nauis, ff. ad l. Aquil. vbi, si agitur damni iniuria, ob retia scissa piscatoribus solitis piscari, & capere pisces : fit æstimatio retium, non autem piscium, qui capti non fuerunt. Non probatur paratos fuisse pisces, qui caperentur. Hoc confirmari potest ex l. naturalem, §. 1. de acquir. rer. dom. & ex §. illud quæsitum, instit. de rer. diuis. Ex quibus patet : incertitudinem huiusmodi acquirendi impedire dominij acquisitionem, maximè in præiudicium alterius. Itaque, argumentum illud a communiter accidentibus sufficeret, ad probandum etiam, istum mercatorem solitum esse lucrari; quandoquidem cæteri eiusdem conditionis soliti sint lucrari: sed non sufficit, ad probandum, quòd si pecuniam habuisset sibi debitam, ex ea fuisset lucratus; nisi etiam fuerit probatum, merces in promptu fuisse, quas emere potuisset, & vendere cum lucro.

Altera igitur, & communis, & verior sententia est : tria requiri ad consequendum huiusmodi Interesse lucri cessantis, videlicet moram debitoris, consuetudinem lucrandi, & merces in promptu fuisse. Ita Paul. Castr. in l. 3. §. vltim. ff. de eo, quod certo loco. Afflict. decis. 20. & multi alij, quos refert & sequitur Hippol. Rimin. in cons. 52. nu. 40. lib. 1. Hanc conclusionem amplector veluti verã, æquam & dignam Rota Romana, quæ sæpè illam est secuta, vt testatur Mohedanus decis. 3. titul. de vsuris, aliàs decis. 208. secundum aliam impressionem. Cuius decisionis & conclusionis ratio iam superiùs exposita est.

CAPVT XL.

Vbi res debita est perempta, post moram debitoris, quæ sit praxis seruanda?

Dissentire videntur maiores nostri in puncto de quo agitur : nam rem peremptam peti debere, & reum condemnandum esse ad æstimationem docet Bart. in l. quod te, nu. 15. ff. si cert. petet. & in l. stipulationes non diuiduntur, in 6. quæst. de verb. obligat. & Afflict. decis. 34.

Cagnolus in d.l. quod te, num. 14. putat, & rem peti posse, & in eam condemnationem esse faciendam. Fundamẽtum est huius posterioris sentẽtiæ in l. si seruum, §. vlt. de verb. oblig. vbi patet, rem peti posse : licet perempta propter moram debitoris. Ergo sententia debet continere condemnationem ipsius rei, vt sic conformis libello, l. vt fundus, ff. comm. diuid. cap. licet Heli. de simonia.

Aduertendum est, rem quidem peti posse in hoc sensu : quòd debitor non est liberatus: quia mora perpetuat obligationem, nõ autem peti potest in eum finem, vt reus condemnetur per sententiam, ad rem ipsam tradẽdam. Nam, cùm non extet in rerum natura, impossibile esset, parere huiusmodi sententiæ : ideo non valeret. l. vltim. ff. quæ sent. sine appel. rescind.

Priorem igitur sententiam amplector, quæ præclarum habet fundamentum, in l. 3. ff. de confess. vbi Paulus: *Confessum, certum se debere legatum, omnimodo damnandum : etiamsi in rerum natura non fuisset, etiamsi iam à natura recessisset, tamen vt in æstimationem eius damnetur.*

CAPVT XLI.

Ad l. quod te, ff si cert. pet. an debitor teneatur, si culpa desierit rem habere in in potestate?

Ait Pomponius: *Sed cùm quæratur, an per te factum sit: animaduerti debebit, non solum in potestate tua fuerit id, necne: aut dolo malo feceris, quominus esset.* l. quòd te mihi dare oport. Sed controuertitur: quid, si culpa quis fecerit, quominùs esset, vel fuerit in sua potestate? Respondet Castrensis ibi, dolum requiri, nec sufficere culpam: & sequitur Ripa n. 15. quia textus loquitur de dolo: non autem de culpa. His accedit textus in l. prætor, §. vlt. de eden. & in l. cum res, §. sed si alibi. de legat. 1.

Contrariam sententiam habuerunt Fulgos. Ias. Alex. & alij ferè omnes, (vt inquit Cagn. in d. l. quod te, num. 37.) Moti ex l. mulier. §. sed enim, ff. ad Treb. & ex l. si constante, §. si vxor, ff. solut. matr. & quia textus in d. l. quod te. ait in mora esse eum, qui scire debebat se teneri. Decius num. 12 in d. l. quod te, distinguere videtur, an culpa sit ordinata ad casum vel non: vt primo casu teneatur: altero verò non. Bologn. num. 24. & seq. longa vtitur distinctione, amplectente omnes actiones, tam personales, quàm reales, quæ non erat necessaria. Alij aliter.

Omitto responsiones hinc inde allatas ad argumenta: omnémque difficultatem versari puto in assequenda mente Iurisconsulti in d. l. quod te. Nam quæritur ibi si perierit res debita post moram debitoris, an id cedat detrimento debitoris vel creditoris? Respondet Iurisconsultus, cedere in detrimentum debitoris. Et hæc est prima pars legis quæ continetur his verbis: *Quod te mihi dare oportet, si id postea perierit, quàm per te factum erit, quominus id mihi dares: tuum fore id detrimentum, constat.*

Deinde quæritur: quando dicatur per debitorem factum, quominùs daret? Respondet Iurisconsult. duos esse casus, qui considerari possunt ad cognoscendum, an per debitorem factum sit: quominùs daret. Primus est, quando rem debitam in potestate sua habebat. Ratio est euidentissima; quia tunc rem dare poterat creditori suo. Cùm igitur non dederit, non potest excusari: & sic in mora est: merito igitur tenetur, licet res perierit. Hic casus continetur illis verbis: *Sed cùm quæratur, an per te factum sit: animaduerti debebit, non solum in potestate tua fuerit id, necne, &c.* Secundus casus est, quando debitor non habuit in potestate rem debitam: & ideò eam dare non potuit creditori suo. Veruntamen dolo fecit, quominus eam haberet in potestate: & hoc in casu respondet Iurisconsultus, eum teneri, nec excusari posse in illis verbis: *Aut dolo malo feceris, quominus esset, vel fuerit, necne, &c.* Ratio est: quia ipse fuit in causa, vt rem non haberet in potestate.

Postea quærit Iurisconsultus, an requiratur in debitore scientia: se videlicet debitorem esse? Nam, si nesciret debitorem se esse, non esset in mora soluendi: & certe, dignus esset excusatione. Respondet; hoc tantum: odò requiri, vt debitor vel sciat, vel scire debeat se teneri: quia scilicet iusta subsit causa, ob quam intelligere deberet se teneri: his verbis: *Sed etiam si aliqua iusta caussa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere.*

His ita præmissis, redeundo ad quæstionem nostram, hoc venit in controuersiam. Debitor scit, vel scire debet se teneri; res debita periit, excusat se dicens: se non dedisse, quia rem non habuit in potestate. Replicat creditor: culpa sua factum esse, vt non haberet in potestate. Dico, non excusari, quominus dicatur esse in mora: & consequenter teneatur de interitu rei. Quia culpa debitoris non debet nocere creditori, & prodesse ipsi debitori: quia culpa non excusat: sed accusat. Non hic requiritur dolus, vel culpa dolo proxima: nam textus dicit, teneri de interitu debitorem, qui iustam caussam habebat intelligendi se dare oportere: cum tamen fieri possit, vt absque dolo ex sola culpa & negligentia nesciat se teneri, iste non excusatur quia est in culpa. Ergo nec ille noster, qui culpa desiit rem in potestate habere.

Scio regulam generalem. *Qui dolo desiit possidere pro possessore habetur.* In qua fundatur in d. quod ait Iurisconsul. *Aut dolo malo fecerit, quominus esset.* Sed sciunt etiam omnes, non propterea culpam excludi: nam & qui culpa sua desiit rem possidere, etiam absque dolo, & fraude, pro possessore habetur, vt teneatur ad litis æstimationem, l. si culpa, de rei vindicat.

CAPVT XLII.

De mutatione monetæ alibi [illegible] per eundem auctorem.

Multa dixi de mutatione monetæ, cùm extrinseca, tùm intrinseca lib. 2. c. 9. & 10. iis addi possunt, pro confirmatione sententiæ nostræ, quæ scripsit Surdus latè in cons. 235. lib. 3. & multa per Borg. deci. 16. nu. 40. 41. 42. & sequ. part. 2. Et de obligato ad soluendum tot aureos in auro si non reperiantur aurei in auro: quòd sit spectandus valor aurei, qui erat tempore contractus. Vide Puteum dec. 149. part. 2. nisi mora interuenerit debitoris, vel aurei in auro non sint in obligatione: sed in facultate soluendi, vt latè per Borg. vbi supra. adde etiam Boss. in titul. de monetis & tractatus recentiores de monetis.

CAPVT XLIII.

De duplici mandato, facto in eadem persona, & vnum per alterum reuocetur.

Tractant DD. in l. singularia, ff. si cert. pet. illud notabile: *Quod statutum est in duobus*

bus personis, locum habet etiam in eadem perso na. vbi est eadem ratio, l.3 ff. de duobus reis. Ergo sicut per secundum mandatum reuocatur primum in personis diuersorum, l. si quis cũ procuratore, §. vlt. de procur. ita etiam in vna, & eadem persona, si duplex mandatum concurrat, primum censetur reuocatum per secundum, Bald. & Castr. in d. §. vlt. & Ias. in d. l. singularia, ff. si cert. pet.

Hoc autem intelligitur secundum Angelum & Castr. in d. §. vlt. quando secundum mandatum continet aliquid diuersum à primo: nam, si eiusdem formæ sit tam primum quàm secundum, vtrumque firmum manet.

Hæc sententia placuisse videtur etiã Cagnolo in d. l. singularia, n. 44. & Bolog. n. 30. qui nõnullis rationibus id confirmare nituntur. Verùm Decius in 5. notab. repugnat dicens: secundum mãdatum videri superfluum sicuti superflua est secunda stipulatio, in l. qui bis idem, de verb. obl. & secunda vẽditio eiusdem rei, vt notat Bart. in l. 1. argentum, §. adeò, ff. de pact.

Sed (vt breuiter rem expediã.) existimo, priorem sententiam verissimam esse, maximè, considerato iure nouissimo, in l. vlt. C. de nouatio. vbi non inducitur nouatio, nisi expresse dicatur. Ergo primum mandatum non intelligitur esse sublatum per secundum. Nec videtur esse superfluum, cum fieri possit, vt procurator aliquid fecerit vigore primi mandati antequã alterum reciperet: vel, postquam recepit. Et sic poterit vti, vel primo, vel secundo. Alia ratio est in stipulationibus, & in vẽditionibus. Nam stipulationes inuentæ sunt, vt vnusquisque sibi acquirat id, quod sua interest. Ideò secunda stipulatio super eodem est superflua, vt notat Ias. in d. l. qui bis idem n. 11. Similiter emptiones, & venditiones comparatæ sunt, vt rerum dominia acquirantur. *Quod autem semel nostrum factum est, iterum fieri non potest.*

CAPVT XLIV.

Ad l. singularia, ff. si cert. pet.

Singularia quædam præcepta sunt circa pecuniam creditam. Nam, si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamuis nummos meos non acceperis.

Transfertur ergo dominium sine traditione, & hoc est singulariter in numerata pecunia constitutum. At contra, idem videtur esse in alijs rebus, lege si pec. niam de solut. lege prima, §. si iusserim, de acquir. poss.

Respondebat olim Irnerius. in alijs rebus necessarium esse, vt res sit præsens. in mutuo autẽ pecuniæ numeratæ sufficere, dummodò pecunia sit solutioni parata, sequuntur ibi Salyc. & Deci. n. 15. in fine.

Primò: quia textus paulò infrà loquitur de nummis, quorum appellatione venit pecunia numerata, l. nummis, ff. de in lit. iuran.

Secundò: quia mutuum frequentius est in pecunia, quam in alijs rebus, l. certi co. dictio, §. quoniam. & §. si nummos. ff. si cer. pet. frequentia autem iusta causa videtur, aliquid specialiter inducendi, l. iusto, ff. de vsuc.

Tertiò: quia nummi sunt inuariabiles secundum bonitatem intrinsecam, l. ideo, ff. de eo, quod certo loco.

Hanc sententiam refellit textus in l. negocia, ff. mand. & in l. eius rei, cum l. seq. & ibi gl. de rei vind. & in licet. §. 1. de iure dot. & in l. 3. §. vlt. ff. de donatio. inter vir. & vxo. in quibus textib. probatur, idem esse in alijs rebus. & probatur etiam non requiri præsentiam ipsarum rerum.

Alij antiqui glossatores dixerunt, textum in d. l. singularia, locũ habere in omni re mutuata, sed requiri præsentiam rei: consistere autem in hoc specialitatem, quoniam dominium transfertur absque traditione, contra reg. l. traditionibus, C. de pact. Reiicit hunc intellectum Bar. quia non requiritur præsentia rei, vt patet in legibus suprà relatis: imò verò, vbi res est in conspectu posita, dicitur esse vera traditio, l. 1. §. si iusserim. l. quod meo. §. si venditorem, ff. de acq. poss. Azo. dixit: textum hunc locum habere in omni re mutuata, si modò sit solutioni parata. Quod quidem confutatur eisdem rationibus, quibus primus intellectus.

Vera igitur, & communis interpretatio est, textum hunc hoc specialiter in mutuo continere, vt trãsferatur dominium absque traditione contra eius naturam: quia mutuum dicitur, quod de meo fiat tuum, l. 2. §. mutuum, & §. appellata, ff. si cert. pet. in alijs autem contractibus potest idem contingere: verùm id non repugnat eorum regulis, & naturæ. Intelligendum itaque est hoc de vero naturali mutuo: non autem de ciuili, ad euitandam Iasonis obiectionem.

Quod autem Decius obijcit de dote & donatione, ex l. licet, §. 1. de iure dot. & l. 3. §. vl. de donat. inter vir. & vxor. quibus in locis probatur: etiam in dote, & donatione id constitutum esse, quod in mutuo: licet dotis, & donationis ea sit natura, vt transferant dominium. l. 2. & 3. ff. de public. id (inquam) nihil mouet: quia dos consistere potest in nuda promissione, tot. tit. C. de dot. prom. ist. & etiam in re aliena, l. Proculus. de iure dot. tot. tit. ff. pro dote. Donatio verò celebrari potest absque traditione, stipulatione interueniente, vel nudo pacto, l. si quis argentum, § pen. C. de donat.

Hæc igitur sentẽtia magis placet. & placet etiam id non tantùm in pecunia numerata procedere, sed etiã in alijs rebus: cùm sit eadem ratio, vt declarat Bolog. in d. l. singularia n. 51.

CAPVT XLV.

An tutor possit sibi ipsi mutuari pecuniam pupilli?

NOn puto, tutorem posse sibi mutuari pecuniā pupilli, nisi hoc faciat palàm, & bona fide, sicut nec alios contractus facere potest cū pupillo, l. non existimo, ff. de adm. tut. l. cùm ipse, C. de contr. emp. l. si in emptione, §. vlt. ff. eo. Maximè, cum pecuniam pupillarem teneatur ad honesta lucra collocare, ad succurrendū necessarijs sumptibus pupilli: &, si quid superest, recondere, §. quoniam, in auth. vt hi, qui obligatas se habere perhibent.

Palàm autem, & bona fide tutor dicitur contrahere cum pupillo, cùm id facit auctoritate contutoris sui, vt in d. l. non existimo. Vel quādo id facit cū decreto iudicis: vel, cum præsentia amicorum, & cōsanguineorum pupilli, Bar. in l. frater à fratre, nu. 50. de cond indeb. Alex. in l. transactionem, C. de transact.

Proinde subscribo sententiæ Iasonis in l. singularia, si cert. pet. n. 17. Decij nu. 8. Cagn. num. 80. & 84. tutorem non posse sibi mutuari pecuniam pupillarem: nisi hoc faciat palàm, & bona fide.

Contrariam sententiam habuerunt gl. in d. l. singularia, & ibi Bart. in 5. speciali, Alcia. in ver. pecuniam, & Bolog. nu. 55. Moti ex l. quoties, §. non tantùm. de admi. tutor. Iulian. *Non tantùm autem sibi soluere tutor, verùm etiam sibi creditam pecuniā scribere potest, seque mutua pecunia poterit obligare, sibi mutuatā scribendo.* Respondet Decius, textum loqui de tutore se obligante per scripturam in fauorem pupilli. Et hoc facere potest: quia acquiritur pupillo obligatio. Non autem dicitur tutorem posse mutuò accipere pecuniam pupilli. Non placet hoc Bolognero: quia textus dicit: *Seque mutua pecunia poterit obligare, sibi mutuatam scribendo.*

Ego puto textum illū loqui de pecuniā mutuata tutori à patre ipsius pupilli. Nam Iurisconsulti s supra in §. præcedenti dicit: *Sicut autē soluere tutor quod debet: ita exigere à pupillo, quod sibi debetur potest, si creditor fuit patris pupilli.* Ideo verisimile est, textū in § non tantùm, qui immediatè sequitur, continuando eundem sermonem loqui in eisdem terminis: videlicet quando tutor mutuò pecuniam acceperit à patre pupilli. Et sensum hunc esse, tutorem posse se mutua pecunia obligare, sibi mutuatam scribendo, id est, mutuatam à patre pupilli: quia textus dicit, tutorem soluere sibi ipsi posse. Quod est intelligendum, quando erat creditor patris pupilli, vt superius dictum est in §. sicut.

Porrò nihil mouet, quod Alciat. & Bologn. dicunt: tutorem posse alienare ea, quæ seruando seruari non possunt, & pecuniam administrare, l. lex quæ tutores, §. vlt. C. de adm. tut. Nam quod ad pecuniæ administrationem attinet: legem habemus, qua tutor iubetur, pecuniam sic administrare, vt pro necessarijs sumptibus pupilli honestè aliquid lucretur: & siquid superest, recondat, d. §. quoniam, in auth. vt hi, qui obligatas.

CAPVT XLVI.

An tutor possit sibi soluere pecuniam quam patri pupilli mutuauit?

COntrouertitur etiam: an tutor possit sibi soluere pecuniam, quam patri ipsius pupilli mutuauit: nam Decius in l. singularia, nu. 15. negat, hoc licere tutori, nisi palam, & bona fide cum auctoritate sui contutoris id faciat. Motus: quia nemo potest esse auctor in re propria, l. 1. l. 5. de auctorit. tut. l. pupillus. §. idem tutor, eod. titu. & l. 1. § fuit quæsitum, ad S. C. Trebell. Respondet Cagnolus ibi, nu. 26. pecuniam esse de rebus, quæ seruando seruari non possunt, vt notat Bartol. in l. interdum, numero 2. de condict. indeb. Alexand. in l. 1. § quæsitum, num. 4. ff. ad S. C. Treb. & ideò posse alienari sine decreto iudicis, l. lex quæ in fine, Codice de admin. tut.

Altera opinio est huic contraria, scilicet, tutorem posse sibi soluere pecuniam mutuatam. Ita docet gl. in d. l. singularia, quam Bartolus ibi in 5. speciali extendit etiam ad cæteros contractus: vt scilicet, tutor possit sibi soluere pecuniam debitam à patre pupilli, siue fuerit debita ex contractu mutui, siue ex alio contractu. Et hæc est communis sententia, teste Cagnolo ibidem, nu 71. & 76.

Hanc sententiam verissimam esse puto. Motus ex l. quoties §. sicut, ff. de administr. tut. vbi apertè hoc deciditur, nec vlla fit mentio in textu, quòd necessaria sit auctoritas alterius. Idem probatur in l. fistulas, §. 1. de contra. empt.

Moueor & ratione: quia nulla hic esse potest suspicio alicuius fraudis, quia debitum viā cum patre pupilli contractum est, l. 1 Co. quā. decret. opp. non est. l. magis puto, §. si pupillus, de rebus eorum. Et ideò aliter respondendum puto: si tutor non contraxisset cum patre pupilli, tunc enim nego, posse sibi soluere: quia potest esse suspicio alicuius fraudis, vt habetur in §. alin auth. vt hi qui oblig. se hab. perhib. Conclusio autem ista debet intelligi in terminis, in quibus aliquis potest esse tutor, licet sit creditor pupilli: id enim regulariter prohibitum esse, constat in auth. vt hi qui oblig. se hab. perhib. Et tutori tantùm testamentario id permissum est, vt notant gl. Barto. & alij in auth. minoris. C. qui tutor. dar. poss.

CAPVT

CAPVT XLVII.

Vbi ſtipulatio ſequitur poſt numerationem pecuniæ, an oriatur actio ex ſtipulatione, vel ex numeratione?

CОnſtat inter omnes, quoties poſt ſtipulationem in continenti numeratio ſequitur; actionem oriri ex ſtipulatione: non autem ex numeratione, l. ſi ita ſtipulatus, 126. §. Chryſogonus, de verb. obl. l. cùm enim, ff. de nouatio. l. certi condictio, §. quoniam, ff. ſi cert. pet. Et hæc ſententia eſt communiter recepta, vt teſtatur Cagnol. in l. ſingularia, nu. 103. ff. ſi cert. pet. Sed controuerſum eſt, an iſtud ſit ſpecialiter cōſtitutum in numeratione facta ex cauſa mutui; an verò locum habeat in aliis cōtractibus? Etenim locum habere in omnibus contractibus, & non eſſe ſpeciale in mutuo, tradunt Bar. Alex. Iaſ. Decius, Bolog. Curt. iun. & alii magis communiter in d. l. ſingularia.

Fundamentum eſt, quia numeratio videtur facta cauſſa implendæ ſtipulationis, vt inquit text. in d. l. cùm enim, ff. de nouat. Quæ ratio locum habet tàm in numeratione, facta ex cauſa mutui; quam ex cauſa alterius contractus. Huc accedit text. in l. quoties, ff. ſol. mat. & in l. vnica, §. accedit, C. de rei vxor. act. in quib. probatur: idem eſſe conſtitutum in numeratione facta ex cauſa dotis.

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt Caſtr. in l. certi condictio, §. quoniam, n. 15. ff. ſi cert. pet. & Aret. in d. l. ſingularia, nu. 12. & ibid. Soc. ſen. num. 8.

Quorum fundamentum eſt: quia noſtra intereſt, habere actionem potiùs ex cōtractu bonæ fidei; quàm ex ſtipulatione, quæ eſt ſtricti iuris: quia plura conſequimur per actionem bonæ fidei; quàm per actionem ſtricti iuris, l. dario, §. primo. de actio. empt. Ergo ſi numeratio fiat ex contractu bonæ fidei: & poſt eam ſequatur in continenti ſtipulatio, noſtra intereſt actionem habere potius ex tali contractu, quam ex ſtipulatione. Reſpondet Alex. in d. l. ſingularia, num. 9. ſi valeret hæc ratio: idem eſſet dicendum in numeratione, facta ex cauſa mutui: quia noſtra intereſt, habere plures actiones, l. ſi actor, ff. de iureiur. l. cùm pater, §. vairis, de legat. 2.

Non placet hæc reſponſio. Primò: quia aſſignare inconueniens, non eſt ſoluere, l. is qui reus ff. de publ. iudi. Secundò: quia tunc noſtra intereſt habere plures actiones: quando vna eſt pinguior altera: aliàs ſecus: l. qui bis idem, de verb. oblig. Sed actio ex mutuo eſt ſtricti iuris, quemadmodum actio ex ſtipulatu: ergo noſtra non intereſt: habere actionem tàm ex mutuo, quàm ex ſtipulatu, cùm eiuſdem ſint naturæ: nec vna eſt pinguior altera. Neque dici poteſt; ideo noſtra intereſſe [illegible] quia, ſi qui is fuerit victus in vna, poterit aliam actionem intentare, lege ſi actor, ff. de iureiur. Quoniam id locum habet, vbi ex diuerſa cauſa plures competunt actiones: nam, ſi ex eadem cauſa competant plures actiones, vna electa, & intentata non datur regreſſus ad alteram, l. quòd in hærede, §. eligere, ff. de tribut. & notat gloſſ. & Caſt. in d. l. ſi actor.

Manet igitur hoc fundamentum ſatis firmum: nec tollitur ex reſpōſione ſup. dict. Alex. Minùs tollitur altera reſpōſione Iaſ. in d. l. ſingularia, quatenus dicit: ſtipulationē ſequi naturam cōtractus, ſuper quo interponitur, l. ſi ſtipulatus, ff. de vſur. l. 1. §. belliſſimè, ff. vt legat. nom. cau. & not. Dd. in rub. de verb. obl. Et ideo non intereſſe, an agatur ex cōtractu bonæ fidei: vel ex ſtipulatu: cùm actio ex ſtipulatu imitetur naturam actionis, orientis ex cōtractu bonæ fidei. Nam reſpōdet Cagn. in d. l. ſingularia, n. 106. ſtipulationem adhiberi fauore ſtipulatoris: ideo non tollere actionem ex contractu deſcendentem: id enim eſſet in præiudicium ſtipulatoris: cùm illius interſit plures habere actiones: & ſic agere tàm ex ſtipulatu, quàm ex contractu bonæ fidei.

Minus etiam corruit hoc fundamētum ex 3. reſpōſione, quam attulit Cag. vbi ſup. dum ait; numerationem intelligi factam cauſſa implendi ſtipulationem, l. cùm enim, ff. de nouat. Cōſequēter, hanc fuiſſe partium intentionem, vt actio oriretur ex ſtipulatione: non autem ex numeratione: quæ quidem intentio contrahentiū attendi debet, l. non omnis, ff. ſi cert. pet. Nam hæc reſponſio non ſatisfacit: quia, vbi contractus bonæ fidei celebratus eſt inter partes, & poſt eum in continēti ſequitur ſtipulatio: hæc videtur fuiſſe intentio contrahētium, vt ſtipulatio ſubſequeretur pro maiori robore, & firmitate contractus. Ad hoc enim, inuentam fuiſſe ſtipulationem, conſtat: ſecùs in mutuo. Quia conſiſtebat in numeratione & ſtipulatione: numeratioque inſeruiebat ſtipulationi: quia, niſi ſecuta fuiſſet numeratio: inanis fuiſſet ſtipulatio, & obligatio de reſtituendo.

Ex quib. apparet, inconcuſſum manere fundamētum iſtius contrariæ opinionis: quod, ſc. non in omnib. contractibus, ſed tantùm in mutuo locum habeat hæc concluſio: vt, ſi poſt numerationē ſequatur in cōtinēti ſtipulatio: agēdū ſit ex ſtipulatione: nō autē ex numeratione.

Omiſſa igitur opinione Fulg. diſtinguentis (quam refellit Bolog. in d. l. ſingularia, n. 67.) & Bald. Nou. & aliorum, ego amplector hanc poſteriorem ſententiam: quia textus allegati ad probandum, oriri actionem ex ſtipulatione incontinenti ſecuta poſt numerationem, loquūtur in mutuo, vt patet ex d. l. cùm enim, & ex d. §. Chryſogonus. & ex aliis, militatq; in mūtuo illa ratio, de qua ſupr. diſputatum eſt, quæ non militat in contractibus bonæ fidei.

Et ex hoc tollitur 1. argumentum prioris ſententię, quo dicebatur: numerationem fieri cauſa implendæ ſtipulationis. Hoc verum eſt in mutuo: non autem in aliis cõtractibus, & præſertim bonæ fidei. Ad alterum argumentum ex d. l. quoties, ſolut. matr. rectè reſpondent Caſt. Aret. & Soc. illud procedere, quando fieret contra voluntatem numerantis dotem, & non ageretur ex ſtipulatu.

CAPVT XLVIII.

De venditione eiusdem rei bis facta.

COmm. eſt & vera Dd. ſententia: ſecundam venditionem factam de eadem re non valere, quando nihil continet diuerſum a prima, ſecùs autem, ſi aliquid diuerſum cõtineat a prima, vt poſt Dd. in l. ſingularia, ff. ſi cert. pet. reſpondit Nonius in cons. 81. n. 8. Et fundamẽtum eſt; quoniam ſecũda venditio eſt inutilis; quod enim ſemel meum factum eſt, amplius fieri nõ poteſt, §. ſic itaq; Inſt. de act. o. c. inter dilectos, §. cæterum, de fide inſtr. vbi verò ſecunda venditio diuerſa eſt à prima, quod valeat, & attẽdi debeat, eſt text. in l. ſi id quod, de reſc. vend. & facit text. in l. ſi quis ante, de acqu. poſſ. Quã ſententiam, & ipſe ſequor tanquam veram. & com. Et facit Bart. in d. l. iuriſgẽtium, §. adeò, de pactis, & Caſt. in l. qui bis idem, de verb. oblig. & com. eſſe teſtatur Bolog. in l. ſingularia, n. 70.

Contrariam ſentẽtiam amplexus eſt Cag. in d. l. ſingularia, n. 121. exiſtimans, ſecundam venditionem & primam valere, licet inter primam & ſecundam nulla ſit diuerſitas. Motus: quia reiteratio actus non eſt prohibita, l. licet, §. ea obligatio, & ibi gloſ. de procur. c. Engeltrudam 3. qu. 4. vbi ſemel excommunicatus poteſt iterũ excommunicari.

Similiter & collatio geminata beneficii valet, & geminata legitimatio, & Doctoratus, & ſimilia, vt per rotã, dc. 858, in antiq. Dn. Papa in antiq.

Similiter & duplex mandatum valet, vt notant Bald. & Caſt. in l. ſi quis, §. vlt. de proc.

Reſpondetur: bene loqui de reiteratione reſpiciente diuerſos effectus: alterum verò procedere, vel propter diuerſas cauſas, vt in excommunicatione: vel ad cautelam, vt per Dec. in c. bonæ, de appell. vel, vbi primus actus non valet: vt per Rotam, vbi ſupra.

Quod attinet ad duplex mãdatum: id nõ obſtat: quia in eo non militat ratio, quę in vẽditione: quod ſc. dominus effectus ſemel non poſſit iterum fieri dominus eiuſdẽ rei, vt dixi ſup. hoc lib. c. 43. Non obſtat, ſi dicatur: ſecundã venditionẽ non eſſe ſuperfluã, propter præſcriptionem, quę tardius inchoaret: nam pręſcriptionis rationem habendam non eſſe in propoſito probat Bart. in l. ſi bis, de verb. obl. aduerſus text. in l. pater ſilii, §. vlt. de Caſtr. pecul.

CAPVT XLIX.

An mutuum contrahi poſſit, vt vna res detur pro alia, vt ſupra frumentum pro vino?

PEcunia res omnes æſtimari certum eſt, l. quoties, C. de iure dot. l. cum fundũ, ff. locat. l. ſi ita fideiuſſore, ff. de fideiuſ. l. pretii cauſſa, C. de reſc. vend. & docet Bar. in l. Aquil. in fine, ff. de tranſactio. Et proinde mutuum contrahi poteſt: cum pro pecunia mutuanda datur ſpecies æſtimata, l. ſi pro mutua, C. ſi cert. pet. l. rogaſti, ff. eo. tit. atque ita rectè docet Iacob. de Arena in l. ſingularia, ff. ſi cert. petat. & ibi Soc. ſen. n. 12. Salyc. n. 9. Alciat. in 5. col. Cagn. n. 121. Dum dicunt, id eſſe ſpecialiter conſtitutum in pecunia, & non in aliis rebus.

Contrariã ſententiam habuerunt Bart. Fulg. & Alex. n. 19. Bolog. n. 73. in d. l. ſingular. d. Quoniam aliud pro alio ſolui poteſt, conſentiente creditore, l. 2. §. 1. ff. ſi cert. petat. l. à diuo Pio, §. ſi p gnora, de re iud. Et ſic nihil prohibet: quominus mutuũ ita poſſit contrahi, vt vna res poſſit dari pro alia, vt puta frumẽtũ pro vino. Niſi dixeris, hanc eſſe permutationem: non autem mutuum, l. 2. § eſt quidem, de præſcript. verb. l. 1. ff. de contrah. empt. l. 1. ff. de rer. permut.

Ego tamẽ arbitror: mutuũ quoq; ineſſe poſſe hoc modo: Conueni tecum, vt pro frumento mutuato, vel mutuando, vinum mihi reddas. Duo contractus eſſe videntur: vnus permutationis: quia pro frumẽto datur vinum, & ſic vna res pro alia datur: quo caſu dicitur eſſe contractus permutationis. Alter contractus eſt mutui: quia vinum breui manu videtur mihi datũ: & tibi a me mutuatũ fictione quadã interueniente, ſecundum l. ſingularia, ff. ſi cert. pet.

CAPVT L.

Ad l. Rogaſti, ff. ſi cert. petatur.

ROgaſti me, vt tibi pecuniam crederẽ: ego cum non haberẽ, lancem tib. dedi, vel maſſam auri, vt eam vẽderes, & nũmis vtereris. Si vendideris, puto pecuniam mutuam factam. Sunt verba Iuriſcõſulti in l. Rogaſti, ſi cert. pet. Quæritur: quid, ſi debitor lancem reſtituere vellet: ipſa ea vendita, & forte recuperata? De hoc fuit controuerſia inter Ludouicum Romanum & Nellum de S. Geminiano.

Romanus dicebat: debitorem liberari ſpeciẽ ipſam reſtituendo: quia debitor, reſpectu certæ ſpeciei, liberatur ſoluẽdo ipſam ſpeciem, l. ſi verò, §. vlt. ff. ſol. matr. l. ex dies §. 1. de re iud. l. 2. §. mutui datio, in fine, ff. ſi cert. pet.

Contra Nellus, quem ſecutus eſt Iaſ. in d. l. rogaſti. Quoniam aliud pro alio inuito creditori reddi non poteſt, l. 2. §. 1. ff. ſi cert. pet. ſed hoc in caſu, mutuum iam contractum eſt in pecunia. Ergo pecunia reſtituenda eſſe videtur: non autem ſpecies. Atque ita rigor iuris poſtularet.

Ego puto: ex æquitate audiendum eſſe debitorẽ: ſi velit ſpeciem reſtituere. Motus ex l. ſi fundum per fideicommiſſum de leg. 1. ibi, *Placet non fundũ, ſed pretiũ eius reſtitui debere.* Sic poſtu-

postulabat iuris ratio: quia res legata fuit vendita cum consensu legatarij, siue fideicommissarij: & consequenter, hæres factus erat debitor pretij. Pergit Iuriscons. sic dicens: *Marcellus notat: si fundum restituere malit hæres, eum audiendum existimo.*

Cur non idem, & in proposita specie dicere possimus, videlicet, pretiū rei venditæ, non rem restitui debere: veruntamen audiēdum esse debitorem, si maluerit rem ipsam restituere: nullam certe video rationem diuersitatis.

CAPVT LI.

An per commixtionem dominium pecuniæ amittatur, & non aliarum rerum?

PEr commixtionem dominium pecuniæ amitti, non autem aliarum rerū, atque adeò id esse specialiter constitutum in pecunia numerata, docuit Bar. in l. singularia, ff. si cert. pet. n. 36. Alex. ibi, n. 2. & est communis, vt testantur Iason. n. 12. Dec. n. 6. Bolog. n. 44.

Contrariam sententiam habuerunt Fulgos. Cuman. & alij veteres, quos refert, & sequitur ipse Iason in d. l. singularia, Alcia. ibidem in ver. pecuniam. Cagnol. quoque & Bologn. etius.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. si alieni, ff. de solutio. ibi: *si immixti fuerint ita, vt discerni non possint, eius fieri, qui accepit.* Et ille textus loquutus in pecunia numerata: secus videtur in aliis rebus, vt probatur in l. 5. ff. de rei vind. ibi: *si frumentum duorum, non voluntate eorum confusum sit, competit singulis in rem actio in id, in quantum paret in illo aceruo suum cuiusque esse.*

His accedit ratio frequentiæ huius commixtionis in pecunia numerata, quæ non est in aliis rebus. Et textus in l. vsufructuarium venari, §. vlt. ff. de vsufruct. vbi probatur: immixtionem non priuare proprietarium dominio animaliū: licet pro maiori commoditate constitutum sit, vt vsufructuarius teneatur ad restituendum numerum capitum. Denique accedit alia ratio: quoniam in nummis non consideratur affectio, sicut in aliis rebus, l. nummis, ff. de in lit iuran. ideo facilius dominium nummorum amittitur, quàm aliarum rerum.

Posterioris verò sententiæ fundamentū est: quia textus in d. l. si alieni, locum habet tribus concurrentibus: bona fide, iusto titulo, & mixtione facta. Quæ, si concurrant etiam in aliis rebus, idem videtur statuendum: cùm & in aliis rebus sit eadem ratio.

Ego posteriorem sententiam veriorem esse existimo, si eadem immixtio sit in aliis rebus, quæ in pecunia: id est, talis immixtio, quæ inducat confusionem; vt res discerni non possit: aliàs secus puto. Primò, quia textus in d. l. si alieni, facit vim in sola immixtione, & confusione pecuniæ ita, vt discerni non possit. Ergo idem est in aliis rebus, si eadem ratio immixtionis militauerit. Secundò quia textus in l. 5. de rei vindic. loquens de frumento, actionem in rem domini competere dicit, in quantū apparet in illo aceruo suum cuiusque esse. Ergo, si non apparet, propter confusam immixtionem, non datur actio. Tertiò id confirmo ex l. adeo, §. volūtas, ff. de acquir. rer. dom. ibi: *Sed etsi sine voluntate dominorum casu confusæ sint duorum materiæ, vel eiusdem generis, vel diuersæ, idem iuris erit.* Quartò: quia, si dominium rei non amitteretur in aliis rebus, sequeretur, eas vindicari posse. Sed hoc est impossibile propter commixtionem, & confusionem: quia res designari non potest cum suis qualitatibus, prout est necesse agenti in rem. l. si in rem, ff. de rei vind. Nec ratio habenda est in proposito malæ fidei: quia illa non impedit acquisitionem dominij, re consumpta, l. si pignore, §. si prædo, ff. de pignor. act. §. nunc admonendi, Inst. quib. alien. licet. Hoc operatur mala fides, vt detur actio ad exhibendum, l. rogasti, §. vlt. ff. si cert. pet. & si non exhibeatur, vt deferendum sit actori iuramentum in litem, l. in actionibus, ff. de in litem iurand.

Postremò hæc sententia confirmari potest: quia id quod nostrū est, sine facto nostro nobis auferri nō potest. l. id quod nostrum, de reg. iur. Ergo in pecunia non deberet quis priuari eius dominio, sine consensu suo: & tamen priuatur propter mixtionē. Ergo idem est in aliis rebus: præsertim quoniam incertitudo impedit acquisitionē dominii, l. 3. § incertam, de acq. poss. licet in rem actio detur ratione partis incertæ ab aduersario possessæ, l. quæ de tota, §. incertæ, de rei vind.

CAPVT LII.

Ex præcedenti controuersia infertur ad aliam de ludo.

QVidam ludendo alienam pecuniam amisit, quæritur an dominus possit eam vindicare? Respondit Cuman. in l. si alieni, de solutio. dominium pecuniæ amissum esse, propter mixtionem: quia scilicet qui vicit, pecuniam miscuit cum sua, ex d. l. si alieni, de solutio.

Ias. in l. singularia, ff. cert. pet. contradicit: quia sola mixtio non est idonea causa dominii acquirendi, sed requiritur etiam iusta aliqua causa, sicut loquitur text. in d. l. si alieni, vbi is, qui alienā pecuniā recepit, erat creditor. At ludus non est iusta causa, argu. l. si quis cùm sciret, ff. pro emp. & not. glos. in l. si minor 25. de minor.

Cagnolus Iasonē reprehendit existimās, ludum esse licitū propter consuetudinem. Quod mihi non placet: quia ludi prohibentur à lege, exceptis quibusdam, l. aleatū, C. de Religio. & sump. At consuetudo contra legē non valet: nisi fuerit rationabilis, & legitime præscripta, c. vlt. de consuet. Hæc autē cōsuetudo non est rationabilis, cùm det occasionē peccandi, non enim valet consuetudo, per quam homines inducæ

poſſunt ad peccandum, vt notat Abbas in terminis, in c. vlt. nu 14. de vita & honeſt. Cleric. Bolog. in d. l ſingularia, diſtinguit.

Omnis difficultas in eo conſiſtit; an per ſolam mixtionem acquiri poſſit dominiũ rerum abſque vlla cauſa habili? Et non puto acquiri, arg. l. nunquam nuda, de acq rer. dom. Nam ſi nulla habilis cauſſa requireretur, etiam fures efficerentur domini pecuniæ, propter mixtionẽ. Quod eſt abſurdum. Nec contrarium alicubi probari puto, & proinde Iaſ. rectius locutum eſſe, quàm Cumanum, magis eſt, vt putem.

CAPVT LIII.

Si mandauero Titio debitori meo, vt ſoluat Sempronio creditori meo: & Titius promiſerit ſoluere Sempronio: an ego ſim liberatus?

SCripſi hac de re l. 2. c. 73. ſcripſit & Menoch. li. 3. præſ. 134. quẽ poſtea legi, nec animus adhuc quieſcit: nam ſi iuſſero debitori meo, vt ſoluat creditori meo, & is promiſerit per ſtipulationem creditori meo ſe ſoluturum, putat Menoch. vbi ſup. n. 68. hanc eſſe delegationem: ac proinde me liberatum eſſe per ſolam promiſſionem debitoris mei. Et ſi eſſet delegatio, res indubitata mihi videretur: quia debitor liberatur per delegationem, l. delegare, de nouat. l. quamuis, §. interdum, ff. ad SC. Velleian, l. qui debitorem, ff. de fideiuſſ l. verbum exactè, de verb. ſig. gl. in l. 3. C. de Nouatio.

Vereor, ne non ita ſit: quoniam delegare, eſt alium reum vice debitoris dare, l. delegare, la 1. ff. de nouatio. ſenſus eſt: delegare nihil aliud eſſe, quàm dare alium debitorem loco ſuo: quia reus accipitur pro debitore. l. Hæres, §. quod ſi ſtipulator, ff. de fideiuſſ. Itaque, ſi debitorem meum dedero creditori meo ita, vt pro me obligetur creditori meo, hæc eſt delegatio. Hic autem iuſſi debitori meo, vt ſolueret: non autẽ, vt ſe obligaret. Imò debitor meus cui iuſſi vt ſolueret, non poteſt nouare ſtipulando. l. ſi debitorem. ff de nouatio. Ergo nec cenſetur facta delegatio: vbi enim eſt delegatio, ibi eſt nouatio, gl. in l. 3. C. de nouatio.

Itaque, ſi rectè omnia perpendãtur, in terminis huius quæſtionis, videtur mihi dicendum non eſſe delegationem, & propterea me non liberari ex promiſſione, facta à debitore meo, ſicuti communem eſſe ſententiam dicit Cagno. in d. l. ſingularia, n. 161. Hæc ſuperioribus ſcriptis meis addenda eſſe putaui.

CAPVT LIV.

An delegatio poſſit fieri à debitore creditori ſuo, alterius quàm debitoris ipſius delegantis?

MVlta requiruntur ad delegationem inducendam inter debitorem, & creditorem, quæ ego referre ſuperſedeo, vno tantũm contentus, quod in controuerſia poſitum eſſe videtur.

Communis eſt, & vera ſententia, inter cætera hoc requiri ad delegationem, vt delegatus ſit debitor delegantis, ita gloſ. in l. Quamuis, §. ſi mulier, ff. ad Velleia. Caſtr. in l. delegare, la 1. de nouat. Cagn. in l. ſingularia, n. 174 ff. ſi cert. pet. & ibi Bolog. n. 9. vbi teſtatur, hanc ſententiam eſſe communem. Probatur in l. 1. C. de nouat. in l. ſi mandato. §. vlt. ff. mand. in l. quamuis. §. interdum, ff ad Velleia. in l. qui debitorem, de fideiuſ. & in l 4 ff. de manumiſ.

Solus Aret. in conſ. 5. & Alciat. in d. l. ſingularia. ff. ſi cert. pet. ſunt in contraria opinione, exiſtimantes: hoc non eſſe neceſſarium, vt delegatus ſit debitor delegantis. Moti ex l. ſi Titius. ff. de nouat ex l. ſi quis delegauerit, eod. tit. ex l. Purè. §. ſi cum, ff. de doli mali except. ex l. quamuis, §. interdum, ff. ad Velleia. & ex l. delegare, la 1. ff. de nouat. vbi dicitur: delegare eſt, alium reum vice debitoris dare.

Reſpõdetur ad hunc vltimum textum, *reum*, accipi pro debitore, l. hæres. §. quod ſi ſtipulator, ff. de fideiuſ. Ad alios verò textus reſpondet Decius in d. l. ſingularia, n. 27. verbum, *delegare*, in dd. textibus accipi largè & impropriè, quem ſequitur Cagn. ibidem n. 176.

Magis placet reſponſio Bolog. in d. l. ſingularia, n. 90. vbi oſtendit in omnibus illis textibus delegatum fuiſſe debitorem, vel eo ipſo debitorem ſe conſtituere, cùm delegationi conſentit: veluti, quando quis donaturus erat, cui conſonat textus in l. vt mihi, de donatio. & in l. Neſennius, de re iudicata, vel tanquam debitorem fuiſſe delegatum, vt in d. §. interdum, licet aliquando haberet exceptionem, vt in d. l. ſi quis delegauerit Rectè ſanè & verè. Itaque poſſumus ex his omnibus hanc doctrinam conficere neceſſarium eſſe ad delegationem vt delegatus ſit debitor delegantis verè, vel putatiuè, purè, vel abſque exceptione: vel de præterito: vel de præſenti.

CAPVT LV.

An inſtrumentũ reddatur falſum, ſi Notarius ſcripſerit, Titium pecuniam dediſſe & numeraſſe: teſtes autem deponant, nullam interueniſſe numerationem?

COmmunis eſt, & vera ſententia: Inſtrumentum reddi falſum in propoſita facti ſpecie. ita Bartol. in l ſingularia, ff. ſi cert. peta, Iaſ. nu 46. & cæteri communiter, vt teſtantur Decius ibi, n. 33. & Bolog. n. 110. quibus conſentit & Ang in l. Prædia, de acqu. poſſ. fundamẽtum eſt: quia verbum *numerationis* ſignificat veram, & nõ fictam numerationem, tot. tit. C. de pec. non num. & G. de iot. cau. nõ n. gloſ. & Barr.

& Bartolus in l. si ex cautione, C. de non num. pecu.

Sed Bart. in d. l. Prædia, de acq. poss. cōtrarium docuisse videtur, quem defendere conatur Decius in d. l. singularia, n. 33. & defendit expressè Bolog. ibid. n. 110.

Primò mouetur ex d. l. Prædia, vbi illa verba: *dedit, vendidit, tradidit*, accipiuntur fictè, & nō verè: quia non significant veram traditionem possessionis, sed facultatem, & licentiam datam eam accipiendi propria auctoritate. Sic igitur & verbum *numerationis*, verificari posse videtur in facta numeratione, quæ per confessionem inducitur. Responderi potest, illud procedere, quando res non est in conspectu, tunc enim illa verba, *dedit, vendidit, tradidit*, nōn important veram traditionem: quia tunc fieri non potest vera traditio. At pecunia in conspectu, & in præsentia esse potuit tempore contractus celebrati: meritò requiritur vera numeratio, ne Instrumētum reddatur falsum, in quo scriptum est, fuisse numeratum.

Secundò mouetur ex l. Publia, §. vlt. ff. depos. vbi numeratio probatur per confessionem. Ergo (inquit Decius) verbum *numerationis* potest intelligi per confessionem, quæ probat numerationem. Respondetur, hæc esse dissimilia: quia aliud est, quærere, an pecunia sit numerata? & hoc probari potest per confessionem. Aliud est, quærere, an verbum *numerationis* verificetur per confessionem? quasi liceat Notario dicere, pecuniam fuisse numeratam, licèt non fuerit numerata: dummodò pars confessa sit, numerationem sibi factam. Et dico: non verificari, cùm aliud sit confessio, aliud numeratio, vt Alex. in cons. 179. nu. 2. lib. 1. & probatur in toto tit. de dote caut. non num. maximè in l. 1. & alibi.

Tertiò mouetur Bolog: quia verbum *dare* verificatur in ficta datione. l. 3. §. vlt. de donat. inter vir. & vxor. Ergo & verbum *numerare*. Negatur consequentia: quia verbum *numerare* non est nomen iuris, sed naturæ, vt dicebat Alciat. in d. l. singularia.

Quartò mouetur: quia soluta dicitur pecunia creditori, si alteri soluatur de consensu eius: & sic verbum *soluere* verificatur in solutione ficta & ciuili. Ergo, simili modo accipi debet verbum *numerare*. Respondetur, verbum *numerationis* requirere actum verum, & realem, non autem fictum & ciuilem. At solutum dicitur creditori, quoquo modo illi fuerit satisfactum. l. solutum, §. solutum. de pig. actio.

Adde, quòd si numeratio facta esset alteri cum consensu creditoris, posset dici: numerationem factam esse creditori, breui quadam manu, iuxta textum in dict. l. singularia, sed in præsenti hoc non quæritur: quia agitur, an verbum *numerationis* verificetur absque reali numeratione in persona vnius, qui fatetur sibi factam numerationem? Et hoc Notarius attestatur, cùm tamen facta non fuerit. Hîc duplex est inspectio: vna respectu confitentis, sibi factam fuisse numerationem: & hæc confessio probat contra eum, (saluis tamen exceptionibus, quæ competunt aduersus huiusmodi confessionem.) Altera verò inspectio est respectu Notarii, qui scripsit in instrumento, pecuniam fuisse numeratam, cùm tamen non fuerit numerata. Meritò dicimus, instrumentum esse falsum, & contra veritatem: Plus enim importat vera numeratio, quàm sola confessio, l. 1. C. de dot. cau. non num. & toto tit. C. de non num. pec. Ergo veritas immutata est: nec falsitas potest excusari.

Vltimò mouetur Bolog. quia nulla ratio adferri potest, cur verbum, *numerare*, non possit verificari in actu ficto: sicut verbum, *tradere, soluere, dare, accipere, & peruenire*. Responderi potest: rationem esse, quia verbum *numerationis*, ex ipsa verbi significatione denotat actum naturalem, & non ciuilem: & ideò vbi agitur de mutuo naturali ad differentiam ciuilis, requiritur numeratio actualis, vt notat gloss. & Bartol. in l. 2. §. Appellata, ff. si cert. per.

Ad tollendas has difficultates, Decius in d. l. singularia, distinguit in hunc modum: aut Notarius dixit, numerationem factam fuisse in præsentia sua, & tunc Instrumētum sit falsum: aut dixit, simpliciter factam fuisse numerationem, & secùs sit. Non placet Bolog. hæc distinctio tanquam verbalis, & nullam continens rationem diuersitatis. Alciatus autem monet: Notarium hoc in casu excusari à pœna falsi, vbi nullum præiudicium partibus est illatum, vt puta, si non possit competere exceptio non numeratæ pecuniæ, iuxta l. frustra, & l. aduersus, C. de non num. pecu. quia falsitas nemini nocens non punitur. Et in l. damus, Cod. de fals. Ego verò puto, accipiendum de persona ordinaria, non autem de extraordinaria: quoniam falsitas etiam nemini nocens solet pœna extraordinaria puniri. Vide Menoch. de arbitr. casu 306. n. 15.

CAPVT LVI.

An possessio seu quasi transferat onus probandi contrarium in seruitutibus?

COmmunis eſt ſententia: ſi quis ſit in quaſi poſſeſſione ſeruitutis realis, nihilominus tenetur ad probandum, ſeruitutem ſibi eſſe conſtitutam, Bart in l. ſi prius, ff. de oper. no. nunc. nu. 19. & ibi Angel. ve l. 1 u dic. & Imola, vers. Nam potes dicere, & Alex. n. 37. Iaſ. n. 44. alios refert, & ſequitur Fuluius Pacianus in tract. de probat. l. 2. c. 20. n. 8.

Fundamentum eſt: quia prædia ab initio præſumuntur eſſe libera, l. altius, C. de ſeruit. & hęc præſumptio locum habet ab origine prima, ita vt is, qui contradicit ei, qui eſt in poſſeſſione ſeruitutis, habeat intentionem fundatam, quæ de neceſſitate concordat cum originali ſtatu ipſius rei: ideò iſtud videtur præualere poſſeſſioni aduerſarij: adducit Bart. not. in d. l. ſi prius, & not. in l. ſicuti, §. ſe ſi quęratur, ff. ſi ſeru. vind. vbi gloſ. apertè docet: poſſeſſori incumbere onus probandi, ſeruitutem ſibi eſſe conſtitutam.

Alciat. reg. 2. præſ. 1. contrariam opinionem habuit. Quem ſecutus eſt Maſcard. de probat. vol. 3. concl. 1299. n. 4. Me o. h. l. 3. præſ. 89. n. 8. & ante omnes iſtos Cuman. in d. l. ſi prius, nu. 19. cum ſeqq. & Dua. c. in tit. de probat. cap. 13. vers. vnde quæritur.

Primò ex l. ſi prius, de oper. nou. nunc. vbi in pœnam contumaciæ transfertur onus probandi, ſeruitutem eſſe conſtituta in poſſeſſorem. Ergo ceſſante cōtumacia, ceſſat iſtud onus probandi. Reſpondet Fuluius Pacia. vbi infr. n. 13. negando ſequelam, quam Alciatus aſſumit. Dato. n. quòd ob pœnam cōtumaciæ, onus probandi transferatur in contumacem, qui erat in quaſi poſſeſſione ſeruitutis realis: non tamen ſequitur, quòd quaſi poſſeſſio liberaſſet eum a probanda ſeruitute præſenti, ſi non fuiſſet cōtumax. Quia, imò debuiſſet illam ſeruitutem probare, ſtante ſupradicta præſumptione libertatis, quæ potentior eſt illa quaſi poſſeſſione, vt per Iaſ. in d. l. ſi prius, ſub n. 35. ver. Aggredior tertiam partem.

Replicari poteſt: Iaſonem quidem hoc dicere, videlicet, pręſumptionem illam, quòd quęlibet res ſit libera, potentiorem eſſe quaſi poſſeſſione aduerſarii: ſed iſtud non probat Iaſ. nec vllus alius aliquo textu iuris, vel ratione concludenti, aut probabili.

Contrarium probat Cumanus in d. l. ſi prius, num. 19. 20. & ſeq. his rationibus: Prima: quia quaſi poſſeſſio ſeruitutis hoc operatur, vt ille, qui prætendit libertatem, non debeat facere cōtra ſeruitutem, d. l. ſi prius, & l. 1. ff. de itin. actuque priu. Secunda: quia cogitur cauere is, qui contendit pro libertate propter quaſi poſſeſſionem aduerſarii, vt in d. l. ſi prius. Ergo iſta quaſi poſſeſſio eſt potior quam naturalis ſtatus, cum faciat præſumi, ſeruitutem eſſe conſtitutam. Tertia: præſumptio ſpecialis & magis veriſimilis derogat generali, l. pen. de in integr. reſtit. l. cùm de indebito. ſe probat. Sed quòd res pręſumatur libera, eſt præſumptio quædam generalis. At quaſi poſſeſſio ſeruitutis eſt quædam præſumptio ſpecialis, cùm nihil aliud ſit, quàm ſcientia, & patientia aduerſarii, l. 3. §. Dare, ff. de vſufr. Ergo debet derogare præſumptioni generali. Et hoc probatur in d. l. cùm de indebito. Nam quis non præſumitur debitor: & tamen ſi ſoluat occaſione alicuius debiti, iſta ſolutio facit eum cenſeri debitorem, Et ſic derogatur generali præſumptioni.

Secundò mouetur Alciatus. Quia ſeruitus imponi poteſt futuro ædificio, l. ſi ſeruitus, §. futuro, ff. de ſeru. vrb. præd. Ergo res potuit ab origine ſua debere ſeruitutem: & iſta potentia ſatis eſt ad hoc, vt ex quaſi poſſeſſione transferatur onus probandi in aduerſarium, ſecūdum diſtinctionem eiuſdem Bart. in d. l. ſi prius, nu. 19. per text. in l. circa, ff. de probat.

Reſpondet Pacianus, vbi ſuprà, eum qui dicit ſeruitutem fuiſſe impoſitam ædificio, antequam natum eſſet, vel conſtructum, probare debere. Hoc nihil eſt: quia ſatis eſt nobis poſſe imponi: & ſic rem potuiſſe ab origine ſua debere ſeruitutem. Deinde, (inquit Pacianus) licèt ſeruitus futuro ædificio poſſit imponi: tamen iſtud non eſt quid naturale, nec eſt qualitas ex neceſſitate annexa origini naturali. Nihil eſt: quia ſufficit potentia ſupradicta, ad quam potentiam tandem reſpondet Pacian. num. 16. negando, eſſe verum, quòd ædificio nondum nato poſſit ſeruitus propriè conſtitui: quia qualitas non poteſt eſſe ſine ſubiecto: ſed perſona obligari poteſt ad conſtituendam ſeruitutem, cùm ædificium erit in rerum natura, vt declarat Abb. in c. quia nonnulli, nu. 8. de reſcript. glo. in cap ad diſſoluendum, de deſponſat. impub. Soc. ſen. conſ. 141. n. 3. lib. 1.

Replicari poteſt: hanc interpretationem bonam eſſe, quam ante omnes attulit gloſ. in d. §. futuro, dum ait: *non vt ſit ſeruitus, ſed vt quis obligetur, nomine ſeruitutis*, ſed tamen nihil obſtat: quia ſatis eſt, quòd ædificio nato ſtatim intelligetur eſſe ſeruum, & non liberum, & cōſequenter adeſt illa potentia, quam Bart. conſiderat, vt ſuprà dictum eſt.

Tertiò mouetur Alciat. ex l. ſicuti, §. ſed ſi quęratur, ff. ſi ſeru. vind. vbi textus apertè dicit: eum, qui eſt in poſſeſſione ſeruitutis, ſuſtinere partes poſſeſſoris: aduerſarium verò eius ſuſtinere partes actoris. Ergo debet probare, rem ſuam eſſe liberam: quia hoc eſt onus actoris probare:

probare: non autem possessoris. §. commodum, instit. de interd. vt bene declarat Cuman. in d. l. si prius, n. 23. quicquid dicat glo. in d. l. sed si quæratur. quæ dicit huic possessori incumbere onus probandi, seruitutem esse constitutam. Malè & contra textum, qui dicit: eum sustinere partes possessoris, aduersarium verò partes actoris, seu petitoris. Hæc sunt verba textus: *Sed si quæratur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat? sciendum est, possessoris partes sustinere, siquidem signa immissa sint, eum, qui seruitutem sibi deberi ait: si verò immissa nõ sint, eum qui negat.*

Hoc tertium fundamentum videtur mihi satis firmum: nec enim respondet quis: nec respondere iudicio meo potest absque manifesta violentia ipsius textus. Proinde ego puto sententiam Cumani, Alciati, Menochii, & Mascardi retinendam esse, & amplectendam.

CAPVT LVII.

Stante statuto, quod de percussionibus sanguinolentis non possit fieri pax, si quis aliquem impulerit ad terram, & ex impulsu, collisio capite ad lapidem sanguis exierit, an statutum locum habeat?

SED quando iuuat in amœnis campis disputationum annuere, aria um nõnihil immorari, subnectam controuersias agitari solitas in locis ordinariis: nam DD. in rubr. si cert. pet. *ferè omnes auspicantur ab ista, & communiter concludunt: statuto locum non esse.* ita Bald. in l. de pecoribus, & ibid. Salyc. C. ad l. Aquil. Dec. in rub. si cert. pet. & Cagnol. ibid. d. nu. 6. testatur, esse communem sententiam, quam & ego amplecti soleo.

Primum argumentum est: quia dictio *de* significat caussam immediatam, l. 1. § Nunc videamus, ff. de coniung. cum emanc. lib. At impulsus hic non fuit caussa immediata; sed mediata. Hoc argumentum non placuit Decio: quia etiam caussa remota, & mediata attenditur, l. vxori, la 2. & ibi B. t. not. de aur. & arg. leg. & quod est caussa caussæ, est caussa caussati, lege Manumissiones, de iust. & iure, l. vnum ex familia, § si de falcidia de leg. 2. l. item eorum, §. si decuriones, ff. si quid cuiu q; vniuers. nom. Cũ igitur impulsus ad terram fuerit caussa caussæ, id est, allisionis ad lapidem: meritò dicitur etiam caussa caussati, id est, percussionis sanguinolentæ.

Secundum est igitur argumentum secundum Decium: quia impulsus ad terram non fuit ordinatus ad illum effectum, vt exiret sanguis per collisionem capitis. Et quando caussa remota non est ordinata ad proximam, non attenditur: sed sola caussa proxima tunc attendi debet, l. Non omne, ff. de statulib. l. verum, ff. de furt. l. socium qui, §. vlt. & ibi Bartol. not. ff. pro socio. Non placuit Bologn in rubr. si cert. petat. num. 17. quia in his, quæ sunt prohibita, inspici debet, an quis habeat animum nocendi nec ne: non autem, an caussa sit ordinata ad effectum, vt notat Bart. in l Diuus. ff. de sicar. gl. in cap. de cætero, de homic. in ca. presbyterum, eod. tit.

Contrariam sententiam secuti sunt. Fel. in d. c. de cætero, de homi id. & Bolog. in rub. si cert. pet. n. 17. & 18.

Primò: quia dictio *de* significat etiam caussam remotam, vt probatur in l. 1 ff. quor. bon. & in l 1. iuncto §. ex dic & §. non solum, de vi & vi arm. & in l. de alimentis, C. de transf. iuncta l. cum hi, §. si integ a, & . si vni, ff. eo. l. 1. C. quando ciuil. actio. cum aliis congestis à Iasone in l. non dubium, col. 5. C. de legib. vbi adducit etiam textum in l. si finita. §. Deinde, ff. de dam. inf. Sed responderi potest: dato, quòd verum sit: dictionem *de* significare aliquando caussam mediatam, prout materia subiecta requirit, secundum quam verba accipi solent, l. si vno, ff. locati, l. insulam, ff. de præscr. verb. secundum mentem proferentis, vt declarat Alex. in d. § deinde. Non tamen sequitur, in proposita quæstione statuto locum esse: quia percussio non fuit sanguinolenta, prout requirit statutum.

Secundò mouetur Bologn. quia delinquens tenetur de omni eo, quod euenit etiam præter eius intentionem, l. quoniam multa, C. ad l. Iul. de vi. l. vulgaris, §. si cum, ff. de furt. l. cum qui, de iniur. c. vlt. de homicid. l. 6. Responderi potest, teneri quidem delinquentem aliqua pœna, sed non sequitur, locum esse statuto.

Tertiò mouetur Bolog. ex l. qua actione, §. Celsus, & § sed si quis, ad l Aquil. vbi proiiciens aliquem de ponte tenetur lege Aquilia quasi interfecerit, licet proiectus mortuus fuerit ex nimio potu aquæ, ex qua fuit suffocatus. Potest responderi: eum qui proiecit in aquam, & deiecit de ponte, meritò teneri directa actione legis Aquiliæ: quia corpore suo damnũ dedit, quod sufficit ad hoc, vt directa actio ex lege Falcidia locum habeat, vt declarat Imperator in l. vlt. inst. de lege Aquil.

Quartò alij mouentur: quia caussa ista, id est, percussio non est multum remota: sed potiùs cohærens, & propinqua, ideò debet attendi, argum. l. quæ religiosis, de rei vindicat. Et quia, vbi caussa generalis influit in specialem quasi eam confirmando, efficitur eiusdem naturæ cum ea, l. 1. ff. commod. l. cùm mulier, ff. solut. matr. Sed impulsus ad terram influit in collisionem. Ergo. Et cùm hic sit

COmmunis est sententia: si quis sit in quasi possessione seruitutis realis, nihilominus teneri ad probandum, seruitutem sibi esse constitutam, Bart in l. si prius, ff. de oper. no. nunc. nu. 19. & ibi Angel. ve l. Tu die. & Imola, ver. Nam potes dicere, & Alex. n. 37. Ias. n. 44. alios refert, & sequitur Fulu. us Pa. ianus in tract. de probat. l. 2. c. 20 n. 8.

Fundamentum est: quia prædia ab initio præsumuntur esse libera, l. altius, C. de seruit. & hęc præsumptio locum habet ab origine prima, ita vt is, qui contradicit ei, qui est in possessione seruitutis, habeat intentionem fundatam, quæ de necessitate concordat cum originali statu ipsius rei: ideò istud videtur præualere possessioni aduersarij: adducit Bart. not. in d. l. si prius, & not. in l. sicuti, §. se si quęratur, ff. si se. u. v. nd. vbi glos. aperte docet: possessori incumbere onus probandi, seruitutem sibi esse constitutam.

Alciat. reg. 2. præs. 1. contrariam opinionem habuit. Quem secutus est Mascard. de probat. vol. 3. concl. 1299. n. 4. Me o. h. l. 3. præs 89. n. 8. & ante omnes istos Cuman. in d. l. si prius, nu. 19. cum seqq. & Dua. e. in tit. de probat. cap. 13. vers. vnde quæritur.

Primò ex l. si prius, de oper. nou. nunc. vbi in pœnam contumaciæ transfertur onus probandi, seruitutem esse constitutam in possessorem. Ergo cessante cōtumacia, cessat istud onus probandi. Respondet Fuluius Pacia. vbi infr. n. 13. negando sequelam, quam Alciatus assumit. Dato. n. quòd ob pœnam cōtumaciæ, onus probandi transferatur in contumacem, qui erat in quasi possessione seruitutis realis: non tamen sequitur, quòd quasi possessio liberasset eum a probanda seruitute præsenti, si non fuisset cōtumax. Quia, imò debuisset illam seruitutem probare, stante supradicta præsumptione libertatis, quæ potentior est illa quasi possessione, vt per Ias. in d. l. si prius, sub n. 35. ver. Aggredior tertiam partem.

Replicari potest: Iasonem quidem hoc dicere, videlicet, pręsumptionem illam, quòd quęlibet res sit libera, potentiorem esse quasi possessione aduersarii: sed istud non probat Ias. nec vllus alius aliquo textu iuris, vel ratione concludenti, aut probabili.

Contrarium probat Cumanus in d. l. si prius, num. 19. 20. & seq. his rationibus: Prima: quia quasi possessio seruitutis hoc operatur, vt ille, qui prætendit libertatem, non debeat facere cōtra seruitutem. d. l. si prius, & l. 4. ff. de itin. actuque priu. Secunda: quia cogitur cauere is, qui contendit pro libertate propter quasi possessionem aduersarii, vt in d. l. si prius. Ergo ista quasi possessio est potior quàm naturalis status, cum faciat præsumi, seruitutem esse constitutam. Tertia: præsumptio specialis & magis verisimilis derogat generali, l. pen. de in integr. restit. l. cum de indebito, de probat. Sed quòd res pręsumatur libera, est præsumptio quædam generalis. At quasi possessio seruitutis est quædam præsumptio specialis, cùm nihil aliud sit, quàm scientia, & patientia aduersarii, l. 3. §. Dare, ff. de vsufr. Ergo debet derogare præsumptioni generali. Et hoc probatur in d. l. cùm de indebito. Nam quis non præsumitur debitor: & tamen si soluat occasione alicuius debiti, ista solutio facit eum censeri debitorem. Et sic derogatur generali præsumptioni.

Secundò mouetur Alciatus. Quia seruitus imponi potest futuro ædificio, l. si seruitus, §. futuro, ff. de seru. vrb. præd. Ergo res potuit ab origine sua debere seruitutem: & ista potentia satis est ad hoc, vt ex quasi possessione transferatur onus probandi in aduersarium, secūdum distinctionem eiusdem Bart. in d. l. si prius, nu. 19. per text. in l. circa, ff. de probat.

Respondet Pacianus, vbi suprà, eum qui dicit seruitutem fuisse impositam ædificio, antequam natum esset, vel constructum, probare debere. Hoc nihil est: quia satis est nobis posse imponi: & sic rem potuisse ab origine sua debere seruitutem. Deinde, (inquit Pacianus) licèt seruitus futuro ædificio possit imponi: tamen istud non est quid naturale, nec est qualitas ex necessitate annexa origini naturali. Nihil est: quia sufficit potentia supradicta, ad quam potentiam tandem respondet Pacian. num. 16. negando, esse verum, quòd ædificio nondum nato possit seruitus propriè constitui: quia qualitas non potest esse sine subiecto: sed persona obligari potest ad constituendam seruitutem, cùm ædificium erit in rerum natura, vt declarat Abb. in c. quia nonnulli, nu. 8. de rescript. glo. in cap ad dissoluendum, de despon. sat. impub. Soc. sen. cons. 131. n. 3. lib. 1.

Replicari potest: hanc interpretationem bonam esse, quam ante omnes attulit glos. in d. §. futuro, dum ait: *non vt sit seruitus, sed vt quis obligetur, nomine seruitutis*, sed tamen nihil obstat: quia satis est, quòd ædificio nato statim intelligetur esse seruum, & non liberum, & cōsequenter adest illa potentia, quam Bart. considerat, vt infr. dictum est.

Tertiò mouetur Alciat. ex l. sicuti, §. sed si quęratur. ff si seru. vind. vbi textus apertè dicit: eum, qui est in possessione seruitutis, sustinere partes possessoris: aduersarium verò eius sustinere partes actoris. Ergo debet probare, rem suam esse liberam: quia hoc est onus actoris probare

probare: non autem possessoris. §. commodum, institut. de interd. vt bene declarat Cuman. in d. l. si prius, n. 23. quicquid dicat glo. in d. l. sed si quæratur. quæ dicit huic possessori incumbere onus probandi, seruitutem esse constitutam. Malè & contra textum, qui dicit: cum sustinere partes possessoris, aduersarium verò partes actoris, seu petitoris. Hæc sunt verba textus: *Sed si quæratur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat? sciendum est, possessoris partes sustinere, siquidem signa immissa sint, eum, qui seruitutem sibi deberi ait: si verò immissa nō sint, eum qui negat.*

Hoc tertium fundamentum videtur mihi satis firmum: nec enim respondet quis: nec respondere iudicio meo potest absque manifesta violentia ipsius textus. Proinde ego puto sententiam Cumani, Alciati, Menochii, & Mascardi retinendam esse, & amplectendam.

CAPVT LVII.

Stante statuto, quod de percussionibus sanguinolentis non possit fieri pax, si quis aliquem impulerit ad terram, & ex impulsu, collisio capite ad lapidem sanguis exierit, an statutum locum habeat?

SEd quando iuuat in amœnis campis disputationum aniuersaria um nonnihil immorari, subnectam controuersias agitari solitas in locis ordinariis: nam DD. in rubr. si cert. pet. *ferè omnes auspicantur ab ista, & communiter concludunt: statuto locum non esse*, ita Bald. in l. de pecoribus, & ibid. Salyc. C. ad l. Aquil. Dec. in rub. si cert. pet. & Cagnol. ibid. d. nu. 6. testatur, esse communem sententiam, quam & ego amplecti soleo.

Primum argumentum est: quia dictio *de* significat caussam immediatam, l. 1. §. Nunc videamus, ff. de coniung. cum emanc. lib. At impulsus hic non fuit caussa immediata; sed mediata. Hoc argumentum non placuit Decio: quia etiam caussa remota, & mediata attenditur, l. vxori, la 2. & ibi B t. not. de aur. & arg. leg., & quod est caussa caussæ, est caussa caussati, lege M numissiones, de iust. & iure, l. vnum ex familia, § si de falcidia de leg. 2. l item eorum, §. si decuriones, ff. si quid cuiu q; vniuersi. nom. Cū igitur impulsus ad terram fuerit caussa caussæ, id est, allisionis ad lapidem: meritò dicitur etiam caussa caussati, id est, percussionis sanguinolentæ.

Secundum est igitur argumentum secundum Decium: quia impulsus ad terram non fuit ordinatus ad illum effectum, vt exiret sanguis per collisionem capitis. Et quando caussa remota non est ordinata ad proximam, non attenditur: sed sola caussa proxima tunc attendi debet, l. Non omne, ff. de statulib. l. verum, ff. de furt. l. socium qui, §. vlt. & ibi Bartol. not. ff. pro socio. Non placuit Bologn in rubr. si cert petat. num. 17. quia in his, quæ sunt prohibita, inspici debet, an quis habeat animum nocendi nec ne: non autem, an caussa sit ordinata ad effectum, vt notat Bart. in l Diuus. ff. de sicar. gl. in cap. de cætero, de homic. in ca. presbyterum, eod. tit.

Contrariam sententiam secuti sunt. Fel. in d. c. de cætero, de homi id. & Bolog. in rub. si cert. pet. n. 17. & 18.

Primò: quia dictio *de* significat etiam caussam remotam, vt probatur in l. 1. ff. quor. bon. & in l. 1. iuncto §. ex die & §. non solum, de vi & vi arm. & in l. de alimentis, C. de transa. iuncta l cum hi, §. si integ a, & § si vni, ff. eo. l. 1. C. quando ciuil. act o. cum aliis congestis à Iasone in l. non dubium, col. 5. C. de legib. vbi adducit etiam textum in l. si finita. §. Deinde, ff. de dam. inf. Sed responderi potest: dato, quòd verum sit: dictionem *de* significare aliquando caussam mediatam, prout materia subiecta requirit, secundum quam verba accipi solent. l. si vno, ff. locati, l. insulam, ff. de præscr. verb. secundum mentem proferentis, vt declarat Alex. in d § deinde. Non tamen sequitur, in proposita quæstione statuto locum esse: quia percussio non fuit sanguinolenta, prout requirit statutum.

Secundò mouetur Bologn. quia delinquens tenetur de omni eo, quod euenit etiam præter eius intentionem, l. quoniam multa, C. ad l. Iul. de vi. l. vulgaris, §. si cum, ff. de furt. l. cum qui, de iniur. c. vlt. de homicid. l. 6. Responderi potest teneri quidem delinquentem aliqua pœna, sed non sequitur, locum esse statuto.

Tertiò mouetur Bolog. ex l. qua actione. §. Celsus, & § sed si quis, ad l Aquil. vbi proiiciens aliquem de ponte tenetur lege Aquilia quasi interfecerit, licet proiectus mortuus fuerit ex nimio potu aquæ, ex qua fuit suffocatus. Potest responderi: eum qui proiecit in aquam, & deiecit de ponte, meritò teneri directa actione legis Aquiliæ: quia corpore suo damnū dedit, quod sufficit ad hoc, vt directa actio ex lege Falcidia locum habeat, vt declarat Imperator in l. vlt. inst. de lege Aquil.

Quartò alij mouentur: quia caussa ista, id est, percussio non est multùm remota: sed potiùs cohærens, & propinqua, ideò debet attendi, argum. l. quæ religiosis, de rei vindicat. Et quia, vbi caussa generalis influit in specialem quasi eam confirmando, efficitur eiusdem naturæ cum ea, l. 1. ff. commod. l. cùm mulier, ff. solut. matr. Sed impulsus ad terram influit in collisionem. Ergo. Et cùm hic ag-

tatur de fauore publico, vt delicta puniantur, debet fieri lata interpretatio, vt notat Bart. in l. quemadmodum. C. de agricol. & cenſit. lib. 11. & in l. 2. §. exercitum. ff. de his qui not. infam. Dec. in l. qui ſe patris circa fi. C. vnde liberi. Reſpondet Cagno. in d. rub. ſi cert. pet. n. 8. cauſſam proximam eſſe inſpiciendam, & ab ea deſumẽdam eſſe denominationem, l. 2. §. vl. ff. de donat. cauſſa verò remota tunc attendi debet, quando deficit cauſſa proxima: dicens, impulſum ad terram, eſſe valde remotum ad effuſionem ſanguinis, nec influere in eam: cùm ſit penitùs ſeparatus: verba ſtatuti ſtrictè ſunt accipienda vt notat Bart. in l. conſtitutionib. ad municip. Denique, nullam eſſe rationem habendã eius, quod dicitur: publicè intereſſe, delicta puniri: quoniam nemo negat, hunc percutientem dignum eſſe aliqua pœna. Difficultas tantùm eſt, an ſit locus ſtatuto?

Ego igitur amplecti ſoleo communiorem ſententiam, quæ negat locum eſſe ſtatuto: quia ſtatutum requirit, percuſſionem eſſe ſanguinolentam, quod ego intelligo in ipſo actu percuſſionis: quia qualitas adiecta verbo debet adeſſe tempore verbi, l. in delictis, §. ſi extraneus, ff. de noxalib. Secundò: quia differẽtia eſt, an aliquis occiderit, vel mortis cauſſam præbuerit, quantum ad l. Aquil. attinet, l. ſi ex plagijs, §. vltim. l. item ſi obſtetrix, l. qua actione, §. Celſus. ff ad l. Aquil. Ergo & quantum ad huiuſmodi ſtatutum attinet, quod ſatis odioſum eſt. Nos quoque differentiam aliquam rectè conſtituimus, inter percuſſionem immediatè ſanguinolentam, & aliam percuſſionem, ſiue impulſum, de quo agitur. Aliud eſt enim percuſſio ſanguinolenta: aliud impulſus ad terram, ſicuti latè explicat Aretin. in conſi. 146. viſa conſultatione. Propterea non poteſt de vno inferri ad aliud: & ita concludo, communiorem ſententiam veriorem videri.

CAPVT LVIII.

Stante ſtatuto, quòd de quolibet inſtrumento debiti ſoluatur gabella, an ſit ſoluenda à debitore, vel à creditore: item ab emptore, vel à venditore?

In eadem rub. ſi certum petat. omnes conueniunt ſtante ſtatuto: quòd de inſtrumento debeat ſolui gabella, onus eam ſoluendi incumbere creditori: non autem debitori. Salycet. in rub. C. ſi certum petat. Ripa, Cagnol. Bologn. & omnes in rubr. ff. eodem. ſimiliter emptori, non autem venditori. Et fundamentum eſt in l. debet, ff. de ædil. edict. ibid. *Quid ergo ſi fortè vectigalis nomine datum eſt, quod emptorem fortè ſequeretur?* Et, quia contractus, & inſtrumentum principaliter fit in fauorem creditoris, atque in fauorem emptoris: meritò; cùm ipſe ſentiat præcipuam vtilitatem, debet etiam onus illud ſentire, l. ſecundum naturam, de regul. iur. & ita etiam docet Roman. ſing. 588. per Italiam. Cap. Toloſana, deciſ. 451. & ibi addentes teſtantur, hanc eſſe communem. Bertach. in tract. de gabell. 7. parti princ. in prin.

Contrariam ſententiam habuit Bartol. Cepolla in dict. l. debet. ff. de ædil. edicto. exiſtimans: Gabellam hoc in caſu ſoluendam eſſe ab vtroque, tam emptore, quam venditore. Motus primò: quia emptor & venditor ſunt correlatiua: diſpoſitum autem in vno ex correlatiuis habet locum & in altero, l. vlt. C. de indict. vid. toll. Secundò: quia contractus emptionis & venditionis dicitur fieri gratia vtriuſque, §. vlt. Inſtit. quib. mod. re contrah oblig. l. actionum genera, de actio. & obligat. Ad text. in dict. l. debet, ff. de ædil. edicto, reſpondet multis modis. Primò intelligi poſſe, quando onus gabellæ ad emptorem ſpectabat ex conuentione contrahentium. Secundò, quòd emptor ſoluerit gabellam pro parte ſua tantùm: quia pro alia parte ſoluta fuit à venditore. Tertiò, id poteſt intelligi, quando extaret ſtatutum, vel aliqua conſtitutio, quòd gabella ſpectaret ad emptorem. Quartò, intelligi poteſt de laudemio, quod ſoluit emptor iuris emphyteutici ipſi domino directo, iuxta l. vltim. C. de iure emphyteut. Ego puto, communem ſententiam rectè defendi poſſe, ea ratione: quòd commodum contractus principaliter ſpectat ad emptorem, qui acquirit dominium rei: ſicut videmus ſpectare onus ſoluendi laudemiũ ad emptorem rei emphyteuticæ, gloſ. in l. vlt. in verſ. accipere, C. de iure emphyteut. & ibi Iaſ. n. 41. Clar. §. emphyteuſis, qu. 23. verſ. vlterius quæro.

Non obſtant argumenta Cepollæ: quia ad primum reſpondetur: argumentum à correlatiuis ceſſare, vbi diuerſa eſt ratio inter vnum & alterum, vt notant omnes in l. vltim. C. de indict. vid. toll. tradit Euerard. in loco à correlatiuis. Hic autem eſt diuerſa ratio: quia mìus ſentit commodum emptor, qui acquirit, quàm venditor, qui alienat: nam dominia rerum videntur eſſe maioris momenti, quàm pecunia, quæ dicitur de rebus, quæ ſeruando ſeruari non poſſunt. Hinc legibus prohibitæ ſunt alienationes mulieribus, & minoribus, licèt precium recepturę forent. Precium enim, & pecunia nullum fructum producere poteſt; at res immobiles contrà, & aliæ ad vitæ vſum comparatæ multam adferunt vtilitatem.

Ad secundum argumentum respondetur: contractum emptionis, & venditionis fieri quidem gratia vtriusque: sed maius commodum ad emptorem, quam ad venditorem peruenire, ex caussis iam dictis. Et quod attinet ad textum in l. debet., fateor, non loqui de istis gabellis, quæ soluuntur de contractibus, neque enim olim erant impositæ: veruntamen existimo, communem sententiam defendi posse, ratione suprà deducta ex l. secundum naturam, de reg. iur. considerando principalem vtilitatem & commodum emptoris acquirendo, *vt suprà deductum est.*

CAPVT LIX.

Stante statuto, de quo dictum est in præcedenti capite: an gabella sit soluenda à creditore, vel à debitore in contractu mutui, vel commodati?

IN contractu mutui vel commodati gratuiti vera & communis est sententia: gabellam instrumenti confecti soluendam esse à debitore: non autem à creditore. Ita Salyc. in rub. C. si cert. pet. Cagn. in rub. ff. eod. num. 9. & ibid. Scot. num. 67. Soc. sen. cons. 247. lib. 1. Fundamentum est: quia hoc in casu contractus celebratur gratia debitoris: non autem creditoris, cùm ex eo solus debitor vtilitatẽ percipiat & commodum. Æquum igitur est, vt ipse onus subeat, l. secundum naturam, de reg. iur. & confert ad hoc text. in l. hactenus, & in l. si quid. §. 1. ff. de vsuf. & in l. rescripto, §. vlt. ff. de muner. & honor. & Bart. in l. cum Titio, ff. ad l. falcid.

Contrarium videtur sentire Ripa in rub. ff. si cert. pet. & Bologn. ibid. num. 23. Moti ex eo: quòd statutum mandat solui gabellam de instrumento: non autem de contractu. Sed instrumentum fit in fauorem creditoris, vt per illud debitum probetur, l. cùm res, C. de probat. Ergo ipse creditor tenetur soluere gabellam. Respondet Cagnol. in d. rub. num. 19. creditorem posse id probare etiam testibus, l. in exercendis, C. de fid. instr. ac proinde non esse necessarium instrumentum, & consequenter dici non posse, gratia creditoris confectum. Non rectè: quia, quid si testes non adessent iam scilicet vita defuncti? & nostra etiam interest, plura habere remedia, l. recusari, §. Titius, ff. ad S. C. Trebell.

Melior fortassis responsio erit, si dicamus: licet statutum loquatur de instrumento debiti: non considerasse tamen solam chartam ipsius instrumenti, sed magis contractum, qui in instrumento continetur. Et sic ponitur hoc in casu continens pro contento, vt aliàs fieri solet, vt notat gloss. in l. solent. ff. de off. procons. Cùm igitur contractus principaliter consideretur à statuto, & contractus principaliter fiat in gratiam & vtilitatem debitoris: meritò dicendum est, ad eundem Gabellæ soluendæ onus pertinere.

CAPVT LX.

Cur actiones in rem scriptæ dicantur personales?

NOn est prætereunda quæstio, quam iidem Dd. tractant in rub. si cert. pet. cur actiones in rem scriptæ dicantur personales?

Prima ratio sumitur ex Bart. in l. si tertius, §. si quis, de aqua pluu. arcen. quia, scilicet, oritur obligatio ex peruentione rei ad alium.

Contrà inquit Bolog. in d. rub. numer. 17. quia obligatio oritur ex contractu, vel quasi: maleficio, vel quasi, § fin. instit. de obligatio. Aliam igitur rationem assignat ipse: aut (inquit) actio habuit suum principium naturale, vt si præcessit delictum vel quasi, siue contractus, vel quasi: & tunc, licet res perueniat ad nouos possessores, tamen actio non mutatur, sed incipit competere contra possidentem. Istud non placet: repugnat enim iuris regula, qua dicimus: obligationem non sequi tertium possessorem, l. 1. si heres, ff. ad S. C. Trebell. Si verò (inquit Bolognetus) actio non habeat aliquod principium, veluti actio ad exhibendum: tunc fundatur in iure rei. Obligatio autem, quæ oritur ex parte possidentis, venit ex quasi contractu: quia quis accipiendo rem videtur quasi contrahere cum omnibus, quorum interest: sicut hæres adeundo hæreditatem videtur contrahere cum creditoribus, & legatariis, §. hæres. Instit. de oblig. ex quasi contractu. Non placet: quia si hoc verum esset, omnis actio personalis daretur contra tertium possessorem: quoniam dici posset, ipsum tertium possessorem quasi contraxisse cum omnibus, quorum interest.

Tertio igitur loco Io. Corasius in ead. rub. num. 3. & libr. 1. miscellan. cap. 22 fuit in noua opinione, dicens: non ideo actiones in rem scriptas dici, quòd sequantur rem, sed potius per contrarium, ideò rem sequi: quoniam scriptæ sunt in rem, l. 1. ff. quod met. cau. l. 1. §. 1. de interdict. l. 1. §. verba, de dolo. Et sic concludit, actiones, quæ dicuntur in rem scriptæ, non differre à personalib. nec constituere tertiam speciem: sed esse personales, & consequenter obligationem oriri ex eis-

dem fontibus, ex quibus oritur in cæteris actionibus personalibus. Verùm appellari in rem scriptas ob rationem dictam: quia scilicet, verba edictorum, & interdictorum fuerunt in rem concepta, non autem in personam.

Hanc opinionem reprehendit Bolog. in d. rub. nu. 28. satis prolixè: sed dum negat actionem de dolo esse in rem scriptam, videtur mihi malè id negare: nam quòd sit in rem scripta, & detur contra possessorem de eo, quod ad eum peruenit, probat. in l. hæredib. & in l. sed etsi, ex dolo, & in l. in hæredem, & in l. si plures. in fine, ff. de dolo. vide Menoch. de recuper. poss. rem. 5. n. 83. Non tamen hæc opinio Corasij difficultatem attingit, quæ consistit in eo: videlicet, vnde oriatur obligatio, per quam contra tertium possessorem agi possit?

Omitto, quæ Zasius scribit lib. 2. singul. respons. cap. 33. quia nec ipse hoc declarat. Et breuiter concludo: actiones in rem scriptas habere suum principium naturale ex contractu vel quasi: ex maleficio, vel quasi: & ideò personales esse. Et hinc oriri obligationem, veluti est actio de dolo, quod metus caussa, interdicta, actio noxalis, & id genus alia. Vel certè oriri obligationem ex peruentione rei rei, (vt dicebat Bart.) quia æquum est, vt si res mea ad te perueniat, eam mihi exhibeas, vt possim de iure meo docere, l. 3. §. est autem, ibi, nonne æquum est, ff. ad exhib. & hoc est, quod inquit textus in l. 1. de obligat. & action. Obligationes aliquando oriri ex variis figuris caussarum, vide Bart. in l. 3. C. quod met. cau. Cagn. in d. rub. si cert. pet. num. 52. & ibi etiam Albam nu. 24. de huiusmodi æquitate, ex qua oritur obligatio, loquitur etiam text. in l. si me etiam & Titium, ff. si cert. pet. & in l. ex maleficiis, §. si quis absente, de actio. & obl. & in l. 2. §. item Var. de aq. plu. arcen. & in l. Stichum, §. naturalis, ff. de solutio.

CAPVT LXI.

An mixtæ actiones competant contra non possidentem?

Communis est & vera sententia Dd. in rub. C. si cert. pet. actiones mixtas, veluti familiæ erciscundæ, communi diuidundo, & finium regundorum, dari atque exerceri posse etiam contra non possidentem. ita Dec. ibid. Cagn. num. 59. Bolog. sub n. 30. Goz. num. 4. 5. 6. & 7. Fundamentum est in l. 1. & l. hæredes. §. quantum, & in l. item Labeo. §. vltim. ff. fam. ercisc. & in l. pen. ff. comm. diuid.

Contrarium docuit Alba ibid. num. 13. existimans, requiri possessionem ex parte rei conuenti. Motus ex l. communis. §. cum agere, ff. com. diuid. Et, quia res vindicatur, ergo requiritur possessio ex parte rei, §. omnium, Inst. de actio. alias iudicium esset elusorium, l. vlt. ff. de rei vindic. Ad textus in contrarium adductos, respondet, actionem dari contra non possidentem secundum illos textus, quoad personales præstationes: secus verò, quantum ad bonorum diuisionem atque assignationem, adducens tex. in l. item Labeo, §. vlt. ff. fam. ercisc. & in l. 1. ff. eod. tit. ibi: sed si is qui possidet. & in l. 1. ff. fin. regund.

Verùm, ista nihil nos morantur: nam quod attinet ad textum in dict. §. cum agere, loquitur de alienatione facta iudicij mutandi causa (vt dicebat Decius.) Quo casu, res alienata desinit esse communis, meritò cessat iudicium communi diuidundo. Ad text. in l. item Labeo, §. vlt. respondeo: probari contrarium in eo textu: quia ibi non tantùm præstationes veniunt: sed etiam res quæ apud hostes sunt. & tamen non possidentur, l. denique, ff. ex quib. cau. maio. Ad l. 1. ff. fam. ercisc. ver. sed si is, qui possidet, respondeo: ibi nihil aliud probari, nisi, quòd detur illa actio contra possidentem: verùm textus non negat, dari etiam contra non possidentem. Ad text. in l. 1. ff. fin. regund. respondeo: actionem illam competere pro vindicatione rei, (vt ibi dicitur) sed non sequitur: ergo est in rem propriè, & verè, sicut est rei vindicatio, iuxta textum in §. omnium, Instit. de actio. nam & actio depositi, commodati, & similes persequuntur rem: non tamen sunt in rem, §. sequens: Instit. de actio. Nec iudicium esset elusorium: quoniam, (vt dicebat Gozad.) nihil prohibet, quominùs res communis diuidi possit: licet ab alio possideatur: & quominùs hæreditas diuidatur, licet ab alio possideatur.

CAPVT LXII.

An petitio hæreditatis sit actio in rem, vel mixta.

Disputatio est insignis in eadem rubr. ff. si cert. pet. an petitio hæreditatis, sit actio in rem, vel mixta. Qua in re ego solitus sum amplecti eorum sententiam, qui mixtam esse docuerunt, motus ex l. hæreditatis, C. de pet. hæred. ibi: *Cum mixta personalis actionis ratio hæc respondere compellat.* Hæ sunt præstationes personales, de quibus fit mentio in l. sed etsi lege, §. petitio, ff. eod. tit. Sic dicimus actionem familiæ erciscundæ mixtam esse propter huiusmodi præstationes personales, l. item Labeo. §. vlt. ff. fam. ercisc. mixtum enim est, quod participat ex diuersis, l. 2. de iurisd. omn. iud. l. 2. de verb. oblig.

Contrariam sententiam magis communiter Dd. amplecti video Bart. Saly. hoc. feu. Ial. Rip. num. 7. Cagnol. qui dicit esse magis receptam, nu. 61. Bolog. num. 4. Alba num. 26. in d. rub. si certum petatur. Primum argumentum sumitur ex lib. et ex lege. §. petitio, de petit. hæred. & ex l. sin autem. §. sed & is, de rei vind. vbi dicitur, esse actionem in rem. Respondetur: non inde sequi, quod non mixta: eam & mixtam solere quando nominat: per partes suas, l. serui electione, de leg. i. §. quædam, Instit. de actio. l. 2. de verb. oblig. Secundum argumentum sumitur ex l. 1. de rei vind. & ex l. sicut, C. de præscrip. long. tem. Respondetur: in istis textibus probari, esse actionem in rem, non tamen negari, quin sit mixta, vt supr. responsum est. Tertium argumentum est: quia hæc actio oritur ex dominio rei. Nam hæres adeundo hæreditatem dominium acquirit, l. cum hæredes, de acq. poss. Respondetur: hoc esse verum, sed non recte inferri: Ergo non est mixta. cùm in ea veniant etiam personales præstationes. Quartum argumentum est: quia datur contra possidentē. l. licet, l. regulariter, de petit. hæred. Respondetur: fateor, in hoc sequi naturam realium actionum, sed tamen participat etiam de personali actione propter personales præstationes. Quintum argumentum est: quia agitur hac actione, vt hæres declaretur. l. licet & ibi notat Bartol. de pet. hæred. sicut agens actione in rem petit se declarari dominum. l. ex diuerso. §. 1. de rei vind. Respondetur, in hoc sequi naturam realium actionum, sed tamen esse mixtam propter personales præstationes. Sextum est: quia vocatur petitio. At petitio est actio in rem, l. actio in personam, de act. & oblig. dicitur etiam vindicatio, l. 1. §. si pars hæred. petat. Respondetur: non appellari simpliciter petitionem, nec simpliciter vindicationem, sed cum adiuncto, videlicet hæreditatis. & continere etiā personales præstationes: ideò non esse actionem in rem simpliciter, & purè. Septimum: quia, si esset mixta, Imperator de ea mentionem fecisset in §. prædam, Insti. de actio. Respondetur: ibi non enumerari omnes actiones mixtas: sed aliquas præcipuas tantum.

CAPVT LXIII.

An actiones reales sint digniores personalibus vel è conuerso?

DIsputant etiam in eadem rub. si cert. pet. an reales actiones sint digniores personalibus? quæ quidem disputatio videri prima fronte potest de lana caprina, (vt vulgò loquimur) verum omnib. consideratis, non est omnino inutilis, & propter Dd. auctoritatem non videtur esse contemnenda.

Communior sententia docet: reales esse digniores, quàm amplexi sunt Alexand. Ial. Soc. Castr. Alciat. & Gozad. numer. 9. Primò: quia reales dantur contra quemlibet possessorem: & sic latius patent, quàm personales, §. omnium, Instit. de actio. Respondet Decius in eadem rub. num. 20. non esse bonam consequentiam: quia delegatus Principis est dignior ordinario, & tamen ordinarius latiorem habet iurisdictionem, cap. pastoralis, §. præterea. de off. ord.

Secundò: quia actiones reales sunt fortiores personalibus l. plus cautionis, de reg. iur. l. forma, §. quanquam. de censib. Respondet Decius vbi supra negando consequentiam: nam testamentum militis est dignius testamento pagani propter priuilegia militum: & tamen testamentum pagani est firmius. l. eius militis §. militia missus. de testa. & delegatus Principis est dignior ordinario: & tamen ordinarius firmiorem habet iurisdictionem, vt notat Archidiac. in capit. si Episcopus, 2. quæst. 6.

Tertiò: quia actio personalis faciliùs tollitur quàm dominium, vt notat Innocentius in capit. quæ in Ecclesiarum, de constit. Respondet Decius: ex hoc inferri, reales esse firmiores, sed non sequi: ergo sunt digniores, vt supr. dictum est. Item, negatur, difficiliùs tolli reales, quàm personales: quia omnes tolli possunt à Principe: cùm sint de iure Ciuili: & Innocent. loquitur de dominio, non autem de actionibus: dominium enim est de iure gentium, l. ex hoc iure, de iust. & iure. actiones verò de iure ciuili, l. 2. §. deinde, de origine iuris. Et ideò, si dominium sit quæsitum de iure ciuili, pariter à Principe tolli potest. Angel. in l. Lucius. de euictio. Castrensis in l. cum hæres. de acqui. possess. Imò faciliùs tollitur dominium, quam actio personalis, vt notat Castr. in l. 1. ad S.C. Treb. per text. in l. vltim. C. de legat. Adde quòd, imò personales sunt firmiores, cùm sint inseparabiles à persona, gloss. in l. 3. ff. pro socio. Et tolluntur spacio triūm annorum, cùm tamen reales minori temporis spacio tollantur, l. omnes, l. sicut, C. de præscr. long. temp.

Quartò: quia digniora sunt, quæ habent maiorem virtutem, potentiam, & iurisdictionem, l. Assiduis, C. qui potior. c. cum inferior, de maior. & obed. c. in nouo, cum glo. 21. distinct. gl. in l fideiussor, §. 1. ver. possit, de pig. Sed reales sunt huiusmodi. Ergo, &c. Responderi potest ex mente Decij non esse bonam consequentiam, sicut patet in delegato Principis & ordinario, vt supra dictum est.

Quintò: quia maior comprehensio maiorem arguit dignitatem, & ideò Archie-

piscop. est dignior Episcopo propter maiorem comprehensionem, gloss. in d. c. in nouo. 21. dist. Sed reales sunt huiusmodi: quia dantur contra rem, contra personam. Ergo, &c. Responderi potest: etiam actiones personales dari contra rem, & contra personam, §. rei persequendæ, Inst. de actio. Si dicatur: reales latius se extendere contra quemlibet possessorem, *iam suprà responsum est.*

Sextò: quia reales nascuntur sine obligatione, §. omnium. Inst. de actio. & sic videntur esse priuilegiatæ, & pertinent ad iudicia magis propriè, & iudicis officio expediuntur. Respondetur: nullum esse priuilegium: quia nascuntur ex iure, quod quis habet in re sua: in personalibus quoque multa expediuntur officio iudicis.

Contrariam igitur sententiam amplexus est Deci. in dict. rub. existimans personales esse digniores. Primò: ratione subiecti: nam personæ sunt digniores rebus, l. 1. de statu hom. §. fina. Inst. de iure natur. Respondetur: argumentum procedere, si persona ipsa peteretur. Verùm res peti solet, & ideò non obstat, quod contra personam agatur tanquam obligatam: quia etiam actio in rem dirigitur contra personam, aliquo modo obligatam, ad rem restituendam. Secundò ex §. 1. Inst. de actio. vbi primo fit mentio de personalibus, posteà de realibus. Sed nihil est: quia multoties premittuntur minus digna, vt notat Cagno. in dict. rub. si cert. per. nu 45. Tertiò: quia personalis est propriè actio, l. actio. de act. & oblig. Respondetur: etiam actionem realem dici actionem, licet habeat etiam speciale nomen: quia dicitur petitio, sicut dicimus de adoptione, & arrogatione: nemo enim dixerit, arrogationem esse digniorem adoptione, licet habeat speciale nomen. Et quod actio in rem sit propriè actio, probatur in l. pecuniæ, §. actionis verbo, de verbor. sign. & in l. actionum genera, de action. & oblig. Quartò: quia in personalibus actionibus concurrit consensus partium, qua ratione dixit Barto. in d. rub. actiones ex contractibus, digniores esse actionibus ex delictis. Respondeo: id non pertinere ad dignitatem: & dari etiam personales actiones absque consensu, vt puta ex quasi contractu.

Tertia igitur est opinio Bologn. in dict. rub. numer. 47. actiones personales, esse digniores realibus certis respectibus, & è conuerso: reales, digniores esse personalibus, certis aliis respectibus. Et sic se habere tanquam excedentia & excessa: nam, quatenus actio personalis datur contra personam obligatam, eámque cogere potest, & constringere, dicitur dignior reali: quatenus verò realis, latius se extendit, & dominium persequitur, penes quemcunque possessorem, videtúrque dignior personali. Hanc opinionem cæteris probabiliorem esse iudico & amplector.

CAPVT LXIV.

Agitur de interpretatione rub. si cert. pet.

Existimo verba rub. si certum petat, non esse restringenda ad mutuum, verum omnem actionem significare, qua certam pecuniam petimus. Motus ex l. 1. de interrog. actio. & ex l. 1. de condict. tritic. ibi: *Qui certam pecuniam numeratam petit illa actione vtitur, si cert. pet.* Quæ fuit opinio Fulgosij, Alberici, Iacob. Nigri, Gozadini, Decij, Iasonis & Curtij in d. rub. licet non negauerim, plerumque mutuum significare.

Contrariam opinionem secuti sunt Bartol. Alex. Castr. Ripa in ead. rub. & hæc est communis, vt testatur Cagn. ibi nu. 67. Alba. nu. 45. Bologn. n. 47.

Primò: quia in contractu mutui certum absolutè continetur: quia apparet quid, quale, & quantum sit, l. certum, l. cum quid. & eo. tit. quod in aliis contractibus non contingit. Respondet Alexander, imo in aliis contractibus, vt puta in deposito, & commodato, nihilominus certum contineri: quia eadem res numero restituenda est. Replica: Decius: imò in deposito, commodato, & similibus contractibus, qui re contrahuntur, agi de obligatione rem restitui, quæ incerta est, l. vbi autem. §. qui id quod, de verbo. oblig. in obligatione autem rem restitui succedit obligatio ad interesse, re pereunte, l. in re furtiua, de condict. furt. Bartol. in l. stipulationes non diuiduntur in §. quæsit. de verbo. oblig. In mutuo autem agitur ad dandum, & ad genus, quod perire non potest, l. incendiũ, C. si certum petatur, l. in ratione, §. incertæ, ff. ad l. Falcid. Huic replicationi respondet Ripa in d. rub. si cert. pet. numer. 19, quæstionem esse de primitiua obligatione, in qua venit res deposita, & commodata, non autem de secundaria obligatione, quæ oritur, vbi perempta est res commodata, vel deposita. Consideratâ igitur primitiua obligatione, (inquit Ripa,) non minus certum esse id, quod venit in contractu depositi, vel commodati, quàm id, quod venit in contractu mutui.

Ex quibus apparet, solutionem Alexandri optime consistere ad primum argumentum. Ad quod etiam respondent Decius & Ripa, dato; quod in contractu mutui res esset magis certa, non tamen sequi, quod illa verba restringenda sint ad mutuum, cum

hæc

sint verba generalia: & ideo omnia comprehendant, licet maior ratio sit in vno, quàm in alio, l. 1. §. quod autem, ff. de alterio.

Secundò quia, si illa verba: *Si cert. petatur.* non exponerentur pro mutuo, nullus esset specialis titulus de mutuo, quod videtur absurdum. Respondet Dec. in d. rub. n. 3. & Ripa n. 19. id absurdum non esse: quoniam sub generalitate verborum istorum, *si certum petatur*, *&c.* comprehenditur etiam mutuum.

Tertiò: quia maior pars legum illius tituli loquitur de mutuo, sed respondet Ripa: loqui etiam de aliis contractibus.

Quartò: quia rubrum declaratur ex nigro. l. Aurelius, §. Sticho, de liberat leg. nigrum autem loquitur de mutuo. Et licet loquatur etiam de aliis contractibus, tamen loquitur de eis, quatenus ad mutuum possunt reduci, & in mutuum conuerti. Resp. Cagnol. num. 71. imò leges huius tituli tractare etiam de aliis contractibus, in quibus certum petitur, l. certum, l. certi condictio & alibi, etiam non in ordine ad mutuum. Ergo verba rub. generaliter sunt accipienda.

Quintò: quia verba debent potiùs accipi in specie, quàm in genere, l. hoc legatum, cum ibi notatis, per Bart. de leg. 3. ergo debent accipi de certo in specie, & sic de mutuo. Respondet Cagnol. numer. 73. nihil obstare: quia hoc tantum ibi probatur, quòd verba debeant recipi per prius & simpliciter: non autem secundum quid, vt declarat ibi Bart. Quod nihil facit ad rem nostram.

CAPVT LXV.

Si Notarius scripserit in Instrumento, mulierem renuntiasse S.C. Velleiano: & interrogatus, quid sit Velleianum nesciat, an renuntiatio valeat?

Existimo, non valere renunciationem Velleiano S.C. à muliere factam, atque in Instrumento scriptam, si Notarius interrogatus: quid sit Velleianum, nesciat, sicuti docet Albetic. in l. vlt. §. pen. ff. ad S.C. Velleian. & sequitur Bologn. in d. l. si cert. pet. sub numero 29. v. quia. Ratio est: quia nemo intelligitur renuntiare iuri, quod nescit, & ignorantia impedit renuntiationem, l. si mater. ff. de inoff. testam. Si igitur Notarius nesciat, quid sit S.C. Velleianum, non potest intelligere, nec attestari mulierem ei renuntiasse.

Contrariam sententiam habuit Alex. in l. sciendum, col. 10. de verb. oblig. motus ex doctrina Bartol. in l. si quis in grau. §. 1. ff. ad Sillanian. vbi docet: nihil nocere parti, in cuius fauorem testis deposuit, si ipsemet testis constitutus in articulo mortis dixerit: se falsum deposuisse, sequitur eandem sententiam Fulgos. ibi, & Alciat. in l. 1. ff. si cert. pet. Responderi potest: nihil obstare hanc doctrinam Bartol. quoniam primum testimonium fuit iuratum, & iudiciale: meritò debet attendi posthabita testis confessione extra iudicium facta, quæ non potest ius parti quæsitum auferre. At in casu nostro nullum est quæsitum ius ex Instrumento: quia renuntiatio non valet, cùm mulier ignoraret, quid esset S.C. Velleianum, Notario quoque idem ignorante.

In eadem disputatione Decius si cert. petat. n. 13. distinguit in hunc modum: aut Notarius interrogatus fuit tempore confecti Instrumenti, quid esset Velleianum, & respondit se nescire, & tunc renuntiatio nihil valet. Aut interrogatus fuit ex interuallo: & tunc valet renuntiatio. Huic distinctioni obstat fundamentum superius firmatum: quod ignorantia renuntiationem impediat. Quod quidem est impedimentum perpetuum, & ideò locum habet omni tempore.

CAPVT LXVI.

Testis de auditu an transferat in aduersarium onus probandi contrarium?

Testis de auditu facit præsumptionem tanti momenti, vt onus probandi contrarium transferat in aduersam partem, vt docet Ripa in rub. ff. si cert. pet. n. 88 & hanc esse magis communem plurimos alios adducens scribit nouissimè Farinac. in tract. de testib. q. 69. n. 33. Crauetta hanc opinionem procedere dicebat, vbi testes essent mortui, à quibus iste diceret se audiuisse, vt refert Menoch. de ar. iciar casu 475. Istis ego non assentior: quia nullus textus, nulla ratio hoc euincere potest, vt testi sit credendum, qui deponat de auditu alieno, cùm debeat deponere de sensu proprio, l. testium, C. de test.

Itaque contrariæ sententiæ calculum præbeo, quam secuti sunt Alciat. in l. 1. ff. si cert. pet. in ver. Celsus. Benintend deci. 67. Natta consil. 170. num. 2 & Menoch. consil. 98. nu. 51 D. Cephal. consil. 435. num. 85. quibus ratio iuris apertissimè suffragatur.

CAPVT LXVII.

An rubrica generalior nigro possit allegari ad decisionem caussarum?

Communis est Doct. sententia in l. 1. ff. si cert. pet. rubrica sit generalior nigro. id est, plus contineat, quam leges positæ sub ipsa, allegari posse ad decisionem caussarum: si orationem habeat perfectam, Ripa in d. l. 1 n. 13. Bologn. n. 11 Cagnol. n. 23. & seq. Vbi testantur, hanc esse communem.

Primò, ex l. 1 & rub. C. de capit. ciu. cens. eximi. lib. 11. vbi glossa notat illum textum intelligi de omni plebe: quia titulus est generalis. Respondet Cur. non tam rubricam, quàm nigrum ibi esse generale: quoniam textus nigri loquitur de plebe vrbana: & sic potest intelligi de plebe cuiusque ciuitatis. Replicat Cagnol. num. 26. intelligi de plebe Romana per excellentiam, vt ibi per glossam arg. §. sed ius, Inst. de iure nat. gen. & ciu. & si non loquitur generaliter de omni plebe. Potest tamen restringi ad plebem Romanam tantùm: quia Roma est communis patria, l. Roma, ff. ad municip. & quia idem seruatur etiam in aliis prouinciis Orientalibus, vt ibi dicitur, & notat etiam gloss. ibi in rub. itaque istud primum argumentum euitari potest.

Secundò adducitur rubrica & nigrum, C. ne Christian. mancip. vbi *rubrum* loquitur de Iudæo, hæretico & pagano: *nigrum* autem solùm de Iudæo. Respondet Cagnol. vbi suprà, etiam ibi *nigrum* loqui generaliter de hæretico & pagano, non tantùm de Iudæo, vt patet ex illis verbis: *Vel sectæ alterius, seu nationis*, sed ipse Cagnolus posteà numer. 30. dicit: non esse bonam responsionem, quia illa verba, *Vel sectæ alterius*, referuntur ad municipium, vt sit sensus: si Iudæus Christianum habeat mancipium, vel alterius sectæ, & circumcidat eum: incurrat pœnas ibi expressas, & sic manet argumentum in suo robore. Aduertendum tamen est: quòd ille titulus continet paganos & hæreticos; non propter rubricam generalem: sed quia de Iudæis, paganis & hæreticis idem est constitutum à Iustiniano in l. Deo nobis, §. vltim. C. de Episcop. & Cleric. itaque Titulus ille, *ne Christianum mancip.* est pars tituli præcedentis de Iudæis, vbi de illis fit specialis mentio propter pœnam.

Tertiò Cagnol. numer. 30. sic argumentatur: si rubrica non posset allegari ad decisionem causarum, quando est generalior textu, frustrà esset posita tam generalis. Sed nihil est in iure superfluum, §. quibus, in prima const. C. ergo, &c. Responderi potest: non esse nouum, vt verba generalia restringantur ex specialibus quæ sequuntur: quia præcedentia declarantur ex sequentibus, l. si seruus plurium, §. fin. de legat. 1.

Quartò Bologn. adducit c. cùm omnes, de constit. Respondeo ibi non allegari rubricam, quòd quisque iuris, sed regulam illius edicti, quæ est in l. 1. & toto titul. & sic verbum ibi concordat cum nigro, vt dicebat Decius hic in 4. notab.

Quintò adducitur titul. & gloss. C. ne fideiuss. dot. dentur. Sed non facit ad rem nostram: quia tantùm ibi glossa magna circa finem dicit: argumentum sumi posse ex titulo, quod nos non negamus. Nihil autem dicit glossa de verbis tituli magis generalibus nigro, quòd possint allegari ad decisiones caussarum.

Sextò adducitur doctr. Bartol. in l. admonendi, colum. 4 de iureiur. vbi inquit: quòd si statutum imponit pœnam non soluenti gabellam in tempore, secundùm formam statuti antiqui, si illud statutum non reperitur: nihilominus locum habet pœna huius statuti. Respondet Decius sub numer. 10. non adaptari; quia hoc in casu apparet de mente statuti, quod voluit ita disponere, quod & potuit. Non sic apparet de voluntate in casu nostro: quia rubrica ponitur non ad disponendum, sed ad designandum, quod in nigro continetur.

Contrarium voluit Decius in d. l. 1. in 4. not. & Alciat. nec non Menoch. de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 1.

Primò: quia actus agentium non debent operari vltra eorum intentionem, lege non omnis. ff. si cert. pet. sed rubrica ponitur ad designandum, quod in nigro continetur. Ergo non disponit, nisi quatenus in nigro continetur. Addit Alciatus: quòd titulus dicitur à *tuendo*, id est, *ab indicando*, quod in auctore continetur licet *rubrica* dicatur, quòd *rubeis literis scribi soleat*.

Respondet Cagnol. sub num. 31. non operari contra intentionem agentis: quia ex verbis apparet intentio, l. Labeo, de sup. leg. Vnde cum verba id importent, absonum est dicere, quòd rubrica sit generalis contra intentionem agentis. Sed melius Bologn. numer. 11. argumentum procedere in rubricis ordinariis, quæ non habent orationem perfectam, & tantum indicant quid in originali contineatur: secùs in rubricis, quæ habent orationem perfectam: quia egrediuntur terminos rubricæ, vt pro textu habeantur, vt per glo. in procem. 6. in verb. titulis.

Secundò mouetur Dec. sub num. 31. rubricam habere relationem ad nigrum, secundùm communiter accidentia: Quandoque tamen secùs esse, vt quando rubrica habet orationem perfectam: quia tunc, si plus contineatur in rubrica, illi standum est: quia auctor videns satis esse prouisum per rubricam, noluit vlteriùs effundere verba: & quia rubrica

rubrica stat pro textu in casu isto, vt dicebat Bologuet.

Tertiò adducit Decius doctr. Barto. in l. admonen. 1. num. 33. de iureiur. vbi scribit: si in libro instrumentorum Notarij defuncti reperitur rubrica, quæ dicit, instrumentum venditionis inter tales, postea spatium est diuisum, nihil probat: quia res imperfecta est. Respondet Cagnol. num. 33. ibi ex verbis rubricæ non posse haberi certitudinem contractus venditionis, quo pretio & quibus pactis facta fuerit: quia non fit vniformiter, vt notum est. At hic habetur perfectus sensus ex oratione perfectæ rubricæ. Meritò res est diuersa & ratio diuersa.

Quartò mouetur Decius: quia vbi nigrum est generale & rubrica specialis, attenditur nigrum, vt suprà ipse notauit numer. 7. ergo è conuerso: si rubrica sit generalis & nigrum speciale, debet attendi nigrum: quia tota vis in nigro consistit. Respondet Cagnol. num. 34. attendi nigrum generale: quia rubrica operatur effectum suum demonstrando, quid in nigro contineatur. Si nigrum sit generalius, attendi debet: quia sic apparet in eo dispositum. Cæterum, vbi rubrica generalis est & nigrum speciale, si nigrum tantum attendatur, rubrica erit superflua: & sic non est eadem ratio oppositorum. Quo casu non valet argumentum ab oppositis, vt not. Doct. in rubr. de acq. possess.

Vltimò pro hac sententia Bologn. considerat hic aliquos titulos generales, qui restringuntur per nigrum, vt est titulus, *Ne quis eum, qui in ius vocat. ne quid in flum. publ. ne quid in loco publ. nè vis fiat ei, & alij similes*. Sed istud nihil est: quia fateor, vbi nigrum expressè restringit, esse inspiciẽdum. At quæstio loquitur, quando nigrum non restringit expresse, quod habetur in rubrica. Tunc igitur videtur attendi debere rubrum, vt bene declarat Bolog. num. 13. & 14.

Quid dicendum? Mihi placet communis sententia: quia quando rubrica decidit plures casus, nigrum autem decidit vnum casum, videtur hoc facere gratia exempli, ideò exempla non restringunt regulam, § hactenus, Instit. de gradib. vel ponere illum casum tanquam magis dubitabilem, quo casu non excludunt ur alij casus expressi in rubrica, gloss. in l. emptor, ver. superfluum, de rei vindica. Vel quia expressi sunt in nigro casus, qui sunt frequentiores, & ideò alij non censentur exclusi, gloss. in clem. 1. in verb. Præsidentes, de reseri. Denique ex duobus malis minus malum est eligendum, l. quoties nihil, de reg. iur. cap. nerui testiculorum, §. fi. 13. distinct. Est autem hoc minus malum, quàm dicere, quòd rub. sit malè posita. Potest igitur tunc dici plus dictum fuisse & minus scriptum, arg. l. 1. §. si ex fundo, & l. quoties, §. 1. de hæred. instit.

Ex duabus igitur dispositionibus præualet pinguior, l. si te solum, de hæred. instit. facit regula, §. pen. & fin. de iur. & fact. igno. l. Titia, §. idem respondit, de ver. oblig. facit textus in l. admonendi, & ibi glossa in ver. constitutiones, Bar. n. 7. de iureiur. vbi statur referenti absque relato, quando referens habet certam determinationem.

Facit etiam, quòd clausula præcedens est maioris efficaciæ ad influendum in sequenti, quàm è conuerso. Ias. in l. Pacta nouissima, nu. 4. C. de pactis. Vltimò facit: quia negari non potest, quin res sit dubia, ex quo nigrum non ponit omnes casus, qui sunt in rubrica. Ergo debet declarari per rubricam, arg. l. Imperatores. de in diem addict. & ibi not. Et vbi lex varios habet intellectus, restringitur ad illum qui magis conuenit rubricæ. Barto. in l. fin. §. idem quæsiit. de cond. indeb. glo. in cap. bonæ, de confir. vtil. vel inutil. Abb. in c. ad audientiam. de reb. eccl. non alien. & alibi vt per Bolog. sub num. 6.

CAPVT LXVIII.

Statuti rubrica ita erat concepta: [Filia dotata non succedat.] *quæritur, an generaliter intelligatur, exclusa etiam à bonis patris cùm in nigro nihil diceretur, nisi de bonis matris, & auiæ?*

EXistimo, ex communi opinione, quæ in præcedenti capite firmata est, aliam quoque communem sententiam verificari, cuius auctor fuit primus Castrensis in cons. 82. li. 2. Statut rubrica sic erat concepta: [*Filia dotata non succedat*] in nigro autem nihil dicebatur, nisi de bonis matris & auiæ, dubitatum fuit: an filia posset succedere in bonis patris. Et respondit Castren. non posse: quia rubrica erat generalis comprehendens etiam bona patris. Eãdem sententiam secuti sunt in l. 1. ff. si cert. petat. Alex. Socin. Decius, Cagno. sub num. 41. & communis est teste Bolog. nu. 18. Magis communis secundum Albam ibidem, n. 11. & secundum Gozad. nu. 4.

Fundamentum est satis firmum: quoniam rubrica habens orationem perfectam ampliat nigrum & attendi debet etiam in decisionibus caussarum. Maximè: quia est eadem ratio respectu hæreditatis patris, fauor, scilic. agnationis conseruandæ, vt bona remaneant in familia, vt dicebat Menoch. lib. 6.

præ. 1. C. de testam. Et, quia statutum excludens dotatam intelligitur ab hæreditate dotantis, vt notant Bald. & Cast. in l. 1. C. de legit. hæred. Est autem proprium patris officium dotare filiam, l. vlt. C. de dot. promiss. l. qui liberos, de ritu nuptiar.

Contrariam sententiam habuerunt Ias. Iacobin. Lancell. Decius & Ripa in d. l. 1. Gozad. n. 7. Alban. 22. Alciat. lib. 2. paradox. c. 18. quorum argumenta sunt ista.

Primo quia rubrica statuti, (de qua loquitur Castrensis) non habet orationem perfectam, cùm non declaret, à cuius successione excludatur filia dotata. Respondet Decius numero 10. imò rubricam illius statuti habere perfectam orationem: quia generaliter filiam excludit ab omni successione: & verba generalia generaliter sunt accipienda, l. 1. §. generaliter, de legat. præstan. l. in fraudem, §. fin. de milit. testam.

Secundò: quia quando nigrum loquitur de eo, de quo loquitur rubrum, tunc rubrum restringitur per nigrum, gloss. in rub. C. ne fideius. dot. den. glossa in Authentica ad hæc. C. de vsur. Sed in casu nostro nigrum expressè loquitur de eo, de quo rubrum. Ergo rubrum restringi debet secundum nigrum. Hoc argumentum tollit ipse Iason dicens: non esse verum assumptum ex not. per gloss. in l. 1. C. de capi. ciui. cens. exi. vbi nigrum & rubrica loquuntur de eadem re, & tamen nigrum extenditur propter rubrum secundum Glos. ibi.

Tertiò: quia quando verba nigri sunt obscura, declarantur per rubrum, glossa in l. 1. C. ne liceat tertio prouoc. Ergo multò magis è conuerso verba rubricæ obscura debent per nigrum declarari. Respondet Decius negando, quòd verba rub. sint obscura: quia cùm sint generalia, omnia comprehendunt, sicut lex generaliter loquens, quæ non potest dici obscura, aliàs non esset lex: quia lex debet esse clara, cap. erit autem, 4. distin. Cagnolus in d. l. 1. numero 41 ff. si certum petatur, vbi, quod generalis locutio est quid perfectum, continens omnes suas species. Replicat Bolognetus obscura esse quia nō declarant, à cuius successione mulier excludatur, & an à successione dotantis, & an ex testamento: vel ab intestato. Responderi potest intelligi ab intestato, & intelligi debere ab hæreditate dotantis: & ideò, si pater dotauerit, dicitur exclusa ab eius hæreditate. Melior tamen est responsio Ripæ, ponderantis verbum *filiæ*, de quo fit mentio in rubr. quia (inquit) esset correlatiuum tam ad patrem, quàm ad matrem: & sic iuxta regulam correlatiuorum, videtur loqui etiam de patre, arg. l. fi. C. de indict. vid. toll.

Quartò mouentur: quia verba illius statuti sunt indefinitiuè prolata, sed in materia odiosa indefinita non æquiualet vniuersali, Alex. in l. 2. C. de lib. & post. statutum autem est odiosum respectu fœminarum; licet fauorabile respectu masculorum, Bald. & Salyc. in l. 2. C. de in ius vocan. Respondet Decius locum habere illud, quod dicitur de indefinita, in dispositione hominis, secùs in dispositione legis: quia semper æquipollet vniuersali, Bart. in l. si pluribus, de legatis, 2. Item, nec videtur verum, quod statutum illud sit odiosum, quin imò est fauorabile inspecta ratione principali statuti, vt bona conseruentur in familia masculorum, vt per Decium in d. l. 2. C. de in ius vocan. Cag. in d. l. 1. n. 44.

5. Mouentur ex not. per Bald. in l. defunctus. C. de suis & legitimis, vbi dicit, statutum filium priuans à successione legitima, censeri quandam exhæredationem, l. qui volebat. cum gloss. 1. de hæred. instit. sed exhæredatio debet fieri nominatim, l. 1. de lib. & posth. Ergo statutum de quo agitur, non excludit ab hæreditate patris: quia de ea nihil nominatim est dictum. Respondet Decius, argum. procedere in exhæredatione facta ab homine, secùs autem in ea quæ facta est à lege: quia reputatur extranea filia, quæ ab intestato excluditur: & non debetur ei legitima. Replicat Bolog. non per hoc tolli, quia sit odiosa, & quod in dubio non præsumatur facta. Sed respondetur imò esse fauorabile, vt sup. inspecta intentione principali statuentium & constare de mente per verba generalia, cùm sit eadem & maior ratio in patre, quàm in aliis, & de patre non potuit esse dubium sicut de aliis, ideò de aliis est expressum, non de patre.

Sextò adfertur: quia statutum debet intelligi, vt aliquid operetur vltra ius commune, c. cum dilectus, de consuet. Bar. in l. omnes populi, n. 4. q. de iust. & iure, postea debet restringi, quantò minus fieri potest, lædas ius commune, l. 2. C. de noxal. Sed statutum, de quo agitur, excludens filias à successione matris & auiæ multum operatur vltra ius commune. Ergo restringi debet, vt vlterius non lædat ius commune, & sic non excludat filiam à successione patris, contra l. Maximum vitium, C. de li. præter. Respondet Decius quod dicitur de statuto, quod sit restringendum, ne lædat ius commune, locum habere, nisi esset superfluum: quia tunc non debet restringi. arg. c. si Papa, de priuil. in 6. l. si quando, de leg. 1. sed verba generalia statuti essent superflua nisi excluderent etiam ab hæreditate patris. Ergo generaliter sunt accipienda, vt excludant etiam ab hæreditate patris. Respondet Bolog. non esse superfluum: quia excludit ab hæreditate matris, & auiæ contra ius commune. Sed nihil replicat, ad considerationem Do-

nem Decii, quod verba statuti tam generalia essent superflua: ideo illa ratio adhuc viget, quod generaliter statutum sit accipiendum propter generalitatem verborum.

Septimò mouetur Ripa, licet quia non est eadem ratio prohibendi filiam dotatam à successione patris, quæ est prohibendi eam à successione matris, & auiæ: nam filia volens succedere patri vna cum aliis fratribus tenetur dotem conferre. l. quoniam nouella, C. de inoff. testa. l. vt liberis. C. de collatio. ideo non ita læduntur fratres, si filia succedat patri, quantum si fil. a succederet matri: quia tunc non tenetur conferre dotem sibi datam à patre suo. l. si filiam, C. de collatio. l. vlt. eod. tit. Respondet Cagnol. substantiam consistere in patrimonio patris; non autem matris; & ideo maiorem esse læsionem fratrum ex eo, quòd filia succedat patri quàm matri, licèt succedendo patri conferat dotem.

Octauò, Gozadin. argumentatur sic: verba obscura declarantur per verba clara posita in alia parte, l. Verum, de petit. hæred. iuncta l. item conueniunt, §. item placere. eod. tit. Sed verba indefinita sunt obscura, l. si seruitus, de seruit. vrb. sed & hæc verba sunt indefinita, quòd filia dotata non succedat: igitur debent declarari per nigrum sequens, quod loquitur de successione matris & auiæ. Et eodem argumento vtitur Alba. hic num. 22. Responderi potest: indefinitam legis æquipollere vniuersali, l. si pluribus, de leg. 2. & ideò non esse obscuram: sed claram, vt supra dictum est ex Decio & Cagnol. Et licèt hoc sit per interpretationem legis, parum refert: quia verba statuti recipiunt interpretationem à iure communi, l. 2. C. de noxal. Non obstat regula vulgaris, quæ solet allegari: qui generaliter loquitur, obscurè loquitur, l. Ita fidei, de iure fisci: quia debet intelligi secundum terminos dict. l. quando quis loquitur de fundo, est obscurum legatum propter diuersitatem fundorum: secùs quando oratio est generalis: quia omnia comprehendit.

Nonò, idem Gozad. adducit rubr. & l. 1. ne vis fiat ei, vbi generalitas rubricæ restringitur per nigrum sequens, & adducit etiam similes alias rubricas, & alii adducunt textum in c. ad audientiam. de cler. non residen. Nihil est: quia ibi rubrica expressè per nigrum declaratur, quo casu nemo negat, quin attendi debeat nigrum, vt per Cagnol. hic num. 45. & ibi dicit exceptionem factam de residentibus in seruitio Pontificis, vt in c. ad audientiam, fuisse expressè ibi factam in nigro.

CAPVT LXIX.

Defenditur opinio Bartoli, quæ communis est, in l. 1. si cert. pet. videlicet: testem probare, si deponat se scire: quia sit vicinus, vel consanguineus.

DIxit Bart. in l. 1. ff. si cert. pet. bonam esse rationem testis de caussa scientiæ interrogati, cùm dicit: scio, quia sum vicinus, vel consanguineus. Quæ sententia est communiter recepta, vt testatur Cagnol. ibi, n. 108. & latissimè adductis authoritatibus Farinacius de testibus q. 70. in princip. Quamquam non defuerint, qui contrariam regulam constituendam esse existimarunt: veluti Ripa in d. l. 1. n. 14. & Cagn. n. 117. Alii totum hoc arbitrio iudicis remiserunt: veluti Alciat. in d. l. 1. n. 8. & Bolog. n. 31. & 33.

Sed non est recedendum à communi sententia. Verùm, vt hæc quæstio exactiùs discutiatur, tria præstabimus. 1. fundamentum communis opinionis aperiamus. 2. difficultates examinabimus, quæ videntur esse contra hanc communem conclusionem. 3. declarabimus, quo pacto sit intelligenda.

Fundamentum igitur consistit in l. octaui. ff. vnde Cognati, in l. de tutela, C. de in integ. rest. in l. filium, de his qui sui vel alien. iur. in l. si ita, de fund. instr. in cap. quosdam, & c. seq. de præsumpt. in c. cùm dilectus, de purgat. canon. Hoc est fundamentum communis huius sententiæ.

Venio ad difficultates, quarum prima est ex Baldo in d. l. 1. in 2. lect. ff. si cert. pet. Testis debet deponere de his, quæ percepit sensu corporeo, l. Testium, C. de testib. Ergo ista ratio non est bona: quia sum vicinus, &c. quia non est per sensum corporeum. Nec videtur bona respons. Bart. dicentis: testem hoc in casu implicitè deponere per sensum corporeum: quia cùm sit vicinus, vel consanguineus, potuit videre & audire: quia hoc non videtur iure probari secundum Baldum. Sed huic difficultati occurrit Bolog. in d. l. 1. n. 35. dicens; imò iure probari, quòd hoc in casu testis dicatur implicitè deponere per sensum corporeum. arg. l. si ita, in fin. de fund. instr. & in cap. cùm dilectus. & ibi gl. in ver. vicinæ, iuncto cap. cùm qui, de purgat. canon. & c. postquam, & c. scriptum, de elect.

Alteram contra Bartoli sententiam difficultatem excitarunt Aretin. & Ias. ex doct. Bart. in l. Labeo. in fine, ff. de sup. leg. vbi inquit Bart. non esse bonam rationem testis, qui interrogatus de fama dicit: scio famam esse hac de re: quia si communiter tenetur, quia non deponit per sensum proprium, scilicet se audiuisse, & tamen sic publicè dicebatur: præsumptio est, quòd ipse testis audiuerit, vt notat gloss. in l. si tutor petitus. C. de peric. tutor.

Respondet Decius in d. l. 1. n. 68. Bartolum loqui, quando testis deponit impersonaliter; se-

cus in proposito: quia testis deponit se scire: quia vicinus, &c. Non placet Cagn. n. 112. in d. l. 1. quia etiam ibi testis deponere videtur de se implicite: quia in depositione testis dicentis, famam esse: quia sic communiter tenetur, implicite, continetur depositio ipsius testis de se ipso, quod audiuerit. Secundo igitur loco respondet Curt. iun. verba illa: *publicè tenetur, vel publicè dicitur*, verificari posse etiam, quando a duobus vel tribus dicitur: ideo non ex, tr- mittur tale quid, propter quod iuris præsumptione deueniatur ad sensum corporeum. Non placet Cagnolo hæc responsio: quia Bartolus loquitur de teste deponente communiter dici, & consequenter publicam esse vocem & famã. Ex quo sequitur præsumptionem oriri, ipsum quoque testem audiuisse. Tertio igitur loco Cagnolus ipse respondet: Bartolum in d. l. Labeo, malè locutum fuisse. Quæ responsio mihi non satisfacit, nec satisfacere potest: quia sic facile esset euitare doctrinam Bartoli & aliorum, quod fieri non debet, nisi quando communiter à Doctoribus est reprobata. Vltimo igitur loco respondet Bologn. Bartolum loqui, quando testis deponit de fama publica, ad quam probandam multa requiruntur, & illud inter cætera, vt testis dicat, à quibus audiuerit: potuit enim ab vno audiuisse publicè id dicente, quod non sufficit, vt declarat idem Bart. in l. de minore, §. si plurium, n. 22. ff. de quæst.

Tertia difficultas est ex doctrina eiusdem Bartoli, in l. is potest, colum. 5. de acquir. hæred. vbi dicitur ad probandam mortem alicuius nõ sufficere, quòd testis dicat, scio: quia sum vicinus: nisi etiam sit fama in vicinia. Respondet Decius in d. l. 1. num. 58 Bartolum ibi non benè loqui: quia si esset fama in vicinia testis præsumeretur id scire, ex tali fama; non autem ex vicinitate, cap. 1. de postul. prælat. c. vlt. qui matr. accusare poss. Non placet hæc responsio, ea ratione qua supra vsi sumus: & ideo secundo loco Cagnol. respondet in d. l. 1. nu. 119. Bartolum ibi loqui de actu momentaneo, qui non tam facilè potest peruenire ad aures vicinorum. Nihil est: quia à communiter accidentibus videmus, mortes vicinorum plerumque sciri à vicinis. Tertiò respondet Bologn. Bartolum esse intelligendum, quando non erat mortuus in vicinia, quod est diuinare. Item respondet: Bartolum non loqui de teste dicente se scire: quia vicinus; sed de teste deponente de scientia alterius, videlicet, quòd aliquis sciret mortem alterius, & interrogatus de causa scientiæ, adducat hanc rationem: quia ille vicinus erat. Non est bona ratio ista (inquit Bartolus) nisi probetur, quòd de tali morte erat fama publica in vicinia. Non placet Menoch. libr. 6. præsumpt. 24. num. 17. quia nulla est ratio diuersitatis inter illum casum: quando, scilicet, testis deponit de scientia alterius: quia erat vicinus: & de scientia propria ipsius testis: quia sit vicinus. Respondet igitur ipse post Marantam in d. l. is potest. Bartolum loqui de actu momentaneo, vt est mors alicuius: nam potuit quis esse mortuus in vicinia, id vicinis probabiliter ignorantibus, nisi patefactum fuerit à personis habitantibus in domo ipsius defuncti. Atque ita sit cognitum in vicinia.

Hæ sunt precipuæ difficultates contra communem sententiam: nam aliam leuem difficultatem tollit egregiè Decius in d. l. 1. num. 67. quamobrem & secũdum quod pollicitus sum, videor executus.

Restat vltimum, quo pacto hæc conclusio communis accipienda sit, qua in re constituo duos casus. Primus est in his, quæ communiter cadunt in notitiam vicinorum & coniunctorum, prout sunt actus, qui habent tractum temporis successiuum. Alter casus est in his actibus, qui non habent tractum temporis successiuum: sed momento temporis expediuntur.

In primo casu locum habet communis sententia. Ideo vicinus vel coniunctus præsumitur scire vicinum vel coniunctum esse diuitem, vel pauperem, l. si ita, de fund. instr. Item præsumitur scire: an coniunctus, vel vicinus sit bonæ vocis, conditionis, & famæ, Felyn. in c. literas, de præsumpt. text. in ca. postquam. de elect. & c. inter dilectus. de purgat. canon. Item præsumitur scire, cuius ætatis sit vicinus vel coniunctus, vt per Alexand. in dict. l. 1. num. 18. Menoch. lib. 2. præsump. 51. Farinacius vbi supra num. 171. Item, quòd sit filius vicini vel consanguinei: argum. l. filium. de his qui sui vel alien. requiruntur tamen alia adminicula, vt per Menochium de arbitrar. cas. 89 Item, quòd vicinus sit hæreticus in genere, Socin. hic num. 17. Ripa num. 55. declarat, vt per Farinac. de testi. quæst. 70. num. 178. Item, quòd vicinus vel coniunctus possideat, Ripa in d. l. 1. num. 55. Menoch. de retinen. possess. remed. 16. nu. 50. Item, quòd exerceat iurisdictionem, Purpur. hic, num. er. 172. Et quòd sit fœnerator, num. 103. Item, quòd sit blasphemator, Bolognet. in d. l. 1. num. 31. Item, quando deponunt de habitatione alicuius in loco. Farinac. vbi infrà numero 170.

Fallunt hæc omnia, quando probatur vicinum vel coniunctum non conuersari solitum, Socin. consi. 187. num. 21. lib. 2. vbi dat cautelam istam, vt probetur, quòd non conuersentur, Decius in d. l. 1. nu. 59. Ripa n. 46. Secundò fallit in vi-

in vicino, & coniuncto, qui fuerint absentes tempore actus, Ripa in d. l. 1. n. 46. Bolog. n. 52. vers. item posset esse. Tertiò fallit in vicino, vel coniuncto nouo, Alex. in l. is potest, nu. 14. de acq. hær. Menoch. de præs. 24. li. 6. n. 40. Quartò fallit, si in non deponat de ætate maiori, Ripa vbi sup. n. 46. in fi. Quintò fallit, quando deponit super negatiua, Ripa in c. cùm ecclesia, n. 88. de caus. possess. & propr. Menoc. vbi sup. n. 43. Sextò fallit, quando resultaret delictum: nam ad euitandum delictum præsumitur error potiùs, & ignorantia, Ruin. cons. 100. n. 5. li. 3. Septimò fallit generaliter, quando coniecturæ sunt in contrarium, Menoch. vbi sup. n. 42.

In secundo verò casu, secus est dicendum: & ideò vicinus, vel coniunctus non præsumitur scire facta vicini, vel coniuncti: vt puta, quòd celebratus fuerit contractus, quod commissum fuerit delictum, Barto. in d. l. 1. n. 9. Decius, n. 58. Cast. in fine. Ripa n. 46. Nec præsumitur scire testamentum fuisse conditum à vicino, vel coniuncto, Ripa in d. l. 1. nu. 46. Nec adulterium vel stuprum, Purpurat. in d. l. 1. n. 118. Decian. consi. 93. n. 100. li. 2. Nec sententiam latam contra vicinum, Decius cons. 445. n. 55. Illud denique notandum est: quòd ista præsumptio, quòd sit vicinus, vel coniunctus, non est sufficiens ad torturam, Bal. in l. 1. vers. ego credo, C. de his, qui latrones, Menoch. vbi sup. n. 45.

CAPVT LXX.

Si delictum probetur per testes dicentes se scire: quia vicini, & c. qualis pœna sit imponenda?

Existimo pœnam leuiorem imponendam esse. Quæ fuit sententia Alex. in l. 1. ff. si cer. pet. & Alex. n. 15. vers. Prima conclusio, necnon Cagnol. n. 131. & Bolog. n. 15. Licet Decius pœnæ ordinariæ locum esse existimauerit, in eadem l. 1. si cer. pet. & Menoch. lib. de præs. q. 97. sub n. 14.

Moueor ego: quia ex præsumptionibus nemo condemnandus est in pœnam ordinariam: tradit Innoc. in c. quia verisimile, de præsump. Abbas & Decius in c. tertio loco, de probatio. Maximè quoniam hæc ratio: quia sum vicinus, non concludit in delictis, quæ habent caussam momentaneam, vt suprà dictum est in præcedenti capite. Ratio autem in teste est anima ipsius testimonij, l. solam, C. de testib. Bursat. cons. 87. nu. 51. & cons. 70. nu. 28. Et debet esse manifestior dicto, Farinac. de testib. q. 69. nu. 6. & nu. 18. in quibus locis omnes fatentur vsque adeò spectandam esse rationem scientiæ in testibus, vt si ea sit minus idonea, depositio nihil probat: quamuis depositio ipsa certa sit & clara, & è conuerso: si ratio bona sit & idonea depositio valeat & probet: licèt non sit clara & certa, per verbum credo sed per verba dubitatiua.

Non obstant argumenta contrariæ sententiæ. Primum: quia ista ratio: quia sum vicinus, sit approbata à iure secundum Bartoli doctrinam in d. l. 1. ff. si cert. pet. &c. Quia negatur approbatam esse, vbi agitur de probatione delicti. Secundum: quia præsumptiones iuris dicuntur esse liquidissimæ probationes, l. licèt de legatis, l. si quis locuples, in fine de manum. vind. Respondetur: id non habere locum in delictis ad effectum, vt sit locus pœnæ ordinariæ. Tertium sumitur ex l. 1 C. de sicar. Respondet Bologn. in d. l. 1. n. 45. textum illum loqui, quando constat de facto, id est, homicidium esse commissum: nisi probetur contrarium iuxta regulam cap. 1 de præsumpt. sed in proposito nostro non constat de delicto, & negatur delictum fuisse commissum. Postremum argumentum est, quia hæc videtur esse probatio vera, & non præsumptiua: cùm testes deponant de ipso delicto immediatè. Respondetur rationem testis attendi debere, & magis spectandam esse, quàm dictum eius. Cùm igitur ratio, hoc in casu, parum concludat, consequens est, vt dictum etiam aliqua ex parte fidem amittat, saltem quantum ad pœnæ ordinariæ condemnationem.

CAPVT LXXI.

An creditor propriè dicatur, cui debetur aliquid ex legato, vel ex maleficio?

Communis est sententia Doctorum in l. 1. ff. si cert. pet. creditorem impropriè dici eum, cui ex legato, vel ex maleficio aliquid debetur, Bart. ibi, Castr. Alex. Ias. Socin. Alciat. Cagn. n. 235. vbi dicit esse communem. Primò, quia creditor dicitur à credendo, quia fidem alterius sequitur, vt in d. l. 1 habetur. Quod quidem non verificatur in tali creditore. 2. probatur ex l. si cui, de ver. sign. cum text. dicit, creditoris loco accipi, ergo impropriè, l. Mercis, la 2. & ibi glo. de ver. sign. licet ex communi vsu loquendi creditor dicatur, l. creditorum appellatione, l. Creditor, l. creditores, de ver. sign. l. creditor autem eod. tit. & l. creditorum appellatione, eod.

Contrariam sententiam habuerunt, Decius, Sal. Fulg. & Ripa in d. l. 1. Moti ex d. l. creditor, & l. creditores. Respondetur, intelligendum esse impropriè, & secundum communem vsum loquendi & considerato etiam effectu: quia scil. ei debetur. Quæ responsio valet etiam ad omnes alias leges, quæ adferuntur, videlicet ad l. 1. C. qui manum non poss. §. penult. Instit. de pœn. temp. litig. cum aliis adductis per Decium sub-

cus in propoſito, quia teſtis deponit ſe ſcire: quia vicinus, &c. Non placet Cagn. n.111. in d. l.1. quia etiam ibi teſtis deponere videtur de ſe impliciter: quia in depoſito e teſtis dicentis, famam eſſe: quia ſic communiter tenetur, implicite continetur depoſitio ipſius teſtis de ſe ipſo quod audiuerit. Secundo igitur loco reſpondet Curt. iun. verba illa: *publicè tenetur, vel publicè dicitur*, verificari poſſe etiam, quando a duobus vel tribus dicitur: ideo non ex, remittit tale quid, propter quod iuris præſumptione deueniatur ad ſenſum corporeum. Non placet Cagnolo hæc reſponſio: quia Bartolus loquitur de teſte deponente communiter dici, & conſequenter publicam eſſe vocem & famã. Ex quo ſequitur præſumptionem oriri, ipſum quoque teſtem audiuiſſe. Tertio igitur loco Cagnolus ipſe reſpondet: Bartolum in d. l. Labeo, malè locutum fuiſſe. Quæ reſponſio mihi non ſatisfacit, nec ſatisfacere poteſt: quia ſic facile eſſet euitare doctrinam Bartoli & aliorum, quod fieri non debet, niſi quando communiter à Doctoribus eſt reprobata. Vltimo igitur loco reſpondet Bologn. Bartolum loqui quando teſtis deponit de fama publica, ad quam probandam multa requiruntur, & illud inter cætera, vt teſtis dicat, à quibus audiuerit: potuit enim ab vno audiuiſſe publicè id dicente, quod non ſufficit, vt declarat idem Bart. in l. de minore, §. ſi plurium, n.22. ff. de quæſt.

Tertia difficultas eſt ex doctrina eiuſdem Bartoli, in l. is poteſt, colum. 5. de acquir. hæred. vbi dicitur ad probandam mortem alicuius nõ ſufficere, quòd teſtis dicat, ſcio: quia ſum vicinus: niſi etiam ſit fama in vicinia. Reſpondet Decius in d. l.1. num. 58 Bartolum ibi non bene loqui: quia ſi eſſet fama in vicinia teſtis præſumeretur id ſcire, ex tali fama: non autem ex vicinitate, cap. 1. de poſtul. prælat. c. vlt. qui matr. accuſare poſſ. Non placet hæc reſponſio, ea ratione qua ſupra vſi ſumus: & ideo ſecundo loco Cagnol. reſpondet in d. l.1. nu.129. Bartolum ibi loqui de actu momentaneo, qui non tam facilè poteſt peruenire ad aures vicinorum. Nihil eſt: quia à communiter accidentibus videmus, mortes vicinorum plerumque ſciri à vicinis. Tertiò reſpondet Bologn. Bartolum eſſe intelligendum, quando non erat mortuus in vicinia, quod eſt diuinatio. Item reſpondet: Bartolum non loqui de teſte dicente ſe ſcire: quia vicinus; ſed de teſte deponente de ſcientia alterius, videlicet, quòd aliquis ſciret mortem alterius, & interrogatus de cauſa ſcientiæ, adducat hanc rationem: quia ille vicinus erat. Non eſt bona ratio iſta (inquit Bartolus) niſi probetur, quòd de tali morte erat fama publica in vicinia. Non placet Menoch. lib. 6. præſ. mpt. 24. num. 17. quia nulla eſt ratio diuerſitatis inter illum caſum quando, ſi dicet teſtis deponit de ſcientia alterius: quia erat vicinus: & de ſcientia propria ipſius teſtis: qui ſit vicinus. Reſpondet igitur ipſe poſt Marantam in d. l. is poteſt. Bartolum loqui de actu momentaneo, vt eſt mors alicuius: nam potuit quis eſſe mortuus in vicinia, id vicinis probabiliter ignorantibus, niſi patefactum fuerit à perſonis habitantibus in domo ipſius defuncti. Atque ita ſit cognitum in vicinia.

Hæ ſunt præcipuæ difficultates contra communem ſententiam: nam aliam leuem difficultatem tollit egregiè Decius in d. l. 1. num. 67. quamobrem & ſecũdum quod pollicitus ſum, videor executus.

Reſtat vltimum, quo pacto hæc concluſio communis accipienda ſit, qua in re conſtituo duos caſus. Primus eſt in his, quæ communiter cadunt in notitiam vicinorum & coniunctorum, prout ſunt actus, qui habent tractum temporis ſucceſſiuum. Alter caſus eſt in his actibus, qui non habent tractum temporis ſucceſſiuum: ſed momento temporis expediuntur.

In primo caſu locum habet communis ſententia. Ideo vicinus vel coniunctus præſumitur ſcire vicinum vel coniunctum eſſe diuitem vel pauperem. l. ſi ita. de fund. inſtr. Item præſumitur ſcire: an coniunctus, vel vicinus ſit bonæ vocis, conditionis, & famæ, Felyn. in c. literis, de præ ſumpt. text. in ca. poſtquam. de elect. & c. cum dilectus. de purgat. canon. Item præſumitur ſcire, cuius ætatis ſit vicinus vel coniunctus, vt per Alexand. in dict. l.1. num. 18. Menoch. lib. 2. præſump. 51. Farinacius vbi ſupra num. 171. Item, quòd ſit filius vicini vel conſanguinei: argum. l. filium. de his qui ſui vel alien. requiruntur tamen alia adminicula, vt per Menochium de arbitrar. caſ. 89 Item, quòd vicinus ſit hæreticus in genere, Socin. ſiue num. 17. Ripa num. 55. declarat, vt per Farinac. de teſti. quæſt. 70. num. 178. Item, quòd vicinus vel coniunctus poſſideat, Ripa in d. l.1. num. 55. Menoch. de rec. poſſ. rem. 16. nu. 50. Item, quòd exercuerit iuriſdictionem, Puteus vbi ſupra num. 172. Et quòd ſit fœnerator, num. 103. Item, quòd ſit blaſphemator, Bolognet. in d. l.1. num. 31. Item, quando deponunt de habitatione alicuius in loco. Farinac. vbi infrà numero 170.

Fallunt hæc omnia, quando probatur vicinum vel coniunctum non conuerſari ſolitum, Socin. conſ. 187. num. 21. lib. 2. vbi dat cautelam iſtam, vt probetur, quòd non conuerſetur. Decius in d. l.1. nu. 59. Ripa n. 46. Secundò fallit in vi-

in vicino, & coniuncto, qui fuerint abſentes tempore actus, Ripa in d. l. 1. n. 46. Bolog. n. 52. verſ. item poſſet eſſe. Tertiò fallit in vicino, vel coniuncto onuo. Alex. in l. 15 poteſt, nu. 14. de acq. hær. Menoch. de præſ. 44. li. 6. n. 40. Quartò fallit, ſi in non depona. de ætate maiori, Ripa vbi ſup. n. 46. in fi. Quintò fallit, quando deponit ſu per negatiua, Ripa in c. cũ eccleſia n. 88. de cau. poſſeſſ. & propr. Menoc. vbi ſup. n. 43. Sextò fallit, quando reſultaret delictum; nam ad euitandum delictum præſumitur error potiùs, & ignorantia, Ruin. conſ. 100. n. 5. li. 3. Septimò fallit generaliter, quando coniecturæ ſunt in contrarium, Menoch. vbi ſup. n. 42.

In ſecundo verò caſu, ſecùs eſt dicendum: & ideò vicinus, vel coniunctus non præſumitur ſcire facta vicini, vel coniuncti; vt putà, quòd celebratus fuerit contractus, quod commiſſum fuerit delictum Barto. in d. l. 1. n. 9. Decius, n. 58. Caſt. in fine. Ripa n. 46. Nec præſumitur ſcire teſtamentum fuiſſe conditum à vicino, vel coniuncto, Ripa in d. l. 1 nu. 46. Nec adulterium vel ſtuprum, Purpurat. in d. l. 1 n. 118. Decian. conſi. 93. n. 100. li. 2. Nec ſententiam latam contra vicinum, Decius conſ. 445. n. 15. Illud denique notandum eſt: quòd iſta præſumptio, quòd ſit vicinus, vel coniunctus non eſt ſufficiens ad torturam, Bal. in l. 1. verſ. ego credo, C. de his, qui latrones, Menoch. vbi ſup. n. 45.

CAPVT LXX.

Si delictum probetur per teſtes dicentes ſe ſcire: quia vicini, &c qualis pœna ſit imponenda?

EXiſtimo pœnam ſeu ordinariam imponendam eſſe. Quæ fuit ſententia Alex. in l. 1. ff. ſi cer. pet. & A. cſ. n. 15. verſ. Prima concluſio, nec non Cagnol. n. 131. & Bolog. n. 35. Licet Decius pœnæ ordinariæ locum eſſe exiſtimauerit, in eadem l. 1. ſi cer. pet. & Menoch. lib. de præſ. q. 97. ſub n. 14.

Moueor ego: quia ex præſumptionibus nemo condemnandus eſt in pœnam ordinariam: tradit Innoc. in c. quia veriſimile, de præſump. Abbas & Decius in c. tertio loco, de probatio. Maximè quoniam hæc ratio: quia ſum vicinus, non concludit in delictis, quæ habent cauſſam momentaneam, vt ſupra dictum eſt in præcedenti capite. Ratio autem in teſte eſt anima ipſius teſtimonij, l. ſolam, C. de teſtib. Burſat. conſ. 87. nu. 51. & conſ. 70. nu. 28. Et debet eſſe manifeſtior dicto. Farinac. de teſtib. q. 69. nu. 6. & nu. 18. in quibus locis omnes fatentur vſque adeò ſpectandam eſſe rationẽ ſcientiæ in teſtibus, vt ſi ea ſit minus idonea, depoſitio nihil probat: quamuis depoſitio ipſa certa ſit & clara, & è conuerſo: ſi ratio bona ſit & idonea depoſitio valeat & probet: licet non ſit clara & certa, per verbum ſcio, ſed per verba dubitatiua.

Non obſtant argumenta contrariæ ſententiæ. Primum: quia iſta ratio: quia ſum vicinus, ſit approbata à iure ſecundum Bartol. doct. in d. l. 1. ff. ſi cert. pet. Quia negatur approbatam eſſe, vbi agitur de probatione delicti. Secundum: quia præſumptiones iuris dicuntur eſſe liquidiſſimæ probationes, l. licèt de legat. l. ſi quis locuples, in fine de manumiſſ. vind. Reſpondetur: id non habere locum in delictis ad effectum, vt ſit locus pœnæ ordinariæ. Tertium ſumitur ex l. 1. C. de ficar. Reſpondet Bologn. in d. l. 1. n. 35. textum illum loqui, quando conſtat de facto, id eſt, homicidium eſſe commiſſum: niſi probetur contrarium iuxta regulam cap. 1 de præſumpt. ſed in propoſito noſtro non conſtat de delicto, & negatur delictum fuiſſe commiſſum. Poſtremum argumentum eſt, quia hæc videtur eſſe probatio vera, & non præſumptiua: cùm teſtes deponant de ipſo delicto immediatè. Reſpondetur: rationem teſtis attendi debere, & magis ſpectandam eſſe, quàm dictum eius. Cùm igitur ratio, hoc in caſu, parum concludat, conſequens eſt, vt dictum etiam aliqua ex parte fidem amittat, ſaltem quantum ad pœnæ ordinariæ condemnationem.

CAPVT LXXI.

An creditor propriè dicatur, cui debetur aliquid ex legato, vel ex maleficio?

COmmunis eſt ſententia Doctorum in l. 1. ff. ſi cert. pet. creditorẽ impropriè dici eum, cui ex legato, vel ex maleficio aliquid debetur, Bart. ibi. Caſtr. Alex. Iaſ. Socin. Alciat. Cagn. n. 235. vbi dicit eſſe communem. Primò, quia creditor dicitur à credendo, quia fidem alterius ſequitur, vt in d. l. 1. habetur. Quod quidem non verificatur in tali creditore. 2. probatur ex l. ficus, de ver. ſign. cùm text. dicit, creditoris loco accipi, ergo impropriè, l. Mercis, la 2. & ibi glo. de ver. ſign. licet ex communi vſu loquendi creditor dicatur, l. creditorum appellatione, l. Creditor, l. creditores, de ver. ſign. l. creditor autem eod. tit. & l. creditorum appellatione. eod.

Contrariam ſententiam habuerunt, Decius, Sal. Fulg. & Ripa in d. l. 1. Motí ex d. l. creditor, & l. creditores. Reſpondetur, intelligendũ eſſe impropriè, & ſecundum communem vſum loquendi & conſiderata etiam effectu: quia ſcilicet debetur. Quæ reſponſio valet etiã ad omnes alias leges, quæ adferuntur: videlicet ad l. 1. C. qui manum. non poſſ. §. penult. Inſtit. de pœn. temp. litig. cum aliis adductis per Decium ſub-

n.91. & per Ripam ſub n.90. Nam iſtis omnibus reſpondetur, vt ſuprà. Vide Alex. in d.l.1. n.39. & Cagn. n.257. & n.240.

CAPVT LXXII.

Si cui priuilegium conceſſum ſit, vt non poſſit conueniri à ſuis creditoribus intra quinquennium, an poſſit conueniri à creditoribus ex delicto?

Ex his, quæ dicta ſunt in præcedenti capite, apparet: creditorem ex delicto non eſſe propriè creditorem, & per conſequẽs non contineri in priuilegio conceſſo alicui, ne poſſit cõueniri à ſuis creditoribus intra certum tempus: quia priuilegium iſtud eſt contra ius commune. c. priuilegia, 3. diſtin. & conſequenter, ſtrictè & propriè intelligendum eſt. l. ſi quando, C. de inoff. teſtamento, l. 2. §. meritò, & §. ſi quis à principe, ne quid in loco publ. c. ſuper eo, de off. deleg. Maximè: quia gratia dicitur eſſe ſubreptitia, ſi non ſit facta mentio de delicto, arg. c. poſtulaſti, & ibi gloſſ. in ver. non ita deleui, de reſcript. iuncta l. Bona fides ff. depoſ. Maximè: quia odioſa non cenſentur eſſe comprehenſa in generali diſpoſitione, l. Lucius, §. Lucius. de leg. 2. l. Aurelius, §. Caius, de lib. le. Nec parui momenti præiudicium hoc eſſe videtur, iuxta l. Quoties, C. de precib. imp. offer. quia: ſi interim debitor ipſe moreretur, actio eſſet extincta. §. pœnales, Inſtit. de perpet. & tempor. action. Atque ita docuerunt in l. 1. ff. ſi cert. pet. Alex. Cynus, Alciat. Bologn. & Ripa, & alii communiter, vt teſtatur, ibi Cagn. n. 258. Mori ex l. ſed ſi ex parte, §. quenquam, ff. quod cum eo, & ex l. ſi reum. de re iud. cata. & § quod ſi delinquentes, in authen. de mandat. Princip. Sed Decius in eadem lege, nec non etiam Ripa n.97. & Bolog. n. 50. iſtis textibus occurrunt variis reſponſionibus. Quamobrem exiſtimo, rationes ſuperiùs adductas fortiores eſſe & validiores.

Contrariam ſententiam habuerunt Roman. quem ſecutus eſt Dec. n. 94. in d. l. 1. eo argumento: quòd Principum beneficia latiſſimè ſint interpretanda, l. Beneficium, de conſtitut. Princip. c. cum dilecti, de donatio. Sed reſpondet Cagnol. in d. l. 1. n. 252. & ibid. Alex. n. 44. & Ripa, n. 97. id eſſe verum, quatenus beneficium tendit in præiudicium concedentis: ſecus verò, quatenus tendit ad præiudicium alterius: quia reſtringendum eſt: non autem latè interpretandum, l. quod verò, ff. de legibus, c ex tuarum, de author. & vſu pal. Nec obſtat, quod dicebat Decius: prærogatiuam, quæ carceratis datur competere etiam carceratis ex delicto, glo. in l. q. 2. §. ſacrorum. Quia reſpondet Cagnol. in d. l. 1. n. 262. viſitare carceri mancipatos & illos liberare, opus eſſe pietatis: & ideò ordinata ad liberationem captiuorum competere etiam iſtis carceratis ob delictum. Quæ reſponſio eſt etiam Bologn. numer. 51. Hæc autem ratio ceſſat in propoſito noſtro, vt patet.

CAPVT LXXIII.

De ſignificatione huius verbi creditum.

Scribit Bartol. in l. 1. ſi cert. petat. & cum eo Angel. Caſtr. Aretin. Socin. & alii communiter ſecundum aliquos teſte Cagnol. ibid. nu. 265. ſignificationem huius verbi (creditum) non eſſe immutatam ex communi vſu loquendi, ita vt complectatur creditum etiam ex legato vel maleficio, quemadmodum de creditore ſuperiùs dictum eſt, & Bartoli fundamẽtum eſt in d. l. 1. ibi: *Ideo rerum creditarum titulum præmiſit: omnes enim contractus quos alienam fidem ſecuti inſtituimus complectimur.* Et rurſus ibi: *Nam cuicunque aſſentimur alienam fidem ſecuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur.* Cùm igitur hæc ratio non habeat locum in credito prouenientе ex legato vel maleficio: neque enim his alienam fidem ſequimur, meritò videtur dicendum, crediti ſignificationem non eſſe referendam ad illud, quod nobis ex legato vel ex maleficio debetur.

Sed hæc ſententia reiicienda eſſe videtur & nullatenus amplectenda, magiſque communiter approbatur teſte Cagnolo in d. l. 1. num. 266. & Bolog. n. 46. Fundamentum eſt præclarum & ſolidum. Primò in l. ſi is cui, § Flauius, ff. de ſolutio. vbi appellatur creditum, quod debetur ex cauſſa fideicommiſſi. Etſi enim illud verbum in alio verificari non poterat: ſatis tamen eſt, vſurpatum fuiſſe à Iuriſconſultis ad ſignificandum creditum ex cauſſa fideicommiſſi: quia ex hoc infertur, naturam & proprietatem huius verbi alteratam eſſe ex communi vſu loquendi. Secundò: quia nulla eſt ratio diuerſitatis inter creditum & creditorem: vtriuſque enim eadem eſt alluſio & deriuatio à verbo *credere.* Cùm igitur creditoris appellatione veniat ſaltem impropriè & ſecundum communem vſum loquendi etiam creditor ex legato & maleficio: nihil proponi video, cur non idem ſtatuendum ſit de verbo *creditum.* Nec obſtat textus in d. l. 1. quia fateor ſecundum propriam ſignificationem id verum eſſe: ſed hic quæſtio eſt de impropria & de communi vſu loquendi: non autem de proprietate ipſius verbi.

CAP.

CAPVT LXXIV.

An creditor dicatur, cui ſub conditione, vel in diem debetur?

EGregia quoque diſputatio eſt & controuerſia Doctorum in eadem l. 2. ſi cert. petat. an propriè dicatur creditor is, cui ſub conditione vel in diem aliquid debetur. In qua, vt breuiter me expediam, communem ſententiam verioiem eſſe exiſtimo, quæ negat propriè dici creditorem. Ita Bart. in d. l. cuius ſententia communiter recepta eſt, vt teſtantur ibi. Decius n. 96. Cagn. n. 274. & Ripa n. 160.

Primò: quia debitor dicitur, à quo inuito pecunia exigi poteſt, l. debitor. de verbor. ſignific. ſed pendente die vel conditione exigi non poteſt, l. cedere diem. de verbo. ſignif. ergo non eſt propriè debitor ille, qui ſub conditione vel in diem eſt debitor, conſequenter neque creditor dici poterit, cui debetur in diem vel ſub cõditione. Nam debitor & creditor ſunt correlatiua, nec vnum ſine altero eſſe poteſt.

Secundò: probatur hæc ſententia ex l. conditionales, de verb. ſig. vbi appellantur creditores ſecundùm quid. Ergo non propriè ex doct. Bart. in l. Lucius. §. quæſitum, de legat. 3. Nec valet reſponſio Ripæ in d. l. 2. nu. 161. dicentis, argumentum procedere de ſecundum quid ad ſimpliciter, quando ſecundum quid non aduerſatur ſuo ſimplici. l. ſi ſeruus pœnæ. ff. de manumiſſ. conditio autem & dies non repugnant credulitati, à qua deriuatur creditor, vt in d. l. 2. ſi certum petatur. Item alia reſponſio eiuſdem Ripæ quod primum argumentum procedat reſpectu exactionis, non autem quantum ad vim & ſignificationem verbi. Non obſtant (inquam) reſponſiones iſtæ: quia conditio & dies faciunt, vt actio nulla competat ſaltem cum effectu, & conſequenter, vt aliquis non ſit creditor verè & propriè: ſed tantummodò qualificatè, & ſecundum quid. ideo dicitur creditor conditionalis, & iſta qualitas impedit effectum rei, licèt non ſit contraria penitus & abſolutè deriuationi huius verbi creditor: quia verum eſt, incredulitatem interueniſſe, ſed tamen ſub conditione vel in diem: conſequenter, non eſt pura & mera credulitas, ſed qualificata, & conſequenter qualificatum facit creditorem

Tertiò confirmatur hæc ſententia ex §. ex conditionali inſtit. de verbor. obligat. dum ibi dicitur: *Spes eſt debitum iri*, & ex l. 1. ff. ſi certum petatur. ibi: *mox recepturi.* Nam vbi conditio ineſt obligationi nõ eſt certum quod creditor ſit recepturus, l. is cui, de actio. & obli.

Quartò confirmatur ex l. ſi reum, §. idem Iulianus & l. Videamus. de liber. leg. & ex l. ſub conditione, de condict. indeb. vbi datur repetitio pro debito ſoluto ante conditionis euentum.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt in eadem l. 1. Rip. Fulgoſ. Picus & Alciat. Quorum fundamentum eſt in l. Creditores, cum l. ſeq. de verb. ſig. & in l. creditor autem is cod. tit. & in l. is cui. de actio. & oblig. Et quia creditores iſti differunt à puris per plus & minus, §. plus, Inſt. de actio. Ergo non differunt ſubſtantia, l. vlt. de fund. inſtruct. Reſponderi poteſt, creditores quidem dici, ſed impropriè, vt probant textus allegati: & differre à veris & propriis creditoribus qualitate iſta, quę videtur eſſe ſubſtantialis: quia conditio & dies impediunt exactionem & effectum.

Tertia fuit opinio Decii diſtinguentis: creditorem non dici reſpectu exactionis: aliàs ſecùs. Quæ diſtinctio non placet Bolognet. numer. 53. quia hoc modo eſſet creditor & non eſſet.

Quarta eſt opinio eiuſdem Bologneti aliter diſtinguentis num. 54. Aut conditio omnino extitura eſt, & dicitur propriè creditor: quia purum dicitur id, quod debetur ſub conditione omnino extitura, l. ſi pupillus, §. qui ſub conditione, de nouatio. Aut conditio non eſt omnino extitura, & non dicitur creditor. Sed non eſt recedendum à communi opinione ſupradicta (non reiecta tamen hac diſtinctione Bologneti, quæ cum ea concordat.) Quoniam is creditor dicitur, qui actionem habet, l. is cui, de actio. & obligat. ſed ante conditionem non oritur actio, l. cedere diem, de verb. ſig. Ergo ante conditionem non poteſt dici creditor. Fateor, ſi verba non poſſint aliter verificari, quàm in creditore conditionali, tunc appellatione creditoris contineri conditionales creditores vel in diem, vt reſpondit D. Cephal. conſ. 14.

Quid verbis opus eſt? Audiamus verba Vlpiani optimi inprimis magiſtri. *Is, cui ſub conditione legatum eſt, pendente conditione non eſt creditor: ſed tunc, cùm extiterit conditio, quamuis eum, qui ſtipulatus eſt ſub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem eſſe. Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem vel ciuilem habent (ſic tamen ne exceptione ſubmoueantur.)* l. is cui, de oblig. & actio. Vides hic duo contineri. Primum: creditorem eum eſſe, cui competit actio, ſed ante euentum conditionis actio non competit, d. l. cedere diem, de verbor. ſig. Ergo ante conditionem non eſt creditor. Placet tamen, creditorem dici videlicet aliquo modo impropriè, large, & quando verbum creditor non poteſt aliter verificari. Vides inſuper creditorem eſſe eum, qui non

potest ex capitibus aliqua submoueri, sed ante diem obstat exceptio, d. l. cedere diem. Ergo ante diem non est creditor verè & propriè.

CAPVT LXXV.

An mulier amittat dotem propter osculum impudicum?

CElebris est controuersia inter Doctores in rub. C. de edendo, an mulier propter osculum luxuriosum dotem amittat: quam ego hic discutiendam putaui eodem fere apparatu atque eadem methodo, quibus vti soleo in publicis prælectionibus.

Vna est opinio, dotem amittere, ita Bald. in cap. tua de procur. Curt. iun. in d. rub. n. 25. Bolog. ibidem, n. 25. Ripa in rub. de iudiciis. n. 16. Clar. in §. adulterium. nu. 16. & multi alii apud Menoch de arbitr. in additio. nouiter impressis ad casum 287. ex quibus multi dicunt hanc esse communem opinionem.

Pro hac sententia Baldus adducit textum in c. 1. quib. mod. feud. amit. Vbi vasallus amittit feudum, si cum vxore domini sui turpiter luserit. Respondet Decius in eadem rubrica, illum textum esse intelligendum, quando ex illo turpi lusu adulterium præsumeretur. Non placuit hæc responsio Pirrho Alfano in eadem rubr. n. 29. quia textus ibi priuat vasallum, etiam quãdo adulterium committere tentauit, licèt non commisit, vt patet ex illis verbis: *Vel concumbere se exercuerit.*

Secundo igitur loco respondet Decius, rationem esse differentiæ inter casum illum & nostrum: quia decisum est in cap. 1. §. porrò, quæ fuerit prim. caus. benef. amitt. vasallum priuari feudo, si grauem intulerit iniuriam domino suo, quod videtur verificari huiusmodi osculo & turpi lusu. Sed non ita generaliter decisum est in vxore, vt, si iniuriam fecerit marito suo, priuetur dote. Hæc responsio non placuit eidem auctori: quia illa verba textus in §. porrò, de atroci iniuria exponi debẽt pro iniuria verbali, sicut exponuntur in cap. vlt. de donatio. & ibi Abb. circa princ.

Tertio igitur loco idem Decius in rubr. de iudiciis dicit, pro responsione, differentiam esse inter feudum & dotem: quia si mulier amittat dotem, dicitur damnum pati: quia dos est proprium patrimonium mulieris, l. 3. §. sed vtrum, de minor. At feudum est beneficium quoddam, & sic lucrum est. Vnde non est par ratio eius, cui damnum fit, & qui lucrum amittit. l. vlt. C. de codicill. Non placet eidem auctori, quia vbi lucrum est iam acquisitum, idem ius dicatur de eo, quod iudicatur de damno. l. 1. § si quis propter, & ibi gloss. in ver. integrum, ff. de itin. actuque priua.

Quarto igitur loco Curt. iun. in eadem rubr. C. de edend. n. 24. respondet: argumentum sumi non posse ex libris feudalibus ad decisionem aliarum quæstionum, non feudalium, vt docet Bart. in l. vt iurisiurandi §. si liberti, circa princ. ff. de oper. libert. Hæc responsio est optima, & notabilis iudicio meo, & notandum est obiter: valere argumentum à iure communi desumptum ad decisionem causarum feudalium, deficientibus iuribus feudalibus, capito primo de feud. cogn. sed non è conuerso, vt notant ibi Doctores.

Secundò, pro hac sententia adducitur textus à Curtio iuniore hic in l. quod ait. & ibi gloss. in vers. in ipsis rebus, ff. de adult. vbi eodem iure censetur adulterii & præparatoria eius. Respondet Cagnol. in eadem rubric. num. 51. malè glossam illam locutam fuisse, & contra textum, sicut et dicat Alciatus libr. 2. parerg. capit. 25. & melius Menoch. in additio. ad dict. casum num. 287. Non obstat textus, quem gloss. adducit in l. cum amicis, ff. eodem tit. quia ego respondeo textum illum pœnam adulterii irrogare domum commodanti ad colloquia & conuiuia: quia sic expressè sancitum est in l. qui domum, ff. eod. tit. sed non est ita constitutum de licentia occidendi adulterum repertum in præparatoriis adulterii, vt patet ex d. l. quod ait.

Tertio igitur loco adducitur textus in lege consensu, C. de repud. per Curt. iunior. & alios, dum ibi statuitur: vxorem amittere dotem, si interdicta attentauerit. Ergo amittit dotem, si tentauit committere adulterium, quod videtur fieri per osculum impudicum: est enim adulterium in illa lege interdictum. Sed clara est responsio: illud verbum *attentauerit* non significare nudum, & simplicem conatum, sed significare effectum ipsum subsecutum, vt notat gloss. in l. si constiterit, in vers. tentauit, C. fin. regund. Non obstat, si dicatur: osculum impudicum esse vnum ex interdictis, id est, à iure prohibitis: quia mulier punitur pœna extraordinaria, vt declarat Menoch. de arbi. iud. cas. 287. in princ. Respondetur: illa verba esse intelligenda de interdictis in eadem lege, sicuti exponit gloss. ibi in ver. interdicta. At in illa lege non est interdictum osculum impudicum.

Quartò, inducitur idem textus in dict. l. consensu, ponderando, quòd mulier priuetur dote, si conuiuiis vel spectaculis interfuerit, inuito vel ignorante marito. Ergo multò magis ex osculo impudico priuanda esse videtur. Respon-

Respondetur: ex illis causis oriri posse præsumptionem adulterij sic quæ cessat in casu nostro.

Quintò omnes adducunt textum in l. vlt. C. eod. tit. de repud. vbi vxor priuatur dote, si balneum commune habuerit cum viris. Respondetur: istud differre ab osculo: quia ex illo præsumi potest adulterium. quæ præsumptio cessat in quæstione nostra.

Sextò adducitur textus in l. fugitiuus, de verbor. signif. vbi dicitur fugitiuus ille, qui habet animum fugiendi, & deuenit ad aliquem actum. Ergo simili modo mulier dicitur esse adultera, si habeat animum adulterandi, & deueniat ad aliquem actum, qualis est osculum impudicum. Respondere potest: actum illum intelligi de fuga ipsa, sicut dicimus, furem esse eum, qui furatur. Non etiam eum, qui furti faciendi gratia conclaue intrauit. l. vulgaris, §. qui furti, ff. de furt. & quod non dicatur adultera mulier ex hoc actu, probatur ex etymologia verbi ipsius *adulteri*, quæ habetur in l. inter liberas. §. propriè, de verbor. signif.

Septimò adducitur pro hac sententia, quòd adulterium sit delictum graue; & ideo conatus sit puniendus pro ipso facto, argument. l. si quis cum telo. C. ad l. Cornel. de sicar. & l. si quis non dicam, C. de episc. & cler. videtur autem conatus quidam esse in muliere ex osculo impudico. Responderi potest, in ciuilibus caussis, qualis est ista: quia agitur de amissione dotis, conatum nunquam haberi pro facto, vt declarat Bart. in d. l. vulgaris, §. qui furti, ff. de furtis.

Postremò, Ripa mouetur hoc argumento: vxor debet maiorem præstare fidelitatem marito, quam vasallus domino: quia vxor tenetur ad hoc de iure diuino, gloss. in l. 2. ff. si quis cautio. in ver. grauida. ergo debet priuari dote: & multò magis, quam vasallus priuetur feudo: quia est maior ratio: & vbi apparet de maiori vel de eadem ratione, fit extensio etiam in pœnalibus, vt docet Panorm. in cap. vlt. num. 10 de rescript. adducens textum in l. 2. §. quid si decesserint. ff. ad Tertullian. Responderi potest, iura feudalia non posse adduci ad decisionem caussarum, quæ non sunt feudales, vt supra dictum est.

Contrariam igitur sententiam amplexi sunt Decius in rub. C. de eden. & Cagnol. n. 31. Alciat. lib. 4 parerg. c. 10. & alii, quos adducit & sequitur Menoch. de arbitr. cas. 287. & nouissimè in additio. ad d. casum 287.

Pro hac sententia primò adducit Decius regulam l. interpretatione, ff. de pœn. &c. odia. de regul. iur. in 6. vbi pœnæ sunt molliendæ, non autem exasperandæ: & sic non debet fieri extensio de pœna adulterij ad osculum.

Respondet Ripa in rubr. de iudic. num. 24. imò etiam in pœnalibus extensionem fieri, vbi est eadem ratio, Abb. in cap. vltim. numer. 10. de rescript. per textum in l. 2. §. quid si decesserint. ff. ad Tertull. Quæ doctrina confirmari potest, ex Castrens. in l bona fides, ff. depos. vbi docet: fauorabile esse statutum, quòd delicta puniantur communi iure contra ius gentium & ideo extendenda. At mulier priuatur dote, ob minorem culpam, quàm sit ista oscula. Ergo etiam priuanda erit propter osculum.

Minor probatur ex l. consensu, C. de repud. quatenus loquitur de muliere, quæ inuito vel ignorante viro conuiuiis extraneorum aut publicis spectaculis est præsens: id enim videtur fieri posse citra vllum crimen adulterii, vel alterius scandali.

Secundò pro eadem sententia, Cagno. adducit textum in §. cum igitur, in authen. de non eligen. secun. nub. vbi pœna priuationis non imponitur, nisi iure expressum sit. Ergo non est imponenda hæc pœna priuationis dotis mulieri, cùm nulla lege id expressum reperiatur. Respondet Ripa, vbi supra: satis esse expressum in casu nostro propter illa verba textus in d. l. cōsensu, C. de repud. dum dicitur, mulierem priuari, si interdicta attentauerit. Nihil est: quia illa verba intelliguntur de interdictis, in d lege, vt ibi gl. dicit, & supra etiam à nobis dictum est. Secundò respondet Pirrhus Alfanus, pœnam priuationis imponi, etiamsi in lege nō sit expressum: quando casus est similis expresso, vt docet Iason in l. 1. nu. 2. C. de transact. vbi, præter alia adducit gl. in l. vlt. in ver. voluerit, C. de reuoc. donatio.

Tertiò pro hac sententia Menoch. & cæteri omnes adducunt textum in l. vlt. C. de repud. & in §. quia verò plurimas, & in §. prædictis, in authen. vt liceat matri, & auiæ, quibus in locis diligenter enumerantur omnes caussæ, ex quibus diuortium fieri potest, & mulier amittit dotem: & tamen ista non enumeratur, imò Iustinianus prohibet, vllam aliam caussam allegari, nisi nominatim sit expressa in dicta constitutione. Respondet Ripa: non propterea excludi casus similes expressis: quia etiam in §. caussas, in authen. vt cum de appe. cogn. caussæ enumerantur iustæ exhæredationis filiorum: & omnes aliæ prohibentur: & nihilominus similes expressis sufficientes reputantur pro exhæredatione, iuxta communem, de qua testatur Alex. & Iason. in auth. non licet, C. de liber. præter. Replicat Menoch. rationem esse diuersitatis: quia in §. caussas ponitur generalis clausula, vt filij

possint exhæredari ; si grauem iniuriam parentibus intulerint. Quæ quidem clausula non adest in constitutionibus, de quibus agitur. Hæc replicatio non videtur subsistere, secundum Alianum: quia grauis iniuria, de qua fit mentio in d. §. caussas, accipitur pro iniuria verbali, vt notat Alexan. cons. 203. num. 2. lib. 2. Et hæc sunt præcipua argumenta, quæ à Doctoribus nostris in hac quæstione adferuntur, quibus responsiones iam allatæ accommodantur.

Restat, vt dicam ipse quid sentio. Prima fronte videtur concludendum; mulierem priuari dote. Primò: quia priuatur dote, si vitæ mariti fuerit insidiata, d. §. quia verò plurimas. sed in casu nostro insidiata est honori mariti, vt patet. Ergo dotem amittit: quia honor, & vita æquiparantur. Secundò: quia propter osculum voluntarium, vt omnes intelligunt, punienda est proculdubio pœna extraordinaria. l. 1. & ibi gloss. ff. de extraord. crim. in ver. voluntatem, pœna autem extraordinaria potest esse vel pecuniaria, vel corporalis. At in dubio imponenda esse videtur pœna pecuniaria: quia illa est mitior quam corporalis. l. in seruorum, ff. de pœn. in dubio autem mitior pœna est eligenda ex doct. Bart. in l. 2. §. exercitum, ff. de his qui not. infam. Tertiò: quia adhuc videtur militare argumentum siue consideratio Ripæ, quòd fiat extensio ad casum similem expressò, sicut fit in d. §. caussas, præsertim stante doctrina Iason. in d. l. 1. C. de transactio. vbi dicit: fieri extensionem etiam ad casum similem expresso, licet de pœna priuationis agatur.

Iltis non obstantibus, concludo: non esse locum amissioni dotis: & moueor tribus argumentis, quibus nullum congruum responsum accommodari potest. Primò: quia pœna priuationis non imponitur, nisi in casibus à iure expressis, §. cùm igitur, in authen. de non eligen. secund. nub. Non obstat responsio illa, quòd imò imponatur ob caussas similes expressis: quia id non habet locum, quando lex prohibet extensionem: tunc enim nunquam fit extensio ad casus similes ex doctrina Bald. in l. 1. in fi. C. de patrib. qui fil. suos distrax. quam sequitur Felin. in cap. translato n. 12. de constit.

Sed in proposito nostro lex prohibet extensionem. Ergo, &c. Quòd lex prohibeat extensionem patet ex l. vlt. C. de repud. & ex §. quia verò plurimas, & §. prædictis, in auth. vt liceat matri ...

Secundò moueor per textum in d. l. fin. & in d. l. §. 9. vbi excluduntur omnes caussæ, præter eas, quæ sunt nominatim insertæ in dd. legibus Sed hæc non est nominatim inserta. Igitur non est sufficiens caussa.

Tertiò moueor ex doctrina Bart. in d. l. 2. §. exercitum, vbi dicit: semper mitiorem pœnam eligendam esse: sed hic potest eligi mitior pœna, quam sit amissio dotis, vt patet. Ergo est eligenda.

Non obstant contraria argumenta. Non primum: quia fateor, honorem, & vitam æquiparari, si hoc intelligatur secundum d. l. isti quidem, in hoc scilicet sensu: vt aliquis ita excusetur, si constitutus sit in periculo honoris amittendi, quemadmodum si esset constitutus in periculo vitæ amittendæ. Honoris, inquam, amittēdi, ob aliquod infame factum ipsius, non autem alterius. Ad secundum respondeo: puniri posse mulierem aliqua pœna pecuniaria minori, quàm sit amissio dotis. Ad tertium respondeo: non habere locum extensionem lege prohibente, vt supra dixi.

CAPVT LXXVI.

An mulier amittat dotem propter adulterium?

Scribunt in eadem rubr. C. de edendo Curtius iun. & Plautius inanem esse disputationem, de qua in præcedenti capite actum est; an mulier amittat dotem propter osculum impudicum, cùm nec propter adulterium illam amittat? Fundamentum est Curtij iun. in authen. sed hodie, C. de adulter. Plautius verò sic argumentatur: dotis amissio contingebat olim propter diuortium, vt probatur in l. consensu, C. de repud. & in d. §. quia verò plurimas, sed hodie non potest fieri diuortium inter virum & vxorem, cap. 2. de transl. Episc. ergo neque locus esse dotis amissioni potest. Ad textum in cap. plerumque, de donatio. inter vir. & vxo. vbi dicitur: mulierem, quæ commisit adulterium, dotem repetere non posse. Respondetur; id est viuente marito: secus autem, eo mortuo, & soluto matrimonio.

Respondeo ad primum: propter adulterium agi posse ciuiliter & criminaliter. Si agatur criminaliter; tunc non est locus dotis amissioni: quia mulier verberibus cæsa detrudi debet in monasterium: & debent alia fieri, quæ habentur in d. auth. sed hodie. Si verò ciuiliter: tunc dos amittitur. Et ita declarat gloss. in §. si quando, in vers. seruentur, in auth. vt nulli iudicum, & in d. l. consensu, in vers. sibi haberet.

Ad secundum latè respondet Menochius de arbitr. casu 287. & summa responsionis est ista: quòd, licèt hodie non fiat diuortium iure Canonico id prohibente; fit tamen separatio

paratio thori ex iusta caussa, cap.2. de diuort. & iusta caussa est, si vxor committat adulterium, cap. plerunque. de donatio. inter vir. & vxor. Deinde non obstat argumentum de diuortio: quia diuortium non erat in caussa amissionis dotis, sed caussa erat ad adulterium, & ideo effectus attribuendus est primæ caussæ & principali, secundum doctrin. Baldi in l. non eo minus, num.3. C. de accusatio. Ideò enim diuortium olim requirebatur: quia eo cessante vel intelligeretur facta reconciliatio, vt in d. cap. plerunque, vel maritus visus fuisset consentire in huiusmodi adulterium, & lenocinium exercere, l. mariti. ff. de adulter. Non obstat responsio data ad cap. plerumque: quia repugnat verborum natura & generalitas, quæ nec patiuntur illam restrictionem, quam iste commemorat, l.1. §. generaliter, de legat. præstan. verba d. cap. plerumque, sunt ista: *Si mulier ob caussam fornicationis iudicio Ecclesiæ aut propria voluntate à viro recesserit, nec reconciliata postea sit, eidem dotem, vel dotalitium repetere non licebit.*

Non est igitur inanis quæstio de osculo impudico, in qua retinenda est conclusio negatiua: quod mulier dotem non amittat. Quam ego intelligo locum habere, vbi constat adulterium non esse secutum. Cæterùm si maritus dicat adulterium esse secutum, & sic mulierem esse suspectam de adulterio & id probare velit propter huiusmodi osculum: putarem ego locum esse separationi thori, & amissioni dotis. Motus ex cap. dixit dominus, 32. quæstion.1. vbi dicitur, vxorem posse dimitti propter fornicationem vel fornicationis suspicionem. Et quia, quando agitur de crimine adulterij, ciuiliter, ad amissionem dotis non requiritur plena probatio: sed sufficiunt præsumtiones & coniecturæ: & sic aliquādo respōdi: & ita fuit iudicatum hic per admodum Reu. D. Vicarium. Adducebam consil.31. Menoch. Crot. in repet. l.2. ff. de solut. matr. num.19. Parpalla nu.23. Petr. Barbosa, num.61. in princ. Zas. nu.23. Auch. cons. 408. & multa alia.

CAPVT LXXVII.

Ex præparatoriis an inferatur ad præparatum in mandato?

SCribit Decius in eadem rubr. C. de edendo, & ex præparatoriis inferri ad præparatum præterquam in mandato, quia strictè debet intelligi, & ideò factum in præparatoriis non trahitur ad principale, vt per eum ibi num.3. adducentem responsum Romani 330. Felyn. in cap. cum dilecta, de rescript. & Oldrad. cons.130. Addo ego eundem Roman. sing.23. & consil.461. & singul.614. Fabian. de Monte de empt. & vend. in 3. quæst. princ. n.27. & alios citant addentes nouissimè ad d. cons. Roman.46.

Sed hæc conclusio reiicitur ex his, quæ ego dixi libr.2. cap.93. quibus addo addentes ad d. singul. Roman.23. Addo etiam doctrinam Bartol. in l. eum qui §. qui sibi de verb. oblig. & Decium in l. filius, num.6. C. de pactis, vbi omnino vide, & Iasonem ibid. sub num.6. Ex quibus omnino recedendum videtur à supradicta conclusione Decij, cùm nullum habeat fundamentum præterquam in auctoritate Romani, & Romani doctrina fundata sit in l.1. §. igitur, de exercit. act. ad quem textum respondi d. cap. 93. & eandem responsionem inueni apud Decium in d. l. filius, n.6.

CAPVT LXXVIII.

Verùm iudex, qui absoluit à iuramento, efficiatur iudex competens in causa principali?

DIsputari etiam solet in eadem rub. C. de edendo, an iudex qui absoluit à iuramento, possit cognoscere de caussa principali? Et communis est sententia posse. ita Baldus in l. ordinarij. C. de rei vind. Alex. in l. quoties. C. de iudiciis. Cagnol. in d. rub. de eden. n.35. Ripa in rub. de iud. n.27.

Primò: quoniam ex præparatoriis infertur ad principale, secundùm communem sententiam Doctorum in eadem rubr. Videtur autem absolutio à iuramento præparatoria esse ad caussam principalem. Sed respondetur: communem illam doctrinam multas recipere declarationes & limitationes, vt tradunt Decius, Bologn. & alij. Et propterea non potest in ea solidum fundamentum fieri.

Secundò adducit Baldus pro communi textum in d. l. ordinarij. C. de rei vind. Respondet Castren. in d. l. ordinarij, numer.4. in casu d. legis iudicem ordinarium fuisse competentem tam super possessorio quàm super petitorio: & sic cognoscere potuisse de præparatorio, & de principali: quia erat competens super vtroque. At nostra quæstio præsupponit, iudicem non esse competentem super principali.

Tertiò adfertur textus in l. nulli. C. de iud. Responderi potest: rationem illius textus esse, ne continentia caussæ diuidatur, & quia iudex erat competens super vtroque.

Quartò Cagnolus adducit text. in l. minor 25. annis. ff. de euictio. Sed responderi potest secundùm glos. ibi in ver. restitui. Prætorem.

cognoscere etiam super caussas euictionis, ne ipsius prætoris auxilium alteri sit captiosum, contra textum in l. Paulus. ff. de prætor. stipul. vt declarat ibi gloss.

Quartò Cagnolus adducit textum in l. 4. C. vbi caussæ fiscal. Sed respondetur secundum glossam ibi idcirco procuratorem fisci de vtraque caussa cognouisse, quia electus fuit ex consensu partium, l. 1. C. de iur. id. omn. iud.

Postremò Pirrhus Alfanus adducit doctrinam Baldi in cap. 1. num. 5. de iureiur. vbi dicit: absolutionem à iuramento non tollere vim iuramenti: sed eam suspendere, & ideò eum qui iurauit contractum obseruare, esse periurum, si fuerit condemnatus ad seruandum contractum.

Hoc ita supposito, quod iuramenti effectus non sit sublatus, videtur inferri posse: iudicem Ecclesiasticum esse competentem: quia iudex Ecclesiasticus est competens vbicunque agitur de obseruantia iuramenti, cap. vlt. de foro compet. lib. 6. Sed responderi potest in proposita quæstione non agi de obseruantia iuramenti, eo modo, quo loquitur textus in d. capitul. vltim. loquitur enim, quando quis comparet apud iudicem Ecclesiasticum, tanquam actor, petens aduersarium suum compelli ad seruandum iuramentum. At in proposito nostro actor est ille, qui absolutus fuit a iuramento, & petit totum contrarium, videlicet, pronuntiari contractum esse illicitum.

Contrariam opinionem amplexi sunt multi, Paul. Castr. in d. l. ordinarij Decius in rub. de iudic. in decretal. Couuar. lib. 1. var. cap. 4. n. 8. & multi alij apud Seraph. de priuileg. iuram. priuil. 60. nouissimè Farinac. lib. 1. tit. de inquisit. q. 8. n. 144. Osasc. dec. 78.

Pro hac sententia primò Paulus Castr. adducit, quòd minus dignum non debet trahere ad se magis dignum, l. si quis sciens, C. de rei vindicat. sed præparatorium est, minus dignum. Ergo, &c.

Respondet Decius, & Ripa in rubr. de iudic. regulam: *Quod minus dignum non trahit ad se magis dignum*, non habere locum, quando minus dignum habet connexitatem cum magis digno: quia tunc trahit ad se magis dignum, §. si tamen alienam purpuram, Instit. de rerum diuis. sed præparatorium est huiusmodi: quia habet connexitatem cum suo principali, l. 1. de Origi. iur. l. in certi. C. de interd. meritò trahit ad se principale.

Secundò pro hac sententia Decius adducit textum in l. 1. C. de exhib. vbi iudex caussæ præparatoriæ diuersus est à iudice caussæ principalis. Respondet Ripa: illud esse ibi: quia agebatur de re mobili. Quo casu iudex competens est iudex domicilij, vt docet glo. in l. vlt. C. vbi in rem actio. Non placet: quia non constat, quod reus conuentus ibi domicilium non habuerit. Secundò respondet Cagnolus in d. rubr. C. de edend. post Curt. iunior. ex illo textu non probari, quòd sint diuersi iudices: quia præses, qui cognouit de caussa præparatoria, videtur cognoscere etiam de caussa principali dando iudicem qui cognoscat, arg. l. sæpe audiui. ff. de offic. præsid. & facit regula, qui per alium facit, de regul. iur. in 6. Non placet: quia continet diuinationem. Tertio respondet Cagnolus: sensum illius legis non esse, quòd caussa principalis debeat cognosci ab alio iudice, sed sensum esse, dum ait textus: *Apud suum iudicem* id est, iudicialiter cognoscatur, vt ibi per gloss. in ver. iudicem.

Tertiò mouetur Decius in rubr. de iudic. quia absolutio à iuramento petitur ab Episcopo necessario, cùm iudex secularis non possit absoluere a iuramento. Ergo non videtur prorogata iurisdictio ad caussam principalem: quia ex actu necessario non inducitur prorogatio iurisdictionis, vt notat Bald. in authent. offeratur, in 2. not. C. de litis contest.

Responderi potest, hic non agi de prorogatione, sed potius de præuentione quasi iudex Ecclesiasticus inceperit cognoscere de caussa principali ex eo, quod cognouerit de caussa præparatoria, id est, de absolutione à iuramento.

Quartò & vltimò, Decius adducit textum in l. 2. C. vbi, & apud quem, vbi deciditur, quod si agitur de rescindendo contractu, caussa est cognoscenda coram iudice domicilij ipsius rei, non autem coram iudice loci, in quo contractus est celebratus. Ergo caussa est cognoscenda non a iudice Ecclesiastico, sed a iudice domicilij rei conuenti.

Respondet Pirrhus Alfanus in rubr. C. de eden. num. 57. non excludi iudicem loci, in quo factus est contractus. Item textum illum esse intelligendum, quando iudex loci, in quo celebratus erat contractus, non erat competens inter partes nisi ratione contractus. At in proposito nostro iudex Ecclesiasticus est competens ratione iuramenti, quod semper vnum, & idem est, siue agatur de eo implendo, siue de resoluendo, cap. fin. de foro compet. in sexto, cap. 1. de iureiur. & cap. debitores, eod. titulo.

Hæc sunt, quæ ab aliis dicta fuerunt in hac quæstione. Videbatur mihi prima fronte concludendum: sententiam communem esse veriorem.

Primò quia vbi cœptum est iudicium, ibi finem habere debet, l. vbi cœptum, de iudic. sed iudicium videtur esse inceptum coram Eccle-

Ecclesiastico: ergo ibi finem habere debet.

Maximè: quia iudicium dicitur esse inceptū ad hunc effectum ex sola citatione, vt notat gl. in d. l. vbi cœptum. In absolutione autem iuramenti impetranda necessaria esse videtur partis citatio. Feli. in c. 3. n. 23. de iureiur.

Maximè etiam: quia regula d. l. vbi cœptū, locum habet etiam in caussis expressis, hoc est, vt si apud vnū iudicem iudicium sit inceptum super vna caussa, apud eundem finiri debeat, etiam caussa connexa, vt notat Bald. in c. 1. col. vlt. de contr. i. uestit.

Secundò: quia, vbi duo sunt iudices competentes super eadem caussa, locus est præuentioni, quæ inducitur per citationem, l. si quis postea. ff. de iud. sed iudex Ecclesiasticus est competens hoc in casu propter iuramentum, sicut iudex laicus, ratione personarum. Ergo locus esse debet præuentioni, & sic caussa terminari debet coram Ecclesiastico, qui præuenit iudicem secularem.

Tertiò: continentia caussæ non debet diuidi. l. nulli, C. de iudic. dicitur autē diuidi, quando id quod potest terminari ab vno & eodem iudice, trahitur ad diuersos iudices, vt ibi dicitur. Sed hic potest terminari coram Ecclesiastico tota hæc caussa. Ergo, &c.

Quartò: ex l. cùm Papinianus, quæ est penultima, C. de sent. & interlo. om. iud. vbi iudex conuentionis, est etiam iudex reconuentionis, licet alioquin sit incompetens respectu caussæ reconuentionis.

Sed istis non obstantibus, amplector contrariam sententiam. Et moueor primò: quia actor debet sequi forum rei, capit. cum sit, de foro compet. Ergo actor debet conuenire reum, qui est laicus coram suo iudice, qui est iudex laicus: non autem iudex Ecclesiasticus, cap. si clericus. de foro compet. Secundò moueor, argumento gl. primæ in c. cæterum, de iudic. vbi dicit: caussam possessorij rei feudalis cognosci posse coram ordinario, & caussam proprietatis coram domino feudi. Tertiò ex c. tuam. de ordin. cognit. vbi patet: caussam præparatoriam, & caussam principalem diuersos iudices habuisse. Vltimò ex c. lator, qui filij sint legit. vbi idem probatur.

Non obstant contraria: ad primum respondeo negando, iudicium esse cœptum, quoad caussam principalem. Item negando caussam principalem esse connexam. Amplius dico: regulam l. vbi cœptum, non habere locum nisi quando exceptio rei iudicatæ locum haberet: quia scilicet vnum & idem sit negocium, vt declarat Soc. in cons. 38. col. 4. lib. 1. secus, quando iudicia tenderent ad diuersos fines sicut in casu nostro, quia vnum tendit ad iuramenti relaxationem: alterum ad rescissionem contractus. Ad secundum respondeo negando, iudicem Ecclesiasticum præuenisse: quia non incepit cognoscere, nisi caussam absolutionis, non autem caussam principalem. Ad vltimum respondeo: continentiam caussæ diuidi quia continentia caussæ dicitur diuidi altero ex tribus modis, vt declarant Cast. & Ias. in l. nulli, C. de iudi. & Menoch. de arbit. . . . 37. . . .

Primo, quando agitur de vna & eadem re. Secundo, quando agitur de vna, & eadem actione. Tertio, quando agitur de pluribus personis habentibus caussam communem. Sed hæc omnia cessant. Ergo, &c. Nō obstat quartum: quia ibi iudex caussæ conuentionis est iudex etiam caussæ reconuentionis, alia ratione, de qua ibi in d. l. pen. C. de sententiis.

Et in hac sententia resideo, quæ in praxi obseruari solet: quia raro à iudice Ecclesiastico huiusmodi caussæ cognoscuntur, licet absolutionem concesserit à iuramento, vt tradit nouissimè Vincent. Mancinus in tract. de iuram. part. 6. quæst. 11.

CAPVT LXXIX.

An præparatoria sint præmittenda?

Disputant etiam in eadem rub. C. de edendo, an præparatoria sint præmittenda, neque in eo satis conueniunt: nam Decius, & alij communiter post gloss. affirmant, præmittenda esse. Ias. verò, Purpurat. & Curt. senior id negant.

Bolognetus distinguit. Aut præparatoria cōsiderantur de per se, aut considerantur tāquam præparatoria. Primo casu non sunt necessariò præmittenda: altero verò casu præmittenda sunt.

Fundamentum affirmantis sententiæ consistit in continuatione glossæ in dicta rubrica dum ait: *Suprà visum est de præparatoriis iudiciorum, sequitur videre de iudiciis.* Addit Decius pro confirmatione textum in l. 1. de orig. iuris. in l. 1. de interrogator. actio. in l. 1. si cert. pet. in cap. ante baptismum, de consecrat. dist. 4.

Fundamentum verò negantis sententiæ consistit in multis titulis, in quibus materia continetur præparatoria ad alteram: & tamen non præmittitur, veluti, acquisitio hæreditatis est præparatoria ad petitionem hæreditatis: & tamen prius ponitur titulus de petit. hæred. similiter tit. de interrogatoriis actionibus continet materiam præparatoriam ad iudicia: & tamen prius ponitur titulus de iudiciis.

Denique, ut caeteros omittam, actio ad exhibendum est praeparatoria ad rei vindicationem, & tamen titulus ad exhibendum ponitur post titulum de rei vindicatione.

Respondet ad hoc ultimum Iaf. in d. rubr. de eden. & post eum Cagnol. n. 8. & 9. actionem ad exhibendum non esse necessariã ad rei vindicationem, quia potest intẽtari rei vindicatio absque illa. l. 1. Cod. de alienat. iud. mut. cau. cap. examinata, de iudiciis.

Non placet haec solutio: quia repugnant verba textus in d. l. 1. ad exhib. ubi dicitur, necessariam esse maximè, propter rei vindicationem, & licèt exponi possit necessaria, id est, utilis, ut exponit ibi glossa, tamen satis est, inuentam fuisse maximè propter rei vindicationem. Hoc enim debet intelligi in casibus in quib. oportet prius agere ad exhibendum, iuxta text. in l. ad rem mobilem, & l. ad legatum de procurato.

Aliter respondit Decius dicens: regulam esse, quòd praeparatoria sint praemittenda: sed ab ea excipiendum esse titulum ad exhibendum. Nõ placet Bologneto n. 32. quia non adducit rationem istius exceptionis.

Tertio loco Alciatus respondet actionem ad exhibendum necessariam esse non solùm propter rei vindicationem, sed etiam propter petitionem haereditatis, communi diuidundo, & propter multas alias actiones: & ideo priùs de illis actionibus agendum fuisse, quàm de actione ad exhibendum.

Non placet Bolog. quia semper attendi debet id, quod principale est, lege si quis nec caussam, ff. si cert. pet. principaliter autem fuit inuenta propter rei vindicationem. Ergo attendi debuit titulus de rei vindicatione, non autem alia.

Quarto loco Ripa dicebat: actionem ad exhibendum esse mixtam, l. 3. §. est autem ad exhib. Ergo prius agendum erat de simplicibus: quia simplicia prius deducuntur in esse, quàm mixta. Nihil est: quia in continuatione titulorum, non habetur ratio ista, ut praemittatur id, quod prius deducitur in esse, ut patet ex titulo de acquir. possess. & tit. de acquir. rer. domin. & ex tit. de acquir. haered. iuncto tit. de petit. haered.

Postremò dicebat Pirrhus Alfanus: considerari posse aliquid prius vel posterius dupliciter, Primo in ordine intellectus: secundo in ordine executionis. Bart. in l. 1. n. 5. C. de nouo cod. faciendo, & in l. Ambitiosa, n. 19. ff. de decret. ab ordine facien. Rei vindicatio est prior secundũ ordinem intellectus: & ideò de ea priùs agendũ fuit, licet actio ad exhibendum sit prior in ordine executionis.

Dicebam ego hunc ordinem esse satis probabilem, quòd praeparatoria sint praemittenda: sed quoniam in continuationibus non est exigenda ratio quaedam irreprehensibilis, ut dicebat Cumanus in rubrica de oper. nou. nuntiat. & post eum Aretin. in rubrica de actio. Aliquando receditur ab hac regula, propter aliquam aliam rationem: nam aliquando leuiora praemittuntur, ut in prooemio Inst. Aliquando digniora, §. ult. Instit. de iure natur. Aliquando antiquiora, §. singulorum, Instit. de rerum diuisi. Quandoque origines rerum, ut in titul. de orig. iuris. Quandoque etymologia, l. 1. de iustit. & iure. Quandoque generaliora, l. 1. ff. cert. pet. & quandoque aliter seruatur, prout magis conuenire videtur, iuxta textum in l. 2. de statu hominum. sed de his satis.

CAPVT LXXX.

An titulus de edendo, dicatur esse praeparatorius ad titulum de iudiciis?

Communis conclusio est Doctorum in rubrica de edendo, editionem libelli esse praeparatoriam iudicij. l. 1. ff. eod. l. edita, C. eod. difficultas oritur: quia titulus de edendo continet multas leges loquentes de editione rationum, ut in l. 1. eod. & de editione actorum, ut in l. 2. item de editione instrumentorum, l. Non est nouum, l. iustum, & l. Procurator eod. Editio autem rationum, actorum & instrumentorum nõ potest dici praeparatoria iudicij.

Respondet Iason in d. rub. editionem instrumentorum esse praeparatoriam iudicij: quia, si quis in libello faciat mentionem alicuius instrumenti, tenetur illud edere, secundùm Innoc. in c. 1. de probatio. Non placet Decio: quia res debet iudicari secũdum suam naturam primordialem, non autem accidentalem. gl. 2. in l. Certi condictio. ff. si cer. per.

Secundo igitur loco respondet Decius in titulo de edendo, principaliter agi de editione actionis, sed ne materia editionis diuideretur, actum fuit etiam de editione instrumentorum & actorum. Non placuit Cagnolo: quia duae tantùm leges in hoc titulo continentur de editione actionis. Ergo non est verisimile principaliter agi de editione actionis.

Tertia solutio est eiusdem Decij dicentis: iudicium accipi pro omnibus actibus, qui fiunt usque ad sententiam, sicuti accipitur in cap. in iudiciis. de regul. iuris in 6. & alibi: & consequenter comprehendit etiam instrumenta, & omnia, quae fiunt ante sententiam. Haec solutio reprehenditur à Bologneto, tanquam continens absurditatem: quia ea ratione debuisset poni titulus de testibus, & de fide instru-

instrumentorum ante titulum de iudicijs.

Quarto loco Ripa dixit: in hoc titulo agi de editione instrumentorum, rationum & aliorum in ordine ad præparationem iudicij, vt patet ex l. 1. & 2. & ex l. qui accusare. eod. Non placuit Cagnolo: quia agitur etiam de istis in ordine ad probationem, vt in l. Non est nouū, & l. iustum, & l. Procurator.

Quinta solutio est ipsius Cagnoli: agi in hoc titulo de editione actionis instrumentorum & aliorum, sed rationem habitam fuisse editionis actionis, tanquam præparatoriæ iudicij. Quæ solutio nec satisfecit, si Cagnolo, vt meritò nec alijs satisfacere possit, cum rationem non adferat, cur titulus ille dicatur præparatorius iudiciorum propter editionem actionis, cùm de actionis editione tam pauca contineat.

Sexta solutio fuit Pirrhi Aliani dicentis: instrumenta considerari debere tanquam præparatoria iudicij, licet post iudicium inceptum dicantur esse potius instructoria. Obstat huic solutioni ratio Decij, quòd instrumenta principaliter sint inuenta ad probandum.

Postremò Bolognetus hoc se facilè extricabat labyrintho negans, continuationem glo. bonam esse, quatenus dixit: titulum de edendo præparatorium esse ad titulum de iudicijs.

Ego verò sic statuo: titulum hunc præparatorium esse ad titulum de iudicijs propter editionem actionis. Non obstat, quòd etiam leges contineant loquentes de editione rationum & aliorum: quia respondeo denominationem sumendam esse à digniori, l. quæritur. de statu hom. l. cum in diuersis. de religio. & sumpt. c. quod in dubiis. de consecrat. Eccles. Est autem editio actionis longè dignior, quam instrumentorum, rationum, &c. quia libellus est vnum ex substantialibus iudicij, gl. in l. prolatam. C. de sentent. instrumenta verò & rationes pertinent ad probationem, & non dicuntur esse de substantia iudicii: sed de iustitia, vt notat Bart. num. 5. in d. l. Prolatam. Meritò igitur glossa dixit: titulum de edendo præparatorium esse ad titulum de iudicijs, considerata libelli editione: tanquam digniore: & ex qua debuit ista denominatio, non autem consideratis alijs, quæ non sunt de substantia iudicij: ac proinde non sunt tanti æstimanda ad hunc effectum.

CAPVT LXXXI.

Vtrum iudicium incipiat à litis contestatione vel à citatione.

COmmunis est & vera sententia, iudicium incipere à litis contestatione, vt notat Cagnol. in rubr. C. de edend. num. 21. & Ripa in rub. de iudic. numero 46. Fundamentum est in l. Amplius non petitum. ff. rem rat. hab. & in l. 1. C. de litis contest. & in l. is qui se obtulit, de rei vindic. & in l. si is qui Romæ. de iudic. & in l. 1. de interrog. action. Addo ego textum in cap. forus. de verb. sign. vbi dicitur iudicium dum causa discutitur: & textum in §. omnem, & §. si verò, in auth. de litigio. vbi requiritur litis contestatio, vt dicatur res litigiosa: & in l. Properandum. C. de iudic. vbi instantia iudicij incipit post litis contestationem: & in cap. ex parte, secundo de verbor. sign. Vbi non dicitur lis, nisi post litem contestatam. Ergo, nec iudicium: quia iudicium debet fieri super aliqua lite.

Contrariam opinionem, quod iudicium incipiat a citatione, tenuit glo. Bart. & Bal. in rub. ff. de in ius vocan. idem Bartolus in l. 3. nu. 6. ff. de furt. Alciat. lib. 1. disp. ... cap. 24. Bolognet. in rubrica C. de edend. n. 35.

Mouentur primò: quia leges quæ adducuntur, ad probandum iudicium non esse cœptum ante litem contestatam, non dicunt cœptum; sed acceptum, iudicium autem acceptum longè differt à iudicio cœpto: dicitur enim accipi per litis contestationem: & sic potest dici cœptum per citationem, acceptum verò per litis contestationem. Responderi potest in Pandectis Florentinis legi cœptum, in d. l. Amplius non petitum, & sic tollitur responsio propter authoritatem Pandectarum Florentinarum. Secundò mouentur argumento sumpto ex §. vlt. Inst. de pœn. tem. litig. vbi dicitur: omnium restituendarum actionum initium sumere à citatione. Ergo iudicium etiam incipit à citatione. Consequentia probatur: quia actiones proponuntur in iudicio. §. 1. Instit. de action. Respondeo cum Decio in rubric. de iudic. citationem esse principium instituendarum actionum, non autem iudicij: quia iudicium incipit à litis contestatione. Non obstat, quòd actio dicitur persequendi in iudicio: quia ibi accipitur iudicium pro loco, in quo actiones proponuntur. Simile est in cap. quanto, de iudic. & ponuntur illa verba in iudicio ad differentiam eorum, quæ fiunt extra iudicium, vt exponit ibi gloss. in verb. in iudicio.

Tertiò mouentur ex l. si defensor, & ex l. voluit. ff. de interrog. actio. vbi interrogationes dicuntur fieri in iudicio, & tamen fiunt ante litem contestatam. Respondeo: in iudicio fieri, id est, in loco, vbi ius redditur, sicuti respondet Decius in dicta rubric. de iudic. & videtur probari in dict. l. voluit. §. 1. Et quod istud verbum *iudicium* ponatur etiam pro

loco, probatur in d. c. quanto, de iudic.

Quartò adducitur l. vbi cœptum, & l. si quis postea, de iudic. quibus in locis apparet iudicium esse cœptum per solam citationem ad hoc, vt sit locus præuentioni. Respondetur, id procedere, quantum ad iurisdictionem ipsius iudicis, non autem absolutè & simpliciter.

Quintò adducitur text. in c. gratum, de off. deleg. vbi per solam citationem negotium dicitur esse quasi cœptum à iudice delegato: & ideò morte delegantis non expirat eius iurisdictio. Respondeo eodem modo, quo supra, id procedere quoad iurisdictionem & in fauorem iurisdictionis.

Sextò adducitur text. & ibi gl. in l. cum notissimi, C. de præscr. 30. vel 40. ann. vbi præscriptio triginta annorum interrumpitur per solam citationem: & sic citatio producit effectū aliquem iudicialem. Respondeo: ex hoc non inferri, quod iudicium non dicatur incipere à citatione: non enim necessarium est ad interrumpendam huiusmodi præscriptionem iudicium formatum & proprium, cum interrumpatur huiusmodi præscriptio, etiamsi non sequatur alia petitio & etiam ad instantiam filij familias sine consensu patris, & aliquando etiam coram iudice competente, Bald. de præscr. in 3. part. 6. partis, q. 4. in 14.

Postremò adducitur textus in clem. 1. vt lite pend. vbi sola citatio operatur litis pendentiam ad effectum, vt nihil debeat innouari. Respondeo: nō propterea inferri, quod sit initium iudicij: quia nihil est innouandum pendente lite, ne inducatur contemptus iudicis, argum. l. 1. & ibi Dd. de op. no. nuntiat. & sic procedit argumentum, quoad iurisdictionem iudicis & in eius, non autem absolutè.

CAPVT LXXXII.

Ad quæstionem facti an sit respondendum?

NOtant communiter Doctores in l. 1. C. de edendo, ad quæstionem facti non esse respondendum. Decius in d. l. 1. in 1. notab. Ripa, Cagnol, Bologn. & alij. Et hoc per textum in d. l. 1. Sed malè: quia loquitur de quæstione iuris. Nec enim verisimile est, Æmilium ita fatuum fuisse, vt consuleret Imperatorem de facto, id est, quo pacto posset ipse probare depositum. Non est inquam hoc verisimile: quia facti aliena ignorantia, l. 1. & 2. de iur. & fact. ignor. etiam à Principe, cap. 1. de constit. lib. 6. Quod igitur non est verisimile, nec credendum est, l. Non est verisimile, ff. de pactis. Probatur ergo hæc conclusio secundum Decium in l. cum quem temerè. §. iudicib. de iudic. & in l. vt responsum. C. de transact. in l. Precibus, C. de impub. & aliis substit. In contrarium adducitur, l. Diuus. ff. de off. Præsid. sed responde vt hic per Decium: Hæc sunt quæ Decius dicit & ferè alij omnes, ego addo multa.

Primò addo textum in l. Non statim. ff. ad l. Flauiam. de plagiar. vbi dicitur, Imperatorem non esse consulendum super facto.

Secundò adde, hunc fuisse præcipuum morem Scæuolæ, vt de facto non responderet, vt probatur in l. Lucius. §. Collegio. de legat. 3. in l. Tabernam. de fund. instr. in l. cum maritus. §. Titius. de pact. dotal. in l. pen. l. de probatio. in l. A testatore. de cond. & dem. in l. qui Romæ. §. Agerius. de verb. obl. in l. Seiæ. §. vlt. de fund. instr. vt declarat Duarenus in libello, quem inscripsit Scæuola.

Tertiò adde, alios Iurisconsultos respondere solitos ad quæstionem facti: nam Papinianus in l. prædiis. §. vltim. de legat. 3. respondit ad quæstionem quam Scæuola non decidit in d. l. Seiæ. §. vlt. de fund. instr. similiter & alij Iurisconsulti responderunt ad quæstiones facti, l. 3. de aur. & arg. leg. l. cum qui. de verb. obl. l. Insulam. ff. qui potior. in pig. hab. l. sicut. §. si debitori ff. quib. mod. pig. vel hyp. solu. l. Herennius. de verb. sign. l. miles. §. mulier. ff. de adult. Quartò adde, eos hoc fuisse mutuatos ab Oratoribus, vt per Duaren. in d. libello & per Pyrrhum Alfan. hic, sicuti mutuati sunt ex Medicis, l. septima, de statu homin. ex Philosophis, l. si pater. de solutio. ex Theologis. l. 1. C. de sum. Trin. ex Mathematicis, vt de corona Archimedis, Duarenus vbi supra.

CAPVT LXXXIII.

Cur reus teneatur respondere positionibus actoris?

CVm reus non teneatur edere actori ad fundandam eius intentionem, l. 1. C. de edend. quæsiti sunt Doctores ibidem, cur teneatur respondere positionibus actoris? cap. 2. de confess. §. 6. Clem. ape. §. & quia. de verb. sign.

Prima responsio fuit Azonij Buttrij in c. 1. de probat. rationem esse differentiæ: quia non est in potestate actoris, probare illud, quod reus confitetur respondendo positionibus: quia aliunde non potest habere defensionem rei, quàm ex ore ipsius, alia verò quæ continentur in scriptura vel rationibus actor potest aliunde habere. Non placuit Decio: quia positiones possunt fieri, etiam super his quæ aliunde probari possunt, quàm ex confessione rei.

Secundò igitur respondet Decius differentiæ rationem hanc esse: quia reus potest negare, vnde si confiteatur, sibi imputare debet. Ista responsio non placuit Alciato: quia

reus

reus cogitur fateri, niſi velit incidere in periurium. Addo ego, niſi velit quandoque cauſſam ipſam amittere. Caſtr. conſi. 302. lib. 2. & Natta conſi. 56. n. 19. 20.

Tertiò igitur reſpondet Alciat. poſitiones non fuiſſe cognitas ſecundum iura noſtra: ſed ex vſu potius admitti, quàm ſecundum iuris diſpoſitionem, vt lites facilius expediantur, vt probat textus in d. clem. ſæpe. §. & quia. Non placet Bologn. quia etſi de iure non cogatur quis reſpondere poſitionibus: cogitur tamen reſpondere interrogationibus, l. 1. & l. vbicunque, & ibi glo. ff. de interrog. actio. quod eſt ferè idem.

Quartò reſpondet Ripa: nullam eſſe d. ffe-rentiam inter poſitiones & editionẽ: quia reus non tenetur reſpondere poſitionibus, niſi iudice hoc iubente, iudex autem non præcipiet reſponderi, niſi ex iuſta cauſſa, c. 2. de confeſ. in 6. l. vbicunque de interrog. actio. ſimiliter & reus non tenetur edere, niſi iudice hoc præcipiente ex aliqua iuſta cauſſa, vt in d. l. 1. C. de eden. habetur: & ſic in effectu nulla eſt differentia. Nõ placuit Pirrho Alfano: quia iudex regulariter poſitionibus reſponderi iubet, c. 2. de confeſſ. in 6. ſed non iubet regulariter reum edere actori ad fundandam eius intentionem, vt habetur in d. l. 1. C. de eden.

Quintò dicebat Curt. iun. difficultatem omnem tolli: quia hodie eſt correcta l. 1. C. de eden. quia reus tenetur edere actori. Quod ſi correcta probatur: quia vbicunque eſt correcta ratio legis, dicitur correcta lex ipſa, gloſ. in l. 1. de legit. tut. ſed ratio d. l. 1. eſt correcta. Ergo correcta eſt etiam ipſa lex. Quod ſit correcta ratio legis patet: quia ratio legis eſt, quòd reus non teneatur edere actori, ne probationes ſumantur de domo rei. Hæc ratio eſt correcta: quia hodie ſumuntur probationes de domo rei, dum ipſe reus cogitur reſpondere poſitionibus. Sed iſta ratio nihil valet: & eſt abſurda ſecundum Bolognetum: quia poſitiones ſunt de iure Canonico inuentæ, d. cap. 2. de confeſſ. in ſexto, & d. clem. ſæpe, §. & quia. & tamen ius Canonicum diſponit idem, quod ius ciuile, vt ſcilicet, reus non cogatur edere actori ad fundandam eius intentionem. text. in c. 1. de probatio.

Sextò igitur loco Bolognet. dicit eſſe differentiam: quia probatio verbalis, quæ reſultat ex reſponſione poſitionibus facta, non dicitur eſſe in bonis noſtris, l. liber homo, ff. ad l. Aquil. & non poteſt reus negare ſe illam habere: ſecùs eſt in aliis probationibus, quas reus acquiſiuit & ſunt in bonis ſuis: & ſic Bolognetus laborat, vt conſtituat differentiam inter vocem viuam & ſcripturam vel alias probationes conſiderans inter cetera, quod reus poteſt ſibi facere præiudicium edendo probationes: non autem reſpondendo poſitioni, quia ſi non ſit debitor, poteſt negare poſitionem ſibi factam ex not. per glo. magnam, in l. etſi quidem, C. de exceptio.

Sed iſta reſponſio non tollit prorſus difficultatem: quia videtur eſſe magis graue, quòd cõfeſſio habeatur ex ore rei, qua nulla maior eſt probatio, l. 1. ff. & C. de confeſſ. quam ſi cogatur edere alias ſcripturas: nam contra alias ſcripturas multa poſſunt opponi, quæ non poſſunt cõtra confeſſionem propriam.

Septimò idem Bolognet. adducit aliam rationem, quam tamen dicit paruni vigere, videlicet: quia in poſitionibus actor fatetur id, quod ponit, l. cum precum, C. de liber. cauſ. Specul. in tit. de poſitio. §. 10. Alexa. conſ. 71. nu. 4. lib. tertio, quæ ratio non habet locum in editione: quia actor petens editionem nihil fatetur. Eandem reſponſionem attulit Pirrhus Alfanus hic dicens: quod quando actor facit poſitiones, videtur offerre arma reo: non autem ipſe ſumere probationes de domo rei. Eandem reſponſionem probant moderni Peruſini num. 55. in d. l. quem dicunt fuiſſe Rainaldi, Rodulphi, & Iulij Orrandini olim Rotæ Romanæ auditorum.

Ego puto reſponderi poſſe magnam eſſe rationem differentiæ inter poſitiones & editiones: quod cùm aliquis iubetur reſpondere poſitionibus, efficitur teſtis in cauſa propria, vt ad aliud propoſitum dicit Iuriſconſ. in l. 1. ff. quar. rer. ſol. non dat. & ideo videmus iuſiurandum eſſe permiſſum ad decidendas lites, l. manifeſtè, ff. de iureiur. meritò fuit etiam inuenta hæc ratio poſitionum ad faciliorem litium expeditionem: quia ſi reus fateatur, non erit opus probatione. Ergo poſitiones habent in ſe duas commoditates. Prima eſt communis vtrique parti ad parcendum laboribus & impenſis, quæ fiunt in productione inſtrumentorum & teſtium. Altera commoditas eſt ipſius rei: quia conſtituitur (vt dixi) quodammodo teſtis in cauſſa propria; nec poteſt conqueri, quòd cogatur iurare & iurando dicere veritatem forſitàn in ſuum præiudicium: quia hoc eſt iniuſtum. Nam certum eſt, iuramentum calumniæ eſſe iuſtiſſimum, toto titu. ff. de iureiur. ob calum. præſt. Iuramentum autem calumniæ habet in ſe etiam hoc: vt reus verum non neget, ſicut notat gloſſ. in l. 2. §. quod obſeruari, in ver. ex ſtib at. C. de iureiur. ob calum. præſt. dum refert quatuor verſiculos, in quibus conſiſtit iuramentum calumniæ.

Illud iuretur, quod lis ſibi iuſta videtur:
Et ſi quæretur, verum non inficietur.
Nil promittetur: nec falſa probatio detur,
Vt lis tardetur, dilatio nulla petetur.

Hæc ratio non habet locum, quando actor petit, vt reus edat ſibi ad fundandam eius intentionem, vt patet: meritò cogitur reus reſpondere poſitionibus, non autem edere.

CAPVT LXXXIV.

An duo copulatiuè requirantur, mandatum & Intereſſe, vt Notarius vel ſimiles, teneantur edere?

COmmunis eſt ſententia Doctorum: duo copulatiuè requiri, mandatum & Intereſſe ad obtinendam editionem. Ita Glo. Bartolus & omnes in l. Prætor ait, ff. de de edendo. Cag. in l. 1. n. 34. C. eod. vbi teſtatur hãc eſſe communem ſententiam. Decius ibidem, n. 10. Bolog. nu. 37. qui ſimiliter dicit eſſe communem.

Primò fundamentum eſt in l. Prætor ait, iuncta l. ſi quis, §. pertinere, ff. de eden. Reſpondet Ripa in d. l. 1. mandatum, de quo loquitur textus in d. §. pertinere, non requiri pro cauſſa editionis: ſed ad demonſtrandum Intereſſe petentis.

Secundò adducitur textus in §. Nos autem, & ibi Gl. in Auth. de Tabellio. Vbi probatur Notarium non poſſe Inſtrumentum conficere ſine mandato vtriuſque partis: & ſic intereſſe concurrit propter contractum, & concurrit etiam mandatum. Reſpondet Pirrhus Alfanus, aliud eſſe conficere inſtrumentum, aliud edere. Inſtrumentum confici non poteſt, niſi vtroque contrahente mandante: ſed nihil prohibet, quo minùs edi poſſit ei, cuius intereſt, poſtquam eſt confectum.

Tertiò Cagn. adducit regulam text. in l. 1. ff. de appell. recip. vbi non ſolent audiri, quorum non intereſt. Ergo probari debet Intereſſe vltra mandatum. Sed reſpondet Pirrhus Alfanus: nõ rectè inferri ex hoc argumento, quod requiratur coniunctim vtrumque mandatum & intereſſe; Sed hoc inferri poſſe: quòd, ſi nec mandatũ interuenerit, neque Intereſſe concurrat, non ſit facienda editio.

Quartò Alciatus adducit: quia rationes inter alios vel parte abſente confectæ fidem non facerent, argu. l. nuda ratio, ff. de donatio. Ergò non poteſt fieri editio ei, qui non mandauit rationes confici: quia non poſſet ex eis aliquid probare. Sed reſponderi poteſt: etſi rationes ſint confectæ, eo non mandante: poſſe tamen eas fidem facere, & prodeſſe petenti eas ſibi edi: quia acta inter alios aliquam faciunt præſumptionem in fauorem tertij, vt per Iaſonem in l. ſi duo patroni, num. 3. ff. de iureiur.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt Purpur. hic & Pirrhus Alfanus videlicet: ſufficere ſolum intereſſe abſque mandato. Quorum argumenta hæc ſunt.

Primò mouetur Purpur. per textum in l. Prætor, §. 1. ff. de edend. dum ibi dicitur: *Æquum fuit id, quod argentarius mei cauſſa confecit, meum quodammodo inſtrumentum mihi edi.* Illa verba *mei cauſſa*, hunc ſenſum habent, id eſt, ob vtilitatem meam, (inquit Pirrhus Alfanus adducens text. in l. ſi rem, ff. de præſcr. ver. & in l. eum qui, §. ſi rem, ff. commod.) Ergo ſufficit ſolum Intereſſe. Reſpondet gl. & Bart. ibi illum §. exponendum eſſe ex §. pertinere: vbi dicitur, mandatum requiri & ſic intereſſe & mãdatum ſimul requiri. Confirmat hoc Alfanus: quia, ſi mandatum non interueniſſet, dici non potuiſſet, inſtrumentum mei cauſſa confectum: ſed potiùs ipſius argentarij cauſſa. Et eandem reſponſionem attulit Cag. in dict. l. 1. C. de eden. num. 35.

Secundò mouetur Purpur. ex l. vltim. C. de bon. auct. iud. poſſid. Reſpondet Cagnol. in dict. l. 1. nu. 37. illud ibi accidere: quia creditores, qui petunt editionem, repræſentabant debitorem, qui mandauerat inſtrumenta confici. Melior eſt reſponſio Pirrhi Alfani: illum textum non probare, quòd debeat fieri editio creditoribus regulariter: imo textus hoc negat, licèt ſubiungat, prætorem interdum cauſa cognita permittere debere, aliquid ex inſtrumentis deſcribi. Sed hoc extra regulam eſt, & ideò non obſtat regulæ, quæ habetur in d. §. pertinere.

Tertiò adducitur textus in l. quædam, §. vlt. ff. eod. vbi dicitur: pertinere ad nos rationes, ſiue contraxerimus, ſiue ei, qui cum argentario contraxit, ſucceſſerimus: & nulla ſit mentio mandati. Reſpondet Cagnol numer. 38. non debere intelligi ſaluo eo, quod habetur in d. §. pertinere, videlicet: concurrente etiam mandato.

Quartò adducitur textus in l. 3. §. vlt. ff. ad exhib. vbi datur actio in factum ad exhibendas rationes, ſi petentis interſit exhibere, licet non mandauerit quis rationes confici. Sed reſpondet Alfanus: ibi rationes confectas fuiſſe à ſeruo: & hoc debet intelligi de mandato domini. Melior eſt reſponſio Cagnolis in d. l. 1. nu. 37. remedium illius actionis longè differre ab hoc remedio noſtro ex edicto Prætoris: ideo ex diuerſis non benè inferri.

Quintò adducitur textus in lege 1. & 2. ff.

quem-

quem testam. aper. vbi testamentum edendum est cuilibet, cuius interest. Sed tollitur hoc argumentum: quia defunctus mandasse intelligitur, vt testamentum ederetur omnibus, quorum interest, vt ipsæ voluntati satisfieret. Decius in c.1.n 48. de probatio.

Sextò mouetur Pirrhus Alfanus: quia, si mandatum esset necessarium, argentarius cogeretur edere actione mandati: & si non fuisset necessarium Prætoris edictum, quo cauetur, vt argentarius edat, l. Prætor ait, ff. de edend. Non obstat, si dicatur: non dari actionem mandati, quando quis non voluntate, sed ex necessitate negotium expedire conetur, l. 1. ff. mand. Videtur autem argentarius rationes conscribere ex necessitate officii, l. quædam, §. Nummularios, ff. eodem. Quia respondetur, aliam actionem dari hoc in casu loco actionis mandati, l. Atqui natura, §. si libero, ff. de negot. gestis. Non obstat textus in d. §. si libero, quia probat dari actionem negotiorum gestorum, quæ est prætoria, l. 1. ff. de neg. gestis, sicut actio ex edicto Prætoris, l. Prætor ait, ff. eod. quę pinguius prohibet.

Respondeo actionem dari, sed non ad edendum rationes, nam & inter priuatos fiunt contractus, & datur actio inter eos ex contractu, sed non ad hoc, vt reus cogatur edere actori ad fundandam eius intentionem, vt in l. 1. C. de edend. & l. vlt. C. eod.

Vltimò idem Alfanus mouetur ex l. si quis, §. Prohibet, ff. de edendo, vbi argentarius edit argentario ex caussa, & tamen mandatum non interuenit: quia argentarius non mandat argentario, vt scribat rationes, cùm ipse debeat esse instructus instrumento suæ professionis. Responderi potest: imò etiam argentarium mandare alteri posse, licèt etiam conscribat in propriis rationibus, quæ caussa est, vt ei non sit edendum, quia satis est instructus per se, sed ei debeat ex caussa, vt in d. §. Prohibet.

Ego puto hanc quæstionem decisam esse ex textibus ipsis. Nam primo decisum est: argentarium teneri, rationes edere ad se pertinentes, l. Prætor ait, ff. de eden. Secundo est decisum: pertinere, quando ipsi contraximus, &c. vt in l. quædam, §. vlt. eod. tit. Tertio decisum est, pertinere ad me, si modò me mandante, vt in d. §. pertinere, d. l. si quis. Quarto, iuramentum calumniæ præstandum esse omnibus postulantibus editionem, d. l. quædam, §. vlt. & d. l. si quis, §. exigitur. Ergo requiritur Interesse: quia cessante interesse petens editionem dicetur calumniari, & nemo auditur, cuius non interest, l. 1. de app. recipien. Requiritur mandatum expressum, quando cum alio contraxi: Et argentarius rationes scripsit, d. §. Pertinere, si cum argentario contraxi, non requiritur mandatum: sed solus contractus sufficit. d. l. quædam, §. vlt. nisi dicamus tacitum sufficere: quia scilicet, argentario videatur mandatum esse, vt scribat, arg. l. Argentarius, ff. de eden. Et in hoc proposito notanda est decisio Pedem. §. apud Olascum, vbi dicitur: iudicem iubere debere instrumentum coram se exhiberi, vt videat, an intersit. Idem notandum est, quod docet Ang. & Alex. in l. Prætor ait, de edend. & post eos Decius in cap. 1. numer. 51. de probatio. vbi dicunt: Notarium posse, si velit edere etiam illis, à quibus non fuit rogatus. Acta verò publica debent edi cuicunque petenti, cuius intersit. l. 2. C. de edend. Bartol. in l. 1. §. editiones, ff. eod.

CAPVT LXXXV.

De intellectu l. prima C. de edendo.

QVæritur, quomodo mulier, de qua loquitur textus in l. 1. C. de edendo: habuerit rationes, cùm non possit esse argentaria? l. fœminæ, ff. eod. titul. & consequenter, non videatur posse librum conficere rationum, cùm hoc sit officium argentarii, l. argentarii, ff. eod. Respondet glossa: textum esse intelligendum, quando mulier successit argentario: quia tunc tenetur edere, sicut argentarius, l. Quædam, §. Nihil interest, ff. eod. & sic potest habere rationes. Sed hunc intellectum Bartolus reprehendit, quia continet diuinationem: non enim constat mulierem istam alicui argentario successisse, similiter Iason, Decius & cæteri eadem ratione reiiciunt hanc interpretationem.

Secundo igitur loco Iason & ante eum Albericus & Odofred. dicebāt: textum posse intelligi in muliere, quæ officium argentariæ exercebat per seruum suum: Hoc enim facere licet, videlicet: seruus potest exercere huiusmodi officium, l. Prætor ait, §. & si seruus, ff. eod.

Sed iste intellectus reprehenditur à Decio duabus potissimum rationibus. Primò: quia continet diuinationem sicut primus. Secundò: quia præsuppositum non est verum, quòd scilicet mulier possit exercere argentariam per seruum: nam cùm mulier ipsa repellatur ab huiusmodi officio, etiam seruus eius repellitur ex antiqua regula, quod non possumus facere per nos ipsos, nec per seruos nobis facere licet, l. Non licet, de contrah. empt. l. Neque, C. de hæred. inst. l. si mihi & tibi, §. regula, de legat. 1.

Ista ratio Decii refellitur à Ripa in d. l. 1. C. de edend. sub num. 4. à Cagnol. num. 50. & à Bologn. sub num. 52. & melius à Pirrho Alfano

num.40. Et summa reprehensionis in hoc consistit: quòd regula illa non procedit, quando diuersa est ratio inter dominum & seruum, id patet ex l.1 de verb. oblig. vbi dicitur: eum, qui per se stipulari non potest, stipulari posse per seruum proprium: & hæc est doctrina Baldi in l. humanitatis, in quarta opposit. C. de impu. & aliis substit. At in proposito nostro diuersa ratio considerari potest inter dominum & seruum: quia fœmina ideo non potest exercere hoc officium, quoniam virile est, vt habetur in d. l. fœminæ. Non enim decet (vt dicit Alciatus) verecundiam muliebrem huiusmodi rationes tractare cum viris. Hæc ratio cessat in seruo, vt patet.

Tertio igitur loco alii dixerunt relatià glossa in ver. rationes hic in textu nostro: rationes exponi debere pro instrumentis, quibus suffragari videtur textus in l. Prætor ait, ff. de eden. vbi rationes appellantur instrumenta. Non placet tamen: quia propriè rationes differunt ab instrumentis, argu. l. si quis. §. Labeo. ff. de edend: & verba propriè sunt accipienda. l. Non aliter. de legat. 3.

Quartò dicebat Iacob. Butrig. vt refert Ripa: mulierem istam exercuisse de facto argentariam, & sic de consuetudine saltem, licèt non de iure: mulier potest esse argentaria: quia consuetudo valet contra ius scriptum. l. de quibus, ff. de legib. c. fin. de consuet. facit textus in c. dilecti, de arb. Non placet tamen, quia continet diuinationem.

Quinta igitur expositio est verissima, quam refert & sequi videtur Bart. & post eum Ripa in d. l. 1. sub n. 4. 5. dicens: verum esse & communem textum in d. l. 1. esse intelligendum de muliere, quæ habebat priuatas suas rationes, quas confecerat, vt persona priuata, non autem vigore alicuius officii. Et hanc ego quoq; amplector: quia caret omni scrupulo, & conuenit verbis textus.

CAPVT LXXXVI.

Ad l. Prætor ait. ff. de edendo, quatenus de seruo loquitur argentario?

Difficultas est, cùm seruus admitti non possit ad publica officia, l. cùm prætor. ff. de iud. & officium argentarii sit publicum, l. argentarius, ff. de eden. quomodo dicere potuerit Iurisconsul. in l. Prætor ait. ff. eod. tit. seruum posse argentariam facere?

Respondet glossa in d. l. Prætor ait, in ver. potest, & in l. Argentarius, in ver. publicam, officium argentarii non fuisse publicum, sed publicam caussam habuisse, vt dicit ibi textus: sed non explicat, quid sit habere publicam causam. Cagnolus igitur in l. 1. C. de edend. num. 81. exponit publicam caussam, id est, publicam vtilitatem, vt in l. de pupillo, §. sextus, ff. de oper. nou. nunt. Sed ista expositio mihi videtur satis esse accommodata: quia caussa publica intelligitur pro ea caussa, quæ immediatè tangit ius publicum, l. conuentionum. ff. de pact. l. item veniunt. §. in priuatarum. de petit. hæred. l. 2. ff. de in ius vocan. l. filiusfamilias, ff. de his qui sunt sui. Deinde obstat text. in l. si ventri, §. in bonis. ff. de priuileg. creditor. vbi dicit textus eos, qui pecunias deposuerunt apud nummularios, fidem publicam secutos esse: Ergo officium erat publicum, alioquin non posset dici fides publica.

Aliter respondet Decius in l. quod attinet. de reg. iuris: seruum potuisse olim habere officium publicum: quia poterat esse tabellio, licèt postea id fuerit correctum in l. generali, C. de tabul. libr. 10. & sic dicendum est, officia publica consistentia in scribendis rationib. olim seruis demandata fuisse, quia munus tabellionum & scribarum mandabatur seruis, l. non aliter, de adoptio. l. 2. ff. rem pup. sal. fore. & hic erat seruus publicus, l. 1. C. de seru. reip. manu. & inter seruitutis indicia illud erat exercere officium scribæ, vt in l. vlt. C. de seru. reip. manu. & ideo seruus poterat etiam argentariam facere: quãuis non posset exercere alia ciuilia officia, vt in d. l. cùm Prætor.

Scribit autem Alfanus in rubric. C. de edendo, num. 13. textum in d. l. generali, dum prohibet, seruos esse tabularios, intelligi prohibere, ne sint numerarii, vt videri potest ex l. duos tabularios, C. de suscept. eod. lib. 10. Erat autem officium numerarii, scribere eorum nomina, qui fisci erant debitores, & suggerere iudicibus vel exactorib. vt exigerent pecunias debitas. l. 2. C. de numer. lib. 12.

Errat Alfanus, quia textus in d. l. generali loquitur de tabulariis etiam ciuitatum, qui erant scribæ. Tabularii autem, qui & numerarii dicebantur, erant Rectores prouinciarum, vt declarat Cuiac. in d. l. duos tabularios. in fine.

CAPVT LXXXVII.

Iudæi vsurarij, an teneantur edere rationes suas actori ad fundandam eius intentionem?

Vsurarios edere compelli codices rationum suarum, decisum est in clem. 1. §. cæterùm. de vsuris. De Iudæis verò nonnulla est controuersia

uersia doctorum in l.1. C. de edend. Nam quidam opinati sunt: non teneri Iudæos ea constitutione: quoniam pœna eius, videlicet, excommunicationis ad Iudæos accommodari non potest. Et, quoties pœna legis adaptari non potest, nec eius dispositio rectè adaptatur, vt notat gloss. Fulg. & Salyc. in l. mancipia, C. de seru. fugit. Socin. sen. cons. 70. lib. 2.

Quoniam autem pœna excommunicationis, etiam in Iudæis, locum habere potest per indirectum, vt docet S. Pontifex in c. quanto, & c. post miserabilem, de Iudæis. Ideo vera & communior sententia docet, dictam constitutionem etiam Iudæos vsurarios comprehendere, Decius in d. l. 1. num. 13. & Pirrhus Alfanus numer. 52. vbi testatur, hanc esse communem. Cuius fundamentum est satis clarum: quia Iudæi ligantur legibus Romanorum, l. Iudæi, C. de Iudæis, & etiam constitutionib. Apostolicis, vt in d. c. quanto, & c. post miserabilem, de Iudæis.

Quod si agatur de Iudæis non vsurariis, non ausim affirmare: etsi personæ eorum odiosæ sint, eos teneri edere contra iuris regulas: nam cùm ipsi vtantur iure Romanorum, d. l. Iudæi, C. de Iudæis, meritò non tenentur edere ad fundandam intentionem, sicut cæteri non tenentur, l. 1. C. de edendo.

CAPVT LXXXVIII.

Nautæ, caupones, & stabularij an teneantur edere acta ad fundandam eius intentionem?

Communis est sententia Doctorum in l. 1. C. de edendo, nautas, caupones, & stabularios teneri edere contra iuris regulas. Ita communem esse testatur Deci. in d. l. 1. n. 15. & in c. 1. n. 15. de probat. & Gozad. in d. l. 1. n. 34. Fundamentum est in l. 1. ff. nautæ, caupon. stabul. vbi dicitur: istos esse pessimum genus hominum, & ideò propter fraudis suspicionem videantur esse similes fœneratoribus, qui tenentur edere, vt in clem. 1. § cæterùm, de vsuris. Valet enim in hac materia argumentum à simili, l. quædam, § nummularios, ff. de edend.

Magis placet contraria sententia, quam amplexi sunt in d. l. 1. C. de eden. Iason. Alciat. Boleg. & Pirr. Alfan. num. 58. Quia in his cessat ratio d. § cæterùm, vbi dicitur: quia vsurarij clam, & secretò contractus vsurarios ineunt, ita vt vix conuinci possint de vsuraria prauitate, propterea eos teneri ad edendum codices rationum suarum: nautæ enim, caupones, & stabularij palam contrahunt, vt notum est: item exercent artem licitam, & permissam; vsurarij autem fœnus illicitum ac reprobatum. Est igitur diuersa ratio inter istos, & vsurarios: ergo & diuersum ius statui debet.

CAPVT LXXXIX.

Vtrum mercatores nostri temporis teneantur edere sicut olim argentarij, & nummularij?

Controuertitur quoque inter Doctores in eadem l. 1. C. de eden. an sicut olim argentarij, & nummularij tenebantur edere codices rationum suarum: ita nostri temporis mercatores. Affirmant teneri Bart. Ang. Salyc. Aret. Alc. Soc. Ripa, Curt. iun. & alij communiter, vt testatur ibi. Alfanus nu. 57. Fundamentum est in consuetudine secundùm quam contractus intelligitur celebratus, l. vlt. C. de fideiuss. est autem consuetudo mercatorum scribendi rationes, ergo tenentur eas edere: quia videtur eis mandatum, vt scribant. Respondet Dec. in d. l. 1. n. 18. consuetudinem istam esse in fauorem mercatorum: quia rationes scribunt ad propriam eorum instructionem: ideò id non debet contra eos retorqueri, l. quod fauore, C. de legib.

Contrariam sententiam habuere Bald. & Dec. in d. l. 1. quæ mihi verior visa fuit. Primò ex l. argentaria, ff. de eden. vbi argentarij & alij non absimiles tenentur edere: sed mercatores nostri temporis longè videntur dissimiles argentariis: nam argentarij officium publicam caussam habebat, non sic nostri ordinarij mercatores. Et qui erant olim argentarij, & nummularij, vide Alciat. lib. 2. dispunct. c. 2. & lib. 1. parerg. c. 24. Feder. Scotum in d. l. 1. C. de eden. nu. 133. Menoc. de arbitr. casu 91. Secundò: quia, quod de argentariis fuit constitutum, fuit ad nummularios porrectum, lege quædam, § nummularios, ff. eod. vbi de mercatoribus nihil fuit dictum, cùm tamen illis temporibus mercatores non deessent. Tertiò: quia specialiter fuit constitutum in vsurariis mercatoribus, vt tenerentur edere, Clem. 1. § cæterùm, de vsuris. Ergo in contrarium est ius Commune: vt videlicet, mercatores qui non sunt vsurarij, non teneantur edere.

CAPVT XC.

Editio an iure actionis vel officio iudicis fieri debeat?

Communis est sententia in l. 1. C. de edend. fieri officio iudicis vt testatur Dec. ibi, n. 20. Alfanus n. 60. Massinius circa finem quam ego quoque amplector.

Primò probatur in d.l.1.C.de eden. Reſpondet Alex. & poſt eum Decius: illa verba ad iudicis officium eſſe intelligenda de officio iudicis mercenario, quod deſeruit actioni intentatæ. Hæc reſponſio continet diuinationem, quia textus in dict. l.1. non declarat, an ſit officium iudicis mercenarium, vel nobile. Secundò reſpondet Alfanus ad iudicis officium, id eſt, ad iudicem, ſicut etiam loquitur textus in l. non ſtatim, ff. ad l. Flau. de plagiat. ſed durum eſt contra ſtimulum calcitrare, cùm textus non dicat ſimpliciter, ad iudicem id pertinere: ſed ad officium iudicis.

Secundò probatur in l.penult.§.vltim.ff.ad l. Falcid. Reſpondet Decius: illum textum loqui de inſtrumentis pertinentibus ad vltimas voluntates: quo caſu locum habet interdictũ de tabulis exhibendis. Nihil eſt: quia ibi non agitur de talibus inſtrumentis, ſed de aliis, ex quibus poteſt apparere quantum fuerit in bonis teſtatoris. Secundò reſpondet Alfanus: in eo textu editionem fieri iudici, non autem parti.

Nihil eſt: quia pars deſiderabat fieri editionem: & Iuriſconſultus ibi reſpondet, ad iudicis officium hoc pertinere. Multa alia adducuntur pro hac ſententia, quæ prætermitto tanquam leuiora.

Contrariam opinionem plurimi habuerunt, Alex. in d.l.1.n.8 Iaſ.n.15. Decius n.20. Curtius iun.n.51. Gozad.nu.21. Cuiac.lib.10.obſeru.c.14. & Pirrhus Alfan.in d.l.1.quorum argumenta ſunt diluenda.

Primum eſt ex l. Prætor. ff.de eden. vbi verba edicti ſunt directa ad argentarium. Ergo oritur actio, vt per gloſſ. in l. ſi ſoror. C.de collatio.

Reſpondeo, alibi verba edicti relata eſſe ad iudicem, l.ſi quis.§.Prætor ait, & ideò non poteſt fieri in hoc fundamentum.

Secundò adducitur textus in l. 3. §. vlt. ff.ad exhibend.

Reſpondeo: illum textum non pertinere ad edictum de edendo, & ideò nihil ad rem facere.

Tertiò adducitur textus in l.ſi quis.§.1. & d. l.Prætor. & in l.quædam.§.is cui. in quibus dicitur, argentarium teneri. Ergo non competit officium iudicis: quia officium iudicis nullam præſupponit obligationem, l. qui per colluſionem, §. vlt. ff de act.empt.

Reſpondet Decius: officium iudicis præſuppponere obligationem largè. Bartol. in l.ſi ff. ff.de iniur. Alexan. in l.a. col.antep. de iuriſdict. om.iud.

Quartò adducitur textus in l quædam, ff.de edend. vbi dicitur: argentarios compelli per metum actionis in factum. Reſpondeo, non immediatè compelli ad edendum per illam actionem: quia illa actio competit contra argentarios, qui noluerunt edere ad iuſſum iudicis: & ſic prius datur officium iudicis ad edendum, & poſtea actio ad intereſſe propter editionem non factam, l.ſi quis,§.ex hoc edicto, ff. de edend. Et ad replicationem Decii occurrit Pirrhus Alfan. in d.l.1.ſub n.110.

Quintò adducitur textus in §.vlt.Inſtit.de interdict. vbi ex quolibet edicto oritur actio in factum. Reſpondet Ripa, dari actionem in factum poſt iudicis iuſſum, l.vbi exigitur, ff.de eden. Antea verò competit officium iudicis. Præterea reſpondeo, textum in §.vlt. loqui de interdictis, quæ ſunt perſonales actiones, l.1 in fin. ff. de interd. aliud eſt loqui de edictis: quia ex eis aliquando datur iudicis officium, l.4.§. prætor, & l. Prætor, de damn.infect.

Sextò adducitur textus in l.prætor.ff.de edend. vbi dicitur: in dominium dari iudicium. Ergo datur actio: quia idem importat dari iudicium, quod dari actionem, gloſſ.in l.1. ff.de dolo. Reſpondet Alfanus: iudicium non ſignificare actionem: ſed accipi pro toto ordine iudiciario, qui exercetur in materia editionis: & ſic acceptum comprehendet etiam officium iudicis.

Septimò mouetur Alfanus ex l.quædam,§. is autem, verſ. quod ſi nihil in: & gloſſ. ff. de edend. vbi probatur: legatarium vtili actione in factum compelli edere. Reſpondeo: legatarium non contineri in edicto prætoris, vt ibi dicitur, meritò non competit officium iudicis: poteſt etiam intelligi de actione in factum ad Intereſſe, ſi non faciat editionem iuſſu prætoris: quia textus nihil ibi dicit de hoc: ſed tantum gloſſa, & ideo debet intelligi ſecundum leges, quæ loquuntur de actione in factum ad Intereſſe.

Octauò mouetur Alfanus, ex l.argentarius, ff. de edend. vbi argentarius iubetur edere à prætore ex edicto Prætoris: ſed iuſſus Prætoris parit obligationem, l. veluti, ff. de iuſt. & iure. Bartol.in l. Iulianus, num.6. de cond. indeb. Ergo & actionem. Nego conſequentiã: quia hoc modo ſequeretur, quod ex omni edicto oriretur actio, quod eſt falſum, cùm aliquando etiam detur officium iudicis: nam obligatus dicitur eſſe etiam, qui compelli poteſt per officium iudicis, ſaltem largè, vt ſuprà dictum eſt.

Nonò mouetur idem Alfanus. Requiritur mandatum, vt fiat editio ſecundum communem opinionem, l.ſi quis.§.pertinere, ff.de edend. Ergo debet oriri actio non quidem mandati, ſed alia ſubrogata in locum eius:

quia huiuſmodi mandatum eſt neceſſarium, & non voluntarium, l. atqui natura, §. ſi libero, ff. de negot. geſt. Reſpondeo: in locum actionis mandati dari officium iudicis ad edendum, & ſi non fiat editio, conſtitutam eſſe actionem in factum ad Intereſſe, lege ſi quis, §. ex hoc edicto, ff. de edend.

Decimò, Alfanus adducit textum in l. vlt. ff. eod. vbi dicitur: Hæc actio neque poſt annum, neque in hæredem, &c. niſi ex ſuo facto dabitur. Reſpondeo textum loqui de actione in factum ad Intereſſe ob non factam editionem. Non obſtat, quod dicit Alfanus: hæredem ex ſuo facto teneri eo ipſo, quod poſſidet rationes vel inſtrumenta, vt exponit gloſſ. vlt. ibi ergo non poteſt hoc intelligi de actione in factum: quia illa datur ob contumaciam non edentis.

Replicatur: hæredem, qui rationes tenet, & poſſidet, teneri actione in factum hoc modo: quia contra eum primò datur officium iudicis ex ea cauſſa, quòd poſſidet: ſi iudici non obtemperet, tunc datur actio in factum ad intereſſe, & hic eſt ſenſus illius textus: nam ſi eſſet actio ad edendum ſimpliciter, non eſſet dubium, quin tranſiret in hæredem, & perpetua eſſet, vt ſunt aliæ actiones regulariter: ſed quia eſt actio ad Intereſſe, & ſic pœnalis, l. vbi exigitur, ff. de edend. meritò reſtringitur, vt in d. l. vlt.

CAPVT XCI.

De emendatione libelli in iudiciis vniuerſalibus.

EXiſtimauit Accurſius in l. edita. Cod. de edendo, libellum emendari poſſe etiam poſt litem conteſtatam in iudiciis vniuerſalib. motus ex l. 4. & ex l. ſi quo tempore, ff. de petitione hæred. *Si hæreditatem*, (inquit Paulus) *ab eo petam, qui vnam tantum rem poſſidebat, de qua ſola controuerſia erat, etiam id quod poſtea poſſidere cœpit, reſtituet.* Sed reiicitur communiter hæc ſententia ſecundum Bartol. Dec. & omnes alios in dict. l. edita: quia quod dicitur in dd. ll. reſtitutionem fieri debere etiam aliarum rerum, non eſt tribuendum emendationi factæ ſcilicet per additionem aliarum rerum libello factam, ſed naturæ petitionis hæreditatis adſcribendum eſt, quæ ſua amplitudine comprehendit omnes res hæreditarias, vt docet idem Bartolus in l. 1. ff. de edendo, & Caſtr. in l. regulariter. ff. de petitione hæred. Sed Bartol. in d. l. edita, ſubdit etiam in iudicio petitionis hæreditatis, ſi actum ſit ſingulariter ad vnam rem, alias res addi non poſſe, ſicut nec in iudiciis particularibus. Quæ verba difficultatem attulerunt: nam Socinus in d. l. edita, intellexit hoc verum eſſe poſſe, ſi actum ſit, vt res particularis agenti reſtituatur, tanquam hæredi. Alio modo Dec. ibi intellexit, aliter Didacus, aliter Corneus in conſ. 148. lib. 4. aliter Couarruuias pract. quæſt. c. 12. in fin. aliter alii. Ego verò ſemper exiſtimaui, dictum Bartoli defendi non poſſe: quia fieri non poteſt, vt quis agat petitione hæreditatis ſingulariter ad vnā rem. Cùm ea ſit natura petitionis hæreditatis, vt actor petat ſe hæredem declarari, & reum condemnari ad reſtituendum, quicquid tenet & poſſidet de ipſa hæreditate, vt docet ipſe Bartolus, quem omnes ſunt ſecuti in l. 1. ff. de edendo, & alibi.

CAPVT XCII.

Vtrùm libellus poſſit emendari poſt litem conteſtatam in iudiciis particularibus?

REtinenda eſt communis ſententia Doctorum in l. edita, C. de edendo, videlicet emendationem libelli poſt litem conteſtatam fieri non poſſe.

Primò ex l. non poteſt. ff. de iudiciis, quod fuit argumentum Bartoli.

Secundò, quia eſt ſententia nulla, ſi fieret emendatio poſt litem conteſtatam: quia ſuper emendatione nulla eſſet facta litis conteſtatio, quæ tamen eſt neceſſaria ad ſubſtantiam iudicii, vt notat gloſſa, & Bartol. in l. Prolatam, C. de ſententiis, quæ fuit ratio Alexandri.

Tertiò ad euitandam incertitudinem, quæ poſt litem conteſtatam ſubeſſet, ſi emendatio permiſſa eſſet, quod fuit argumentum Iaſ. licèt Deci. illud mordeat leui ratione.

Quartò, quia per litis conteſtationem inducitur quaſi contractus, l. 3. §. idem ſcribit, ff. de peculio. Ergo non eſt licitum pœnitere, l. ſicut, C. de actionibus & obligationibus, & ita dicebat Lancellotus Decius, quem reprehendit Philippus frater ſuus exiſtimans, non valere argumentum de contractu extra iudicium facto ad quaſi contractum iudicialem: quia contractus, qui fit extra iudicium, voluntariè dicitur fieri. Quaſi verò contractus iudicialis coactè: quia iudicium redditur irritum, l. inter ſtipulantem, §. ſacram. de verb. oblig. ſed huius reprehenſionis facilis eſt reprehenſio: ſufficit enim in hoc æquiparari contractum, qui fit extra iudicium, & quaſi contractum iudicialem, vt non ſit locus pœnitentiæ, quod fatetur ipſe, cap. poſtquam liti, num. 25. C. de pactis, & latè tradit Euerard. in loco à contractibus ad iudicia.

Poſtremò confirmatur communis ſententia argumento ſumpto à vi geminationis, de quo-

latè Doctores in cap. ſi cautio, de fide inſtrumentorum, & Eberard. in loco à vi geminationis: nam duplex hic conſenſus acto is interuenit. Primus, quatenus in libello ſuam intentionem exponit: & petit quod ſibi dari fieri'ue oportere exiſtimat. Secundus, quatenus ſuper eo litem conteſtatus eſt. Ergo non debet ab hoc conſenſu geminato recedere.

Contrariam ſententiam habuerunt Fulgoſ. & Alciat. in dict. l. edita, num. 49. vbi alios recenſet.

Quorum fundamentum (cætera enim leuiora omitto) poſitum eſt in §. ſi minus, Inſt. de actionibus, cui cæteris prætermiſſis reſponſionibus plana, vera, communiſque ſolutio accommodata veritatem ſectanti omnem dubitationem aufert. Nimirum, hanc mentem fuiſſe Iuſtiniani: vt, qui minus quam ſibi debeatur, petit, ſine periculo agat: non autem periculum incurrat pœnæ ſoluendæ, quam, vt ſuprà expoſuerat, incurrere ſolent plus debito petentes.

Quòd verò ſubdit textum, quia nihilominus in reliquum iudex in eodem iudicio reum condemnat, non hoc ſignificat, vt actor poſſit, pro libito, etiam poſt litem conteſtatam addere aliquid, & ſic emendare libellum. Hoc non dicit fieri poſſe, nec etiam negat. Relinquendum eſt ergo aliarum legum determinationi, & cenſuræ. Hæc eſt autem aliarum legum determinatio atque cenſura: vt libellus emendari poſſit, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel ius dicentis decernit æquitas. Hæc verò eſt æquitas, hic eſt dicti perpetui ſenſus, vt ante litem conteſtatam fiat emendatio, non poſt, ex iis rationibus, quas ſuprà expoſuimus.

CAPVT XCIII.

An libellus emendari poſſit poſt litem conteſtatam, quando additur vel detrahitur qualitas, per quam augetur, vel minuitur condemnatio?

SCribit Bartol. in l. edita, C. de edendo, quem videtur ſequi Bolog. ibidem, nu. 76. nec non Decius nu. 46. libellum emendari poſſe poſt litem conteſtatam, quoties additur, vel detrahitur qualitas, per quam augetur vel minuitur condemnatio. Fundamentum ponit in l. in delictis. §. ſi detracta, ff. de noxalib. in illis verbis: *Donec autem prius iudicium agatur, licentia eſt agenti, ſi eum de ſcientia domini arguenda pœniteat, tunc ad noxalem cauſſam tranſire, &c.*

Contrariam ſententiam habuerunt, Alexan. ibi, Iaſ. & Cagnolus poſt n. 137. Quorum fundamentum eſt in l. in delictis, §. decem, ff. de re iudicata, vbi dicitur: *Decem aut noxa dedere condemnatus iudicati manet in decem tenetur.* Ex quibus verbis inferunt: condemnationem ſemper eſſe vniformem, & conſequenter non augeri neque diminui, prout dicebat Bartol. Siue enim dominus ſciuerit, ſiue ignorauerit damnum a ſeruo datum, condemnandus eſt ad damni æſtimationem, licet in caſu ignorantiæ electionem habeat, & facultatem dandi ſeruum pro noxa.

Et puto, ſententiam Bartoli rectè defendi poſſe: quia vbi dominus ignorauit, aliter condemnandus eſt. Aliter verò, quando ſciuit. Id quod indicant verba Iuriſconſ. in d. §. decem, & textus in l. 2. ff. de noxalibus. Quatenus ibi dicitur: dominum ſcientem in ſolidum teneri; ignorantem verò in plus non teneri, quam, vt ſeruum det pro noxa. Ergo condemnatio iudicis debet eſſe conformis iuri & obligationi ipſius domini: quamobrem data ſcientia, condemnabitur dominus in ſolidum: data autem ignorantia, condemnabitur ad damni emendationem, cum facultate tamē dandi ſeruum pro noxa. Ex quo ſequitur: diuerſam eſſe condemnationem in vtroque caſu: vna enim eſt ſimplex: altera verò qualificata.

Non obſtat textus in d §. decem: quia non dicit condemnationem eſſe debere vniformem, tam in caſu ſcientiæ, quam in caſu ignorantiæ. Imò in contrarium innuere videtur, dum ait: *Decem aut noxa dedere condemnatus*, quaſi cōdemnatio fieri debeat cum iſta qualitate quando dominus ignorauit.

Fateor, actionem competere ex re iudicata, & ex condemnatione ſecuta ſemper ad quantitatem damni: non autem ad noxæ deditionem: quoniam noxæ deditio eſt in facultate & electione domini, vt ait text. in d. §. decem, ſed non propterea ſequitur, condemnationem eſſe debere vniformem in vtroque caſu, ſcientiæ ſcilicet, & ignorantiæ. Aliud eſt enim condemnatio ipſa: aliud verò actio oriens ex ipſa condemnatione. Dominus ergo ſciens condemnabitur ad ſolidum: dominus verò ignorans condemnabitur alternatiuè vel ad dandum ſeruum pro noxa. Quæ condemnatio diuerſa eſt a prima: ſed actio oriens ex condemnatione tam in primo, quam in ſecundo caſu reſtricta erit ad damni ſolutionem.

Bartolus ergo non errauit, dum dixit: augeri vel minui condemnationem, addita vel detracta qualitate: nam maior eſt condemnatio in caſu ſcientiæ, quàm in caſu ignorantiæ. Illa eſt ſimplex, & ad ſolidum: iſta verò alternatiua cum beneficio dandi ſeruum pro noxa, quod eſt minus graue, & conſequenter

ſequenter condemnatio videtur minor, & minoris præiudicij.

Error potius videtur emanaſſe ex eo, quòd non fuit conſiderata differentia inter condemnationem iudicis, & actionem, quæ oritur ex ipſa condemnatione: actio enim oriens ex condemnatione, ſemper eſt informis competens ad damni ſolutionem: at condemnatio difformis eſt, vt iam dixi.

CAPVT XCIV.

Emendatio libelli an poſſit fieri ſemel tantùm vel pluries?

SEd, vtrum emendatio ſemel tãtùm fieri poſſit libelli ante litem conteſtatam, vel etiam pluries, maxima eſt inter Doctores controuerſia: nam ſemel tantùm fieri poſſe, dixit Bal. in d. l. edita, & alij, quos ibidem Decius refert n. 14. Quorum fundamentum eſt in l. hæres, §. hoc ſermone. de verb. ſig. & in l. cum pater, §. pater certam, de legatis, 2. & in l. ſi quis iuſiurãdum, C. de rebus cred. quibus in locis probatur: variationem permiſſam eſſe ſemel, & quamlibet diſpoſitionẽ verificari in prima vice, ſicuti notant Decius in conſi. 35. nu. 8. & in conſi. 609. n. 5. Bal. in Auth. habita, n. 35. C. ne filius pro patre, & Bar. in lege poſt legatum, n. 12. ff. de his, quibus vt indignis. Sed fundamentum hoc non eſt ſatis firmum: quia locum habet in diſpoſitione hominis non autem in diſpoſitione legis, l. veluti. §. hæc vox ff. de edendo, & ibi Iaſon, Tiraq. in repet. §. hoc ſermone, limit. 9.

Altera igitur fuit opinió Decij in d. l edita, n. 14. emendationem ſæpius fieri poſſe, vſque ad litis conteſtationem, argumento textus in l ſicuti in annos, ff. quib. mod. vſusfru. amit. & ex his, quæ tradunt Fel. in c. 2 col. pen. de treuga, & pace, Tiraq. in d. §. hoc ſermone, limit. 4. Sed hoc fundamentum non videtur eſſe firmum: quia ius abhorret, variationem fieri ſæpius ſuper eodem negotio, vt in dict. l. ſi quis iuſiurandum. Et quantum attinet ad text. in d. l. ſicuti in annos, nulla ibi variatio contigit: ſed mutatio ſtatus, propter quam amiſſus fuit vſusfructus.

Tertia igitur fuit opinio Bologneti in d. l. edita, his tantùm emendationem eſſe permiſſam, argumento tit. C. ne liceat tertiò prouocare, & gloſſ. in Clem. vlt. de appella. & ex his, quæ notat Iaſ. in l. admonendi, in 1. lectura, n. 22. de iureiur. Sed, & hoc fundamentum non habet magnam firmitatem: non enim ſequitur ex eo, quòd permiſſum ſit bis appellare, & non pluries, ſimiliter bis tantùm emendationem fieri poſſe, & non pluries: cùm hæc ſint longè diſſimilia, & ideo ex vno ad alterum rectè inferri non poſſit, vt omittam diuerſitatis rationem adferre, quæ in promptu eſſet.

Magis igitur eſt, vt putem, nullo iure cautum eſſe, quoties emẽdatio ſit permiſſa: nam text. in d. l. edita, permittit emendationem, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel ius dicentis decernit æquitas. Ex quo infertur, toties permiſſam videri, quoties bonus iudex æquum eſſe exiſtimauerit. Quæ opinio nouiſſimè eſt approbata à Menochio, de arbitr. Iudicum in additione ad caſum 176. n. 62. vbi pro hac ſententia adducit etiam text. in l. quo enim. §. Iulianus. ff. rem ratam hab. & alia, de quibus Tiraq. in d. §. hoc ſermone, limit. 19.

CAPVT XCV.

Iterum agitur de emendatione libelli poſt litem conteſtatam.

HVc vſque dictaueram, cùm incidi in ſcripta præclariſſimi viri D. Iacobi Menochii in additione ad caſum 176. de arbitrariis iudicũ. vbi eandem quæſtionem tractans n. 38. fatetur, candem eſſe ſententiam, emendationem libelli fieri non poſſe poſt litem conteſtatam in particularibus iudiciis.

Deinde pro contraria ſententia adducit Aretin. & Iaſ. in §. ſi minus. n. 22. Inſtit. de actionibus, Curt. iun. & Claudium Seiſſelium, in d. l. edita, & Vaconium à Vacan. libr. 6. declarationum iuris, cap. 89.

Tertiò diſtinguendo nititur opiniones conciliare, conſtituendo duos caſus. Primus eſt, quando libelli emendatio fit ea de re, quæ cauſam habet à prima, qua datus eſt libellus: & tunc (inquit) permiſſam eſſe emendationem: & ita loqui text. in d. §. ſi minus. Secundus caſus eſt, quando emendatio fit de re diuerſa habente notitiam, & ſeparatam cauſſam à prima, & tunc ait: emendationem fieri non poſſe poſt litem conteſtatam, ſic intelligens textum, in l. non poteſt, ff. de iudiciis.

Sed iſtis non obſtantibus ego puto: non eſſe recedendum à communi, quam firmaui ſuprà, cap. 92. Nec obſtat textus in dict. §. ſi minus, quia iam reſponſum eſt. in d. cap. 92. Non obſtat noua conſideratio, quòd textus ille loquatur, quando emendatio fit de re habente cauſſam à prima, ſuper qua datus eſt libellus: nam nullum verbum habetur hac de re in d. §. ſi minus.

Exempla verò, quæ ibi proponuntur, id non probant. Primum eſt, quando quis petiit

quinque, cùm ſibi decem deberentur: non video, qualis ſit connexio iſta & dependentia inter decem & quinque. Nam fieri poteſt, vt mihi debeantur quinque ex vna cauſſa, & alia quinque ex alia. Petii quinque ex vna cauſſa, puta depoſiti: potero petere alia quinque ex cauſſa mutui. Ergo ex diuerſa cauſſa procedit emendatio, non autem ex eadem cauſſa. Nec text. in d. §. minus, reſtringendus eſt ad eum caſum, quo ex vna & eadem cauſſa totum debeatur. Alterum exemplum eſt in d. §. ſi minus, cùm quis petit dimidiã fundi, cùm totus fundus ad eum pertineret: nam fieri poteſt, vt dimidia fundi ex vna cauſſa, altera dimidia ex alia cauſſa diuerſa ad eum pertineat. Et ideo, ſi quis petat dimidiam hæreditatis, non poteſt lite conteſtata petere aliam dimidiam, & ſic totam hæreditatem: quia partes quotidianæ diuerſitatem inter ſe quandam conſtituunt, Caſtrenſ. in d. l. edita, nu. 6. & ibid. Alex. n. 5. Deci. n. 25. Cagn. n. 6. Bolog. n. 58. Menoch ipſe in addit. ad d. caſum n. 176. n. 22. Sed dato, quòd in vtroque exemplo vna eſſet & eadem cauſſa, non video, quo pacto, poſt litem conteſtatam poſſit fieri talis emendatio, cùm rationes eædem ſubſint etiam in iſto caſu impedientes emendationem, quas recenſui in d. c. 92. Noua igitur petitione opus eſſe mihi videtur, non autem emendatione.

Ex quo ego infero textum in d. §. ſi minus, loqui de cumulatione potius, quàm de emendatione, vt ſenſus ſit: eum, qui minus petiit, ſine periculo agere: quia iudex debitorem ſuum condemnat in eodem iudicio, ſcilicet: ſi actor illud plus, quod ſibi debetur, vel, quod ad ſe pertinet, petierit. Quæ quidem petitio fieri poteſt: quia cumulatio plurium actionum regulariter eſt permiſſa, vt notant omnes in d. l. edita. Et hæc aliis ſcriptis addenda eſſe putaui.

CAPVT XCVI.

Iterum de emendatione libelli in iudiciis vniuerſalibus.

IDem præſtantiſſimus Menoch. in additionibus ad d. caſum 176. de arbitr. Iudicum, quæſtionem proponit, quando in libello petitionis hæreditatis actor petit rem vnam à reo conuento ſibi reſtitui, vtrum emendatio poſt litem conteſtatam admitti poſſit? & concludit, non poſſe, adducens Petrum, Cinum, Bartolum, Alexandrum & Socinum in d. l. edita. C. de edendo, vbi Cagnolus n. 53. teſtatur, hanc eſſe communem opinionem.

Contrariam verò ſententiam refert, ſecutos fuiſſe Fulgoſium, Caſtrenſem, Aret. Riminen. Decium & Curtium iun. in d. l. edita & Didacum pract. d. c. 12. n. 6. Reſpondet argumentis huius contrariæ ſententiæ, & latè confirmat ſententiam communem.

Summa hæc eſt: in libello petitionis hæreditatis duo eſſe conſideranda. Primum, quòd aliquis declaretur hæres: alterum, quòd fiat reſtitutio bonorum. Hoc vltimum expeditur officio Iudicis: primum autem iure actionis. Cum autem officium Iudicis non concedatur niſi petenti, l. 4. §. Hoc autem iudicio, ff. de damno infecto. Conſequens eſt, vt ſi actor petierit ſibi reſtitui vnam tantùm rem, non poſſit iudex mãdare alias res reſtitui.

Et hoc argumẽtum rectè procederet, niſi natura petitionis hæreditatis repugnaret, quæ nõ vnam tantum rem complectitur, ſed vniuerſas. Et idcirco non obſtat, actorem vnam tantùm rem ſibi reſtitui poſtulare: quia nihilominus omnes res ſunt reſtituendæ, l. 4. ff. de pet. hæred. l. licet, l. ſi quo tempore, ff. eod.

Replicat D. Menochius: naturam hanc petitionis hæreditatis poſſe immutari: quia aliud eſt natura, aliud ſubſtantia; ſubſtantia quidem immutari non poteſt, natura verò poteſt, vt declarat Caſtr. & alij in l. cum quid, ff. ſi cert. pet. Coraſius, li. 3. Miſcellaneorum, c. 10. Zaſius lib. 1. ſingularium reſponſionum, c. 12.

Sed vereor, (pace dictum ſit ſapientiſſimi Iuriſconſulti) ne iſta diſtinctio rectè accommodari poſſit ad petitionem hæreditatis: exiſtimo enim, hanc non ſolùm eſſe naturam petitionis hæreditatis, ſed etiam ſubſtantiam: nam ſubſtantia petitionis hæreditatis procul dubio in hoc conſiſtit, vt perſequatur hæreditatem: ac proinde dicitur actio in rem, quæ admixtas habet perſonales actiones, l. ſed & ſi lege, §. petitio, ff. de pet. hæred. Reſtitutio autem rerum fit officio Iudicis, deſeruiente huic actioni, vt notat Bart. in d. §. Petitio. Quamobrem, ſi reſtringatur petitio hæreditatis ad vnã tantùm rem, non erit petitio hæreditatis: quia hæc eſt ſubſtantia generis, vt contineat ſub ſe ſpecies. Hæc eſt natura vniuerſalior, vt contineat ſub ſe particularia: & hæc natura nihil aliud eſt, quã ſubſtantia, cùm ſit inſeparabilis, ſi enim ponimus vniuerſale, neceſſarium eſt ponere comprehenſionem particularium ſub ipſo vniuerſali: alioquin non eſt vniuerſale & conſequenter deſtruitur. Ergo ad eſſentiam ipſius illud neceſſarium eſt, & dicitur eſſe de forma ipſius, quæ dat eſſe rei.

Non poterit ergo eſſe petitio hæreditatis, niſi contineat in ſe iſtud ius vniuerſale, ſub quo omnes res hæreditariæ continentur. Quomodo ergo poterit ad vnam rem tantùm coar-

tùm coar-

cùm coangustari? Non puto: sicuti nec animal rectè quis ad solum hominē restrinxerit: nec etiam rectè quis hæredem esse dixerit eum, qui in vna tantùm re succedit, cùm hæreditas nihil aliud sit, quàm successio in vniuersum ius, l. Nihil aliud, de verb. signific. Atque hæc prioribus scriptis meis, cap. 91. adiunxisse non pœnitet.

CAPVT XCVII.

Petens dimidiam partem hæreditatis, an possit lite contestata petere alteram dimidiam: & sic emendare libellum addendo portionem, quæ ei superuenit?

AFfirmant Baldus in d. l. edita, in repetitione, n. 38. & ibi, Deci. n. 25. C. de edend. Negant verò ibid. Alex. n. 5. Cagn. nu. 62. Gozadinus n. 61. Prioris sententiæ fundamentum est: quia portio non petita videtur contineri sub petita, & quia ob portionem superuenientem reconualidatur iudicium, l. qui repudiantis. ff. de inoff. testam. & arg. text. in l. Et an eandem, §. qui cum, ff de excep. rei iud iuncta l. si totam, de acquir. hæred. & argumento tex. in l. si rem. §. vlt. ff. de pignoribus. Posterioris sententiæ fundamentum est: quia portio, quæ accrescit est diuersa à portione petita: nec comprehenditur sub ea.

Breuiter agendo & veritati studendo placet hæc in re distinctio doctissimi Menochij in additione ad casum 176. de arbit. Iudicum, n. 34. cum sequent. Is distinguit tres casus.

Primus est, quando is, qui solam dimidiam hæreditatis petiit, habebat cohæredem qui nihil petiit. Hoc in casu portio, quæ postea accrescit, non dicitur esse comprehensa sub petitione istius, ideò non potest emendari libellus.

Secundus casus est, quando ambo hæredes petiuerunt hæreditatem, quilibet dimidiam: & vnus eorum deseruit iudicium. Tunc portio illius alteri accrescit, tanquam substituto. Meritò fieri potest emendatio libelli per additionem alterius partis: quia in alterum transiuit portio, quæ defecit: & etiam instantia iudicij, l. si ponas. §. vlt. de inoff. test. l. quidam testamento, ff. de vulgari. vbi probatur, eum, cui accrescit portio deficiens, substitutum censeri. Et tradit Ripa in l. re coniuncti, n. 201. de legat. 3. In substitutum autem transire instantiam iudicij, probatur in l. si defunctus, de procuratoribus, & notat Bart. in l. 1. C. si pendente appell.

Tertius casus est: quando vnus ex hæredibus petiit totam hæreditatem, cùm dimidiam petere debuisset: & lite pendente superuenit ei altera dimidia, tunc iudicium conualidatur propter ius superueniens: nec opus est emendatione libelli. Et hoc casu loquitur tex. in d. l. Qui repudiantis & iura superiùs adducta pro sententia priore. Scio Bologn. in d. l. edita. n. 59. aliter distinguere, sed magis placet quod dictum est.

CAPVT XCVIII.

An libellus emendari possit post litem contestatam in iudicijs generalibus?

GLossa in l. edita. C. de edendo, in verbo, *emendari*, existimauit libellum emendari posse lite contestata in iudiciis generalibus, cuius sequaces merito appellari possunt omnes hi, qui dixerunt, eiusmodi emendationem etiam in particularibus iudiciis permissam esse post litem contestatam. Fundamentum est in l. licet, C. de iudiciis, vbi probatur, eum qui egit super vna specie administrationis, agere posse etiam super alia.

Sed perquàm infirmum est hoc fundamentum: quia textus in d. l. licèt, loquitur quando sententia lata est super specie proposita administrationis. Verba sunt ista: *Et ideò, si rursus eundem iudicem petieris contra vtilem exceptionem rei iudicatæ, si de specie, de qua agis, in iudicio priore tractatum non esse allegas, non inutiliter replicatione doli mali vteris.*

Ex quibus verbis apparet, textum loqui, quando iam sententia lata fuit super vna specie administrationis: & quæritur, an res iudicata obstet agenti super alia specie? & respondetur, non obstare.

Explosa igitur hac sententia amplecti iuuat communem sententiam, quæ docet in iudiciis generalibus permissam non esse huiusmodi emendationem eisdem rationibus, quibus in iudiciis singularibus permissa non est, sicuti adnotarunt Alex. in d. l. edita, nu. 9. Ias. n. 13. Decius n. 26. Curtius iun. n. 76. Cagn. nu. 65. Bolognet. & alij quibus addo Menoch. hanc rem optime explicantem in additione ad casum 176. de arbitrariis iudic. nu. 34. cum sequenti.

CAPVT XCIX.

Quomodo sit intelligendum, emendationem libelli fieri posse ante litem contestatam?

LIbellum emendari posse ante litem contestatam, omnes fatentur in l. edita, C. de eden. Sed difficultas est, quomodo id accipiendum sit? Nam Alex. ibi dixit, intelligendum esse, cùm fit emendatio in præiudicium actoris: secus, si fiat in præiudicium rei. Fundamentum est: quia ex verbis libelli confes

tio actoris oritur, per quam ius reo acquiritur, l. cùm precum, C. de lib. causa, ideo non potest ius quæsitum ei auferri.

Contrariam sententiam Decius habuit in d. l. edita, in quarto notab. & Menoch. post alios in addit. ad casum 176. de arb. iud. nu. 45. cum seq. Fundamentum harum est in l. edita, quatenus dicit emendationem fieri posse, quæ cùm sit specialis dispositio, de libello iudiciali loquens, præferenda est regulæ generali, tex in d. l. cùm precum, c. generi, de reg. iur. in 6.

Hæc posterior sententia & communior est & verior: quia tex. habet clarum in d. l. edita.

Non obstat text. in d. l. cùm precum, quia præter responsiones allatas à Menoch. vbi suprà, illa est clarissima responsio, quæ colligitur ex l. 2. C. de erro. aduocat. vbi dicitur, errorem non nocere aliquid exprimenti in precibus.

Fateor igitur confessionem, quæ oritur ex precibus, supplicanti præiudicare: & contra eum probare, hoc est, quod continetur in d. l. cùm precum. Sed id accipiendum est, nisi confessio facta fuerit in precibus per errorem. Tunc enim reuocari potest, & nihil supplicanti nocet, l. 2. C. de erro. aduocat.

Similiter & in libello actoris confessio ei nocet & reo prodest: nisi fuerit reuocata, per emendationem libelli factam ob errorem commissum: & ita loquitur tex. in d. l. edita.

CAPVT C.

An mutatio libelli sit permissa ante litem contestatam?

Communis est Doctorum sententia in l. edita, C. de edendo, libellum posse mutari ante litem contestatam: & firmissimum habet fundamentum in illo textu, qui apertè hoc dicit & probat.

Contrariam sententiam amplexa est glo. in d. l. edita, & post eam, Petrus à Bellapertica authoritate textus in auth. qui semel, cod. quomodo & quando iudex. Et, quia secundùm Petrum lis videtur esse contestata pro parte actoris ex ipsa libelli productione: quod Petri dictum secutus est Bart. in l. Naturaliter, §. Nihil commune, col. vlt. & ibid. Iason. n. 79 de acq. poss.

Cui sententiæ adstipulari etiam videtur decisio Rotæ 374. incip. si dato libello, in nouis vbi Rota decidit: litem haberi pro contestata, quo ad actorem, qui dedit libellum: & post libellum datum institit, vt reus responderet.

Sed istis non obstantibus, non est recedendum à communi sententia: & quod attinet ad text. in d. auth. qui semel, nihil obstat. Dicitur ibi, actorem cogi perseuerare in ea actione, quam semel in iudicio proposuit. Cuius rei sensus non est, libellum mutari non posse, sed sensus est, vt declarat ibi Paul. Castren. reum posse etiam, lite non contestata, actore absente, obtinere expeditionem caussæ.

Pro cuius rei cognitione notanda sunt tria tempora. Primum est antiquum, quando actor post libellum datum, absentauerat à iudicio, tunc reus hoc tantum obtinebat, vt liberaretur ab obseruatione illius iudicij, text. est in l. & post edictum. ff. de iudiciis. Secundum tempus fuit nouum, quando cautum fuit, vt si actor abesset, posset reus lite contestata obtinere expeditionem caussæ, text. in l. properandum, § & si quidem, C. de iudiciis. Tertium tempus est nouissimum, quando scilicet constitutum est, vt etiam ante litem contestatam possit reus actore absente impetrare expeditionem caussæ: & sic actor cogitur perseuerare in actione proposita: quia post actionem propositam non potest recedere à iudicio & euitare expeditionem caussæ. Non obstat quòd dicitur litem intelligi contestatam pro parte actoris: quia hoc nullo modo admittendum est, repugnat enim text. in l. vn. C. de litis contest. Vbi inter actionem editam, & litem contestatam, multum interesse dicitur, & tradit Felin. in cap. 1. de litis contestatione. Et necessarium est dicere: alioquin non esset licita mutatio, vel emendatio vllo tempore. Non post litem contestatam: secundùm veram & communem sententiam Doctorum in d. l. edita. non ante litem contestatam, quia pro parte actoris intelligeretur contestata. Quod est ridiculum & contra text. in d. l. edita.

CONTRA-

CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER XII.

CAPVT PRIMVM.

De cumulatione plurium actionum ad intellectum, l. fundum, & l. fundi, de exceptionibus.

Cum verum est & vera Doctorum sententia in l. edita, C. de edendo cumulationem plurium actionum non esse admittendam, quoties ita se habent: vt absolutoria lata in prima actione pariat exceptionem rei iudicatæ in alia. Fundamentum est in l. fundum, & l. fundi. ff. de except. Difficultatem facit Castrensis & Zasius in d. l. fundum, existimantes probari ex dicta lege, & l. seq. tunc impediri cumulationem, quando plures actiones sic se habent, vt condemnatoria lata in secunda actione pariat præiudicium in prima: quia dum textus prohibet, post intentatam rei vindicationem ad fundum, cumulari actionem ad viam, rationem adfert: quia non aliter probaturus sum viam mihi deberi, quàm si probauero fundum meum esse. Itaque, si in secunda actione, quæ proposita est ad viam, sequeretur rei condemnatio, præiudicium fieret primæ actioni super fundo institutæ: nam actor non potest obtinere in actione ad viam, nisi probet se dominum fundi, in quo consistit victoria primæ actionis institutæ ad fundum, cui propterea fieret præiudicium.

Secundo loco difficultatem facit, quod Cumanus dicebat in d. l. fundum, ideò non admitti cumulationem in memoratis casibus, quia prima actio, instituta ad fundum dignior & maior est secunda actione, instituta ad viam, & ad fructus. Sed per minorem actionem non debet fieri præiudicium maiori, l. Per m[illegible] præiudicium m[illegible] cumulatio, quia dicit Iurisc. in d. l. fundum: si viam petant, exceptionem, quod præiudicium fundo non fiat, &c.

Tertio loco Socin. in l. fundum, ait cumulationem impediri: quia actio ad viam & ad fructus accessoria & dependens est à prima actione directa ad fundum.

Quarto tandem loco Coras. miscel. lib. 2. c. 5. aliter intelligit, ait enim non impediri cumulationem per aliquam regulam ex supradictis, sed quia, (vt ait Iurisconsultus in d. l. fundum,) per actionem ad viam fit præiudicium prædio, quòd non aliter actor probaturus sit viam sibi ad fundum deberi, quàm si probauerit fundum suum esse.

Sed non est recedendum à communi sententia. nam, quod attinet ad intellectum Castr. respondemus, verum esse id, quod ait. scilicet in casu d. l. fundum, condemnatoriam latam in secunda actione, instituta ad viam, præiudicium parere in prima actione, instituta ad fundum: sed concedat etiam Castrensis nobis istud quoque verum esse, nempe, absolutoriam ibi latam in prima actione, parere exceptionem rei iudicatæ in secunda. Sicut n. Castrensis considerat, necesse esse ad obtinendũ in actione viæ, vt probetur dominiũ fundi ad actorem pertinere: ac proinde infert cõdemnatoriam secutã super via præiudicare super fundo: ita & nos cõsideramus, necesse esse ad obtinendum in caussa viæ, vt probetur dominium fundi: ac proinde dicimus, absolutoriam secutam super fundo, præiudicare actori super via, quia non aliter debetur via

ad fundum, nisi actor sit fundi dominus.

Hoc autem inter Castrensis sententiam, & nostram interest: quod magis probabiliter elicitur ex dictis legibus, id quod nos diximus, quàm quod Castrens. dicit: etenim probabilius est, primam actionem institutam ad fundum priùs expediendam esse, quàm secundum iudicium institutum super via, l. qui prior. ff. de iudic. Auth. His consequenter, Codice de sentent. & intell. omn. iud. & ideò ex priore actione præiudicium in secundam verisimilius institui potest, quàm ex secunda, quæ posteriore loco expedienda est in primam actionem.

Ad intellectum autem Cumani facilior est responsio: quia etsi actio ad fundum sit dignior actione ad viam: non tamen à Iurisconsulto ibi consideratur hæc (vt sic dixerim) dignioritas, sed considerat Iurisconsultus præiudicium, quod fit caussæ motæ ad fundum, vt contra Cumanum animaduertit quoque Socinus: qui & contra eum considerat verba textus, quæ habentur in l. sed etsi ante, quæ lex sequitur post l. fundum, ibi quia diuersa sunt corpora & caussæ restitutionum dispares.

Hac ratione tollitur etiam intellectus Socini, quatenus aduersatur regulæ suprà dictæ: nam vt concedamus, actionem ibi ad viam & ad fructus, dependentiam aliquam (vt ita loquar) habere à prima actione ad fundum: non tamen hoc efficit, vt regula indè non probetur: nam vix considerari potest casus, in quo absolutoria in prima actione lata, pariat exceptionem rei iudicatæ in secunda, nisi secunda actio aliquo modo dependeat à prima.

Quod verò attinet ad Corasium: etsi is rectè dicat & ipsa verba d. l. fundum, ratiocinetur: quæri tamen ab eo posset, quæ sit ratio, aut præiudicium, quod pretio fiat ex eo, quod petens ad viam aliter probare non potest, sibi viam deberi, quàm si probauerit fundũ suum esse? An, quia in iudicio viæ sequi condemnatoria potest, ob quam aperta esset via condemnandi ipsum reum, etiam in causa fundi? At istud est, quod dicebat Castrens. quod, vt suprà ostensum est, vel non subsistit, vel non resistit regulæ supradictæ. An verò præiudicij ratio in eo posita est, quòd reus dicere potest non cumulandam actionem viæ: quia in ea caussa fundi sequi posset absolutio rei, qua absolutione secuta iam reus esset liberatus etiam ab altera actione ad viam? si hæc ratio est, incidimus in regulam, qua diximus prohiberi cumulationem, quando absolutoria lata in prima actione pariat exceptionem rei iudicatæ in secunda. An verò præiudicij ratio in eo versatur, quòd probatio ipsa domini, quæ in caussa vix necessaria est, afficit præiudicium caussæ fundi: etiam abstrahendo probationem à sententia, id est, considerando probationem per se, etiam in eo casu, quo non deberet sequi aliqua sententia, vel condemnatoria, vel absolutoria rei? At probatio hunc in modum considerari non potest: quia omnis probatio in iudiciis ad eum finem dirigitur, vt sequi debeat sententia. Hinc dicimus non esse recipiendas probationes, quæ non releuant, l. Ad probationem. C. de probatio. cum concord. Quare quomodocunque res consideretur, apparet optimè probari regulam communem, de qua suprà per d. l. fundum, & l. fundi.

CAPVT II.

Quare admittatur cumulatio actionis personalis & hypothecariæ.

Sed præsuppositis iis, quæ dicta sunt in præcedenti capite, oritur dubitatio: quare admittatur cumulatio actionis personalis & hypothecariæ, vt in §. sed neque, in Auth. de fideiuss. cum absolutoria in personali lata pariat exceptionem rei iudicatæ in hypothecaria, l. si deferente, ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.

Prima solutio est Dyni, in cap. nullus, de regulis iuris l. 6. qui respondit cumulationem admitti: quia fit vno & eodem tempore. Sequitur Boerius decis. 34. & sic sentit, non admitti cumulationem, quando separatim vna actio post aliam intentaretur, quod non placuit Bartolo nec Baldo: quia etiamsi separatim intentetur, admitti debet cumulatio ex eo, quòd generaliter admittitur in d. §. sed neque: quam sententiam, vt etiam separatim cumulatio hoc in casu admittatur, secutum est concilium Neapolitan. decisione 80. in decis. Capycij.

Secunda est solutio Bartoli in l. edito, C. de edendo, quòd sit speciale in personali & hypothecaria, vt admittatur cumulatio, licet absolutoria lata in vna pariat exceptionem rei iudicatæ in altera. Ratio specialitatis est: quia ex illo iure authenticorum, creditor in eo est grauatus, vt non possit hypothecaria agere contra tertium possessorem, ante factam excussionem bonorum principalis debitoris: meritò debet in alio releuari, vt contra debitorem possit agere simul vtraque actione, scilicet personali & hypothecaria.

Tertia est solutio Baldi, eam esse rationem: quia hypothecaria est veluti accessoria ad personalem actionem: meritò potest cum

cum ea concurrere, maximè, quia ad idem competit.

Quarta est solutio Castrensis in dicta l. edita, qui dicebat admitti cumulationem personalis & hypothecariæ, vt in d. §. sed neque, in hoc sensu, vt cumulatio admittatur sub conditione, non autem simpliciter, videlicet, vt hypothecaria censeatur intentata sub ista conditione scilicet quatenus actor foueat ius in personali, sicuti dicitur, querelam inofficiosi cumulari posse cum repetitione hæreditatis conditionaliter, quatenus scilicet actor obtinere debeat in querela, l. qui de inofficioso, ff. de inoff. testa. & ibi nota.

Quinta solutio est Soc. cuius responsio placuit etiam Decio in dicta leg. edita, dicebat Socinus fieri cumulationem personalis & hypothecariæ, sed non contra eandem personam, quomodo loquitur regula prohibitiua, sed videtur fieri contra diuersas personas, nam agitur personali actione contra debitorem vti obligatum, agitur autem hypothecaria contra eundem, non vti debitorem obligatũ, sed vti possessorem rei obligatæ creditori, & sic, veluti tertium quodammodo possessorem.

Sexta & vltima solutio est Alciati, qui considerauit, istam cumulationem personalis & hypothecariæ fieri ad diuersas res, nam personalis datur aduersus personã debitoris quæ obligata est: hypothecaria autem ad consequendas res obligatas, merito fit cumulatio, sicuti quis, potest aduersus furẽ agere, ut rem ablatam restituat, & vt debitis pœnis plectatur, l. Interdum. §. qui furem, ff. de furtis. Quanquam igitur solutiones omnes notabiles sint, & ingeniosæ, placet tamen magis Socini solutio, quam magnopere adiuuant verba d. §. sed neque eam, posteaquam ibi dictũ fuit, creditorem agere non posse contra tertium possessorem, nisi prius excussionem fecerit bonorum debitoris, ait Imperator quãdo bona ipsa obligata possidentur à debitore, licentiam esse creditori, quemadmodum dudum erat agendi aduersus debitorem, siue actione personali, siue hypothecaria, siue vtraque simul. Sic patet creditorem, qui possidet res obligatas, esse loco & vice tertij possessoris, contra quem creditor agere potest eodem tempore, quo contra debitorem agebat, vt habetur in l. vltim. C. de act. & oblig. Hæc itaque solutio magis placet, omnes tamen recensere volui, quia nihil nocet auido iuris studioso varias apposuisse epulas.

CAPVT III.

De instrumento ad aliud instrumentum se referente.

NOn creditur Instrumento referenti se ad aliud, nisi illud exhibeatur, ad quod relatio habetur, Auth. si quis in aliquo, C. de edend. Sed quid, si Notarius diceret se illud vidisse, & legisse, Respondet Specu. de instrum. editio. §. restat, col. vltim. tunc probare absque relato, sequitur Iacobinus à S. Georgio in d. Auth. si quis in aliquo. Fundamentum est quia Notarius cũ sit rogatus à partibus, vt videat Instrumentum mandati, quod requiritur ad contractum principalem expediendum, arg. l. ad rem mobilem, §. l. ad mandatum. ff. de procur. Sed non est laudandum hoc fundamentum, quia hoc non est officium Notarij, qui creditur in his quæ sunt à contrahentibus, dicentibus, se habere mandatum vt declarat Dec. in d. Auth. si quis in aliquo, num. 39.

Contrariam igitur sententiam habuerunt in d. Auth. si quis in aliquo, Albert. Castrens. Alex. Iaf. Dec. & alij communiter, quos & ipse sequor, & fundamentum est in d. Auth. si quis in aliquo, vbi est regula generalis, quæ nullo iure reperitur in isto casu limitata.

Et hæc conclusio locum habet, etiam si tenor Instrumenti, ad quod relatio habetur, fuerit insertus in alio instrumento, ut est [illegible] in c. Abbate, in ver. [illegible] Cagnolus in d. Auth. si quis in aliquo, [illegible] decis. 275.

Fallit inter easdem partes Alexan. [illegible] in d. Auth. si quis in aliquo, circa finem & consil. lib. 4. Card. & Felin. in c. vlt. de [illegible] Cagnolus in d. Authen. si quis in aliquo. Vrsillus ad Afflict. decis. 273. Fundamentum est in l. Optimam, C. de contrahenda & commit. stip.

Contrarium voluit Dec. in d. Auth. si quis in aliquo nu. 34. motus ex regula illius text. per quem dicit limitari dictam regulam dict. leg. optimam, & quia regula d. l. optimam, non loquitur de verbis enunciatiuis, quæ relationem habent ad aliud, tunc enim non videtur probare, nisi quatenus continetur in relato.

Non est recedendum à communi sententia, dummodo in actu unico referente tenor relati clarè & explicitè contineatur, vt declarat Cagnol. in dict. Auth. si quis in aliquo nu. 34. Tunc enim refertur creditum absque relato, l. vlt. Cod. de fide instrumentorum [illegible] & ibi Bald. notat. & alij, quos refert & sequitur Cagnol. ibid. Hæc tamen limitatio non procedit, vbi contingat de enunciato principaliter disputari, quia tunc non probat, etiam inter ipsas partes, ita Bart. Dec. & alij communiter in d. Auth. si quis in aliquo, nu. 32.

Fundamentum est in cap. illud, de præsump. Et quia text. in dict. l. optimam loquitur

quoad validitatem actus, de quo verba enunciatiua loquuntur.

At Socin. sen. in consil. 68. cum pen. lib. 2. contrarium docuit motus ex doctr. Bart. in l. gerit, num. 15. de acq. hæred. & ex §. illud in Auth. vt fratrum filij. Sed non est recedendum à communi, quæ verior est, vt dicebat Fel. in d.c. illud. de præsumpt.

Non obstat doctr. Bart. in d. l. gerit: quia loquitur de verbis enunciatiuis prolatis in aditione hæreditatis, quæ cùm ab animo dependeat, ex quibuscunque verbis inducitur, dummodò animus adeundi colligi possit, licet verba sint enunciatiua, & ob aliud prolata, vt declarat Ias. in l. ex his verbis, in 6. lim. C. de milit. test. m. Ad textum in § illud, respondetur: probari matrimonium ex instrumento donationis propter nuptias, vbi agitur de donatione ipsa, vel de dotis restitutione, vt declarat Romanus, sing. 451. & sic non probatur si contingat de matrimonio principaliter disputari.

Notandum tamen est, verba ista enunciatiua inter easdem partes facere aliquam præsumptionem, etiamsi contingat de enunciato principaliter disputari: quæ præsumptio habet vim semiplenæ probationis. Rom. sing. 451. Felin. in d. c. illud. de præsump. Ruin. cons. 141. n. 13. li. 5. alias, limitat, & declarat. vide apud Mascard. Menoch. & alios.

CAPVT IV.

An legitima sit pars quota bonorum, vel hæreditatis?

Communis est sententia, legitimam esse quotam bonorum, non autem hæreditatis, vt notat Ias. in auth. nouissima, circa principium. C. de inoffic. testam. Alexander in l. ita tamen. §. si patronus, nu. 2. ff. ad Treb. l. Castillus in § legitima, quæstione prima Menoch. de adipisc. poss. rem. 4. n. 162. & 164. Rom. decis. 464 in 1. pa. t. in nouiss. Fundamentum est, quia legitima deducitur deducto prius ære alieno, l. Papinian. §. quarta. ff. de inofficio. testamen. Ergo est quota bonorum, non autem hæreditatis, quia bona dicuntur, quæ supersunt deducto ære alieno, l. subsignatum. § bona, de verb. sign. ff. hæreditas autem dicitur continere æs alienum, l. si quis seruum. §. vlt. de legatis 2. Et in terminis est textus in l. cum quæritur, C. de inofficioso testa. vbi legitima appellatur pars bonorum.

Sed istis non obstantibus, ego puto hanc communem non esse veram, sicuti ostendit Vasquius de successionum creatione, lib. 2. §. 20 parte 4. n. 211.

Moueor primo ex d. authentica nouissima, vbi legitima est triens vel semis pro num. liberorum. Ergo est pars hæreditatis: quia hæreditas diuiditur in duodecim vncias. §. hæreditas instit. de hæred. instit. Secundo ex l. cum Patronus, de legatis 2. iuncta gl. vbi legitima appellatur debita pars hæreditatis. Tertiò ex l. ita tamen, §. si patronus. ff. ad Trebell. vbi idem probatur. Quarto ex l. si mus, §. cum autem. C. de inoff. testam. vbi similiter legitima dicitur pars hæreditatis. Quinto, quia legitima debet relinqui titulo restitutionis § aliud quoque, in authent. vt cum, de app. cogn. ergo filius dicitur esse hæres institutus in legitima, si est hæres: ergo habet hæreditatem aliquam. Non enim hæres intelligi potest absque hæreditate: sed non habet totam hæreditatem. Ergo habet partem. Sextò: legitima dicitur pars substantiæ, in auth. de triente & semisse. Substantia autem accipitur pro patrimonio, l. vlt. C. de verbor. sign. Patrimonium autem est hæreditas, l. 3. de bonorum possess. Septimò. quia, si legitima esset pars bonorum filius posset eam deducere, & reliquam hæreditatem repudiare, l. filio pater de legatis 2. Sed hoc est falsum: quia filius non potest hoc facere, vt probatur in l. 1. & 2. & in l. si solus, de acq. hæred. dixi lib. 4. controuers. c. 65. Addo nunc Vasquium in d. authentica nouissima, post num. 215. & Tiraq. de iure primog. quæst. 5. num. 10. Postremò moueor: quia legitimæ peti potest actione petitionis hæreditatis, & familiæ erciscundæ, & similibus: quæ dantur inter hæredes, & hæredibus competunt, vt notat Alexander in lege quia poterat, col. penult. ff. ad Trebell.

Non obstat, quòd legitima deducatur deducto ære alieno: quia præter responsionem Castrensis, in l. ita tamen. §. si patronus. ff. ad Trebell. quæ pulcherrima est, & potissima responsio. Ego dico istud non contingere, propterea quod legitima non sit pars hæreditatis. Ratio est: quia est pars hæreditatis priuilegiata & lib. p. priuilegium, vt eam ex omnia n. illam eximit à natura hæreditatis, quæ subiacet æri alieno. Nihil. . . . ex hoc proponitur, cur non debeat appellari pars hæreditatis, non minus, quam . . . is dicitur testamentum militis non esse testamentum, quia priuilegia multa habet contra regulas testamentorum. Nec obstat etiam, quod appelletur pars bonorum in d. l. cum quæritur, & alibi. Quoniam hæc verba significant hæreditatem, l. nam quod, § vlt. ff. ad Trebellianum.

CAPVT V.

De legitima augmento ad caput 25. lib. 4. controuers.

Dixi-

DIxi, lib. 4. controuerſ. ca. 26. multa de augmento legitimæ tam intrinſeco quàm extrinſeco: & conſtitui, duas concluſiones. Prima fuit, ſi agatur de extrinſeco augmento, legitimam non augeri, ſi ſec bona patrisfamilias poſt mortem eius augeantur. Addo pro confirmatione Baptiſtam Aymum, in tractat. de alluuionibus, lib. 2. c. 20. Rotam deciſ. 347. parte 1. in nouiſſim. Altera fuit concluſio: ſi agatur de augmento intrinſeco, legitimam augeri. Addo pro confirmatione Baptiſtam Aymum, vbi ſuprà, vbi refert, ita, fuiſſe iudicatum Bononiæ. nec non etiam coram tota anno 1575. & vide d. deciſionem 347.

Quod verò attinet ad text. in l. ſerui qui. ff. ad l. Falcidiam, qui videtur obſtare: addo pro ſolutione, Alex. in l. in ratione, *la ſeconda*, ſub n. 6. ff. ad l. Falcidiam.

CAPVT VI.

An filius approbando teſtamentum patris in quo, certis rebus relictis prohibitus fuit, plus non petere, etiam ratione legitimæ, dicatur renunciare legitimæ?

FIlius approbando teſtamentum patris, in quo minus legitima ſibi fuit relictum cũ prohibitione, ne plus petat, etiam ratione legitimæ, videtur renunciare legitimæ, Baldus in l. 1. col. penul. verſ. ſed pone, C. de iure fiſci. Gulielm. de Bened. in c. Raynutius, in ver. reliquit. n. 40. de teſtam. Rimin. ſen. conſ. 243. n. 74. lib. 2. Ruin. conſil. 56. num. 8. lib. 2. Rubeus conſ. 47. n. 5. Calcan. conſ. 57. nu. 12. Cagn. in l. Papinianus, §. meminiſſe, nu. 17. de inoff. teſta. Pariſ. conſ. 9. nu. 2. lib. 3. Dec. conſil. 687. Curt. iun. conſ. 159. Socin. iun. conſ. 121. Anto. Gabr. de legit. concl. 8. nu. 11. Marzar. in tract. de fideicom. q. 90. Pedroca conſ. 6. nu. 41. vbi alios adducit, quibus adde Surd. conſ. 357 n. 32. Fundamentum eſt: quia filius videtur hoc in caſu expreſsè renunciare legitimæ, cùm relationem habeat ad teſtamentum, & in teſtamento fiat mentio legitimæ, cum relatum ſit in referente verè & propriè l. Aſſe toto. ff. de hæred. inſtit. cum aliis ſimilibus.

Illis non obſtantibus, contrariam ſententiam amplector, quam ſecuti ſunt, Alex. conſ. 18. n. 12. & conſ. 89. n. 15. lib. 4. Ruin. conſ. 58. nu. 12. lib. 5. D. Cephal. conſ. 42. nu. 4. addentes ad conſ. Decii 487. & plurimi alij quos refert, & ſequitur Fab. Turretus conſ. 1. lib. 2. poſt n. 16. vbi teſtatur hanc eſſe magis communem opinionem, quibus ad io Magiſtrum Manticam de coniect. li. 7. tit. 8. nu. 10. Fundamentum eſt in § cæterùm, in authent. vt cùm de appel. cognoſ. iuncta l. ſi quando, §. & generaliter, C. de inoff. teſt. verba text. ſunt iſta: *Cæterùm, ſi quis hæredes fuerint nominati, etiamſi certis rebus iuſſi fuerint eſſe contenti, hoc caſu teſtamentum quidem nullatenus ſolui præcipimus, quicquid autem minus eis legitima portione relictum eſt hoc ſecundum alias noſtras leges ab hæredibus adimpleri.*

Ex quibus verbis manifeſtum eſſe liſt: approbationem teſtamenti paterni, hoc in caſu filio non nocere. Ratio eſt: quia non eſt in poteſtate teſtatoris diminuere legitimam, filius ergo approbando teſtamentum patris facit id, quod facere obligatus eſt, cùm non poſſit illud reſcindere: ſed teneatur illud obſeruare, & ſupplementum legitimæ petere. Non ergo ſibi præiudicauit approbando teſtamentum patris: quia ſciebat, vel ſcire poterat ius ſuum durare.

Non obſtat fundamentum contrariæ opinionis: quia aduertendum eſt, approbationem teſtamenti nõ repugnare petitioni ſupplementi, quia in d. §. cæterum, datur licentia filio acceptandi res relictas, & nihilominus petendi ſupplementum non obſtante patris diſpoſitione in contrarium. Approbans ergo teſtamentum patris videtur accepture relicta: ſed non ſibi præiudicat in ſupplemento legitimæ, niſi ſpecialiter & expreſsè renunciauerit dicto ſupplemento: & (vt dicebam) neceſſarium eſt, vt filius approbet teſtamentum, ſi vult conſequi res ſibi relictas: & tenetur illud approbare, etiam inuitus: quia ſcilicet, non poteſt petere illud reſcindi, tanquam inofficioſum, lege omnimodo. C. de inoff. teſtam.

Et ideò non placet eorum opinio, qui diſtinguunt inter acceptationem legati, & approbationem teſtamenti, veluti Ruin. conſi. 60. nu. 4. lib. 2. D. Ceph. conſ. 617 nu. 192. quia ſemper obſtat ratio ſupradicta: quòd ſcilicet filius non poteſt impugnare teſtamentum patris, in quo ſibi minus relinquitur legitima portione: & quia cogitur acceptare relicta, & poteſt ſupplementum petere, vt in d. §. cæterum.

CAPVT VII.

Per approbationem teſtamenti, in quo legitima fuit cum onere relicta, an legitima oneri ſubiecta eſſe cenſeatur?

CVm legitimæ onus adiectum pro non ſcripto habeatur; l. quoniam in prioribus, C. de inof. teſtam. l. ſcimus, §. cum autem, C. eod. titul. non video, cur filius acceptando legatum, vel fideicommiſſum, vel teſtamentum patris approbando, in quo legitima eſt grauata, & oneri ſubiecta reſtitutionis, vel ſimili, intelligatur onus iſtud agnouiſſe:

nam, si onus legitimæ in testamento patris scriptum non esset nemo diceret, legitimam filii oneri subiectam, eam ob causam quod filius patris testamentum approbaret. Ergo [illegible] dicendum, etiamsi adiectum sit, & [illegible] inde est, ac si non esset scriptum, quia non scriptum habetur legis fictione. Parua enim sunt, aliquid esse, vel haberi pro tali, quantum ad iuris dispositionem, quia fictio æquiparatur veritati: l. si is qui pro emptore de vsucap. & ibi not. Bart. & alij, atque ita docent multi apud Gabriel. de comm. [illegible] testamentum, tit. de legitima, conclu. 1. n. 7. & plurimi alij apud Simonem de Prætis de interp. vlt. vol. lib. 5. dubio 3. num. 117. & apud Turrictum consil. n. 4. [illegible] lib. 2.

Contrarium responderunt Decius consilio 687. Parisius consil. 9. lib. 3. Socin. iun. consil. 127. lib. 1. Curt. iun. consil. 59. Surdus decis. 21. post nu. 20. Fundamentum est, quia filius videtur consentire, & acceptare tale onus expresse, & renunciare fauori suo, quod potest, l. si quando. §. & generaliter. C. de inoff. testam. Relatum enim est in referente, & sic filius approbando testamentum patris, in quo est tale onus, videtur approbare, & acceptare illud onus. Nec obstat quod dicitur de legitima onus reiici, & pro non scripto haberi, quia hoc non habet locum filio consentiente, nec quando filio extra legitimam relictum fuit.

Sed ista nihil mouent. Nam, si onus à principio habetur pro non scripto, ergo intelligi nō potest à filio acceptatum, quia lex facit non extare, & legitimam liberè fuisse relictam, sicut testator tenebatur, vt testamentum valeret. Nec obstat text. in d. §. & generaliter, quia loquitur, quando filius verbis expressis renunciaret legitimæ, & idem diceret, si verbis expressis filius acceptaret onus legitimæ adiectum, quia tunc cessaret fictio legis filio volente, & declarante, se onus illud acceptare. Et verum puto, onus de legitima reiici [illegible] tantum in casu, quo filius institutus est in [illegible] legitima, quia contrarium probat text. in [illegible] §. cum autem. C. de inoff. test. vbi tota hæreditas filio relicta erat, & tamen legitimam portionem Imperator exemptam esse ab onere decidit.

CAPVT VIII.

Vtrùm generalis renuntiatio iuramento confirmata extendatur ad legitimam?

Dixi lib. 3. cap. 25. generalem renuntiationem iuramento firmatam bonorum paternorum extendi ad legitimam. Addo nunc hanc conclusionem communiorem esse. Roland. cons. 69. n. 45. lib. 4. Menoch. consil. 7. num. 24. Decian. cons. 6. n. 46. lib. 1. Burs. ... consil. 115. num. 18. nouissime, hanc esse magis communem & frequentiori calculo receptam testatur Vincentius Mancinus de iuramento, par. 4. effectu 168. quæ addentia esse putaui praedictis scriptis, quoniam magni est in materia iudicii Doctorum auctoritas, & magis communis opinio præualere solet.

CAPVT IX.

Vtrùm supplementum legitimæ tollatur præscriptione triginta annorum, vel potius quinquennij?

Conatus est Bart. in l. si quis filium, C. de inoff. testament. & in consil. 14. incip. ad ius agendi demonstrare, ius agendi ad supplementum legitimæ, tolli per lapsum quinquennij.

Primò auctoritate textus in d. l. si quis filium, in fine. Nam, cum suprà mentionem fecisset non solùm querelæ de inofficioso testamento, verùm etiam supplementi legitimæ, postea subiecit in fine tempus quinquennij, quod Bartolus existimauit referendum esse, tam ad querelam, quàm ad supplementi petitionem.

Secundò auctoritate textus in l. vlt. C. de inoff. donatio. iunctis notatis per glossam in l. 1. C. eod. tit. querela inofficiosæ donationis datur ad instar querelæ inofficiosi testamenti, & eodem tempore finitur, quo finitur querela inofficiosi testamenti, sed querela inofficiosi testamenti finitur quinquennio. Ergo & querela inofficiosæ donationis, sed querela inofficiosæ donationis datur pro supplemento legitimæ, vt notat glossa in d. l. vlt. ergo similiter finitur quinquennio. Sicut ergo finitur quinquennio actio ad supplementum in donatione inofficiosa, ita etiam actio ad supplementum finiri debet, vbi testamentum est inofficiosum.

Tertiò, quia ius agendi ad supplementum succedit in locum querelæ de inofficioso testamento. l. omnimodo, C. de inoff. testa. ergo eius naturam imitari debet, quæ est, vt quinquennio finiatur.

His non obstantibus, communis sententia amplectenda omnino videtur, quam firmant Iason in d. l. si quis filium. Alex. consil. [illegible] num. 4. lib. [illegible] & consil. 10. nu. 2. lib. 3. Guido Papæ decis. 82. Surd. consil. 148. n. 13. & 185. n. 22. Hieron. Gabr. cons. 106. lib. 1. & cons. 137. n. 14. li. 2. D. Ceph. cons. 148. n. 43. Viuius com. opin. 458. Pedroca in cons. 6. n. 44. Rimin. iun. cons. 31. n. 59. lib. 1.

Funda-

Fundamentum eſt: quia actio omnis durat triginta annis, l. omnes, l. ſicut. C. de præſcript. 30. vel 40. ann. ergo & actio illa, quæ competit ad ſupplementum legitimæ.

Non obſtant contraria. Nam, quod attinet ad textum in d. l. ſi quis filio, reſponſio eſt clara: verba eſſe referenda ad querelam, non autem ad ſupplementum. Nam hæc ſunt verba textus: *Niſi adhuc ſuperſtes vel repudiauit querelam, vel quinquennio tacuit, ſcilicet, poſt aditam hæreditatem.*

Quod verò attinet ad textum in l. vlt. C. de inoff. donatio. iunctis notatis per gloſſam in l. 1. C. eod. tit. reſpondetur; quòd, cùm inofficioſæ donationis competere, ſiue filius agat ad reſciſſionem donationis, ſiue ad ſupplementum legitimæ, meritò finiri debet per lapſum quinquennij: ſed querela de inofficioſo teſtamento non datur, vbi filio relictum eſt aliquid iure inſtitutionis: ſed competit ei actio ad ſupplementum legitimæ. Et ſic apparet diuerſum ius conſtitutum eſſe circa teſtamenta inofficioſa, & circa donationes inofficioſas: nam, cùm publicè interſit ſupremas hominum voluntates exitum ſortiri, teſtamentaque ſuſtinere eorum validitatem, & conſeruationem, ſingulari quodam fauore Legumlatores profecuti ſemper fuere: ſed donationes inofficioſas non tantopere curarunt, & idcircò querelam de inofficioſis donationibus conceſſerunt, etiam pro ſupplemento legitimæ, vt patet in l. 2. & in l. ſi totas, & alibi C. de inoff. donatio. Remanſit ergo querela inofficioſæ donationis in omni caſu, eiſdem legibus, & temporibus circumſcripta, & limitata quibus querela inofficioſi teſtamenti limitata, & circumſcripta fuit. Merito quinquennio clauditur. Secus dicendum eſt circa teſtamenta inofficioſa: quia ſublata querela fuit, & data actio ad ſupplementum, non tam odioſa, cùm non impugnet teſtamentum: ſed potius fauorabilis; meritò ad quinquennium reſtringi non debet.

Non obſtat vltimum argumentum de ſubrogatione: quia negatur iſta ſubrogatio. Ratio eſt: quia eiſdem prodeſt: non autem ſubrogatio, vt vidi licet, non amplius querela, ſed actio ad ſupplementum legitimæ. Quæ quidem conceſſa eſt eiſdem perſonis, quibus querela competit, vt habetur in d. l. omnimodo. Sed nuſquam dicitur conceſſam fuiſſe, ſub eiſdem formis, modis, & temporibus, quibus olim querela de inofficioſo teſtamento conceſſa fuit.

[illegible] G [illegible] conſ. 17. n. 1 & lib. 2. D. Cepha. [illegible] n. 4. Viu[illegible] n. 44. Rimin. iun. conſ. [illegible] n. 59. lib. 1.

CAPVT X.

Vtrum onus de legitima reijciatur ipſo iure, ita vt non ſit neceſſaria petitio, & declaratio filij.

Onus de legitima reijcitur ipſo iure, ſiue conſiſtat in tempore, ſiue in quantitate, & ſiue in ſeruitute, C. de inoff. teſtam. l. quoniam in prioribus eodem. Adeò quòd nulla eſt neceſſaria declaratio filij: ſed, eo moriente, ius illud transmittitur ad eius hæredes, vt notat Salyc. in d. l. ſcimus, numer. 4. & ſequitur Iaſ. ibi num. 2. Angel. conſ. 187. num. 3. Alexan. conſ. 35. num. & conſ. 130. nu. 6. lib. 2. & conſ. 188. nu. 6. Dec. conſ. 81. nu. 1. & 218. n. 4. & 224. n. 4. & 290. n. 4. & 269. nu. 4. & 303 nu. 1. Rumin. conſ. 16. n. 2. & n. 10 & n. 18. & 3. vbi dicit communem & in conſ. 107. n. 12. lib. 9. Cra. conſil. 142. n. 2. alios refert, & ſequitur D. Mantica de coniec. lib. 9. tit. n. 3. & 10. Guido Pap. deciſ. 95. Aretin. in l. de inoff. teſt. n. 6. Boerius deciſ. [illegible] Burſat. conſ. 91. nu. 10. Tuſchus cit. tan; cum [illegible] ſub numer. 15.

Fundamentum eſt probatum & ſolidum, quia filius non debuit neceſſariò id petere & declarare, illud eſſe onus aliquod, ſed nullum onus legitimæ adiectum ſubſiſtere poteſt, quinimò reijcitur, & pro non ſcripto habetur, pureque, & abſque omni onere, & grauamine filio debetur legitima, ipſo iure, vt in d. l. ſcimus, & in d. l. quoniam in prioribus. Ergo illud onus declarandi, & proteſtandi non videtur eſſe admittendum. Quando autem ita res ſeſe habet, vt mortuo patre filio debeatur legitima, ipſo iure, abſque omni onere, & diminutione: & illud ius ſuum, (ſicut & cætera iura, quæ habet) ad quoſcunque ſuos hæredes tranſmittat: nec neceſſaria eſt aliqua declaratio filij circa illud onus: cùm pro non ſcripto, & pro non adiecto habeatur, d. l. quoniam prioribus.

Contrariam ſententiam habuerunt gloſ. in d. l. ſcimus. C. de inoff. teſt. Corneus conſ. 126. n. 9. & 2. Berous, q. 9. n. 12. Rol. conſ. 98. n. 29. li. 2. Nonius conſ. 107. n. 4. D. Ceph. 291. n. 16. Meno. conſ. 206. n. 121. & conſ. 453. n. 4. & 15. Rim. iun. conſ. 379. n. 110. lib. 4. Peruſ. conſ. 6. n. 75. vbi alios adducit, & de communi teſtatur.

Fundamentum eſt: quia hoc videtur eſſe priuilegium perſonale competens filio, in cuius fauorem introductum eſt: & quia quicquid ex legis beneficio alicui defertur, intelligi debet eo volente, & declarante, ſicuti latè explicat Iaſ. in l. vniuerſa, C. de precib. Imperat. offer.

Sed iſta ſunt nimis leuia, nimiſque generalia, ſi rectè conſiderentur: nam fateor in fauorem filiorum hæc introducta eſſe: & ſpeciali quodam priuilegio conceſſa fuiſſe portioni legitimæ quæ omni iure filiis debetur. Sed nego eſſe beneficium perſonale, quod perſonam filij non egrediatur. Repletio

enim fit ipso iure: atque ipso iure grauamen reijcitur, ad hunc effectum, vt filio ius competat, saluum atque integrum & in parentum bonis, pro legitima portione consequenda. Istud ius est iam acquisitum filio. Ergo illud ad hæredes suos transmittere potest, cùm sit dominus, & hæredes succedant in vniuersum ius defuncti Hoc est priuilegium caussæ, non personæ tantum, meritò transit ad hæredes, l. Priuilegia, l. in omnibus caussis, de regul. iuris.

Non obstat, quod dicitur: beneficia legibus concessa conditionem hanc habere, si petantur: quia in proposita quæstione hæredes filij hoc petunt, qui filium ipsum repræsentant: & vna, & eadem persona reputantur cum defuncto. Fateor enim, si nemo peteret, vel si filius, aut hæredes filij acquiescerent voluntati paternæ, & specialiter acceptarent onus adiectum legitimæ: tunc nullam fore difficultatem. Nam ad acquirendum ius plenè atque irreuocabiliter, acceptatio est necessaria. Sic dicimus legatum acquiri statim à morte testatoris, l. à Titio, de furt. l. cùm pater, §. Surdo, de legat. 2. sed tamen reuocabiliter acquiri. Tunc verò irreuocabiliter acquiri, cùm legatum est agnitum, & acceptatum, vt declarat Bartol. in l. ei qui, ff. de condit. instit. Et ideò non facit ad rem textus in l. filio præterito, ff. de iniusto rupto testa. quo, (vt dicebat Vasq. in d. l. femus, in princ.) plerique nituntur, qui contrariam sententiam amplexi fuere: nam omissa eius responsione, dico textum illum loqui, quando filius abstinuit, non autem, quando filius tacuit, & non declarauit, siue non petiit antequam moreretur. Aliud est. n. repudiare, vel se abstinere: aliud vero non petere, vel non declarare. Hinc dicimus: filium transmittere ad hæredes hæreditatem non aditam, l. 3. C. de iure delib. Non dicimus autem transmittere hæreditatem, qua abstinuit, l. 1. C. de repud. vel abstinen. hæred.

CAPVT XI.

Trebellianica an possit prohiberi liberis primi gradus?

TRebellianicæ detractionem liberis primi gradus prohiberi non posse, magis communis olim sententia fuit, Gabr. tit. ad Trebellian. concl. 1. num. 4. Paris. consil. 43. libr. 1. Ascanius Clemens de patria potest. effect. 16. num. 3. D. Decianus consil. 28. num. 38. libr. 1. & consil. 127. num. 26. lib. 5. Paneirolus consil. 84. Roland. consil. 31. numer. 29. lib. 1. D. Cephalus consil. 715. num. 13. Gabriel. consil. 96. libr. 1. Mantica de coniect. lib. 7. tit. 12. num. 6. Hippol. Riminald. consil. 379. num. 95. & 510. num. 59. Bursat. consil. 13. numer. 44. & consil. 44. numer. 19. & 102. num. 15. Simon de Præt. consil. 47. nu. 17. Botta consil. 10. nu. 7. & consil. 63 num. 6. Eugenius consil. 38. num. 13. Turretus consil. 77. libr. 1.

Fundamentum est in l. iubemus. Codic. ad Trebellian. vbi non licet parentibus disponere, vt fructus imputentur in Trebellianicam liberis primi gradus, ergo multò minus licebit in totum prohibere ipsam Trebellianicæ detractionem.

Contrariam opinionem plurimi ex antiquis amplexi sunt, quos referunt vterque Gabrielius & alij Doctores superius allegati, & quod caput est eandem sequi solet Rota Romana vt habetur decis. 323. 2. part. in nouissimi & decis. 2. tit. de testam. in decisionibus Marcelli Crescentij. Alias eiusdem rotæ decisiones refert Gabriel. consil. 91. libr. 2. & Hipp. Riminal. consil. 509. libr. 5.

Fundamentum est quia parentes nouissimo iure ad aliud testamento condito non tenentur, quam ad relinquendum filius suis legitimam titulo institutionis, vt latè dispositum est à Iustiniano in §. aliud quoque capitulum, & in §. cæterum, in authent. vt cùm de appell. cogn. excepta igitur legitima permissum est eis, pro libitu disponere de suis bonis, eaque relinquere cuicunque velint. Ergo possunt bona sua subiicere restitutioni per fideicommissum, ita, vt filiis nihil detrahere possint, excepta legitima portione.

Ego alias scripsi hac de re, & dixi: Trebellianicam prohiberi non posse in vniuersum, multò minus liberis primi gradus, quia text. in §. si verò expressim, in authent. de hæredibus, & Falcid. loquitur de Falcidiæ prohibitione, non autem de Trebellianicæ.

Cæterùm, supposita communiori sententia, quòd Trebellianica prohiberi possit: existimo non tam auctoritate rotæ Romanæ, quæ summa est, quàm ratione supradicta, quæ irrefragabilis est, Trebellianicam posse prohiberi liberis primi gradus.

Non obstat tex. in d. l. iubemus: quia respondetur tempora esse distinguenda: nam tempore Zenonis, qui auctor fuit d. l. iubemus, & vsque ad Iustiniani constitutiones, legitima filiorum erat quarta pars: & poterat subiici fideicommisso conditionali, vel ad tempus: quia fructus à filio percepti in quartam illam imputabantur, lege Papinianus, §. vnde si quis ff. de inoff. test.

Rursus, tempore Zenonis, filius grauatus fideicommisso, vnam tantum quartam detrahebat pro auctoritate Senatusconsulti Trebelliani,

Trebelliani: nec poterat, ultra dictam quartam detrahere ex bonis fideicommisso subiectis, etiam legitimam. Mutuo statuit Imper. Zeno, ut filius fideicommisso grauatus, huiusmodi quartam haberet ex bonis ipsis, non autem ex fructibus bonorum, etiamsi pater mandaret in testamento fructus ipsos imputari in dictam quartam: & inspecto hoc tempore non est dubium, quin filius detrahere potuisset huiusmodi quartam, etiam patre id prohibente. Primò quia dicta quarta erat loco legitimæ: deinde, quia si noluit Imperat. fructus imputari, multo minus voluisse videtur in totum auferri. Tertiò, quia Trebellianica, eo tempore, prohiberi non poterat.

Hæc constitutio Zenonis non est correcta directò ulla posteriori constitutione, sed nouæ multæ constitutiones factæ sunt, ex quibus inferri potest, licere nunc patri prohibere in totum dictam detractionem Trebellianicæ.

Altera fuit constitutio Imper. Iustin. ut de restitutione fideicommissi legitima filiorum excipienda foret. §. quamobrem, in Auth. de restit. & ea quæ parit. l. scimus, §. cum autem, & l. quoniam in prior. C. de inoff. test. cuius vigore potest filius deducere legitimam portionem, quæ non subiectam fideicommisso, residuum tenetur restituere.

Tertia fuit constitutio Trebellianicæ, detractionem prohiberi posse. §. si vero expressim, in Auth. de hæred. & Falcid. Huius vigore dicimus prohiberi posse etiam filiis, quia filij non excipiuntur illa constitutione.

Hic obiicitur ius antiquum, d. l. iubemus, quo dispositum est, ut fructus non imputentur in Trebellianicam, etiam patre volente, ergo multo minus poterat pater tollere ipsam Trebellianicam. Retorqueri potest argumentum ex quo nouit: quia si Trebellianica in totum prohiberi nunc potest, multò magis fructus imputari debebunt in quartam Trebellianicam.

Non obstat, si dicatur: ius nouum nob. loqui de filiis primi gradus: quia idem ius nouum & aliquando efficacius prouidit filiis primi gradus, quatenus statuit legitimam filiis esse relinquendam titulo institutionis absque onere ullo, & in ipsis corporibus hæreditariis ex ipsa paterna substantia, non autem ex fructibus, vel aliter. d. l. scimus, d. §. aliud, & d. l. quoniam in prioribus, & legitimā esse trientem, non autem quartam, ut olim, & in auth. de triente, & semisse.

Sed, quoniam idem ius nouum, & nouissimum licentiam dedit patribus disponendi, prohibendi, de cæteris suis bonis excepta legitima, hanc potestatem coarctare non possumus iura sic interpretando, ut Trebellianicam prohibere non liceat. Postquam enim filius legitimam suam consecutus est integram ex corporibus, satisfactum est omni obligationi paternæ. Atque ita Zenonem sentio, si reuiuisceret, responsurum esse non dubito.

CAPVT XII.

An iuramentum impediat moræ purgationem de iure Canonico?

Ingens conflictus est, an ex æquitate Canonica mora purgari possit, non obstante iuramento ut videre licet apud Gabriel. tit. de transact. conclus. 1. numero duodecimo, & sequent. apud Seraphin. priuil. 48. & Bologn. & Cagn. in l. si quis maior. C. de transact. Turret. cons. 2. numer. 5. lib. 2. & nouiss. apud Innocent. Mancin. de iuram. part. 4. eff. 13. ubi refert auctoritates omnium, & discursum Rotæ Romanæ eiusque opinionem pro parte affirmante, communiorem tamen sententiam esse pro parte negante.

Fundamentum negantis sententiæ consistit in l. si quis maior. C. de transact. ubi omnes notant, moram purgari non posse propter iuramentum, ut refert Gabriel. ubi supra numero quæ quidem iuris Ciuilis constitutio atque determinatio seruanda esse videtur, etiam de iure Canonico, cum iure Canonico diuersum non sit constitutum, iuxta regul. cap. 1. & 2. de oper. nou. nunc.

Fundamentum vero contrariæ opinionis est, quia mora potest regulariter purgari ex æquitate Canonica c. potuit. de locato, & quia hæc purgatio moræ videtur tendere ad obseruantiam iuramenti, & nullum continet partis præiudicium, quia omnes intelligunt tunc demum purgationi moræ locum fore, cum aduersarij ius non est factum deterius.

Ego puto, communiorem sententiam veriorem esse in casu, de quo loquitur textus in dict. l. si quis maior. quia nulla extat iuris Canonici constitutio, vel regula, quæ contrarium suadet, sed extra casum d. l. si quis maior, libentius sententiam Rotæ amplecterer, non solum propter eius auctoritatem, quæ maxima est, verum etiam propter rationem ipsius æquitatis, quam iuramenti ius & efficacia impedire non solet, cum dicatur habere tres comites, veritatem, iustitiam, & iudicium, cap. etsi Christus, de iureiur. nec soleat esse iniquitatis vinculum, & ideo existimare iuramentum hoc sequi debere naturam contractus super quo interponitur, qui est: ut si promissor moram incurrat, purgare eam possit. Maximè quia rigor ille, qui habetur in d. l. si quis maior, fundatur in odio quodam,

quo dignus esse videtur is, qui dolosè & malitiosè venit contra transactionem iuratam: vt disputaui libro primo, capit. vndecimo, vbi ostendi pœnas illius constitutionis nequaquam porrigendas esse ad omnem contractum.

CAPVT XIII.

De dote data filia vnius ex socijs omnium bonorum, an sit extrahenda de communi, an verò de portione patris tantum?

Dixi libro 8. capit. 4. extrahendam esse de communi. Pro qua sententia adijcio nunc consilium Fabij Turreti septimum libri secundi, vbi adducit plurimas auctoritates: & testatur esse magis communem opinionem: & ponderat etiam textum in l. omne æs alienum, ff. pro socio, & respondet ad textum in l. si socius, ff. pro socio, eodem modo, quo nos respondimus, & adducit etiam multa alia, quæ videri poterunt.

CAPVT XIV.

An societas omnium bonorum tacitè contrahi possit?

Societatem omnium bonorum tacitè contrahi posse, negat Glossa in l. 3. in verbo, specialiter, ff. pro socio, Castr. in cons. 349. li. 1. col. vlt. Alex. cons. 76. numero. lib. 4. Cepol. cons. 42. nume. in cimili. Socin. sen. cons. 73. nu. 23. lib. 2. & alij, quos refert & sequitur Menoch. cons. ... num. 10. Fundamentum est in d. l. 3. §. primo vbi dicitur: *cùm specialiter omnium bonorum societas coita est &c.*

Sed hoc fundamentum perquàm leue est; probat enim ille textus, societatem omnium bonorum specialiter, id est, expresse contrahi posse; sed nō negat, quin tacitè quoque contrahi possit.

Contrariam igitur opinionem magis communiter Dd. secuti sunt, quos refert & sequitur idem Menoch. lib. 1. præs. 56. num. 37. Rolan. cons. 91. nume. 26. lib. 1. Non. cons. 54. num. 9. Turet. cons. 7. num. 6. lib. 2. Fundamentum plerique ponunt in l. coiri, ff. pro socio, vbi dicitur: *Coiri societatem & simpliciter licet, & si non fuerit distinctum, videtur coita esse vniuersorum, quæ ex quæstu veniunt, hoc est, si quod lucrum ex emptione, venditione, locatione, conductione descendit.*

Sed & istud fundamentum satis est infirmum; quia illa non est societas omnium bonorum, cùm in ea non veniant legata & hæreditates, quæ aliunde acquiruntur, quàm ex quæstu, vt habetur in l. seq. post dictum l. coiri, in societate autem omnium bonorum, ista hæc omnia comprehendantur, dict. l. 3. §. 1. ff. pro socio.

Arbitror igitur communiorem sententiam veriorem esse hac ratione, quam alij adferre solent, quia societas est contractus, qui consensu celebratur, l. consensu, de actio. & oblig. Consensus autem declaratur non solum verbis, sed etiam factis, l. de quibus, ff. de legib. Si ergo factis ipsis apparet de consensu sociorum, eò quòd diu communicauerunt inter se omnia vndecunque prouenientia, nec vllam rationem posuerunt, ex hoc intelligi satis potest, inter eos contractam esse omnium bonorum societatem.

CAPVT XV.

An minor renuntians beneficio restitutionis in integrum cum iuramento, postea possit in integrum restitutionem?

Scribit D. Sfortia Oddus de restit. in integrum, q. 26. art. 6. authori nocere, quòd renunciauerit restitutioni in integrum cum iuramento, quem refert & sequitur nouiss. 1. Carol. de Grassis in tract. de exceptio. excep. 34. num. 5. & 6. Fundamentum est in auth. Sacramenta puberum. C. si adu. venditionem.

Mihi placet hoc procedere, nisi minor enormiter esset læsus, vel enormissimè, sicuti dicit Vincent. Mancin. de iuram. par. 4. eff. 3. nu. 8. & latius ibid. d. eff. q. 8. num. 1. vers. nihil, vbi dicit, hanc esse magis communem opinionem, & æquiorem, quod auth. Sacramenta, & similes non procedant, si iurans, præsertim minor, & mulier sint enormiter læsi. Et fundamentum est, quia vbi interuenit enormis læsio, ibi est dolus re ipsa, l. si quis cùm aliter de verb. obligat. l. si superstite, C. de dolo. Vbi autem adest dolus re ipsa, tunc iuramentum non obligat, ex communi & magis communi, de qua testatur idem Mancin. in d. tract. de iuramento, part. 4. eff. primo, nume. 2. Petit tamen absolutio peti ... iuramento, vt per eundem Mancin. d. parte quarta ... num. 4. & vide eundem Mancin. par. 6. quæstione quarta.

CAPVT XVI.

An per restitutionem in integrum impediatur executio instrumenti stante statuto, reijciente omnes exceptiones, exceptis ... solutionis, falsitatis & pacti de non petendo.

Stante huiusmodi statuto, non impediri executionem, scribit Robertus Lancellot. de attentatis, cap. 2. num. 122. ex mente Benedicti de Barsis. Alexand. in consil. 24. nume. 4. vers.

verſiculum illa lib. 4. vbi tamen loquitur, quando ſtatutum dicit, non poſſe opponi aliquam exceptionem vel defenſionem; Aondedeus conſ. 28. num. 4. libro & conſ. 28. nu. 3. lib. 2. fundamentum eſt in doctrina Bar. in l. 1. §. & parui, quod eſt quod hic tamen, vbi Bartolus dicit nullum aliud eſſe remedium hoc in caſu, niſi vt quis ſoluat & repetat.

Contrariam opinionem amplexus eſt Oddus de reſtitutio integrum q. 42. artic. 4. nu. 1. eum ſequuti & plurimi alij, quos refert & ſequitur, hanc eſſe communem & magis communem opinionem dicens Carol. de Graſſis in tractatu de except. except. 24. Fundamentum eſt: quia reſtitutio in integrum nunquam intelligitur ſublata, niſi fiat expreſſa & ſpecialis mentio de ipſa in integrum reſtitutione, vt notat Gloſſa communiter recepta in l. Poſtquam lite C. de pact. & ibi Doc. nu. 10. & Alciat. nu. 17. latiſſ. Franc. Bec. in conſ. 32. numer. 69. Roland. conſ. 68. num. 28. lib. 3. Quod procedit, etiam ſi ſtatutum vtatur verbis quantumcunque generalib. & pregnantibus, Oddus de reſtit. in integr. q. 18. art. 6. Aonded. d. conſ. 28. nu. 82. & 83. lib. 1.

Ego poſteriorem hanc ſententiam & veriorem & communiorem eſſe exiſtimo, & ſequor. Motus qua illam hoc præſuppoſito, quod reſtitutio in integrum nunquam cenſeatur ſublata, niſi de ea fiat expreſſa & ſpecialis mentio: fundamentum contrariæ opinionis facile tollitur: quoniam, etſi ſtatutum reijciat omnes exceptiones & defenſiones, ſemper militabit hoc præſuppoſitum, ſtatutum non cenſeri tollere exceptionem ac defenſionem, quæ competit ex beneficio reſtitutionis in integrum, cum de ea non fecerit expreſſam mentionem. Et ideo differentiam nullam eſſe puto, an ſtatutum tollat omnes exceptiones, an verò tollat omnes exceptiones & defenſiones. Etſi enim reſtitutio in integrum ſit defenſio: non tamen intelligitur ſublata ſub verbis generalibus, cùm oporteat fieri de ea ſpecialem mentionem: niſi ſtatutum ita generaliter tolleret omnes defenſiones & omnia remedia, vt neceſſariò etiam reſtitutionem in integrum includeret, ſicut declarat Aondedeus in conſ. 28. nu. 16. & ſeq. lib. 2.

CAPVT XVII.

An pendente in integrum reſtitutione requirente altiorem indaginem, retardari debeat executio?

SEmper Bartolus exiſtimauit executionem non impediri, vbi reſtitutio altiorem poſtulat indaginem, vt in l. 4. §. condemnatum, eum de re iud. & in l. Defendere ff. de auctoritate tutor. in l. ſi prætor §. Marcellus de iudic. & Bartolum multi ſecuti ſunt, quos refert Oddus de reſtitut. in integr. qu. 33. artic. 4. numero 3.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. vlt. C. ſi ex falſ. inſtr. ibi: *manifeſtis probationibus fueris oſtenſum.* Secundum ex l. 2. C. de falſ. ibi. *commentanda ſolutionis gratia, &c.* Tertium ex l. ſi Prætor. §. Marcellus ff. de iudic. ibi. *liquidò fuerit approbatum.* Quartum ex auth. quæ ſupplicatio. C. de precibus Imper. offer. vbi ſupplicatio non ſuſpendit executionem. Quintum ex cap. ſuſtitatas, de reſtitut. in integr. ibi: *Ne ſub prætextu excogitatam malitiam, &c.*

Poſtremum: quia in iudicio ſummario non admittuntur exceptiones, quæ requirunt altiorem indaginem, l. ille à quo §. ſi teſtamentum ff. ad Trebell. l. 3. §. ibidem ff. ad exhibend. in executione autem facienda procedi ſummariè probatur in l. à Diuo Pio, §. ſi ſuper, de re iud. Ripa. in d. §. condemnatum. n. 20.

His non obſtantibus, contraria opinio verior & communior eſt, vt teſtatur Ripa in d. l. 4. §. condemnatum n. 30. de re iudic. Lancellot. de attentat. c. 18. n. 19. D. Cephal. conſ. 116. Couuarr. pract. quæſt. c. 25. n. 7.

Fundamentum eſt in l. 1. C. in integr. reſtit. poſtul. vbi dicit textus: *poſtulatâ in integrum reſtitutione omnia in ſuo ſtatu eſſe debere*, idē probatur in l. ſi cauſſa cognita C. de tranſact. & in l. defendente ff. de author. tutor. In quibus locis probatur, pendente in integrum reſtitutione, nihil eſſe innouandum, quod multis confirmat Lancellot. vbi ſupra à nu. 11. & ſeq. Nec vlla adhibetur in his textibus diſtinctio: an requirat altiorem indaginem, vel nō, & an petens in integrum reſtitutionem probationes habeat in promptu aliquas, vel non, ex quibus dari poſſit fumum boni iuris (vt loquuntur practici). Ergo nec nos diſtinguere debemus, vulg. l. de pretio. ff. de publiciana.

Ad primum argumentum reſpondeo, ibi textum non loqui de reſtitutione in integrum: & eodem modo tollitur ſecundum, tertium & quartum. Ad quintum reſpondeo textum illum loqui, quando petens in integrum reſtitutionem præſumitur calumnioſè eam petere. Ad vltimum reſpōdeo argumentum procedere in exceptionibus oppoſitis, quæ ſi requirant altiorem indaginem, nō admittuntur in iudicijs ſummarijs: & ita loquūtur leges adductæ. Reſtitutio autem in integrum non eſt exceptio: ſed eſt remedium iuris, quod ſuſpendit executionem ſicut appellatio, vt eſt textus in d. l. ſi cauſſa cognita. C. de tranſact. Conſtat enim appellationem

suspendere executionem rei iudicatæ: nec opus esse, vt appellans habeat probationes in promptu, vel ad dandum firmum, vel ad aliũ effectum: quoniam sufficit, vt a competentibus constitutis iura sua producat & allegat: etsi enim requirant altiorem indaginem: nemo tamen dixerit, executionem pendente appellatione fieri posse.

CAPVT XVIII.

Vtrum restitutio in integrum aduersus tres sententias conformes expediat executionem?

CElebris est controuersia inter Baldum & Salycetum, vtrum in integrum restitutio aduersus tres sententias conformes impediat earum executionem. Et eum Salycetus affirmat: Baldus autem negat. Ambo in l. prima C. ne lic. tertio prouoc. & quod eam celebriorem reddit, vtraque communis est & communior esse videtur propter [illegible] com., qui modo vnam, modo alteram sententiam amplectutur. Et, quod mirabile videri potest, Rota Rom. in hoc articulo sæpe variauit, modo Bald. sententiam amplexa, modo Salyceti: sicut & imperialis Camera [illegible] omnium ferè authoritates congerentem, & de his omnibus (quæ dixi) testem locupletissimum Rob. Lancellot. de attent. c. 18. nu. 81. cum pluribus seqq. & post eum Odd. de restit. in int. qu. 43. art. 3. & nouiss. Rotam decis. 340. nu. 8. part. 1. in nouiss.

Sed nos, qui veritatis studio tenemur, non tanti facimus Doct. authoritates, quanti eorum rationes & fundamenta. Fundamentum affirmantis sententiæ positum est in reg. commun. quod restitutio in integrum suspendit executionem. l. 1. C. in int. rest. postul. cum aliis concordantib. quæ regula non reperitur limitata eo in casu, quo restitutio postulatur aduersus tres conformes: quia textus in clem. vt calumniis, de re iudic. loquitur de nullitate: non autem de restitutione in integrũ. Fundamentum negantis sententiæ positum est in dicta clem. vt calumniis, arguendo à nullitate ad restitutionem in integrum. quia militat eadem ratio, vt s. calumniis obuietur, etiã in restitutione. Ideo, cum ratio sit expressa in ipsa lege, fit extensio ad casum omissum, in quo eadem ratio militat: quoniam videtur comprehensus, vt latè declarat Ripa in l. si con[illegible] nu. 63. ff. sol. matr.

[illegible] omnem difficultatem in hoc po- [illegible] dictæ clementinæ locum [illegible] one in integrũ: nã si eadem [illegible] in restitutione in integrum,

non dubito, quin militare debeat eadem iuris dispositio non solum ex supradicta regula, in materia extensionis, vbi ratio est expressa in lege, verum etiam ex textu claro in cap. suscitata, de restit. in integr. vbi patet restitutionem non impedire executionem sententiæ, quoties adest præsumptio calũniæ. Cum igitur ratio d. clem. fundata sit in præsumptione calumniæ, si diximus, eam locum habere etiam in petente restitutionem in integrũ aduersus tres sententias conformes, nulla erit dubitatio, quin executio effectum sortiri debeat: nec vllo modo retardanda sit sub prætextu restitutionis in integrum, sicuti non retardatur, quoties dicitur de nullitate.

Cogitanti igitur mihi an militet eadem ratio in restitutione in integrum, quæ militat in nullitate, videtur nequaquam militare: quia magna est præsumptio, quod tres sententiæ conformes rectè & ritè fuerunt prolatæ, & consequenter magna est præsumptio aduersus eum, qui nullitatem earum allegat. Ista ratio non habet locum, quando petita est in integrum restitutio: fieri enim potest, vt sententiæ sint validæ & iustæ: & tamen locus sit restitutioni in integrum, propter læsionem minoris viginti quinque annis, vel etiam maioris, qui vel non potuit vel nesciuit, vel neglexit producere iura sua. Certè non errauit iudex, quia debuit iudicare secundum allegata & probata: nec petens in integrum restitutionem prætendit iudicem errasse, aut iniustè pronuntiasse: sed prætendit se læsum, vel quia ignorauit, vel quia neglexit, vel quia non potuit docere de iure suo, ita vt iusta causa subesse videatur restitutionis in integrum petendæ. Cùm igitur cesset calumniæ præsumptio in petente in integrum restitutionem, ex his caussis meritò cessare debet dispositio d. clem. vt calumniis. Et hanc meam rationem sensisse videtur etiam Odd. d. q. 43. artic. 3. numer. 57. vers. Aut restitutio, & ita iuris esse existimo.

CAPVT XIX.

Vtrùm restitutio in integrum impediat executionem sententiæ, quando executio fuit petita ante petitam restitutionem?

SI prius executio petita sit, quàm in integrũ restitutio multi dixerũt executionem non esse suspendendam, Bald. in l. vlt. nu. 4. C. si ex fals. instr. Alex. in cons. 62. nu. 4. li. 6. Ripa in l. 4. § Condemnatum, n. 30. ff. de re iudi. Dom. Cephal. cons. 263. in fi. Fundamentũ est, quia textus in l. vnica. C. si in integ. rest. fuerit postul. volens impediri executionẽ est intel-

ligendus

ligendus, quando restitutio principaliter postulatur per viam actionis. Sed in casu isto videtur proponi per modum exceptionis, cùm prius petita sit executio, quasi ad impediendam ipsam executionem, quàm petita sit in integrum restitutio.

Contrariam sententiam plures alij amplectuntur, adeò vt hæc sit communior sententia. Lancelot. de attentat. c. 18. nu. 116. cum seq. Odd. de restit. in integrum, q. 43. art. 7. Huius sententiæ fundamentum stat firmum in regula communi, quæ docet restitutionem in integrum impedire executionem, vt in d. l. vnica. Et hæc videtur mihi verior: quia, quòd dicitur textum illum loqui, quando principaliter in integrum restitutio postulatur actione proposita, nihil mouet, cum textus ille absolutè & generaliter loquatur. Et quanquam vbi prius petita est executio, videatur restitutio petita in modum exceptionis; non est tamen exceptio, nec mutat naturam suam, sed remanet iuris remedium aptum natum suspendere executionem nondum factam: nec proponitur in modum exceptionis, sed ita se res habet. Vnus petit executionem, alter proponit in integrum restitutionem, lex est in medio statuens: pendente in integrum restitutione, nihil esse innouandum, vt in d. l. vnica.

CAPVT XX.

Quid sit captatoria voluntas.

Error fuit veterum iuris interpretũ multorum, qui existimarunt captatoriam esse illam institutionem *quos Titius voluerit*, de qua fit mentio in l. illa institutio, de hæred. instit. nam textus ibi non dicit, esse captatoriam: sed vitiosam; secundum opinionem veterum, qui decreuerunt testamentorum iura firma per se esse oportere: non autem ex alieno arbitrio pendere. Et hoc intellexerunt etiam Cumanus in l. captatorias. ff. eo. tit. & Decius in l. Captatorias. C. de milit. testam. Post hos idem docuit Alciatus libr. 2. Parerg. c. 31. Anton. August. lib. 4. emendat. c. 13. & alios adducens Sarmient. lib. 2. select. ca. 4. in princ. Quorum sententia ex legum fontibus hausta liquido comprobatur, vt est textus in l. Ille autem de hæred. instit. & in l. 1. de his, quæ pro non scriptis habentur, & in l. Captatorias. ff. de hæred. instit. quibus adde Constat. Harmenopulum lib. 5. cap. 8. Coras. lib. 5. miscel. c. 13. Conan. lib. 10. com. c. 4. nu. 5. Vasq. de success. creat. li. 2. nu. 17. req. 27. Menoch. cons. 408 nu. 1. Petr. Greg. syntag. iur. p. 3 lib. 39. cap. 9. Rota decis. 142. num. 8. & 11 in n. part. non. ff.

CAPVT XXI.

An sit captatoria voluntas, cum duo, puta, coniuges simul vestantur, vterque & mundem hæredem instituunt, ita vt alteri liceat reuocare?

Legitimam esse hanc dispositionem etiam si alteri reuocare suum testamentum liceat, respondit Oldrad. in cons. 174. Bald. Iason & Alciat. in l. licet. C. de pactis. Tiraq. de iure primogen. q. 68. Petr. Peckius de testam. coniugum. cap. 18. Et ratio est: quia nulla hic captio considerari potest cùm nulla adiecta sit conditio: sed liberè vterque ex coniugibus hoc fecerit, argum. textus in l. Captatorias. ff. de hæred. instit.

Franciscus Sarmientus lib. 2. selectar. ca. 4. num. 2. damnat hanc sententiam multis rationibus, existimans esse captatoriam institutionem, quia ex conuentione & correspectiuè facta esse intelligitur. Responderi potest: imò ex mera affectione & voluntate testantium prouenisse, qui sic voluerunt facere, quoniam sic eis placuit.

Secundò mouetur: quia semper, quando fiunt ista testamenta, simul promittunt inuicem non reuocare. Respondetur, hãc promissionem nullius esse momenti, quia nemo potest sibi legem imponere, quia à priore voluntate recedere non liceat, l. si quis in principio, de leg. 3. & ideò hæc inutilis pactio non debet vitiare vtilem dispositionem, c. vtile. de reg. iur. in 6.

Tertiò mouetur, quia vltimarum voluntatum commercium non admittitur, l. verba contraxerunt, de verb. sign. saltem inter paganos, l. licet. C. de pactis. l. stipulatio hoc modo, de verb. obli. Sed respondetur, hic nullum esse contractum, nullumque commercium, quoniam purè & absque vlla conditione vtraque institutio processit: nam, si conuentio facta esset: *si tu Titium hæredem instituèris, ego quoque instituam* tunc non valeret, l. ille autem, de hæred. instit. sed in proposito nostro purè & ex affectione sola ambo testatores ita disponere voluerunt. Ergo nihil proponitur, cùm valere non debeat.

Postremò mouetur, quia hæc res captionibus & fraudibus exposita est. *Quod enim si vnus resilias, alio mortuo, vel ignorante, nonne fit fraus illi, qui bona fide processit? An dicemus,* (inquit) *pendere, vt si vnus resiliat, omnia corruat, sitque vltima volũtas vnius subiecta voluntati alterius?* sic ille. Respondetur, hæc nullã continere deceptionem: quia captatoriũ iudicium dici non potest, cũ duorũ similis est affectus & simplex religio testamenta condentium, vt ex constitutione Theodosij dicebat Alciat. lib. 2. parerg. c. 31. Et, licet ea cõstitutio allegari nõ

posse ad decisionem caussarum, cùm non sit inserta codici Iustinianæo: sed Theodosiano. Ratio tamen, qua illa nititur, verissima est & iuri nostro consentanea. Quid enim aliud sibi vult Papin. dum ait: *captatorias institutiones non eas senatus improbauit, quæ mutuis affectionibus iudicia prouocauerunt*: l. Captatorias, de hæred. instit. quàm istud ipsum, quod habetur in d. Nouella Theodosij? Hinc receptum est, vt testamentum valeat, quando duo se inuicem instituunt hæredes, vt tradunt Bald. Salic. Castr. Iason & Alciat. in l. licèt. C. de pactis, Vigl. tit. de testam. §. pluribus, Petr. Pechius de testam. coniug. lib. 1. c. 17. Peregr. de fideic. art. 33. nu. 61.

CAPVT XXII.

An sit captatoria institutio, cùm quis alium hæredem instituerit, vt ab eo hæres institueretur?

RE spondit Ruinus cons. 20. lib. 1. non esse captatoriam, motus ex notatis per glossam in l. cum donationis. C. de transact. vbi glossa dicit: valere liberationem debitoris factam sub modo, videlicet, vt me hæredem instituas: quasi differentia sit inter modum & conditionem, vt si sub conditione fiat, sit captatoria: secus, si sub modo, sequit. Peregr. de fideic. art. 33. n. 63. Bero cons. 23. nu. 24. lib. 1. & q. fam. 86. n. 7. Simon Præt. lib. 1. interp. 2. dub. 2. sol. 1. n. 74. & cum distinctione Aondedeus in cons. 69. n. 89. lib. 2.

Hanc sententiam refellit abundè Gouuar. in c. cum tibi de testa. sub nu. 13. & Sarmient. select. l. 2. c. 4. nu. 4. & Rota decis. 543. in fine in 2. part. in nouiss. & in his terminis Aonded. cons. 69. nu. 89. & seq. lib. 2. Tum, quia non est ratio differentiæ inter modum & conditionem: tum, quia non est modus, sed conditio in proposita facti specie. Quod nulla sit ratio differentiæ inter modum & conditionem, patet, quia vtroque in casu aliquis inducitur ad relinquendam hæreditatem alteri sub spe consequendæ alienæ hæreditatis, & è conuerso alterum inducit ad sibi relinquendam hæreditatem sub spe oblati præmij: in quo consistit ratio captatoriæ voluntatis, vt suprà dictum est ca. 20. Ratio est: quia per indirectum aufertur libera testandi facultas, vt nouiss. docet Rota decis. 542. num. 11. in prima part. in nouiss. & Surd. decis. 98. n. 7.

Non obstat fundamentum Ruini: quia glo. in d. l. cum donationis, fatetur ex vtraque parte turpitudinem esse in huiusmodi pactionibus: sed in pari caussa turpitudinis (inquit) meliorem esse possidentis conditionem. Hæc autem turpitudo non toleratur in vltimis voluntatibus, ita Gouuar. vbi suprà qui alias adfert etiam responsiones solidas ad quas me remitto. Et, quod dicitur, modum esse: non autem conditionem, negatur rectè à Sarmiento: quoniam impleri debet ante mortem testatoris, quod est proprium conditionis, vt ibi egregiè ostendit.

CAPVT XXIII.

An sit captatoria voluntas, cùm aliquis instituit vel substituit personam ab alio eligendam?

FVit controuersia inter Beroum & Parisium super hac facti specie, in qua testator Diamantem matrem suam filio substituerat: cum hoc tamen, vt dicta eius mater deberet eligere de agnatione testatoris, vel aliter puerum bene & honestè natum, quem testator ex tunc hæredem instituebat & substituebat. Nam Parisius censuit, huiusmodi voluntatem esse captatoriam & nullius momenti, quantùm ad puerum, extra nationem suam eligendum, eò quòd erat persona incerta ex incertis: quo in casu dispositio non valet, ita Paris. cons. 38. num. 73. & seq. libr. 3.

At Berous contrà in eadem facti specie in consil. 23. libr. 2. quorum responsorum mentionem facit Menoch. in consil. 408. num. 18. Fundamentum Parisij consistit in hac incertitudine, quæ operatur, vt si nulla fieret electio à persona nominata, dispositio nullum posset effectum sortiri, l. illa institutio, de hæred. instit. & ibi glossa & Dd. latè Peregr. de fideic. art. 33. nu. 17. & Menoch. cons. 408. num. 27. & num. 22. vbi alios adducit. Fundamentum autem Beroi in hoc consistit: quoniam substantia dispositionis non est collata in arbitrium alterius, nec in liberam voluntatem, sed tantummodò electio personæ: testator enim instituit & substituit personam eligendam, & persona debet necessariò eligi: ex quo infertur nullum periculum esse, quòd dispositio reddatur inanis & elusoria, cùm necessaria sit electio, non voluntaria. Ex quo tollitur fundamentum Parisij: & ita decisum fuit ex facto, vt refert Mohedan. decis. 51. cui decisioni vtpote supremi auditorij totius Romanæ acquiescendum puto.

CAPVT XXIV.

Instituo Titium hæredem, si me instituerit, an valeat aliqua ex his institutionibus?

RE spondit Ruinus in cons. 20. lib. 1. non esse valere institutionem seu substitutionem,

nem, primo loco factam: ſed inutilem reddi illam conditionem, ſi me hæredem inſtituerit, velut turpem & impoſſibilem: quia conditio turpis & impoſſibilis in vltimis voluntatibus vitiatur, & non vitiat, l.3. de condit. & demonſtr.

Contrà, reſpondit Didac. Couar. in c.cùm tibi, ſub nu.13. de teſta. non valere ipſam inſtitutionem, veluti captatoriam: & idem reſpondit, ac decidit Rota deciſ.543. in prima parte inter nouiſſ. & Surdus deciſ.98. quibus & ipſe aſſentior: nam, cùm hæc ſit voluntas captatoria, vt omnes fatentur, l. illæ autẽ inſtitutiones, de hæred.inſtit.l. 1. ff. de his, quæ pro non ſcriptis habentur, Menoch. latè conſ. 408. in princ. non video, quo pacto ſuſtineri poſſit, cùm ſenatuſconſulto cautũ ſit, eas non valere, nec ratas eſſe. Nec hic locus eſt regulæ l.3. de condit. & demonſtr. quia hæc conditio non eſt turpis, neque impoſſibilis. Nihil enim proponitur cur hæres ab aliquo inſtitutus non poſſit eundem hæredem inſtituere, vt dicebat Couuar. vbi ſuprà. Maior difficultas eſt, an valeat ſecunda inſtitutio in propoſita facti ſpecie, exemplum, Titium hæredem inſtituo, vel ſubſtituo, ſi me hæredem inſtituerit vel ſubſtituerit. Hæc prima non valet quia captatoria eſt, vt dixi. Nunc quæritur: quid, ſi Titius me inſtituat, vel ſubſtituat, aut hæc ſecũda ſuſtineri poſſit etiam prima ſublata? & dicebat Alex. in l. cùm donationis. nu. 2. in fine, C. de tranſact. ſecundam hanc inſtitutionem, ſiue ſubſtitutionem, intelligendam eſſe rebus ſic ſtãtibus, id eſt, poſito quod prima inſtitutio, vel ſubſtitutio effectum habeat, quia quælibet diſpoſitio intelligitur rebus ſic ſtantibus, l. quod ſeruus. ff. de cond. cauſ. data.

Contrarium voluit Caſtr. in l. captatorias, nu.4. & ibi Dec. n. 14. C. de milit. teſtam. cum aliis adductis per Surdum deciſ.63. vbi dicit: hanc eſſe communem aduerſus Alexãdrum: quia non eſt prohibitum, aliquem inſtituere ſub ea conditione, ſi me inſtituerit, d. l. ille autem. ff. de hæred. inſt. Bart. in l. Titio centum §. Titio centum, l. 1. de cond. & demonſt. Ergo huiuſmodi inſtitutio valet & impleri debet: ſi enim aliqua eſt turpitudo, vel captio, ea eſt in prima inſtitutione; non autem in hac ſecunda: quoniam hæc eſt libera, cum nemo cogatur inſtituere hæredẽ eum, à quo fuit inſtitutus, ſibique imputare debet, ſi non animaduerterit primam illam inſtitutionem nullius eſſe momenti, & reuocari libitum poſſe.

Ex quibus tollitur ratio Alexandri, quoniam præſuppoſitum eius non verificatur, videlicet, ſecundam inſtitutionem intelligendam eſſe, ſi modò prima ſubſiſteret: quia hoc eſt impoſſibile, quod prima ſubſiſtat, quoniam captatoria eſt, & ſenatuſconſulto vetita. Quamobrem perinde eſt, ac ſi ſecunda contineret impoſſibilem conditionem: ac impoſſibilis conditio non vitiat, ſed vitiatur l.3. ff. de cond. & demonſtr.

CAPVT XXV.

An valeat inſtitutio hæredis collata in arbitrium tertij per verba importantia arbitrium boni viri?

CVm teſtator ita dixit: *Inſtituo Caium, ſi Titio videbitur, vel ſi Titio placuerit*, vel ſimilibus verbis denotantibus arbitrium boni viri, de qui. per Menoch. de arbitr. qu. 8. controuerſia eſt an valeat huiuſmodi inſtitutio? Affirmat valere Caſtr. in l. captatorias, n.3. C. de teſtam. mil. Calcan. conſ.107. nu.1. & conſ. 108. n.4. Roderic. Suarez de captato. voluntate, n.17. Negant autem Decius in d. l. captatorias, n.7. & in conſ. 494. nu.5. cum quo videtur tranſire Peregr. de fideic. art. 33. n.70. nec non Sarmient. lib.2. Select. c.6. n. 4. Fundamentum prioris ſententiæ conſiſtit in l. ſi ſic. de legat. primo, & in l. fideicommiſſa, §. quanquam de leg.3. in l.1. de leg. 2. & aliis ſimilibus: quibus reſponſum eſt: legata & fideicommiſſa valere remiſſa arbitrio boni viri. Fundamentum autem contrariæ ſententiæ poſitum eſt in l. illa inſtitutio. de hæred. inſtit. atque in aliis ſimilibus, quibus cauetur, inſtitutiones liberas eſſe oportere, nec pendere ex alieno arbitrio. Et hæc poſterior ſententia videtur eſſe veriſſima: quia, ſi non debent pendere ex arbitrio alieno inſtitutiones hæredum, vt dicitur in d. l. illa inſtitutio. Ergo non poſſunt pendere etiam ex arbitrio boni viri: quoniam arbitrium per ſe ſignificat arbitrium boni viri, l. Hæc venditio. ff. de contrah. empt. Menoch. de arbitr. q.8. nu. 29. Non obſtat fundamentum alterius opinionis; quia loquitur in legatis & fideicommiſſis particularibus, à quib. differt inſtitutio hæredis l. Nutu de legat. 3. iuncta l. iubemus in fine. C. de teſtam. declarat Bart. in d. l. illo inſtituto. n.4.

CAPVT XXVI.

An captatoria inſtitutio ſtatuto, vel conſuetudine conualidari poſſit?

STatuto, vel conſuetudine fieri non poſſe, vt captatoria diſpoſitio valeat, ſcribit Aret. in l.2. in ſecũdo not. ff. de vulg. & ſequitur Iaſon ibi in 1. quoque notab. Didac. Couar. in c. cùm tibi. nu.13. de teſtam. Fundamentum eſt: quia huiuſmodi diſpoſitio eſt contra bonos mores, veluti continẽs captionem ac dolum quendam, & prauam alienæ hæreditatis

ambitionē, l. ille, de hæred. inst. l. 1. ff. si quis a-l quē testa. prohib. l. si maiores. C. de transf. §. manet. instit. de societ. Ergo huiusmodi statutum vel cōsuetudo esset contra bonos mores & per consequens non valeret, c. erit autem lex, 4. distinct. l. 1. de doli excep.

Contrarium opinionem magis communiter Dd. secuti sunt videlicet Angel. Imola, in l. captatorias. ff. de hæred. instit. Alex in l. captatorias, C. de testa. mil. Socin. & Ripa in l. 2. de vulg. & multi alij quos refert & sequitur Tiraq. de legib. connub. glo. 5. nu. 96. in fine & communem dicit Vasq. de succ. creat. §. 1. nu. 19. & §. 17. nu. 86. licet alteram opinionem defendat Benedict. in c. Raynutius, de test. in vers. condidit 1. n. 2. Sarmient. lib. 2. select. c. 4. n. 9 Gomes. in l. Tauri l. 32. n. 5. Fundamētum est: quia huiusmodi dispositiones ante senatusc. permittebantur, & sic videntur esse iuris positiui, consequenter permissa est mutatio, §. vlt. inst. de iure natur. Nec obstat illa captio: quia dum statutum, vel consuetudo approbat huiusmodi dispositiones, non præsumit huiusmodi dolos & fraudes.

Ego puto priorem sententiam veriorem esse: quia huiusmodi dispositiones sunt contra bonos mores & liberam auferunt testādi facultatem, vt dicebat post alios Rota decis. 942. nu. 10. 11. Ergo non potest consuetudo, vel statutum efficere, vt valeant: qui huiusmodi statutum, & consuetudo essent contra rationem. Ergo nihil valerent, c. vlt. de consuet. c. erit autem lex, 4. distinct.

Non obstat, primo quod dicitur ante senatusc. permissas fuisse huiusmodi dispositiones: qui nondum erat animaduersum & cognitum, fraudem, dolum & captionem inesse: & ideò ex malis morib. bonæ leges proficiscuntur. Non obstat secūdo, quod dicitur: hæc esse iura positiui, & ideò mutationi obnoxia, quoniam fundatū est hoc ius in ratione naturali in ipsa iustitia, & honestate, quæ dolos, captiones, ac fraudes abhorret. & ideò mutari non potest illud ius positiuum absque offensione iustitiæ & honestatis, quæ sunt anima ipsius legis. Non obstat tertiò, quod dictum est: supposita approbatione huiusmodi dispositionum ex statuto vel consuetudine, tunc cessare malam præsumptionem: quia hoc negari potest, videlicet hoc modo, quòd statutum vel consuetudo non præsumant quidem fraudes & deceptiones, sed malè & absque caussa rationabili: quemadmodum, si occasio delinquendi data esset, non ideo id iustum videri posset, quòd quis diceret, nihil mali suspicandum esse: nam cum lex iusta, & honesta & similiter consuetudo rationabilis esse debeat, omnes tollere occasiones delictorum debet; non autem apertiores: l. cum dentice. ff. de pact. dotal. cum concordantibus.

CAPVT XXVII.

De simulatione contractus ex pacto, de retrouendendo, & modicitate pretij, & de æstimatione rei vendita cum tali pacto.

AN vsuræ præsumptio oriatur ex pacto retrouendendi, & modicitate pretij mul ta dixi libr. 2. cap. 12. quibus addo decisionem 223. Bononiensem Caesaris Barzij, vbi copiosè auctores commemorantur. Et addo insuper, considerandum esse, an in æstimanda modicitate pretij sit habenda ratio oneris, quod emptor in se suscipit ex pacto huiusmodi de retrouendendo. Cuius rei caussam attulisse videtur Pincellus, & Hieron. Gabriel. nam Pincil. in l. 2. C. de rescind. vend. in 3. par. num. 28. existimat non immutari rei valorem ex pacto de retrouendendo sed simpliciter rei pretium attendi oportere, non deducto onere, ex dicto pacto resultante. Idē respondit Hieron. Gabr. cons. 74. nu. 5. lib. 2. Et fundamentum est: quoniam iura videntur præsumere simulationem ex his duobus, videlicet, ex pacto redimendi, & ex pretij modicitate simpliciter considerando æstimationem ipsius rei, nulla mentione habita diminutionis pretij, quæ fieri debet propter pactum, cap. ad nostram, de empt. & vendit. c. illo vos, de pignoribus.

Hæc sententia communi Dd. sententiæ repugnat, & rationi: etenim etiam in examinatione præsumendæ simulationis habendam esse rationem pacti de retrouendendo tanquam oneris, ex quo pretium sit diminuendum, vno ore Dd. nostri tradunt, Roland. consil. 58. num. 12. lib. 1. vbi alios adducit Aonded. consil. 33. nu. 29. lib. 2. multis alios plurimos adducens. Cæsar Barzius decis. Bonon. 123. nu. 6. Surdo decis. 34. nu. 3. Quod autem hæc sententia rationi repugnet manifestum est: quia res cum pacto retrouendendi semper venditur minori pretio, quàm si vendatur liberè, & absque tali pacto, adeò vt res, quæ valet centum absque illo pacto, æstimari debeat septuaginta propter illud pactum. Socin. sen. consil. 15. num. 15. lib. 1. Tiraq. de retract. conuent. in præfat. n. 20. Burs. consil. 127. nu. 15. Roland. d. consil. 58. nu. 12. & consil. lib. 1. Mascar. de prob. concl. 447. numer. 13. Aond. d. consil. 33. n. 31. lib. 2. Etenim negari non potest, quin maximum sit, & graue onus emptoris ex eo, quòd tenetur venditori ipsam rem retrouendere: & ideò dicitur pars pretij, l. fundi partem, de contrah. empt. & sic deduci debet onus istud, vt bene declarat Ripa in l. 1. §. si hæres, ad Treb.

Quibus

Quibus ita stantibus, nihil obstat argumentum contrariæ sententiæ, quoniam esti nulla fiat mentio in dictis textibus huius diminutionis pretij propter pactum de retrouendendo: non tamen id negatur in dictis textibus. Ergo standum est rationi, & æquitati, quæ nos cogit rem minoris æstimare propter huiusmodi pactum de retrouendendo.

CAPVT XXVIII.

Pactum de non alienando, an impediat alienationem, & dominij translationem stante hypotheca generali.

PActum de non alienando non impedit translationem dominij in alium, l. si ita quis §. ea lege, de verb. oblig. an l. ea lege, C. de condict. ob causs. si tamen res obligata sit paciscenti specialiter, inter omnes conuenit, impediri alienationē, vt est textus in l. si creditor. § vlt. ff. de distract. pig. Verùm, si nō specialiter res obligata sit, adsit autem generalis hypotheca, vtrùm illa sufficiat ad impediendam alienationem, non vulgaris controuersia est. Etenim generalem hypothecam hoc in casu non sufficere communis sententia est, secundum Neguz. de pig. in 1. memb. 2. part. numer. 5. & ol. cons. 61. col. pen. lib. 2. & multi alij, quos refert & sequitur Peregr. de fideic. art. 50. nu. 77. Primò, quia textus in d. l. si creditor, §. vlt. in quo solo fundata est conclusio, quod impediatur alienatio per huiusmodi pactum, cùm hypotheca loquitur de hypotheca speciali, non autem de generali. Secundo: quia hypotheca specialis magis afficit rem, quam generalis. l. 1. & ibi glossa notat, C. de necess. seru. hæred. instit. Neguz. vbi sup. in 2. membr. 2. part. num. 10. vbi alia adducit. Tertio: quia textus ille in d. l. si creditor. §. vlt. videtur deuiare à regula communi, quæ permittit alienationem, non obstante pacto supradicto: repugnat enim regulæ text. in d. l. si ita quis, §. ea lege, & in d. l. ea lege, & ideo tanquā continēs ius sing. videtur esse restringendus intra limites, in quibus loquitur, id est, in hypotheca speciali, arg. l. quod verò, ff. de legibus.

Contrariam sententiam plurimi etiam amplexi sunt, volentes sufficere hypothecā generalem; Corn. in Cons. 3. lib. 4. Cagn. in l. 1. nume. 75. C. de pact. in. et empt. & vend. Bert. decis. 182. Soc. iun. cons. 78. num. 9. lib. 1. Paris. cons. 100. lib. 4. & multi alij, quos refert, & sequitur, dicens, hanc esse communiorem sententiam, Franc. Becius in cons. 80. per totum. Fundamentum est, quia tantum operatur generalis hypotheca quantum specialis, quia quoad ea, quæ comprehenduntur sub genere idem operatur generalis dispositio, quod specialis quoad ea, quæ continentur sub specie, l. si duo, in fin. ff. de adm. tut.

Hæc posterior sententia videtur mihi verior, quia cōsideranda est ratio legis nō cortex verborum. Ratio, propter quam impediatur alienatio propter pactum de non alienando, prouenit ex hypotheca, non autem ex pacto solum. Nam promissio de non alienando producit obligationem personalem ad interesse, vt habetur in d. § ea lege. Hypotheca autem producit ius in rem ipsam, quod quidem ius reale impedit alienationem, & hæc est ratio textus in d. l. si creditor, §. vlt. & nulla alia ratio considerari potest.

Hoc ita stante: si ius hypothecæ generalis ius in rem aptum impedire alienationem, nō video rationē differentiæ inter hypothecam generalem & specialem in puncto, de quo agitur, quia, esti obligatio specialis in multis differat à generali, tamen nemo dixerit, differre in hoc, cùm clarissimum sit tam generalem quàm specialem hypothecam producere ius in rem, l. obligationē ff de pig. act. & c. cum in sim. similibus, & hoc est quod ponderat etiam Becius, cons. 129. in 5. lib. 3.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respondeo, fatendo, textum in d. l. si creditor, § vlt. loqui de hypotheca speciali, sed dico eandem esse rationem hypothecæ generalis, vt iam dixi. Ad secundum, concedo in multis casibus, differre hypothecam generalem à speciali: sed satis est mihi, generalem hypothecam tantum operari, quantum operatur specialis, quantùm ad inducendum ius in rem in quo solo fuit fundatur decisio dicti §. vlt. Ad tertium respondeo, decisionem d. §. vlt. non esse exorbitantem à iure communi, quia regula textus in d. §. ea lege, loquitur de simplici obligatione personali non autem de hypotheca.

CAPVT XXIX.

An statutum præferens in successione agnatos cognatis, locum habeat in hæreditate Clerici?

NEgat, locum habere huiusmodi statutum in hæreditate Clerici, Imola in c. quod Clericis n. 2. de foro comp. quem secuti sunt plurimi, quos refert Bursat. cons. 93. n. 15. vbi post Dec. in c. Ecclesia S. Mariæ, n. 5. de constit. dicit, hanc esse communem opinionem, quam etiam amplexus est Senatus Mantuanus, teste Surdo, decis. 205.

Contrariam opinionem habuerunt multi, Gabr. Serra in ad. ad Matthes. sing. 95. Tiraq. de iure primog. q. 45. n. 2. & Burs. d. consil. 91.

nu.22. cum plurib. seqq. Fundamentum prioris opinionis in hoc consistit, quod Clerici sunt exempti à Iurisdictione seculari, vt notum est, ergo huiusmodi statutum Clericos non comprehendit ex defectu potestatis, & sic non potest ligare Clericum & eius bona, constituereque ei hæredem contra ius commune. Fundamentum verò contrariæ opinionis in hoc consistit, quòd huiusmodi statuta condita sint ante Clericatum, & consequenter vinculum iniecerint eo tempore, quo potuerunt: quia tunc statuentes poterant hoc facere & sic bona ligare, tanquam subiecta eorum iurisdictioni & potestati. Maximè cùm ipsi Clerici vtantur beneficio huiusmodi statutorum secundùm communem Dd. sententiam de qua testatur Paris. cons. 40 n. 20. lib. 3. & Iras. de iure primog. q. 44. ergo videtur æquum, vt etiam eidem statuto subiiciantur, arg. [illegible] non est ferendus de transact.

Ego priorem sententiam verissimam esse existimo, quia statutum, de quo agitur, disponit de personis Clericorum, & de bonis eorum. Neutrum autem videtur fieri posse, quoniam nec personæ, nec res clericorum subiectæ sunt iurisdictioni laicorum, vt notatur in c. Ecclesia S. Mariæ, de constitut. Quod disponat de personis patet, quia Clericis ab intestato decedentibus statutum decernit, & constituit hæredem: de bonis autem res est clarissima, quia statutum vult bona deuehere ad certas personas, & sic intendit ligare Clericos, & eorum bona. Quod cùm fieri non possit speciali constitutione, nec etiam fieri poterit per generalem. Nunquam enim veniunt in generali dispositione ea, quæ specialiter fieri non possunt, [illegible] & ibi notat Dec. in l. nor. ff. de [illegible] eius.

Non obstat, quod dicitur de vinculo iniecto ante Clericatum: quia non potest dici vinculum iniectum, nisi tempore mortis quando [illegible] successio [illegible] [illegible] [illegible]. Non obstat, quod Clerici possint vti beneficio huiusmodi statuti, quia statuta [illegible], quatenus fauent Clericis eos comprehendere dicuntur. Quatenus verò ligant eos absque fauore & vtilitate eorum, nihil valent ex defectu potestatis.

CAPVT XXX.

De fideiussore, an liberetur facta prorogatione temporis debitori principali à creditore?

Disserui hac de re lib. 2. ca. 88. & posui firmauique communem & veram distinctionem: fideiussorem liberari, quoties tempus est præfixum obligationi: secus autem, si præfixum sit solutioni. Addo pro confirmatione Surdum cons. 445. num. 7. lib. 3. Andr. Gail. lib. 2. obs. 1. & 30. & nouissimè addo in hac materia decisionem Bononiensem Cæsaris Barzij decision. 20.

Amplius placet vnum annotare atque adiungere, quod ex facto bis mihi proponebatur. Mutuum fuit contractum gratis tempore constituto vnius anni & fideiussore interueniente. Labitur anno, prorogatio facta est ad soluendum debitori fideiussore inscio, & debitore ob id, vsuras promittente creditori. Vtrùm fideiussor sit liberatus? Dicebatur, non esse liberatum, ex decisione rotæ 800. in antiq. quam refert & sequitur Thesaur. decisio. 126. num. 6. vbi decisum est fideiussorem non liberari, licet debitori facta fuerit prorogatio ad soluendum cum obligatione aliquid soluendi pro interesse, vt vocant.

Contrarium respondi, quia decisio illa loquitur, quando variatur forma primi contractus, semper enim fuit ibi contractus depositi, & licet vsuræ promissæ fuerint per debitorem creditori propter prorogationem temporis ei concessam, tamen huiusmodi vsuræ promissæ veniebant ex natura contractus post moram debitoris l. Lucius, ff. depos. quod ponderatur in l. decis. At in contractu mutui non veniunt vsuræ post moram: sed post litem contestatam. l. cùm fundus, ff. si cert. pet. not. Ias. in l. 2. in 5. ff. eod. titu. Ergo mutuum fœneraticium longè differt à mutuo gratuito, nec se inuicem compatiuntur, ex quo ego infero, fideiussorem esse liberatum: nam quoties primo contractui noua forma adiicitur, non facta prorogatione debitori fideiussor liberatur, Bald. in l. nam & ind[illegible] n. 5. ff. de non num. pecun. Socin. sen. cons. 62. n. [illegible] Barzard. [illegible] nu. 5.

Ratio est, quia quicunque contractus primus est incompatibilis cum secundo, & secundus cum primo, [illegible] [illegible] communem sententiam, & [illegible] Menoch. lib. 3. præs. [illegible] Surd. cons. [illegible] lib. 3. vbi idem [illegible] adducit rotæ decis. 252. [illegible] par. 2. in nouiss. Sed mutuum gratuitum, & fœneraticium sunt incompatibilia, vt patet. Ergo nouatio est inducta, consequenter fideiussor est liberatus. Valet enim illa consequentia, vt docet rota in decis. 860. in antiq. & fatentur omnes, & res est clarissima, quia nouatio est prioris obligationis extinctio, extincta autem priori obligatione fideiussor remanet liberatus, quoniam secundæ non consensit, & est textus in l. nouatione, C. de nouatio. Gabr. tit. de fideiuss. concl. 3. in l. limit.

CAPVT XXXI.

Quod remedium competat ad rescindendam venditionem propter læsionem vltra dimidiam?

TRes sunt Doctorum opiniones hac de re. Vna ea quę communis docet: actionem dari ex empto, & vendito. Ita glos. & Bartol. in l.2. C. de rescind. vend. Cagnol. qui testatur communem ibi, num. 41. Altera, competere officium iudicis, ita docuerunt veteres Doctores, quos refert glossa in d. l. 2. nec non Cynus, & Bald. Tertia fuit opinio, competere condictionem ex lege, ita Pinell. in d. l. 2. c. 1. nu. 26. Fundamentum prioris sententiæ consistit in l. ex empto, §. si quis virginē. ff. de act. empt. & in l. sed Celsus. § 1. de contrah. empt. & in l. vnde si Nerua, cum l. seq. ff. pro socio, & in l. venditæ l. 2. ff. de act. empt. & in l. 2 C. eod. titul. quibus in locis probatur dari actionem ex contractu ad rescindendum ipsum contractum, ob iustas caussas. Nec valet responsio Cagnol. num. 42. & Pinelli. n 26. cap. 1. terminos esse diuersos: quoniam hic non rescinditur venditio præcise, cùm sit in potestate alterius, supplere id, quod deest iusto pretio. Nam, si datur actio ex contractu, vbi præcisè agitur, vt rescindatur, nihil proponitur, cur etiam dari non debeat, vbi rescindi potest: vtroque enim casu militat eadem ratio, quod scilicet ex ipso contractu oriatur actio, vel vt rescindatur ob iustas caussas, vel vt ad iustitiam & æquitatem redigatur. Fundamentum alterius sententiæ consistit in verbis d. l. 2. ibi: *Authoritate iudicis interueniente:* quæ verba cùm dirigantur ad iudicem denotant oriri officium iudicis, iuxta glossam in l. si soror. C. de collatio. Sed cùm verba ad iudicem relata executionem facti respiciant, videntur denotare officium iudicis deseruiens actioni intentatæ, quod nostri Doct. mercenarium appellant, iuxta doctrinam Decij in dict. l. si soror in 2. limitat. C. de collatio. Fundamentum denique tertiæ opinionis consistit in l. vnic. ff. de condict. ex lege, vbi dicitur condictio ex lege, quoties alia deficit actio.

Sed præter responsiones Cagnoli, quas omitto (quia non placent) dicimus prouisum esse de actione ad rescindendum ipsum cōtractum, quia quoties contractus est iniustus, & rescissione dignus ob iustas caussas, tunc ex contractu ipso datur actio, vt rescindatur. Et hoc est, quod docet textus in d. l. venditæ, l. 2. C. de actio. empti, dum dicit actionem venditi non facile dari ad rescindendam venditionem. Ex hoc enim infertur: actionem aliquando dari, vbi scilicet iusta caussa subest vt detur: vt quando continet læsionem vltra dimidiam: si enim nunquam daretur, non dixisset textus, facilè non dari. Quæ verba ostendunt regulariter quidem non dari, verum quandoque dandam esse, vt dixi.

CAPVT XXXII.

Vtrum hypothecaria actio legatario competat in ipsamet re legata?

CVm tres competant actiones legatario, personalis ex testamento, rei vendicatio, & hypothecaria: controuersia est, an ipsa hypotheca competat legatario in ipsamet re legata, nam competere in aliis rebus non legatis certum est.

Duæ sunt contrariæ Dd. sententiæ. Vna, quæ communis est, non competere, gloss. in §. nostra, vers. hypothecaria, instit. de legat. & in l. 1. vers. in multis. C. com. de legatis, Bart. Bald. Salyc. & alij in d. l. Neguz. de pignor. in 4. membr. 2. part. nu. 158. Berous cons. 50. nu. 8. lib. 2. Ripa, in l. 1. n. 85. de legat. 1. Crass. §. legatum, q. 70.

Altera verò competere, quæ similiter est communis, Socin. sen. in l. 1. n. 15. de leg. 1. Cynus in l. 1. n 5. C. commu. de legat. Imola, Cast. & Alex. nu. 26. & Ias. nu. 132. in d. l. 1. de legat. 1. Gabr. cons. 45. num. 21. & 43. alios citat Surdus decis. 76. num 9. Fundamentum prioris sententiæ consistit in regula l. neque pignus, de regul. iur. vbi pignus non consistit in re propria, sed res legata est propria legatarij, l. 1. Titio, in fin. ff. de furtis, ergo legatarius non potest habere pignus in re legata. Fundamentum contrariæ sententiæ positum est in hoc, quia legatarius habet dominium iure speciali contra iuris regulas absque traditione, iuxta l. traditionibus. C. de pactis. is verò, qui habet dominium iure speciali, potest etiam habere pignus in eadem re, Bart in l. vlt. col. 2. C. de sacrosanct. Eccles. Deci. in l. neque pignus, num. 2.

Ego breuiter existimo, hanc sententiam posteriorem verissimam esse: &, vt hæc res melius intelligatur, notandum est id, quod habetur in l. idem iue. ff qui potior in pign. hab. dicit ibi textus: pupillum habere hypothecam in re empta ex pecunia sua à creditore. At contrà poterat obijci, pupillum non habere pignus, quoniam in fauorem pupilli specialiter constitutum est, vt si res fuerit empta ex pecunia pupilli, etiam alieno nomine, nihilominus pupillus efficiatur dominus rei emptæ, textu in l. 2. ff. quando ex facto tutor. & in l. si curator. C. arbitr. tutor. Solutio est, pupillum habere dominium rei emptæ ex iure quodam speciali, & proptereà pi-

gnus habere posse, sic igitur & in proposito nostro legatarius potest habere pignus in re legata, quoniam res legata est propria legatarij, ex iure quodam speciali.

Hæc est sententia & mens doctorum: & est ipsa veritas, sed non clarè enucleata. Quid n. refert an quis habeat dominium iure speciali, vel iure communi? Ratio igitur indaganda est, & cognoscenda, & tunc res intelligetur. Ea verò hæc est, quoniam pupillus habet electionem, vt rem emptam ex pecunia sua vindicare possit tanquam dominus, vel vt possit pecuniam suam repetere tanquam creditor. Si vult pecuniam suam repetere, tanquam creditor, priuilegium habet hypothecæ, & prælationis. Illud est, quod habetur in d. l. idemque, ff. qui potior. in pignor. hab. Ita electione facta remanet exclusus à rei vindicatione, & dominio ipsius rei, quoniam noluit eligere rem ipsam. Illud est, quod docet ibi glossa in d. l. idemque. Et hæc est ratio, cur pupillus videatur habere pignus in re propria, quia scilicet, res verè non est propria pupilli, quia noluit rem eligere, sed pecuniam repetere maluit.

Sic igitur & in proposito dicendum est; legatarius habet electionē potestque rem vindicare, vel in personam agere, vel hypothecariam intentare, l. 1. D. communia de legat. eligendo hypothecariam excluditur à rei vindicatione, & à dominio ipsius rei, l. cum filius §. varijs, de legat. 1. Meritò potest ipsam rem legatam prosequi actione hypothecaria: quia res legata non est verè sua: quia noluit eligere actionem, quæ competit domino, id est, rei vindicationem.

Quibus ita declaratis, tollitur argumentatio ex reg. l. neque pignus, quia ex dictis iam patet, tum non amplius esse legatarij, ideóque pignus in re legata optimè consistere.

CAPVT XXXIII.

An mariti bona vxori sint obligata pro alimentis?

INgens conflictus est apud nostros Doct. an mariti bona sint vxori tacitè obligata pro alimentis, sicuti obligata esse constat pro dote restituenda, l. vnica, C. de rei vxor. action. Non agam hic actuarium describendo auctorum nomina, qui affirmantem vel negantem sententiam sunt amplexi: quoniam sublevauit nos hoc onere Anton. Gabriel tit. de aliment. conclu. 2. & post eum Surdus in tract. de alimentis, tit. 8. priuil. 91.

Equidem communis sententia est, obligata esse, quasi alimenta sint onera facultatum, & tanquam vsura debeantur ex pecunia dotali. Sed hæc sunt somnia vigilantium: quia alimenta non sunt vsura dotis, nec onera facultatum, sed personalia onera, videlicet mariti, qui dotem accipit pro oneribus matrimonij substentandis, l. pro oneribus, C. de iure dot. quamobrem verissimam esse puto eorum sententiam, qui negant obligata esse.

Primò, quia si legumlatores voluissent obligata esse pro alimentis, facilè id exprimere potuissent, sicut expresserunt in dote dotis.

Deinde, quia si legantur & perlegantur omnes tituli, omnes casus, in quibus de tacita hypotheca prospectū est, nullam certè mentionem fieri videbimus huiusce modi casus alimentorum. Erubescendum est igitur sine lege loqui, & communis hæc sententia relinquenda est, quæ nulla probabili ratione nixa reperitur, nullaque auctoritate iuris: nec nostrum est, nouas leges condere, sed veteres interpretari. Constat autem, hypothecam non induci, nisi in casibus à iure expressis. glos. in fin. in l. 2. de priu. cred. Ripa in l. dabimus, numer. 9. ff. eodem titul. Surd. decis. 271. numero 10.

CAPVT XXXIV.

An si legetur res obligata, hæres teneatur eam luere, quando est obligata pro tanta summa, quantus est valor ipsius rei?

SI testator legauerit rem, quam ipse alteri obligauerat pro summa æquiualente æstimationem ipsius rei, controuersia est inter Dd. an hæres teneatur eam luere, vel legatarius, nam hæredem teneri, scribit Gomez, variar. resol. tom. 1. de legat. 39. vbi dicit, hanc esse communem, Viuius commun. opin. lib. 2. verb. legatum, Crass. §. legatum, q. 15.

Contrariam sententiam multi sunt amplexi. Iason, Castr. in l. si res obligata, de legat. 1. Negus. de pignor. 1. par. princ. membro 4. nu. 29. Emanuel Soarez in add. ad Gomez. vbi supra & multi alij, quos commemorat Crassus loco præcitato. Omnis difficultas consistit in intellectu leg. si res obligata, de legat. 1. in illis verbis, *Vel potest aliquid esse super fluum, ex eo lato ære alieno.* Nam, qui putant, hæredem luere oportere, existimant sensum illorum verborum hunc esse, vt si nihil supersit soluto debito, pro quo res erat obligata, tunc onus luendi spectet ad hæredem: quia, si legatarius deberet luere, nullam vtilitatem ex legato perciperet. Sed longè falluntur isti, quoniam hæc interpretatio destruit textum, vt dicebat Paulus Castrens. ibi.

Verba antecedentia hæc sunt, *Si res obligata, per fideicommissum fuerit relicta, si quidem scis*

ſcit eam teſtator obligatam, ab hærede luenda eſt, niſi alio animo fuerit. Si neſciat à fideicommiſſario: niſi vel hanc, vel aliam rẽ relicturus fuiſſet, ſi ſciſſet obligatam. His verbis textus ponit regulam, & duas exceptiones. Regula eſt hæc: *Si teſtator neſciat, rẽ eſſe obligatam, fideicommiſſarium tenetur eam luere.* Exceptiones vero ſunt iſtæ. Prima: *Niſi hanc vel aliam rem relicturus fuiſſet, ſi ſciuiſſet obligatam eſſe.* Secunda, *vel poteſt aliquid eſſe ſuperfluum ex ſoluto ære alieno.* Hæc eſt altera exceptio per quam apparet hæredem teneri eam luere, & non fideicommiſſarium, quando ſoluto ære alieno aliquid ſupereſt: Ergo, ſi nihil ſuperſit, hæres non tenetur, niſi adſit coniectura voluntatis, quæ ponitur in prima exceptione. His eſt verus ſenſus conformis verbis textus, ſecundum quem apparet hæredem non teneri; ſed legatarium in propoſita facti ſpecie ad redimendum rem legatam.

CAPVT XXXV.

An vſufructuarius poſſit exigere nomina debitorum ſine ceſſione vel mandato hæredis?

MAndatum hæredis neceſſarium eſſe, vt vſufructuarius poſſit exigere nomina debitorum, quorum vſumfructum habet, communior ſententia videtur eſſe. Borgnin. de vſufruct. num. 198. Roland. conſ. 8. numer. 19 lib. 2. & alij, quos refert & ſequitur Craſſus § legatum, quæſt. 34. Quibus adſtipulatur gloſſa in l. vxori vſumfructum. ff. de vſufruct. legat. quatenus dicit, nomina debitorum exigi ab hærede, qui vſufructuario præſtabit, vt ibi gloſſa tradit in verbo, *præſtabitur.* Sed quid reſpondebitur ad textum in l. 2. §. vlum. de oper. noui nunt. dum ait: *Vſufructuarium procuratorio nomine denuntiare opus nouum?* & ibi gloſſ. in ver. procuratorio dicit: eum cenſeri procuratorem in rem ſuam à domino conſtitutum.

Ego ſanè exiſtimo, ſi vſufructuarius de manu hæredis iam poſſeſſionem acceperit, aut certè ſit in poſſeſſione vſusfructus, poſſe exigere ſine mandato, ex ratione ſuperius dicta: quod ſi non ſit in poſſeſſione, tunc hæres exiget, & vſufruario exactum præſtabit: & ſic accipio gloſſam in d. l. vxori, ſequórque hac in re ſententiam Decij in conſ. 418. ſub nu 5. Socin. ſen. in conſ. 131. n. 12. lib. 1. & aliorum qui commemorantur à Craſſo, loco ſuperius citato, qui cùm contrariæ ſententiæ auctoribus hac diſtinctione propoſita facilè conciliari poſſunt.

CAPVT XXXVI.

Si monaſterio aliquid relinquatur in monaſterio ſub conditione, vt aliquem recipiat in monachum, vel monialem, an legatum debeatur.

TRes ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Vna Bartoli in l. Titio centum. §. 1. de cond. & idem, quam Alex. dicit communem in l. 1. C. de inſtit. & ſubſtit. huiuſmodi legatum nullius eſſe momenti. Fundamentum eſt quia monaſterium inuitatur ad recipiendum monachum ſub ſpe lucri temporalis, quod eſt Simoniacum, c. Dilectus, c. non ſatis, & c. quoniam, de ſimon. Ergo huiuſmodi legatum non valet ad ſimilitudinem captatoriæ voluntatis, quæ non valet, l. illæ autem, ff. de hæred. inſt. cum ſuis concor.

Altera fuit opinio eiuſdem Bartoli, conditionem hanc adiectam vitiari, & non vitiare. Ita Bart. in l. 2. C. de inſtit. & ſubſtit. quem ſequitur, & communem dicit ſententiam Iaſ. ibi n. 3. alios refert, & ſequitur Craſſ. § legatum, quæſt. 55. Fundamentum eſt, quia turpes conditiones in vltimis voluntatibus vitiantur, & non vitiant, lege obtinuit, ff. eod. dic. & demonſtr. Dum igitur hæc conditio ſit turpis tanquam dans occaſionem incurrendæ ſimoniæ, merito legatum valet, nec vitiatur: ſed ipſa conditio reiicitur, tanquam turpis & inhoneſta.

Tertia eſt opinio Baldi in l. 1. circa princ. C. de inſtit. & ſubſtit. vbi dixit valere huiuſmodi legatum, & conditionem eſſe implendam tanquam honeſtam, quemadmodum impleri debet illa conditio legato adiecta, vt monaſterium conſtruatur, cap. nos quidem, de teſtamen. cùm tamen conſtet, monachos fore recipiendos conſtructo monaſterio.

Ego puto, legatum valere & conditionem reiiciendam eſſe, quia non poteſt negari, quin hæc conditio ſit turpis (vt dictum eſt.) Ergo ſuccedit regula ſupradicta, quod debet reiici, & legatum debetur. Non obſtat, quod dictum eſt de voluntate captatoria: quia non facit ad rem noſtram: prohibita enim eſt inſtitutio illa: quia captionem continet illius qui inſtitutus eſt, vt ſupra dixi hoc lib. cap. 20. Maximè; quia captatoria voluntas aufert liberam teſtandi facultatem, vt ibi dixi.

Quod verò ſcribit Baldus de conditione monaſterij conſtruendi, reſellitur ab Ar. cauto in l. Titia, de verb. oblig. ub num. ... opinio, quia monaſterium non habet in ſe ingreſſum monachorũ, ſed conſtruitur ad vt fiat talis ingreſſus, conſequenter ingreſſus monachorũ prouenit ex iure, nõ autem ex diſpoſitione teſtatoris: ideò non eſt locus diſpoſitioni textus in ... non ſatis, & ſimilibus prohibentibus quempiam recipi in monaſterium ſub

spe lucri. Atque ita etiam in dubio pronunciatum est fauore Ecclesiæ, l. sunt personæ, in fine, ff. de reliq.

CAPVT XXXVII.

An legatum fundi in genere valeat?

Controuersia est inter Doctores super hac facti specie: testator fundum alicui legauit ita in genere, nulla adiecta demonstratione qua quæritur, an legatum debeatur, & valeat? Aliqui putant valere, si testator aliquem fundum habeat: si vero nullum habeat fundum, inutile esse legatum. Alij contra asseuerant, inutile legatum esse, siue testator fundum aliquem habeat, siue non habeat. Vide Bart. Iaf. Alex. Castr. & omnes in l. si domus, & in l. legato generaliter, de legat. 1. & in l. si stipulatus, de verb. oblig. in l. cum post, § gener. de iure dotium, Anton. Gomezium variar. resolut. 1. cap. 12. cit. de legat. sub n. 31. vers. si vero, & tomo 2. c. 11. n. 8 vers. nono. conclusio, Crist. in § legatum, quæst. 61. nu. 6. Fundamentum prioris sententiæ est, in l. si domus. de legat. 1. vbi in legato domus simpliciter facto, respondit Iurisconsultus illud valere, si testator domum habuerit: nam videtur eadem ratio in fundo: imo domus, & fundus in hoc videntur æquiparari: vt in d. l. legato generaliter, de leg. 1. Fundamentum contrariæ opinionis consistit in hoc: quia fundus sola destinatione patrisfamilias constituitur. l. locus. de verb. & rer. sign. l. quod in rerum. § si quis post de legat. 1. & consequenter legatum fundi videtur incertitudinem continere. Non obstat, quod dicitur de legato domus: quia domus distinguitur per intermedium parietem & multa alia hinc inde deducuntur, quæ breuitatis caussa omitto: quia veritas consistit in paucis.

Puto igitur, legatum fundi in genere nullius esse momenti. Papinianus: *Nec videri sibi quod fundi non demonstrato, nullum esse legatum, vel stipulationem fundi constaret*, in l. cum post, § gener. ff. de iact. doti. Quid clarius his verbis? Nunc videamus quid de domo responsum fuerit. Vlpianus: *Si domus alicui simpliciter sit legata, neque a lib. ... fit, qua domus cum de certa domo testator senserit non tamen apparet de qua, cogentur hæredes, quam domum velit ex ijs quas testator habebat, legatario dare. Quod si nullas ædes reliquerit magis derisorium esse quam vtile legatum*, l. si domus, de leg. 1. Hic text. videtur mihi probare idem esse in domo, quod in fundo: quia tunc demum valet domus legatum, quando constat testatorem sensisse de aliqua certa domo. Idem est in fundo legato. Idem Vlpianus: *Si de certo fundo senserit testator, nec appareat de quo cogitauit, electio heredis erit, quem velit dare*, l. legato generaliter, ff. eodem titulo, de legat. 1.

Vides, ni fallor, idem esse in fundo legato, quod in domo. Ad quod ergo laborasse Doctorum in constituenda differentia inter domum simpliciter relictam, & fundum? an quia putarunt legatum domus valere, si domum testator habuerit: at legatum fundi non valere, licet testator fundum habuerit? vel ita demum valere, si testator fundum aliquem habuerit? Hæc sane mens Doctorum fuit. At legum auctores aliam mentem habuisse videntur, scilicet nec domus legatum valere, nec fundi, nisi constet testatorem sensisse de aliqua certa domo vel fundo, licet non exposuerit de qua.

Præclare vero, Paulus Castr. in d. l. si domus, nu. 7. tunc videri de certa domo testatorem sensisse, cum eam nominauerit, vt domum Seianam, cum haberet plures. Ita & nos de fundo dicamus, testatorem tunc videri sensisse de certo fundo, quando fundum nominauit, puta fundum Titianum, vel Seianum, cum plures haberet. Quod si testator nullam domum vel fundum habuerit, licet Seianum vel Titianum nominauerit, tunc elusorium est legatum, & nihil valet, vt inquit text. in d. l. si domus. in fine.

Hunc puto verum sensum esse, ac veram interpretationem. Et ex ea infero melius locutum fuisse Castr. in d. l. si domus, circa princ. quam Alexand. ibidem, licet Alexandri sententiam secutus fuerit ibi Iaf. n. 22. & D. Mantica de coniecturis, lib. 10. Tit. 1. n. 7. Dicebat Castr. non deberi legatum domus simpliciter relictum ab eo, qui vnam tantum domum habebat. At contra Alexander, deberi illa de vna tantum, quam habebat testator, sensisse. Videtur arg. l. Fundus qui, ff. de fundo instr. l. 2. de lib. & posthum.

Fundamentum hoc, Castrensis sententiæ suffragatur, quod legatum fundi generaliter, seu simpliciter est inutile, & nihil valet, nunquam incertum, d. l. cum post, § gener. ff. de iure dot. Nisi constet, testatorem de certa domo sensisse, d. l. si domus. Quod hic non constat: quia non aliter constare potest, quam si testator nominauerit Castr. ibi, num. 7. Nec obstat regula d. l. 2. de lib. & posth. & d. l. Fundus qui, de fundo instr. quia fateor nomen domum expressum videri, quod in vno tantum verificari potest. Sed fundi legatum potest in pluribus verificari; quoniam fundus dicitur ex opinione ac destinatione patrisfamilias, ac proinde continere dicitur incertitudinem, nisi constet de certo fundo sensisse testatorem. Atque, si constiterit, testatorem sensisse de fundo,

quem

quam ipse habebat, tunc ille fundus debebitur, quem ipse testator habebat. Alias non puto deberi tanquam incertum quis enim affirmare audeat, testatorem fundum simpliciter legantem de eo, quem ipse habebat, sensisse? nisi dixerit fundum meum do, lego?

CAPVT XXXVIII.

De stipulatione Notarij, qualiter per eam ius absentis acquiratur & etiam per iuramentum.

MVlta dixi hac de re lib. 8. c. 91. nec recedo à sententia ibidem firmata: sed addo iam dictis & cumulatis Hippol. Rimin. in institut. ad rubr. de donatio. n. 51. vsque ad nu. 60. vbi plurimas adducit authoritates Doctorum. Addo insuper Mancinum in tract. de iuram. par. 4. eff. 23. & effectu 172. & Cæsarem Barzium decis. Bononiensi 26. n. 9. Denique quia multi conantur opiniones conciliare. Addo rotam Romanam egregie conciliantem decis. 683. in 1. parte diuersor. quæ sic distinguit: aut quæritur, an sit necessaria ratificatio donatarij ad effectum, vt donatio reuocari non possit à donatore: & dicendum est, non esse necessariam: aut ad effectum acquirendæ possessionis & dominij, & necessaria est ratihabitio. Alias distinctiones vide apud Mancinum locis proxime citatis & Barzium, d. decis. Bononiensi 26. nu. 10. vers. quæ tamen sententia, & vide ibidem nume. 12. & seq. vbi multa de stipulatione Notarij & iuramento.

CAPVT XXXIX.

Reciproca substitutio an præsumatur facta, cum pluribus hæredibus institutis, post mortem omnium, testator aliquem substituit?

SCripsi lib. 4. ca. 79. non videri reciprocam inter plures hæredes institutos præsumendam, quando facta est post mortem omnium: & non est dicendũ vltimo morienti, secutusq; sum ea in re cõmunem Doctorum sententiam. Nunc addo hæc, quæ mihi occurrunt in hac quæstione notatu digna.

Primum hanc esse communiorem sententiam Doctorum, vt præter eos, quos ibi adduxi, testatur Oddus in tract. de compendiosa, parte quinta art. 6. ver. Retenta tamen, Tretanunguius, de substit. par. 5. cap. 2. num. 27. Zanchan l. Hæredes mei §. cum ita. ad Trebell. in 6. par. num. 91. & num. 93. ver. verumtamen Bursat. consil. 371. num. 7. Gabr. cons. 117. nu. 24. lib. 1. Osasc. decis. Pede. 110. nu. 7. Rusticus in tract. de filiis in cond. positis lib. 6. c. 5. n. 17. Nouissime Cæsar Barzius decis. 6. Bonon. sub nu. vers. stantibus igitur.

Secundum est: hanc communiorem sententiam multis modis limitari ac declarari quos eleganter prosequitur idem Cæsar Barzius loco superius numerato, ad quem lectorem remitto.

Tertium est, illam limitationem inter cæteras annotandam esse, quam ponit idem Barz. in d. decis. 6. nume. 47. & secuta est rota Roman. in eadem caussa in decis. ibi posita post decisionem sextam, quæ est septima, nu. 9. videlicet communem illam sententiam non procedere, quando sumus in descendentibus testatoris, quos testator præsumitur voluisse præferre ipsis substitutis; quæ sunt addenda iis quæ scripsi lib. 4. cap. 82.

Postremo notandum est: tria concurrere debere, vt inducatur reciproca inter grauatos, 1. quod sint honorati. 2. quod substitutio facta sit in tota hæreditate. 3. quod substitutio facta sit vltimo morienti, Menoch. lib. 4. præs. 62. & cons. 85. numer. 41. & cons. 327. Burlatus cons. 51. & 371. num. 12. D. Decian. resp. 26. lib. 2. D. Manc. de coniect. lib. 7. Tit. 5. num. 15. Simon. Præt. de vltim. vol. lib. 3. int. 3. dub. 4. sol. 1. Cæs. Barz. decis. Bonon. 5. in princ. & dicuntur honorati filij ad hoc propositum, licet positi sint in conditione, quando sunt grauati latiss. adductis authorit. C. Barz. vbi supr. n. 6. & decis. 9. num. 35. vbi dicit: Rotam illam hanc opinionem tanquam magis communem secutam fuisse.

CAPVT XL.

De filijs in conditione positis annotatio ad cap. 51. lib. 4. controuers.

DE filiis in conditione positis an censeantur vocati, ego late disserui lib. 4. c. 51. & amplexus sum eorum sententiam, qui putarunt vocatos censeri. Addo nunc extare prolixum commentarium hac de re Iosephi Rustici, vbi latissime disputat, an & quando filij in conditione positi censeantur vocati. Et posito, communem sententiam esse vel magis communem, non censeri vocatos: notandum est, ab hac communi sententia facile recedi ex aliqua coniectura, Crau. cons. 113. num. 1. D. Mantica de coniect. lib. 7. tit. 5. nu. 15. Et licet illa sola coniectura non sufficiat, quod filij sint grauati: aliis tamen concurrentibus res est expedita, quod intelligantur vocati rota Romana apud Puteum decis. 215. lib. 3. Eadem rota inter decis. Bonon. Cæsaris Barzij decis. 8. n. 4. vbi alios adducit.

CAPVT XLI.

Si quis instituerit, vel substituerit hæredes fratrem suum & eius filios, an censeatur ordine successiuo eos instituisse, vel substituisse?

SCribit Bartol. in l. Gallus, §. quidam recte, de lib. & post. nu. 4. si quis instituerit, vel substituerit fratrem suum, & eius filios, videri ordine successiuo eos instituisse & substituisse. Quam opinionem defendit Ruin. ibi n. 15. Soc. sen. n. 3. Soc. iun. nu. 9.

Contrariam opinionem longè communiorem esse, palàm est ex Claro, in §. Testamentum, q. 80. vers. Hoc præmisso, D. Mantica de coniect. lib. 4. Tit. 8. n. 19. Menoch. lib. 4. præs. 70. n. 16. & illi plurimos adducunt, quibus adde Cæsarem Barzium decis. Bonon. 9. n. 3.

Fundamentum Bartoli consistit in duabus rationibus. Prima est; quia dictio copulatiua videtur esse accipienda hoc in casu pro disiunctiua, propter ordinem affectionis & charitatis: quia scilicet testator magis diligere præsumitur fratrem sibi coniunctum, quàm eius filios, quemadmodum accidere solet, vt disiunctiua dictio resoluatur in coniunctiuam, l. generaliter, C. de instit. & substit. l. Lucius. l. 5. de hæred. instit. & facit text. in l. si viua matre, C. de bon. matern. Altera ratio est, quia testator præsumitur se conformare cum dispositione iuris communis, l. Hæredes mei, §. ita. ff. ad Trebell. Iuris autem communis dispositio vocat ad successionem proximiores eósque remotioribus anteponit, vt in authen. de hæred. ab intest. venien. circa finem & alibi. Cùm igitur frater testatoris sit proximior, ille prius vocatus intelligitur.

Fundamentum vero contrariæ opinionis consistit in natura & proprietate verborum: cùm enim plures copulatiuè vocantur, quilibet vocatus esse intelligitur pro sua virili portione, l. Reos, §. cum in tabulis, de duobus reis, l. ex duobus, de leg. 1. l. 1. si plur. vna sent. cum simil. Respondet Ruin. loco superius annotato: naturam & proprietatem verborũ cedere huic præsumptioni, quod testator censeatur se conformasse cum dispositione iuris, & adducit ad hoc doctrinam Bar. in l. vxori, §. Testam. de leg. 3. quatenus Bart. ibi docet, si pater stipulatus sit dotem sibi reddi & filiæ, intelligendum hoc esse ordine successiuo, videlicet primò sibi, deinde filiæ; cum sui iuris erit; quoniam hæc est iuris dispositio.

Sed breuiter communem sententiã veriorem esse iudico: & quod attinet ad 1. argum. omissis responsionibus aliorum, dico non esse bonam consequentiam: aliquando copulatiua resoluitur in disiunctiuam vel disiunctiua in coniunctiuam. Ergo & hoc in casu resolui debet, quoniam est nulla est ratio, quæ id persuadere possit.

Non obstat ratio affectionis considerata: quia nobis non constat, sicuti considerari potuit, sic consideratam à testatore fuisse: si enim testator eam in animo habuisset considerationem, facile potuisset exprimere, & prius fratrem suum vocare, deinde post eius mortẽ filios fratris, cum simul omnes vocarit per verba coniunctionem importantia, videtur in mente habuisse id, quod verba ipsa significãt, l. Labeo, ff. de supell. leg. ac proinde voluisse censetur omnes æqualiter succedere.

Non obstat altera ratio Bartoli, quòd testator præsumatur se conformare cum dispositione iuris communis. Quia respondet Alex. in d. l. hæredes mei, §. cùm ita, nu. 10. & 11. ff. ad Treb. hanc regulam veram esse quando verba non repugnant. Cùm autem verba repugnant, illa regula non procedit, nisi agatur de conseruando testamento; tunc enim, vt testamentũ valeat, recedendum est à natura & proprietate verborum. idem tradit Zasch. in d. §. hæredes mei, n. 1136. & n. 1156. vbi dicit, illam regulam non habere locum, quando verba repugnant, & nu. 1158. ait ab hac coniectura facile recedi, & n. seq. hanc coniecturam solam non sufficere. Non obstat Ruini replicatio, quatenus dixit: Imò etiamsi non agatur de conseruando testamẽto, spectandã esse iuris dispositionem; testatorémque censeri secundũ eam disposuisse; quoniã Ruinus mouetur ex doct. Bar. in d. l. vxorem, §. Testamento, de leg. 3. Bartolus autem ibi hoc dicit: sed motus ex his quæ ipsemet Bart. dixit in l. Gallus, §. quidam recte, n. 4. de lib. & posth. vbi Bartol. dixit id quod nunc in dubium reuocatur: & propterea præsupponi non debet pro constanti & vero. Maneat igitur communis sententia, pro qua scio allegari etiam text. in c. Raynutius, & c. Rainald. de testam. sed super eis non puto esse immorandum, cùm parum hanc sententiam adiuuare mihi videantur.

CAPVT XLII.

An conditio, si decesserit sine filiis, à testatore adiecta, deficiat in fauorem nepotis contra patruum substitutum?

HÆc est ardua illa quæstio, in qua extant tam varia Doct. responsa, & de qua disserui lib. 4. cap. 57. ideò autem eam retractandam hic suscepi: quoniam occasionem dedit rota Bononiensis apud Cæsarem Barzium decis. 11. n. 6. 7.

Dicitur ibi magis communem opinionem esse in

esse in hoc articulo, vt distinguendum sit, an vigore statuti municipale neptis ab intestato excludat patruum: vel patruus neptem. Nam si neptis patruum excludat ex statuti dispositione, deficiet conditio nec substituto locus erit; sin autem patruus neptem excludat, contrarium statuendum erit, quoniam exclusa nepte substitutus obtinebit. Fundamentum huius sententiæ in hoc cōsistit, quia testator censetur se conformare cum dispositione statuti, iuxta textum cum ibi notatis in l. hæredes mei. §. cum ita. ff. ad Treb.

Sed nollem, vt verum fatear, hanc sententiam tantæ authoritatis esse, vt rationem vinceret, aut legem. Nam, quod dicitur, Testatorem videri se conformare cum dispositione statuti debile fundamentum est, tum, quia sæpissimè contrarium euenit, vt præclare ostendit Corneus cons. 201. numer. 8. 9. & sequent. lib. 3. Tum, quia conclusio illa locum non habet contra verborum proprietatem, quibus testator vsus est, nisi agatur de conseruando testamento, eóque tuendo à nullitate, vt declarat Alex. in d. §. cum ita, num. 10. & 11. cum aliis adductis supra in capite præced. ad aliud propositum.

Quamobrem, illam distinctionem repudiandam esse existimo, & ad regulas iuris coniecturasque voluntatis testatoris confugiendum existimo, secundum ea, quæ dixi ad cap. 37. Et ne solus videar eam distinctionem repudiare, non desunt alij Corneus in d. cons. 201. lib. 3. Socin. in cons. 181. lib. 1. Alciat. cons. 10. n. lib. 9. & alij, quos commemorat Barzius d. decis. 11. n. 7.

Sed posita distinctione, disputare solent, an attendi debeat proximitas grauantis, vel grauati, id est, testatoris, vel patrui secundum formam statuti. Et quia communior sententia docet, hoc casu spectandam esse successionem grauati, & hæc sententia rotæ Bononiensis authoritate corroboratur, vt testat. idem Barz. d. decis. 11. Merito secundum hanc sententiam iudicandum erit.

CAPVT XLIII.

Instantia iudicij cœpti inter laicos, an transeat in hæredem Clericum?

NOn transire dixerunt Anton. Butr. in c. quid V. n. 12. de iud. & ibid. Felin. Abb. & Decius n. 11. Imola & Aret. Alim. in pract. ciuili c. 12. n. 54. Sed transire dixerunt Ang. in l. hæres absens, de iudi. Cast. Imola, Alex. & alij pluter, quos adducit Viuius communium opi. lib. 2. opin. 478. clericus. & Surdus late in consil. 232. n. 16. & decis. 110.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia clericus, vt notum est, non est subiectus foro laicali, nec potest se subiicere, c. si diligenti, de foro compet. cum aliis multis. Nec iure cautum reperitur, instantiam cœptam cum defuncto laico coram Magistratu laicali transire in clericum hæredem Laici. Ergo standum videtur generali priuilegio, quo clerici sunt exempti à iurisdictione & foro seculari.

Fundamentum verò contrariæ sententiæ positum est in eo, quod generali iuris regula cautum sit, instantiam cum defuncto inchoatam transire in hæredem, l. si constante, §. vlt. solu. matri. & ibi Alex. in 2. col. & alij plures, quos commemorat Surdus d. cons. 232. num. 10. Nec ex persona hæredis deterior fieri potest caussa obligationis, & l. 2. §. ex his, de verbor. oblig. Nec potest quis euitare iudicium seculare, quod incepit, cùm erat laicus, licet post cœptum iudicium factus sit clericus, vt docet Baldus in l. si quis posteaquam, ff. de iudicis.

Puto ego posteriorem hanc sententiam, & communiorem esse, & melioribus rationibus munitam: ac præsertim nisi magna æquitate, ne processus nouus inchoari debeat coram ecclesiastico iudice, ne continentia causæ diuidatur, & vt iudicium ibi finiatur, vbi cœptum est. Non nego tamen, rem esse dubiam, ac proinde opinionem eam esse amplectendam in praxi, quam summus Pontifex & eius Curia seruare solet. Vide decis. 552. Obligatur in antiquis, vbi videtur propensa in fauorem clerici, vt is trahatur ad Ecclesiasticum.

CAPVT XLIV.

An filius emancipatus teneatur conferre donationem simplicem?

DE collationibus multa dixi in superioribus libris: sed omisi, ni fallor, disputare, an donatio simplex à patre collata in filium emancipatum conferri debeat.

Hanc igitur hic expediam, & breuiter concludo, conferendam esse, secutus hac in re communem Dd. sententiam Barto. in auth. ex testamento, C. de collatio. num. 8. col. pen. vers. alia est communis sententia, idem Bar. in l. 1. §. Nec castrense. col. pen. de collatio. bonor. Alex. in l. vt liberis. §. vltim. Cod. eod. num. & in d. auth. ex test. num. 4. Vitalis in tract. de collatio. cap. 2. num. 4. Fundamentum est præclarum & solidum in d. l. vt liberis, §. vlt. C. de collatio. in illis verbis: *Emancipatis videlicet liberis vtriusque sexus pro tenore præcedentium legum ea, in qua ipsa emancipatione à parentibus suis consequuntur vel post emancipationem ab eisdem parentibus acquisie-*

rant, collaturis. Si emancipati conferunt pro tenore præcedentium legum. ergo debent conferre donationem simplicem: quia secundum leges precedentes eam conferebant emancipati, l. 1. ff. de collatio. l. si emancipati. C. eod.

Contrariam sententiam habuerunt multi, quos refert Ias. in dict. auth. ex testamento. quam defendit Decius ibid. nu. 8. Alios adducit Crass. in arti. collatio bonorum, nu. 4. Fundamentum ponunt in l. illud. §. vlt. C. de collatio. vbi dicitur: simplicem donationem non esse conferendam, nisi tempore donationis hanc legem donator apposuerit, quem text. dicit Decius euitari non posse replicando ad omnes responsiones Bartoli & aliorum quæ afferuntur. Sed respondi ego ad hunc textum: & verum, nisi fallor, intellectum dedi lib. 6. controuers. c. 64. cùm ibi dicta videri possint, ideò huc transferenda non putaui.

CAPVT XLV.

De collatione feudi.

DIsserui lib. 7. cap. 48. de collatione feudi, inter fratres, vel sorores facienda. cùm de, patris communis successione diuidenda agitur. His scriptis hoc addo in præsenti: quando feudalia bona filio acquiruntur, viuente patre, tunc conferendam esse eorum æstimationem, quæ est tempore mortis patris, Bartol. in l. 1. §. Nec castrense, nu. 6. de coll. lat. bonor. Bald. in l. Omnimodo, §. imputari, C. de inoff. testam. Castr. Alex. & Ias. in l. illud, C. de coll. idem Iason. in l. quoniam nouella, num. 19. C. de inoff. test. Parisius consil. 56. num. 19. lib. 3. & hæc est verissima & communiter approbata sententia, vt testatur Schraderus in tract. feud. parte 7. cap. 5. in 2. quæst. num. 41.

CAPVT XLVI.

De donatione simplici valida conferenda.

DOnationem simplicem à parentibus collatam, si valida sit, ab initio conferendam esse non dubito, motus ex communi doctorum sententia, & tribus fundamentis: ita Bar. in l. 1. § Nec castrense, nu. 11. de collat. bonor. Alex. & Iason in auth. ex testamento. C. de coll. Socin. sen. consil. 91. lib. 2. Natta consil. 606. Rolan consil. 75. lib. 4. Fundamentum est: quia in hoc casu cessat ratio propter quam dubium est, an donatio simplex conferenda sit, & propter quam multi dicunt, conferendam non esse. Ratio enim hæc est: quia simplex donatio non valet, à patre in filium collata, l. Donationes, C. de donat. inter vir. & vxor. sed morte patris confirmatur, vt ibi dicitur: Ideò ius quæsitum filio videtur post mortem patris. Quæ verò post mortem patris acquiruntur, non conferuntur, l. si donatione, C. de collat. Hæc ratio cessat in donatione ab initio valida; propterea videtur esse conferenda, vt in d. l. si donatione.

Contrariam opinionem aliqui sunt amplexi, vt per Surdum consil. 145. nume. 54. vbi refert Corneum, Decium, Cagnolum, & alios adducens text. quum dicit ineuitabilem in l. illud, §. vltimo, Cod. de collatio. vbi dicitur donationem simplicem non aliter conferendam esse, quàm si donator hanc legem donationi suæ apposuerit, vt scilicet conferatur: Sed ad hunc textum omissis aliorum responsionibus ego respondi lib. 6. cap. 64. ad quem locum me remitto.

CAPVT XLVII.

An l. si quis maior. Cod. de transact. locum habeat in omni contractu?

SCripsi alias, l. si quis maior, Cod. de transact. locum habere in transactione sola: non autem in cæteris contractibus, nec ab hac sententia me deterret, quod communis opinio in contrarium quotidie magis magisque inualescat, vt videre licet ex decis. 15. & 16. Cæsaris Barzij quia fundamentum huius communis opinionis consistit in eo, quod textus in d. l. si quis maior, non solùm loquatur de transactionibus: verùm etiam de pactis, quæ quidem verba videntur esse generalia, & comprehendere omnes contractus.

Sed mirabile est: quod tot tantisque legibus ac constitutionibus, quæ de contractibus loquuntur: nusquam facta sit mentio pœnarum, quæ habentur in d. l. si quis maior, quæ fundata est in periurio, vt omnes ibi fatentur: cùm tamen contrahentibus periuris, alia sit pœna constituta, leg. vltim. ff. de crimin. stellion. prout etiam promissionibus iuratis si violentur, alia pœna constituta legitur, in l. penultim. Cod. de dign. lib. 12. Persisto in eadem sententia: & puto, pactiones, de quibus fit mentio, in dict. leg. si quis maior, non importare, nec significare contractus quos iubet: sed eas tantummodo pactiones, quæ in contractu transactionis fiunt, vt sensus sit: si quis venerit contra transactiones iuratas, vel contra pactiones eis insertas, eum incurrere pœnas d. l. Fieri enim potest, vt quis transactionem factam obseruare velit, id est, ad iudicium non redeundo, nec Principi supplicando, nec suscitando causam transa-

ctione

ctione finitam, veruntamen promissa in transactione non obseruet. Hunc puto dignum esse, qui pœnis illis subiiciatur, & sic intelligo verba illa textus, *vel interpellando iudicem, vel supplicando Principibus, vel non implendo promissa*. Sic intelligo superiora illa verba: *aduersus pacta vel transactiones*: & illa verba *quod ex pactione vel transactione*, intelligo, inquam, coniunctim, non disiunctim, quando est facta transactio, & in ea transactione pactiones initæ sunt; nam siue quis in transactionem ipsam offenderit contrauenjendo, siue pactiones ipsas violauerit non obseruando, is incidit in pœnas illas. Nulla certe necessitas est extendendi eam constitutionem ad pactiones initas extra contractum transactionis: quia in illa Leone et obseruare licet mentionem fieri pactionum & transactionum simul. Nulla erat difficultas, statuere generaliter, si quis venerit contra iuratos contractus, eum incurrere in dictas pœnas oportere. Nulla tamen lex est tale quid dicens, nec desunt, quæ alia pœnarum genera periuris irrogent. Quid igitur opus est tantam pœnarum multiplicitatem inducere, absque legis authoritate?

CAPVT XLVIII.

An donatio iuramento firmata absque insinuatione valeat, si excedat summam quingentorum aureorum?

SCripsi lib. 3. cap. 38. donationem valere, etiam non insinuatam, licet summam quingentorum aureorum excesserit, si iuramento sit vallata. Addo nunc hanc sententiam secutam esse rotam Romanam in decisione, quæ habetur apud Vinc. Mancin. in tracta. de iuram. par. 4. est 1. quæst. 3. in fine & est 7. in fine, eandem magis communem & veram testatur Rota Bononiensis apud Bartz. deci. 25. nu. 49.

Addo insuper, fundamentum eorum qui putant necessariam esse specialem renunciationem cum iuramento insinuationis, non esse satis firmum, quia positum est in eo quod iuramentum non extendatur ad ius futurum, c. 2. de renunc. c. pen. de iureiur. notat Osasc. deci. 112. nu. 10. & in puncto nostro Bartz. vbi supr. n. 53. At insinuatio fit post donationem. Ergo iuramentum non extenditur ad insinuationem, nisi specialiter renuncietur cum iuramento huiusmodi futuræ insinuationi.

Nihil est: quia donans notitiam habet ipsius donationis, iuratque eam obseruare, & nullo modo contrauenire. Ergo non potest contrauenire ex defectu insinuationis. Quod autem dicitur, iuramentum non extendi ad futurum, alium habet, ac longe diuersum sensum, qui à proposito nostro alienus est. Hic enim est sensus, iurantem non videri renunciare iuri, quod non habet tempore iuramenti præstiti, nec censeri renunciare iuri, quod postea sibi superuenit, ita loquuntur leges & Doctores qui dicunt, iuramentum non extendi ad futura. At donatori iuranti non potest aliquod ius superuenire ex defectu insinuationis non factæ, quia promisit se seruaturum donationem. Ergo tenetur eam seruare, nec potest eam impugnare ex defectu insinuationis, quia nullitas hæc ex defectu insinuationis proueniens non est ius diuersum à donatione, quod superueniat donatori. Adde, quod est ius vigens tempore donationis, siquidem talis donatio non insinuata non valet, & semper est nulla, donec fuerit insinuata. Ergo non intelligitur iurans remittere ius aliquod futurum, sed ius, quod habet de præsenti tempore donationis.

CAPVT XLIX.

Creditor ex caussa Funeraria, an præferatur alijs creditoribus habentibus hypothecam anteriorem expressam?

DVæ sunt contrariæ Dd. sententiæ in hoc puncto, & vtraque videtur esse communis. Vna est, non esse præferendum creditorem ob caussam funerariam alijs creditoribus hypothecam expressam habentibus anteriorem, ita gloss. in l. penult. de relig. & sump. Negusz. de pignor. & hypot. membr. 5. par. n. 55. Cot. in l. vlt. § in computatione, C. de iure delib. Ripa in l. Priuilegia, num. 5. de priuileg. cred. Dec. regul. 597. in 7. priuil. Cauual. de vsufr. num. 95. Seb. Med. in tract. de sepulturis in 5. quæstion. 2. par. n. 72. Afflict. in l. vlt. de relig. & sump. Conan. lib. 4. comment. Tit. qui potiores in pign. hab. Franc. decis. Neap. 51.

Contrariam sententiam amplexi sunt Rol. cons. 14. n. 25. lib. 1. [illegible] q. 63. nu. 4. Ripa tract. de peste. Tit. de [illegible] præ[illegible] n. 133. [illegible] Ludouic. decis. Perus. 72. Surd. decis. 12. n. 105. adducit Franc. d. decis. 51. nu. 1.

Prioris sententiæ fundamentum est in communi regula, quod prior tempore, potior sit iure, l. qui prior, ff. de reg. iur. in 6. quia creditor hypothecarius præferri solet, quando expressa est hypotheca, cuicunque creditori etiã fauorabili & priuilegiato, prout est mulier respectu suæ dotis, vt notat gloss. Bart. & magis communiter Dd. in l. Assiduis, C.

qui potior. Nec obstare dicunt text. in l. pen. ff. de religio. & sumpt. quatenus ibi dicitur: impensam funeris præcedere omne creditum: quia debet intelligi de omni credito personali: quia lex non tuum, sed suum sibi denegat auxilium.

Fundamentum verò posterioris sententiæ consistit in d. l. pen. quatenus, ibi dicitur impensam funeris semper deducendam esse ex hæreditate, & præcedere omne creditum, quando bona soluendo non sunt. Nam si huiusmodi impensa semper deducenda est ex hæreditate, sequitur nullam habendam esse rationem expressæ hypothecæ anterioris creditoris. Nam si hypothecario creditori satisfaciendum prius esset, contingere posset, vt aliquando talis impensa non deduceretur ex hæreditate, creditoribus hæreditariis vniuersa bona occupantibus. Rursus, si præcedit omne creditum, igitur præcedere debet etiam creditum hypothecarium: nam, qui dicit omne, nihil excludit, l. Iulianus, de legat. 3.

Huc accedit textus in l. Nec ære alieno, ff. eod. tit. vbi patet, æs alienum non esse deducendum, nec fit distinctio, an sit cum hypotheca vel sine hypotheca. Non obstat exemplum ill. d. de dote, quod non præfertur creditoribus habentibus expressam hypothecam anteriorem. Primo: quia conclusio illa valde dubia est: & contrariam sententiam semper ego defendi. Deinde: quia nullus textus reperitur in materia dotis, qui dicat, dotem esse deducendam semper ex hæreditate, vel ex bonis mariti: vel, qui dicat, dotem esse deducendam ære alieno non deducto, sicuti reperitur in impensa funeris. Denique accedit textus in l. vltim. §. in computatione. C. de iure deliber. vbi hæres prius deducit impensas funeris, postea similem fortunam cum aliis creditoribus sortitur. Ex quo apparet respectu impensæ funeris, omnibus præferri: licet respectu aliorum iurium & suorum seu actionum, quas habebat contra defunctum, nullam habeat prælationem: sed concurrat cum aliis creditoribus secundum iuris formam.

Hoc autem speciale priuilegium, quod habet funeris impensa, ego non puto ascribendum esse inuentario hæredis: sed fauori ipsius causæ funerariæ: quia ante omnia deduci debet funeris impensa. Merito, vt qui opus pium præstitit, præmium quodam modo suæ pietatis agnoscat. Atque ita existimo, posteriorem sententiam, quæ funerariam actionem anteponit creditoribus habentibus hypothecam anteriorem expressam, longe probabiliorem videri.

CAPVT L.

De cautione præstanda pro vsufructu earum rerum, quæ vsu conteruntur & minuuntur.

De cautione præstanda de vsufructu earum rerum, quæ vsu conteruntur, vel minuuntur, verba feci lib. 8. c. 41. & conclusi, præstandam esse cautionem de restituendis rebus in eo statu, quo reperientur finito vsufructu, loquendo tamen de his rebus, quæ non nisi longi temporis vsu conteruntur, atque minuuntur.

Addo nunc pro confirmatione Azonem in rub. C. de vsufr. n. 10. Abb. in c. vlt. numer. 3. de pign. vbi adducit exemplum commodati, in quo omne detrimentum & consumptio cedit damno domini, non autem commodatarii, l. cum qui, ff. commod. idem docet Card. ibid. Soc. senior cons. 10. lib. 4. n. 3.

Quod si agatur de rebus, quæ breui vsu atteruntur, aliud videtur dicendum: & ita intelligendus est text. in §. constituitur, instit. de vsufr. & ibi notat glo. 10. Fab. & Aret. Feder. de Sen. cons. 46. Anch. in d. c. vlt. de pign. n. 14. & ita distinguit etiam Azo. in d. rubr. de vsufr. Imol. & Socin. in locis supra annotatis. Alex. cons. 58. n. 7. lib. 3. Bertran. cons. 40. n. 7. lib. 2. Ruin. cons. 206. nu. 25. lib. 2. Caual. de vsufr. n. 146. & Surd. decis. 67. post nu. 4. Et hæc prioribus scriptis addenda esse censui.

CAPVT LI.

Actio de dote an competat contra omnes hæredes in solidum?

Actionem de dote soluto matrimonio competere in solidum aduersus omnes hæredes mariti speciali quodam fauore dotis post alios quos adducit, scribit Afflict. decis. 332. n. 2. Decius in l. Pacto meo, C. de pact. Bald. Nouel. part. 8. prin. 33. alios adducit Surdus decis. 90. n. 1.

Fundamentum est in l. Cum ab vno, de leg. 1. cuius hæc sunt verba. *Cum ab vno hærede mulieri pro dote compensandi animo legatum est, eáque dotem suam ferre quàm legatum maluit: verum an omnes hæredes, an in eum solum, à quo legatum est, actio de dote ei dari debeat, quæritur. Et Iulianus, in eum primum, à quo legatum, actionem dandam putat. Nam cum aut suo iure, aut iudicis mariti consensu esse debeat, æquum esse apud eum, à quo ei maritus aliquid pro dote legauerat, vsque ad quantitatem legati onus huius æris alieni sustineri, reliqua parte dotis ab hæredibus ei præstanda.*

Sed si totum hoc responsum Iurisconsulti rectè perpendatur, facilè intelligetur, conclusionem superius positam ita generaliter, & in-

& indistinctè, erroneam esse. Primò Iurisconsultus loquitur, quando animo compensandi cum dote testator vxori suæ aliquid legauit. Deinde, quando onus soluendi huiusmodi legati imposuit vni ex hæredibus. Tertiò, quando vxor legatum repudiauit, maluitque dotem suam consequi, quàm legatum. Hoc in casu æquum esse putauit Iurisconsultus vt mulier actionem haberet in eum solum, à quo legatum est pro dote consequenda vsque ad quantitatem legati.

Benè igitur Baldus Nouellus, loco superius annotato, dixit duo concurrere oportere, vt hoc priuilegium locum habeat, scilicet: fauorem dotis & fauorem testamenti. Sed longe clariùs lucenúsque Surdus est locutus decis. 90. cùm dixit num. 6. priuilegium hoc restringendum esse ad casum, de quo loquitur Iurisconsultus in d. l. cum ab vno.

In hoc igitur priuilegium dotis consistit, vt mulier cogatur agere contra eum, cui testator onus iniunxit æris alieni, licet regulariter creditores non cogantur agere aduersus vnum ex hæredibus, cui testator soli onus æris alieni iniunxit, cùm ipso iure, per legem 12. tabularum, diuidatur æs alienum inter omnes hęredes, l. si filia, §. si pater, & l. si vni, §. idem Papinianus, ff. famil. ercisc. & l. seruo legato, §. si testator, ff. de legat. 1.

CAPVT LII.

Victus victori, an sit condemnandus in expensis, quando habeat iustam caussam litigandi, stante statuto, quòd victus victori in expensis condemnetur.

Victum victori condemnandum esse in expensis, constat ex l. properandum, §. sin autem, C. de iudic. Constat etiam iustam caussam litigandi excusare ab expensis, l. qui solidum, §. etiam, ff. de legat. 2. Sed controuertitur, an stante statuto, quòd victus victori condemnetur in expensis, iusta caussa litigandi excusare debeat ab expensis; nam excusare non debere docet gloss. in authent. de exhib. reis, in verb. caussam, & ibi Angelus notat. Albertus in 2. part. statut. quæst. 192. Alexand. cons. 257. lib. 2. Cremen. sing. 40. Marsil. cons. 19. num. 1. cons. 37. n. 9. & sing. 107. Rom. à Valle cons. 62. nu. 13. & 14. lib. 4. vbi dicit, hanc esse magis communem. Ant. Gab. com. concl. tit. de expensis concl. 1.

Contrarium docuerunt Bald. in l. terminato, C. de fru. & lit. impens. Alexan. in d. l. properandum, §. sin autè, Asinus in pract. § 32. lim. 3. Menoch. de arb. lib. 2. cas. 177. n. 27. Rol. de lucro dotis quæstio. 26. nu. 17. Bero. cons. 150. nu. 28. lib. 1. Barbatia cons. 12. n. 3. lib. 1. Couar. pract. quæst. c. 17. n. 5. & alij relati à Gabrielio, & ab Asinio locis supra citatis.

Prioris sententiæ fundamentum est: quia statutum esset frustratorium, & nihil adderet iuri communi, si iusta caussa excusaret ab expensis: quia etiam iure communi iusta caussa ab expensis excusat. At statutum non debet intelligi, vt sit superfluum, cap. si Papa, de priuil. in 6. l. si quando, de legat. 1. cum similibus.

Fundamentum contrariæ sententiæ positum est in hoc: quia statutum debet sic intelligi, vt non sit irrationabile, vt non mereatur à sapientibus reprehendi, & potius reputari debet superfluum, quam vt quis indebitè ex eo lædatur: & cùm disponat idem, quod ius commune, recipere debet interpretationem à iure communi. Quæ omnia sunt dicta vulgatissima, omnibus obuia & verissima, ideóque pro eis confirmandis allegationum copia necessaria non videtur.

Sunt qui distinguant: an statutum dirigat verba in iudicem, vel in ipsum victum. Primo casu procedit eorum opinio, qui dicunt, excusare: altero verò casu locum habet eorum sententia, qui dicunt non excusare iustam caussam litigandi: cuius distinctionis facit mentionem Couarru. & Asin. locis præcitatis, & nouiss. Flam. Chartar. decis. 1. Rotæ Genuensis caus. execut.

Ego puto, iuri & æquitati magis consentaneam esse eorum opinionem qui dixerunt iustam caussam litigandi excusare ab expensis, quoniam ita iure communi sancitum est, nec iuris communis correctio inducenda est ex coniecturis, vt notant omnes in auth. quas actiones, C. de sacros. eccles.

Nec dicendum est, sententiam iudicis absolutoriam ab expensis contrariam esse statuto, & ideò non valere. quia, si statutum recipit hanc interpretationem, iam non potest dici sententia contraria statuto. Maximè quia etiam iure communi constitutum est, vt victus victori condemnetur in expensis, d. l. properandum, §. sin autem, & tamen hoc intelligi debet, nisi subsit iusta caussa litigandi, secundum communem omnium doctrinam, Menoch. d. casu 177. & n. Asin. vbi supra limit. 1. num. 1. Nec placet illa distinctio, an verba statuti dirigantur in iudicem, vel in victum: quia semper eadem ratio militat.

Non obstat, si dicatur, cùm statuti verba dirigantur in victum oriri quandam obligationem, & actionem ex statuto, & sic deberi expensas iure actionis. Quoniam fateor deberi iure actionis ex statuto orientis, si nisi quod nulla subsit iusta caussa litigandi.

Non obstat quoque, quòd vbi expensæ de-

beatur iure actionis, tunc iusta caussa non excusat, vt tradit plura citando. Asin. d. §. 52. limit. in sublimitatione, n. 1. & seq. Quoniam hoc procedit vbi expensæ debentur ex stipulatione, vel ex alio contractu, vel etiam ex testamento, aut alia dispositione tunc iusta caussa non excusat; sicut iusta caussa non excusat aliquem, quominus condemnetur ad dandum seu soluendum, & restituendum id quod debet. Non enim eum excusat ignorantia facti, neque difficultas aut alia iusta caussa: quia vbi constat quem dare vel facere oportere, omnino condemnari debet.

Hæc non faciunt ad rem nostram quia statutum mandans victum in expensis condemnari, etiamsi verba dirigat ad ipsum victum, non tribuit tamen victori actionem quandam similem actioni orienti ex stipulatu, aliove contractu & obligatione, quasi expensæ sint actori debitæ ad similitudinem sortis principalis, quæ debetur ex aliquo contractu, vel alia dispositione. Nam actiones quæ oriuntur ex contractu, & similibus, præsupponunt obligationem ex consensu voluntario debitoris; merito competit tam ad sortem, quàm ad expensas. At statutum, de quo agitur, nullam præsupponit obligationem voluntariam ex parte debitoris, ratione huiusmodi expensarum. Meritò dicendum est, diuersam esse rationem inter statutum, de quo agitur, & voluntariam obligationem ad expensas. Hæc ratio confirmari potest ex traditis per Iasonem in d. §. properandum. §. sin autem, n. 4. vers. intellige tamen.

Notandum est autem: etsi iusta caussa excuset ab expensis, summo tamen cum ratione ad euitandas lites super ipsis expensis, & ob alias iustas caussas l. facilimè vero Romanæ auditorium consueuisse, ideo semper victori semper in expensis condemnare, licet iustam habeat caussam litigandi, si victus primam sententiam obtinuisset, quæ ex nouiter deductis fuerit reuocata, vt per Vestallum decisio 340. parte 1. & per Ludouic. Comes. ad regul. de annali quæstione.

CAPVT LIII.

Creditor, qui priorem habet hypothecam, an possit pecuniam posteriori creditori solutam recuperare?

Verissimo, priorem creditorem hypothecarium, vel priuilegiatum posse repetere atque recuperare pecuniam posteriori creditori solutam, autor ferè certus in l. vlt. §. & si præfatam. C. de iure delib. vbi Iustinianus ita scribit: *Sin vero hæredes vel hæreditarius creditoribus hæreditariis pro debito dederint*

in vel solutum vel per dationem pecuniæ satisfecerint: licent aliis creditoribus, qui ex anterioribus veniunt hypothecis, aduersus eos venire, & à posterioribus creditoribus secundum leges eas auferre, vel per hypothecariam actionem, vel per condictionem ex lege, nisi voluerit debitum eis offerre. Atque ita docuit Bart. in l. pupillus, ff. quæ in fraud. cred. Stracha de decoctor. vlt. part. num. 3. vbi alios adducit, & communem esse testatur, multos alios adducit nominatim Flam. Chart. decis. Genuens. 19. n. 23.

Contrariam sententiam amplexus est Afflictus dicens, ita fuisse decisum decis. 30. & idem testatur Capo decis. 78. in terminis statuti Genuæ, sic etiam respondit Paris. consil. 69. lib. 4. & ita etiam in eisdem terminis statuti Genuæ decisum est apud Flam. Chart. loco suprà dicto.

Omisso statuto Genuæ, quod seruari debet in loco suo, & ius commune considerando, duo sunt argumenta, quibus hæc contraria sententia nititur. Primum est in d. l. Pupillus. ff. quæ in fraud. cred. cum aliis concor. quibus cautum est pecuniam posterioribus creditoribus solutam reuocari non posse, quoniam iura vigilantibus, non dormientibus scripta sunt. Alterum argumentum est ex æquitate ad euitandas lites, quæ occasione decoctorum orirentur, si pecunia soluta creditoribus repeti posset.

Istis non obstantibus, communior sententia mihi verissima videtur: nam, quod attinet ad primum, leges allegatæ loquuntur de creditoribus, qui actionem habent personalem, & nullus eorum hypothecam habet, vel aliud priuilegium, quo alteri præferatur: & ita expresse distinguit Bar. in d. l. Pupillus, & ratio est clara, quia pecunia soluta posterioribus creditoribus erat obligata prioribus, & ideò ad alios transire non potuit liberè: sed cum sua caussa, id est, cum hypotheca, propter quam repeti potest: vel actione hypothecaria, si extet: vel condictione ex lege, si consumpta fuerit, vt expresse habetur in d. l. vlt. §. & si præfatam. C. de iure delib. idque probatur in l. deferre. §. vlt. de iure fisci, & in d. l. pecuniam cum glo. C. eo. tit. de priuilegio.

Quod vero attinet ad alterum argumentum, respondere potest: hanc non esse æquitatem, sed iniustitiam: quia in contrarium est lex scripta. Æquitas vero ista nullibi reperitur, & propter eà nulla eius est habenda ratio, l. prospexit, ff. qui & à quib. cum vulg.

CAPVT LIV.

Vbi caussa cognitio delegata est, an consentur etiam delegata caussa expeditio?

Quoties

QVoties ab homine delegata est caussæ cognitio, non videtur datam deficiendi potestatem, communior videtur Doctorum sententia. Bart. in l. à diuo Pio, de re iud. & ibi. Bald. Cast. Cuman. & Alex. num. 18. quos & alios refert, & sequitur Menoch. de arbitr. q. 37. num. 17.

Contrariam sententiam habuerunt ibidem Imola necnon Ias. ibid. n. 17. vbi alios adducit Felin. in c. super quæstionum. nu. 3. de off. deleg. alios refert Menoch. vbi supr. nu. 23.

Prioris sententiæ multa sunt argumēta, sed leuia & quæ refelluntur à Menochio, & ab aliis. Præcipuū igitur fundamentum est ipsius Menochij quia rescriptum delegatoriū strictè interpretari debet: & ideo non extenditur ad casum omissum. Cum igitur cognitio caussæ differat ab eius expeditione, ergo commissa cognitione, non censetur commissa expeditio caussæ, c. 1. & ibi gloss. in v. processus, de rescri. in 6. c. caussamque, eod. tit. c. quamuis, & c. accusatus, 3. q. 6. l. cum prætor. de iud.

Contrariæ verò sententiæ fundamentum est positum in l. 2. C. si cōtra ius vel vtilit. publ. vbi textus facit mentionem de cognitione supponendo, quòd possit iudicare is, cui cognitio demandata est.

Ego, licèt maxima sit auctoritas communis opinionis, ausim tamen amplecti contrariam sententiam, ea ratione, quod cognitio caussæ iure nostro significat ipsius caussæ cognitionem, & expeditionem, l. generaliter, l. sæpe audiui, de off. præsidis, l. ait prætor, de re iudic. l. notionem, de verbor. signi. l. 1. de constit. Princ. l. 4. §. 1. de eo, quod certo loco, l. 2. ff. vbi pupill. educ. deb. l. 7. §. vlt. de damn. infect. l. 3. §. si manumissus, de non. poss. contra tab. Brisson. Schrad. & omnes in verbo, *cognitio*. Hinc et cognitio tutelæ, vt de inofficioso testamento, de damno dato, & de aliis passim exēpla videri possunt. & semper accipitur cognitio pro discussione, & examinatione caussæ, eiusque expeditione, ita vt cognoscere nihil aliud sit, nisi ius dicere super eo, l. 3. §. cognoscit de off. præfect. vigil. l. 2. de re iud. adeo, vt qui cognouit, iudicare quoque cogendus sit, l. qua re. de iudic.

Ex quibus colligitur fundamentum contrariæ opinionis, quia nulla opus est extensione, cum cognitio secum trahat etiam caussæ definitionem.

CAPVT LV.

Vtrum rescriptum mandans ordinario, vt summariè procedat, efficiat eum delegatum.

CErtum est, ordinarium iudicem, effici delegatum, quoties rescriptum in aliquo iurisdictionem suam ordinariam immutat; vt puta, si mandet vt summariè causam expediat, aliàs verò, si non alteretur eius iurisdictio, remanet ordinarius, vt notant Decis. & Ias. in l. etsi prætor, de off. eius, Berous cons. 109. n. 9. lib. 3. Brun. cons. 4. n. 8. Viui. comm. opin. in ver. iudex ordinarius, Achil. de Grass. decis. 2. tit. de rescrip. Bera. decis. Bonon. 1. Difficultas est, quando verbum (summariè) in rescripto positum non respicit caussæ definitionem sed processum, vt si dicatur procedas summariè, & iustitiam facias. Nam hoc in casu iudicem ordinarium, fieri delegatum in procedendo tantùm dicebat Imol. notat. in l. qui procuratorem dat, de procur. & sequitur hanc sententiam Bald. ibi in vlt. col. necnon etiam Castr. Ias. in l. etsi prætor, de off. eius add. ad Fel. in c. licet. in ver. summariè, de off. ordin. Menoch. arbitr. quæstion. 37. num. 9. vbi alios recenset, quam sententiam, & ipse quoque amplector.

Contrarium voluit Bald. in addit. ad Specul. tit. de delegato, in v. legatus est ordinarius & Dec. in l. etsi prætor, de off. eius.

Fundamentum prioris sententiæ in hoc consistit: quoniam aliud est processus, aliud est sententia; & potest committi ac delegari processus, & non sententia, auth. ad hæc. C. de iudic. c. 1. in ver. *processum*, de rescri. in 6. c. caussam quæ de rescr. c. quamuis, c. accusatus 3. q. 6. Et ideò arbitrium datum in procedendo, nō extenditur ad decisionē caussæ: Soc. sen. cons. 195. col. 4. v. confirmatur, hic Beuin. ed. decis. 31. n. 6. & 7. cum aliis adductis per Menoch. d. q. 37. n. 3. & seqq.

Non obstant argumenta contrariæ sententiæ. Primò, quòd continentia caussæ diuidi non debeat, l. nulli, C. de iud. Respōdeo caussæ continentiam hic non diuidi, cum vno & eodem iudicio caussa terminetur. Secundò, non obstat textus in l. de qua re, de iudic. qui videtur probari: iudicem debere iudicare eo modo, quo cognouit. Respondeo non ita dicere Iurisconsultum ibi, sed de qua re iudex cognouit, iudicare quoque cogendus est. De modo autem nullum verbum. Tertiò: quia vna & eadem res non debet diuerso iure censeri. Nam respondet Menoch. vbi suprà nu. 10. vnam & eandem rem, quoad diuersas considerationes, posse diuerso iure censeri. vt hic: quia respectu processus potest considerari, vt iudex delegatus: respectu verò sententiæ, vt ordinarius. Quartò: quia sententia habet relationem ad processum, cap. cum à [illegible] sedem, de rest. spoliat. & ex qualitate processus, iudicatur sententia, vt notant Bald. & Alex. in cap. si forum. plurium, §. si maritus, de legat. 1. & appellatione processus venit sententia, vt notat Bald. in cap. cum I. & A. de re iud.

Et, quia proceſſus eſt præparatio ſententiæ, ideoque idem debet iudicari de ſententia, quod de proceſſu, arg. l. ordinarij, C. de rei vind. Et quia ex antecedenti infertur ad illud quod ſequitur, l. quamuis 5. & ibi Bart. C. de fi dei. Et quia denique abſurdum eſſet, quod ratione proceſſus ad vnum deberet appellari, & ratione ſententiæ ad alium.

Reſpondetur vno verbo iſta non obſtare: quia proceſſus vere differt à ſententia, & poteſt committi proceſſus ſeparatim à ſententia, & ſic proceſſus non eſt antecedens neceſſarium ad ſententiam, vnde nulla abſurditas ſequi poteſt: quia in procedendo erit delegatus, in pronuntiando ordinarius, cum reſcriptum delegatorium ſtricte ſit interpretandum, capit. ſignificante, de reſcript. & tradit Menoch. loco præcitato numero 19. & eſt textus in auth. ad hæc, C. de iud. itaque omnes illæ regulæ vno, & eodem vento diſſipantur propter earum leuitatem. Ita mihi concludendum videtur.

CAPVT LVI.

An tutor poſſit prorogare debitoribus pupilli tempus ſolutionis faciendæ?

EXiſtimo communem & veram eſſe Dd. ſententiam, tutorem non poſſe tempus prorogare ad ſoluendum debitoribus pupilli: quia tenetur vtilia facere, & inutilia prætermittere ſecundum formam iuramenti, & promiſſionis, quam facit tempore adminiſtrationis ſuſceptæ, l. vlt. C. de cur. fur. & quia, ſi quid tutor inutile fecerit, aduerſus tutoris factum datur reſtitutio minori, l. 1. & 2. & toto tit. C. quando ex facto tut. Et, quia hæc prorogatio ſapit naturam cuiuſdam donationis, ſiue liberalitatis, quam tutor ſine iuſta cauſa exercere non poteſt, ſicuti nec alius procurator generalis, lege contra iuris, §. 1. de pact. l. qui Romæ §. Callimachus, de ver. obl. l. tutor. l. Lucius, §. tutoribus, ff. de adm. tut. atque ita receptum eſſe videtur, vt patet ex traditis per Alex. in l. pactum curatoris, numero 6. C. de pact. & per Tiraq. de retract. conuen. ad fin. num. 18.

Non ignoro aliquos contrarium voluiſſe, arg. l. vlt. §. ſi quis profeſſus, ff. de Publicanis. Facilis eſt reſponſio: quia textus loquitur de Publicano negligente in recipiendo vectigal, quod non potuit nocere debitori, & merito non incidit in commiſſum, vt ibi expreſſe dicitur. Hoc autem nil commune habet cum quæſtione noſtra, vt patet. Eandem ſententiã nouiſſ. ſecutus eſt Paul. Montan. in tract. de iure tutelarum reg. 9. ... ſub c. 31.

CAPVT LVII.

An ſi contractus ſit nullus ob defectum ſolennitatum, competat remedium redintegrandæ poſſeſſionis?

MAgni momenti profecto eſt hæc controuerſia, & ſæpiſſime in iudiciis agitari ſolet. Exempli cauſa tutor vel curator vendidit rem immobilem, non adhibitis iuris ſolennitatibus, vtrum pupillus vel minor agere valeat remedio redintegrandæ poſſeſſionis:

Negant Rota Romana ad Puteum deciſ. 277. lib. 3. & nouiſſ. deciſ. 93. in 2. parte diuerſ. Gabr. conſil. 58. num. 17. quorum fundamentum mihi videtur eſſe in duobus poſitum. Primum eſt: quoniam ex contractu nullo, ob ſolennitates non ſeruatas, poſſeſſio transfertur, l. 1. §. ſi vir, ff. de acq. poſſ. Rom. conſ. 137. n. 11. lib. 1. gloſſ. in l. 2. §. ſi a pupillo, ff. pro empt. & ibi Bart. n. 3. Imol. n. 7. Alex. ad. in d. §. ſi vir. n. 13. Iaſ. ibid. n. 14.

Alterum eſt: quia, licet bona minorum alienari non poſſint abſque iuris ſolennitatibus, tot. titul. de rebus eorum, tamen poſſeſſio poteſt alienari. Et hanc eſſe magis communem, & veram Dd. ſententiam, ſcribit Rota Rom. d. deciſ. 93. num. 2. part. in nouiſſ. quia nullibi prohibetur alienatio ſolius poſſeſſionis minorum; cum in oratione D. Seueri, de qua loquitur textus in l. 1. de reb. cor. nihil dicatur de poſſeſſione.

Quamquam auctoritas rotæ plurimum ponderis habere ſoleat, & merito etiam debeat: vereor tamen ne non ita ſit, & ſalua reuerentia oppono textum in l. magis puto, §. 3. de reb. cor. vbi Iuriſconſultus ita dicit: *Si pupillus fundum bona fide emptum poſſideat dicendum puto, nec hunc alienare tutores poſſe.* Hic non alienatur fundus, ſed poſſeſſio, & tamen textus dicit alienari non poſſe. Quamobrem ego contrariam ſententiam in illo articulo, verum abſque decreto, & aliis ſolennibus ſola poſſeſſio minoris alienari poſſit, ſecutus ſui lib. 3. conſil. c. 2.

Quod vero dicitur: poſſeſſionem transferri ex contractu, etiam inutili, atque inualido, tamen ſi agatur de re minoris vel pupilli, poſito quod ita ſit, non tamen cenſetur ceſſare oportere remedium poſſeſſionis redintegrandæ. Nam fateor, poſſeſſionem eſſe translatam, ſed dico, ex iniuſta cauſa tranſlatam eſſe, quod ſufficit ad hoc, vt competat remedium redintegrandæ poſſeſſionis, vt probatur in cap. redintegranda 3. quæſt. 1. ibi: *Per quaſcunque iniuſtas cauſas:* & ita notant Calderin. Butr. in cap. ad ſedem, de reſtitut. ſpol. & ibi Abb. n. 28. idem Butr. in c. ſæpe, eod. tit. nu. 12.

Imola in c. querelam, de elect. Alex. conf. 51. n. 2. lib. 1. & conf. 200. n. 1. lib. 2. Crau. conf. 476. n. 2. Cæsar de Graff. decis. 40. n. 1. & idem Crauet. conf. 248. n. 6. & in resp. pro genero, n. 214. & in conf. 553. n. 3. Bec. con. 13. n. 7. Veral. decis. 170. n. 6. & 7. part. 3. & in terminis pupilli priuati sua possessione ex alienatione nulliter facta à tutore, quod possit agere remedio possessionis redintegrandæ, affirmant Neuiz. conf. 83. nu. 13. Crau. conf. 87. num. 2. & num. 9. Menoch. conf. 34. n. 13. 14. & 18. Rolana. conf. 41. numer. 34. lib. 3. & conf. 72. nu. 5. & lib. 4. Alex. conf. 22. n. 3. & 14. lib. 5. Rim. iun. conf. 5. num. 30. lib. 1. Natta con. 102. nu. 15. Menoch de recup. possess. rem. 15. nu. 19. Ploc. in l. si quando. § 3. nu. 7. vers. item dictum remedium, C. vnde vi. Simoncell. de decret. lib. 1. tit. 1. nu. 46. Bertazol conf. ciuil 12. Aonded. qui hos & alios adducit conf. 2. num. 40. cum plurib. seqq. & num. 55. vsque ad finem, vbi respondet aduersos rotam Romanam, dicens: eam non satisfecisse huic argumento. Et idem mihi videtur, meliori iudicio saluo.

CAPVT LVIII.

An filij possint viuente patre bona materna vel aduenititia alienata à patre, reuocare?

SCribit Imp. Iustin. in l. 1. §. vltim. C. de ann. except. *Apertissima definitione sancimus, filiosfamilias in omnibus his casibus, in quibus habent res minimè à patribus acquisitas, nullam temporalem exceptionem opponi, nisi ex quo actionem mouere potuerint: id est, postquam manu paterna, vel eius in cuius potestate erant constituti, fuerint liberati. Quis enim incusare eos poterit, si hoc non fecerint, quod etsi voluerint, minime adimplere lege obstante valebant?* Sensus est, filiumfamilias non posse actionem mouere ad vindicandas res aduentitias, viuente patre, & ideò præscriptionem ei non currere. Idem de præscriptione habetur in auth. nisi tricennale, C. de bon. matern.

Hoc ita stante, ego infero: filiumfamilias vindicare non posse bona aduentitia, à patre ipso alienata, viuente patre. Licet enim textus non loquatur specialiter, & nominatim de bonis aduentitiis à patre alienatis: ita tamen clarè, & generaliter loquitur, vt manifestum sit non licere filiofamilias agere pro recuperatione suorum bonorum. Si enim agere non potest ad bona vindicanda, quæ possidentur ab aliis ad quos peruenerint, multò minus agere poterit aduersus eos, qui possident ex alienatione in eas facta à patre. Aut certè eadē est ratio hoc in casu, quæ est in aliis casibus in quibus bona inuitè alienantur, vel occupantur ad filiosfamilias pertinentia.

Hanc ideo ego amplector sententiam magis communem, quæ negat, filium viuente patre, in cuius potestate est, bona alienata à patre vindicare posse. Bart. in l. si constante n. 63. ff. sol. matr. & ibi. Cros. in 2. lect. nu. 158. Bellon. conf. 24. n. 5. Neguz. de pign. 5. par. memb. 4. n. 15. nouissime Aluarus Valasc. decis. 69. nu. 16. vbi alios adducit, & testatur hanc esse magis communem sententiam.

Contrariam opinionem defendit, Pinellus in auth. nisi tricennale, C. de bon. mater. n. 44. & 45. & in l. 1. in 3. par. nu. 74. C. eod. tit. vbi adducit Bald. in l. vlt. §. in computatione, & ibid. Corn. numer. 6. C. de iure delib. & Las. in conf. 56. li. 3.

Mouetus primo, quia textus in d. l. 1. §. vltim. C. de ann. except. non exprimit, patrem alienasse aduentitia bona filij. Responderi potest ex verbis illius textus, comprehendi etiam hunc casum, quando pater alienauit bona aduentitia filij: quia dicit Imperator filium nullam mouere posse actionem pro consequendis bonis aduentitiis, viuente patre suo. Et ideo non obstare ei exceptionē præscriptionis. Ergo supponit ille textus, necessario bona aduentitia filij possideri ab aliis, & apud alios reperiri. Hoc autem accidere potest etiam propter alienationem factam à patre. Ergo iste casus sub generalitate illa comprehensus esse videtur. Et est eadem ratio in isto casu, quæ in aliis, cum semper filiusfamilias habeat dominium bonorum aduentitiorum, licet ea recuperare non possit, patre viuente, qui est legitimus administrator eorum, l. 1. C. de bon. mat. nec reperitur iure cautum, patrem teneri hoc in casu ad præstandum consensum filio agere volenti, sicuti expressum est in aliis casibus iuxta l. vlt. §. necessitate, C. de bon. quæ lib.

Secundo, Pinellus mouetur ex l. Imperator. ff. ad Trebell. Respondeo: illud ibi concessum fuisse, ne fieret fraus fideicommisso: & sic agebatur ibi non solum de præiudicio filij, cui bona erant per fideicommissum restituenda: verum etiam de euersione fideicommissi, quod patre bona dissipante locum non habuisset. Expedit autem supremas hominum voluntates exitum sortiri, l. vel negare, ff. quemadm. test. aper. Adde, quod ibi non agebatur de præiudicio tertij possessoris, sicut in quæstione nostra.

Tertiò, Pinellus mouetur ex glossa in l. si quis §. fin. C. de secund. nuptiis, vbi glossa dicit: filios in potestate patris constitutos non debere perscrutari eius administrationem, nisi ipse suspectus habeatur de fraude, vel de alienando. ff. ad Trebellia. l. Imperator. Respondeo, quia glos. mouetur ex d. l. Imperator, eodem modo tolli hoc argumentum

quo sublatum est arg. ex d. l. Imperator.

Quartò, mouetur Pinellus ex traditione multorum, qui dixerunt, administratore contra legem alienante admitti dominum aduersus alienationem. Bero. in c. si quis presbyterorum num. 47. de reb. Eccles. Respondetur, Beroum ibi & alios non loqui de filiofamilias, viuente patre.

Quintò, mouetur Pinellus: quia pater remoueri potest ab administratione, si aduentitia sine iusta caussam alienet. Respondeo, hæc esse dissimilia: quia hic non agitur de remouendo patre ab administratione, sed de bonis aduentitiis vindicandis.

Sexto mouetur: quia filius statim admittitur in alienatione feudi. Nihil est, quia non licet argumentari de feudis ad alia. Cætera argumenta prætermitto: quia leuissima sunt.

CAPVT LIX.

An patre bona sua dissipante, possit filius petere portionem sibi assignari pro alimentis, vel pro legitima?

SCribit Bald. in l. 2. C. si in fraud. credit. sub nu. 3. licere filiofamilias, patre bona sua dissipante, petere sibi aliquid assignari pro alimentis, siue pro legitima. Et Bald. insecuti idem notat Castren. ibi nu. 6. & in l. Imperator, & ibi etiam Alex. num. 13. Iacobin. in l. si is nulla n. 3. de iudic. Cagno in l. vlt. n. 290. C. de pactis, & multi alii, quos commemorat Surd. tract. de alim. tit. 8. priuileg. 26. num. 5. ex quibus patet, hanc esse communiorem sententiam, de qua etiam multi ait, statuit apud Surdum loco annotato.

Contrarium voluit Bal. in l. non potest. ff. de adoptio. ad quam se refert Ias. in § si quis in fraudem n. 3. instit. de actio. & hanc veriorem esse scribit idem Ias. in l. nam & postea. § sed etsi quis nu. 4. de iureiur. Salyc. in d. l. 2. C. si in fraud. cred. Pinell. in l. 1. par. 3. nu. 75. C. de bo. mater. Vasq. contr. illustr. cap. 37.

Prioris sententiæ fundamentum est: quia filio debentur alimenta a patre: ergo poterit agere vt sibi assignentur bona pro alimentis: si enim nihil petat, pater omnia dissipabit, & ipse nihil poterit habere, vnde se alat. Confert textus in l. Imperator, ad Trebell. sic videmus, debitorem in diem, si ex noua caussa efficiatur suspectus de fuga, cogi posse, vt præstet fideiussorem de soluendo die adueniente, l. quæsitum, ff. de pigno. & ibi glossa in verb. interest, Alex. in l. 2. solut. matri. & in l. si de territorio. ff. quia satisd. cog. & ibi Ias. n. 7. idem Ias. in § tu pererit num. 77. inst. de action. Surd. cons. 68. num. 10. Sic videmus quoque, patre dissipante dotes maternas, cogi posse officio iudicis, vt eas saluas pro filiis, vt notat Bartol. in d. l. si constante, n. 3. sol. matr. quod tanquam dictum singulare approbat Petr. de Rauenna sing. 419. & Anton. Trigon sing. 30.

Fundamentum autem contrariæ sententiæ constituitur l. vsque adeò. ff. si quis à parente fuerit manu. vbi dicitur, iniquum esse, auferre ingenuis hominib. liberam rerum suarum alienationem. Et quia ad id remedium ordinarium vt patri, bona dissipanti, interdicatur administratio, & detur curator, l. 1. in fine. ff. de curat. furio. Et quantum attinet ad legitimam, quia illa non debetur filio patre viuente, l. 1. § si impuberi. ff. de collatio. bonor. latiss. probat adductis auctoritatib. Surd. d. priuil. 26. in princ.

Nihil proponi hic video, pro hac sententia posteriori, quod tollat fundamentum prioris sententiæ: quia fateor, interdici posse administrationem, & curatorem dari, sed illud fit cum iniuria patris, nec cogendus est filius vti tali remedio, cum alia ei supperant minus odiosa, prout est, petere assignari sibi bona necessaria pro alimentis. Fateor legitimam quoque regulariter non deberi, viuente patre, sed dico peti posse ante tempus, quod debetur à debitore suspecto.

Non nego, iniustum esse, auferre cuiquam liberam bonorum suorum administrationem: sed dico, liberam hanc administrationem nemini fraudi esse oportere, & ideo melius est, in tempore occurrere, quàm post illatum vulnus remedium quærere. Si pater tenetur filios alere omni iure, l. si quis à liberis. § si quis ex his, ff. de liber. agnosc. instit. de inter. natu. in princip. latissimè Surd. in princ. tract. de alim. quæstio. 1. non video, cur filius sibi prospicere non possit, ob euidens periculum, petendo bonorum assignationem pro securitate huiusmodi alimentorum, quinimo videmus id genus remedij concedi cæteris creditoribus, quorum caussa non est ita fauorabilis, & pia.

CAPVT LX.

An pater adoptiuus teneatur alere filium adoptiuum extraneum?

NOn teneri, meritò affirmauit gloss. in § sed ea omnia in instit. de hæred. quæ ab intest. def. quam secuti sunt Faber, & Aretin. ibi. Guil. de Bened. in c. Raynutius, in verb. & vxorem nomine Adelasiam, de testam. in 5. decis. numer. 177. Tiraq. ad l. si vnquam, vers. susceperit liberos, nume. octauo, C. de reuoc. don.

Fundamentum est, quia hoc onus patri naturali

turali incumbit, nec aliquid consequitur talis filius adoptiuus, nisi hoc tantummodo, vt adoptiuo patri succedere ab intestato possit. Probatur in l. penul. C. de adoptio. ibi; *Omnia igitur (secundum quod iam disposuimus, filio ad extraneum patrem filium per adoptionem transferente) maneant integra iura siue ad inofficiosi querelam, siue ad alias omnes successiones, siue ab intestato siue ex testamento, quæ liberis deferuntur, vt & ipse possit prodesse patri naturali, & ab eo naturalia debita percipere.* Percipiet igitur alimenta à patre suo naturali: quoniam hoc est naturale debitum, in l. de iure natu in prin. cap. ius naturale, adde cum multis aliis, quæ adferri possunt. Rursus in §. sed ne articulum, inquit Iustinianus: *Licentiam damus tali adoptiuo patri, id est extraneo, si voluerit nihil ei testamento suo relinquere, &c. Cum enim per omnia naturalia iura filii eum aggrauemus: manifestissimum est quod & acquisitiones omnium rerum, &c. non adoptiuo extraneo patri, &c. Et permaneant in sacris patris naturalis, quasi imaginaria quadam & noua affectione ei acquisita, non pristina cognationis dimunitione introducta.* Ex quibus verbis apparet, quam integra maneant omnia iura patris naturalis. Ergo manet etiam integrū hoc ius consequendi a patre naturali alimenta. Pergit textus, sic dicens: *In hoc tantummodo prodesse ei volumus adoptionem, vt non successione ab intestato patris extranei adoptiui defraudetur, sed habeat accessionē fortunæ ex patre naturali sibi voluntate acquisitam, &c.*

Ex quibus verbis liquidò apparet: extranei patris adoptionem nullum aliud adferre emolumētum, & commodum filio, nisi hoc vnum duntaxat, vt filius adoptiuus succedat ei ab intestato, reliqua iura integra atq. illibata seruantur filio, quoad patrem suum naturalem, ita vt pater suus naturalis remaneat ei obligatus, sicuti ante adoptionem erat; & simili modo pater naturalis vsumfructum consequatur in bonis aduentitiis, sicut ante adoptionem consequi poterat.

Contrariam sententiam amplexi sunt Placentinus antiquus glossator, cuius mētionem facit glossa in d. §. sed ea omnia, & ante eum Azo, quem citat Io. Faber ibi Specul. Tit. qui filij sint legitimi. 19. & ibi Io. And. & multi alii, quos refert & sequitur Surd. de alim. Tit. 1. quæst. 2. num. 6.

Impressi dicunt: iura patris naturalis minime dissolui per adoptionem, videlicet, iura actiua, quæ patri contra filium competebant, non autem iura passiua, quibus pater erga filium tenebatur. Male; & contra expressa verba textus in d. l. penult. ibi: *Omnia igitur maneant integra iura siue ad inofficiosi querelam, siue ad alias omnes successiones siue ab intestato, siue ex testamento quæ liberis deferuntur, vt & ipse possit prodesse patri naturali, & ab eo naturalia debita percipere.* Hæc verba mihi videntur clare ostendere: omnia iura tam actiua, quàm passiua saluas & integra esse, & patri ergà filium, & filio ergà patrem.

Secundo mouetur ex l. onera, ff. de adoptio. vbi Paulus scribit: *Onera eius, qui in adoptionem datus est, ad patrem adoptiuum transferuntur.* Respondetur, his verbis non contineri onus alimentandi filium, quia onus alimentandi filium est patris naturalis. ideo Iurisc. dixisset, onera patris naturalis transire in patrem adoptiuum: onera igitur, de quibus ibi loquitur textus, sunt longe diuersa, vt scilicet nomine filij conueniatur pater adoptiuus, §. vlt. instit. de acquisit. per arrogat. l. arrog. eorem ff. de pecul.

Tertio mouentur: quia adoptio imitatur naturam: & ideo, sicut pater naturalis tenetur alere filium suum, ita & pater adoptiuus. Respondetur fatendo, adoptionem imitari naturam suo modo, videlicet prout loquitur text. instit. de adopt. §. minorem. Sed nego per omnia imitari naturam: & rationem hanc adfero: quia si per omnia adoptio naturam imitaretur, sequeretur, quod filius adoptiuus transiret in potestatem patris adoptiui extranei, quod est falsum, & deberet ab eo hæres institui, sicuti à patre naturali, quod est falsum, vt in d. l. pen. §. 1. C. de adoption. vbi diserte constitutum est, in hoc tantummodo adoptionem ei prodesse, vt patri adoptiuo succedat ab intestato.

Nec obstat, quod dicitur, dictionem illam *tantummodo* non excludere casus similes, l. ob æs, & ibi gloss. C. de præd. min. cum aliis adductis per Surd. vbi sup. num. 10. Casus autem alimentandi non est dissimilis successioni. Respondeo, hanc rationem non esse concludentem. Potest ab intestato succedere alicui quis: ergo tenetur ad alimenta is, cui succedere potest. Potius è conuerso valeret, vt videlicet is, qui habet commodum successionis, teneretur ad alimenta, vt loquitur Surd. loco supr. citato. Deinde respondetur: hoc locum sibi vindicare posse in subsidium, quando scilicet pater naturalis non adesset, vel non posset alimenta suppeditare. Sic videmus proximiores agnatos & cognatos succedere ab intestato, nemo tamen dixerit directe obligatos esse ad alimenta, sed tantummodo in subsidium in certis casibus.

CAPVT LXI.

An patruus teneatur alere nepotem?

Communior sententia videtur, patruum non teneri alere nepotem, Ofolied. in l.2. Cod. de lib. alen. Syluan. consl. 3. num. 14. vbi dicit esse communem, & alij, quos refert Surd. de alim. tit. 1. quæst. 28. Fundamentum est quia hoc nullo iure cautum reperitur. Ite, quia patruus non tenetur dotare neptem pauperem, vt notat Ang. Imol. & Alex. in leg. 1. ff. sol. matrim. Alexand. cons. 15 lib. quarto, Coral. in l. qui liberos, num 121. de ritu nupt. Ripa in d. l. 1, num. 86. Bald. Noueli de dote in 6. par. priui. 16. v. quid autem in patruo, Campeg. de dote par. q. 19.

Contrariam sententiam habuerunt Crotus in l. illustrimilitis, §. diui, numer. 30. & ibidem Ripa nu. 13. Surd. d. q. 28. Fundamentum est, quia filius fratris ingreditur locum patris sui. §. si igitur, in auth. de hæred. ab intest. Authentica post fratres, Co. de legit. hæred. Bec. cons. 81. cum aliis ad luctis per Surdum vbi sup. in princ. Cum igitur repræsentet patrem suum, & iure cautum sit, fratrem teneri, alere fratrem inopem, vt est text. in l. qui filium, & ibi Bartol. notat. & alij, ff. vbi pupill. educ. deb. merito dicendum videtur, nepotem egenum alendum esse à patruo. Et hoc mihi æquissimum videtur, ideo non obstat primum argumentum, quia ratio naturalis, & rei æquitas sufficere debent pro lege. Argumentum vero de dote ad alimenta non valet negatiue sumptum, Non tenetur dotare, ergo nec alere: quia multæ sunt personæ, quibus alimenta debentur: non tamen dotandæ sunt, vt bene declarat Surd. vbi sup. nu 8.

CAPVT LXII.

An Textus in l. si instituta, §. de Inofficioso. ff. de inoff. testam. mandans prouideri filio de alimentis & sumptibus litis, locum habeat in prima instantia?

ASsentior receptæ sententiæ Doctor. prouidendum esse de alimentis & sumptibus filio agenti, vel aliis agentibus, qui eodem iure censentur, etiam in prima instantia: quia sic mihi videtur decisum in l. vltim. C. de ordin. cognit. vbi nulla erat lata sententia, & sic prima instantia vertebatur, & tamen textus dicit: *Ita vt ex ipsam, (si aliqua alia facultas esse non poterit) tantum litu sumptus & alimenta homini subministretur: quantum moderato iudicis arbitrio fuerit æstimata.* Atque ita docuerunt Afflict. decis. 12. tota Romana decis. 222. Tit. de iudic. in nouis. Capyc decis. 159. numer. 5 lib. 2. Couuar. pract. quæst. cap. 6. Crau. consil. 164. Illustr. ac Reuerendiss. Dominus meus Carol. Antonius Puteus in consilio suo vnico atque singularis incomparabilisque doctrinæ pleno, quod est impressum post consilia Odd. nu. 1. Menoch. de præsump. q. 35. num. 4. Surd. de alim. Tit. 1. quæst. 132 sub n. 18.

Diuersam sententiam habuit Castr. in l. si instituta, §. de inofficioso, ff. de inoff. testa. vbi requirit, sententiam fuisse latam pro filio, vt ei alimenta decernantur & sumptus litis, glo. Bart. Alber. Ansel. & Fulgos. prout eos refert Couar. pract. quæst. c. 6. num. 5. alios adducunt Menoch. & Surd. locis sup. citatis.

Fundamentum est in dict. §. de inofficioso, vbi nepos iam sententiam obtinuerat. Sed placet responsio illa, quod ita ex facto contigerit: quia textus non fundatur in eo, quod sententia esset lata pro filio, sed propter inopiam. Placet quoque alia responsio, videlicet textum illum esse intelligendum secundum ius antiquum: nam iure antiquo filius præsumebatur iuste exhæredatus, l. Nam & is §. 1. de inoff. testa. Et ideo erat necessaria sententia pro filio, cum ei non competeret Carboniana bonorum possessio, propter exhæredationem, l. qui de inofficioso, ff. de inoff. testa. Iure autem nouo exhæredatio præsumitur esse iniusta, l. Omnimodo, C. de inoff. testa. §. Aliud quoque capitulum, in auth. vt cum de appell. cognos. Ideo non est necessaria amplius sententia, quoniam filius habet præsumptionem pro se. Quæ responsio est Couarruuiæ pract. quæst. c. 6. nu. 5. Menoch. de præsump. lib. 1. q. 35. n. 5.

CAPVT LXIII.

Qui promisit dare fideiussorem, an liberetur præstando cautionem iuratoriam?

QVi promisit fideiussorem præstare, cum non esset obligatus, non liberatur præstando iurato iam cautionem, licet illa regulariter sufficiat, vbi adest impossibilitas, vel magna difficultas inueniendi fideiussores. Ita docet Ias. in l. 1. numer. 23. ff. qui satisd. cog. post Paulum Castrens. quem ipse citat, Iasonem refert & sequitur nouissime Vincent. Mancin. de iuram. par. 4 eff. 149 numer. 14. In eandem sententiam inclinare videtur Oldrad. decis. 76. n. 4.

Contrariam sententiam licet contendat esse, ac defendi posse, scribit Seraphin. de priuil. iuram. priu. 18. nu. 26. cum seqq. Videamus fundamenta.

Prior sententia fundatur in l. 1. ibi, Sed nec, §. si necessaria, ff. qui satisd. cog. vbi textus dicit, *si autem satisdatio voluntaria est, non in alium locum remittitur, neque enim id meretur, qui ipse sibi necessitatem satisdationis imposuit.* Ex quibus verbis infertur, leges nequaquam subue-

subuenire ei, qui se voluntariè coniecit in necessitatem. Cùm igitur voluntariè quis se obligat ad præstandum fideiussorem, non videtur ei subueniendum hoc remedio iuratoriæ cautionis, quamuis regulariter cócedi soleat. Atque ad hoc propositũ multa similia adferri possunt, quibus facilè demonstratur, nõ esse succurrendum ei, qui voluntariè se necessitati subiecit. Sed vereor, ne parum hæc momenti habeant ad hanc sententiam confirmãdam: nam quod attinet ad textũ in d. §. si necessaria, loquitur, quando fideiussio offertur in alio loco: tunc enim distinguitur inter voluntariam & necessariam satisdationem. Non loquitur ille textus, vbi impossibilis est satisdatio ac propterea cautio iuratoria offertur, qui est casus noster. Fateor, non esse audiendum eum, qui vult præstare fideiussorem alibi quam in loco conuento, sed tenetur eum præstare in loco conuento, si non possit, iuris decidit, non esse remittendum ad alium locum. An verò sit remittendus ad iuratoriam cautionem, nullum verbum in eo textu.

Fundamentum contrariæ sententiæ stat in hac iuris regula: quod semper locus sit cautioni iuratoriæ, vbi vel impossibilitas adest, vel magna difficultas fideiussorẽ dandi, l. Omnes, C. de episc. & cler. Auth. generaliter, eodem Tit. l. Non facilè, ff. si cui plus quàm per. l. Falcid. l. 1. ff. qui satisd. cog. §. sed hodie, Instit. de satisd. late & pulchrè Franc. Bec. cons. primo, n. 17. Surd. adducens alios decis. 41. n. 7. & isti omnes ferè dicunt idem esse, etiamsi fideiussio necessaria sit ex forma statuti, vt per Bec. ibidem n. 18. & Surd. nũ. 8. Imò procedit etiam in actu iurato, vt per Seraphin. d. priu. 18. n. 33.

Huic posteriori sententiæ calculum adiicio meum: quia impossibilium nulla est obligatio, l. Impossibilium, de regul. iur. & impossibilitas semper excusat vt per Marsi. in rubric. de fideiuss. n. 166. Seraphin. vbi sup. nu. 3. Surd. vbi sup. n. 9.

Deinde, quia hæc promissio de dando fideiussorem debet intelligi ciuiliter, & secũdum regulas iuris communis, vt bene declarat Seraphin. vbi sup. n. 29. & 30. Et consequenter, debet intelligi data possibilitate.

Confirmatur: quia promittens dare fideiussorem: in effectu promittit se facturum & curaturum, quod alius se obligabit pro eo. Ergo excusandus est, si fecit quod potuit, vt fideiussorem inueniret, vt tradunt Doctores, maximè Decius in l. impossibilium, de regul. iur. & alij per Seraphin. adducti loco citato, numer. 34.

Addo ego vnum: quod si promittens iste fideiussorem dare, vellet agere ex contractu aduersus alterum, qui ob non præstitam fideiussionẽ pati posset aliquod præiudicium, procul dubio non esset audiendus. Et similiter, si aduersarius damnum sentiret ob non præstitam fideiussionem promissam, condemnandus esset ad interesse: quia promittens se facturum & curaturum, tenetur ad interesse, si non adimpleat, l. stipulationes non diuiduntur, versic. Celsus, de verb. oblig. l. ita stipulatus, & ibi omnes, ff. eod. Nisi fecerit quicquid potuerit, vt per Surdum decis. 254. n. 14.

CAPVT LXIV.

Si maritus vxori suæ legauerit vsumfructum, si dotem non petierit, vel per similia verba conditionem importantia: an simul vsufructu dos exigi possit.

IN hac facti specie inuenio controuersiam esse inter Doctores, quam proponere atque pro viri mea præcidere operæ pretium duxi. Scribit Bartolus in l. Amplius non petitur, numero 9. ff. rem rat. hab. mulierem volentem vsumfructum consequi, offerre debere hæredibus mariti liberationem de dote. Ex quo infertur, mentem Bartoli hanc fuisse, vt mulier eligente vsumfructum, dotem amittat. Eandem sententiam in istis terminis, quando testator conditionaliter locutus est, amplexatus est Picus in l. Titia Seio. §. Titia cùm nuberet, n. 112. de leg. 2. Et cũ hæc sententia videntur mihi quoque transire D. Mangilica de coniect. lib. 10. tit. 2. post num. 13. vers. verum quicquid. nec non Surd. de alim. Tit. 9. q. 3. num. 45. vers. concludendum est igitur.

Contrarium docuit Albericus in Auth. præterea, quod locum, num. 10. C. de dote caut. non nu. & Angel. Aretin. in tractat. de testam. glos. 47. vers. & dotes suas non petierit. Fundamentum huius posterioris sententiæ consistit in eo, quod debitor non præsumitur legare creditori suo animo compensandi, quando debitum est voluntarium, l. creditorem, de legat. 2. Et quia textus in l. vnica, C. de rei vxor. actio. §. primum itaque, sic ait: *ita vt vxor ab marito relicta recipiat & dotem consequatur, nisi specialiter pro dote ei maritus ea dereliquerit, cùm manifestissimum sit testatorem qui hoc non addidit, voluisse vtrunque eam consequi.*

Prioris sententiæ fundamentum est, quia hæc verba (*si dotem non petierit*), vel similia conditionem important, quæ procul dubio adimpleri debet, vt legatum debeatur, l. 1. ff. de condit. & demonst. de condit. appos. Ego fateor conditionem impleri oportere, & conditione deficiente legatum euanescere: sed mihi non constat

in proposita facti specie, hanc esse testatoris voluntatem, dum ait (*si dotem suam petierit*) vt mulier absolutè priuetur sua dote, ita vt eligendo legatum, dotem amplius consequi non possit.

Duplex enim hic interpretatio adhiberi potest, & vtraque non inepta. Prima, quod testator voluerit vxorem tantum consequi vel legatum vel dotem, non autem vtrumque: ita vt semel petendo legatum, sit exclusa perpetuo à petitione dotis suæ. Hic sensus videtur esse conformis rigori verborum & proprietati. Altera interpretatio est, mulierem excludi à petitione dotis durante vsufructu, ita vt sensus sit: si mulier non petierit dotem suam, vsumfructum consequatur: vt sensus sit, eam non posse vno & eodem tempore consequi legatum & etiam dotem. Quo stante non excluditur à petitione dotis post finitum vsumfructum.

Cùm itaque res dubia sit, & in dubio doti sit fauendum, l. in ambiguis, ff. de iure dot. Hæc interpretatio videtur præferenda. Maxime: quia textus dicit in d. l. vnica §. Primum itaque, specialem mentionem fieri oportere, vt dos compensetur cum legato: si non fiat specialis mentio, lex interpretatur eam fuisse voluntatem testatoris, vt mulier vtrumque consequeretur, dotem, & legatum vt notat Parisius in cons. 95. numer. 10 lib. 2. Hic autem ideo specialem mentionem factam esse, vt dos compensari debeat cum legato [illegible] sententiam Alberici & Aretini longè probabiliorem videri.

CAPVT LXV.

Si maritus vxori legauerit vsumfructum, ita vt dotem consequi non possit, [illegible] fuit ei sponte dotem mariti heredibus, [illegible] legatum amittat?

CVm hæredes mariti defuncti sponte offerunt vxori dotem suam & vxor aliam acceptat, non excluditur à legato, secundum Baldum in d. [illegible] Galeotus [illegible] Castrensis in l. Amplius [illegible] Ruinus cons. [illegible] Angelus [illegible] dotem suam [illegible] petierit. Fundamentum est in l. Amplius, [illegible] non incidit in pœnam stipulationis amplius non peti, qui dotem à sponso [illegible]. Et quia hæres offerendo dotem videtur remittere conditionem adiectam legato, de non petendo dotem.

Contrarium voluit Bartolus in d. l. Amplius, [illegible] quia vxor non potest vtrumque habere & dotem & legatum, sed, si vult legatum, tenetur liberationem facere hæredibus de dote.

Ego puto, veriore esse Bartoli sententiam, hoc supposito: quod clara sit mens testatoris, vt legatum compensetur cum dote. Mouetur quia hoc in casu procul dubio vxor nō potest consequi vtrumque, scilicet dotem, & legatum, sed altero tantum debet esse contenta, secundum voluntatem testatoris, l. vnica §. Primum itaque. C. de rei vxo. actio.

Cùm igitur hæredes offerunt ei dotē, censentur eam offerre vt mulier eligat dotem, si velit eam habere potius quàm legatum, non autem censeri debent dotem offerre animo renunciandi conditioni adiectæ legato, remittendique dictam conditionem, quasi velint & dotem ei præstare, & legatum, quia donatio, remissio, renunciatio non præsumitur [illegible] l. cùm de indebito, de probatio. Error præsumitur potius quàm donatio, latissime Muschardus de probatio. Vol [illegible]

Fateor eam non incidere in pœnam amissionis conclusionis legati, si non habuerit animum ipsam dotem retinendi, sed putans illam sponte ab hæredibus sibi solutam accepit per errorem: quia putauerit hæredes velle vtramque præstare, vel quia dolosè hæredes eam dederint, vt vxor legatum amitteret: sicut Florentiæ accidisse refert Paulus Castrensis in d. l. Amplius.

Illud dico ego, atque contendo, mulierem non posse contra testatoris voluntatem consequi simul legatum & dotem, quia hoc est contra textum d. l. Vnica, §. primum itaque, C. de rei vxo. actio.

Nec obstat spontanea dotis solutio, vel oblatio hæredum, quia non propterea consequuntur suo renunciare, cùm illa interpretatio in dubio sumenda non sit, vt quis videatur renunciare suo iuri. Ergo non obstat illud argumentum, quod est fundatum in hac præsumpta renunciatione hæredum.

Non obstat etiam textus in d. l. Amplius, quia fateor mulierem in pœnam non incidere amissionis dotis, si dolo vel errore decepta dotem sponte oblatam acceperit, si modo velit seruare testatoris voluntatem, vt videlicet dotem & legatum simul consequi nolit, sed alterum tantum.

CAPVT LXVI.

An hæres grauatus teneatur restituere fideicommissario fructus [illegible] in hæredes [illegible] pecuniae, & similia si fuerint ab eo consumpta.

REspondet Parisius in consil. 15. num. 73. lib. 2. & post eum D. Decian. cons. [illegible] mer.

mer. 20 lib. 5, hæredem grauatum non teneri ad restituendum fideicommissario fructus, qui extabant tempore mortis testatoris, nec etiam pecunias, si tempore restitutionis fideicommissi non extent; quia scilicet hæres grauatus hæc omnia consumpserit bona fide, non autem dolose, atque in fraudem fideicommissi.

Fundamentum est: quia pecunia est de rebus, quæ seruando seruari non possunt, vt notant Bartol. Iason & omnes in l. 1. §. fin. quæstionum est ad Treb. Fructus autem ... tantum præsumuntur conseruari posse, & non vlterius, secundum gloss. in l. 1. Codice si aduers. vendit. Et quia pater, qui est legitimus administrator bonorum aduentitiorum filij, non tenetur de his rationem reddere, nisi fuerit in dolo, l. cum oportet. §. Non autem. C. de bon. quæ lib. ... generalis est regula, quod si res pereant absque culpa hæredis grauati, non sunt restituendæ, nec earum æstimatio. l. deducta. §. ante diem. l. Mulier. §. si hæres. ff. ad Treb.

Vt verum fatear, hæc sententia non videtur satis iuri consentanea: nam quod dicitur, fructus & pecunias esse ex his rebus, quæ seruando seruari non possunt, verissimum est: nego tamen sequi ... Nego scilicet ob hanc causam, heredi grauato permissum esse, pecuniam expendere, fructusque consumere, supposito enim quod hæc omnia sint restitutioni obnoxia, videtur mihi, hæc omnia describenda esse, ... non autem consumenda, vt scilicet, euenienti casu fideicommissi, restituantur fideicommissario. Et siquidem pecuniæ sunt, dico eas perire non posse, quoniam recipiunt functionem in genere suo, ac proinde si grauatus eas expendas, tenetur fideicommissario alterius tantum restituere. Fructus autem siquidem pereunt, sua natura liberatur hæres grauatus: si verò non pereunt, quia forte heres grauatus eos consumpsit, aut distrahere potuit, non puto liberari.

Quod verò de patre legitimo administratore dicitur, singulare quoddam iure constitutum est, vt habetur in d. l. cum oportet. §. Non autem, & ideò non est trahendum ad consequentiam, quod vero fit de legib.

Denique, iura in vltimo argumento relata nihil aliud probant, nisi heredem grauatum liberari, si res restitutioni suppositæ absque facto & culpa ipsius perierint. Sed dico, in proposita quæstione factum & culpam heredis interuenire, quia hæc vel consumpsit, vel non distraxit prout facere poterat. Atque ita rectè ita videtur mihi docuisse Ripa in l. Centurio, num. 40 ff. de vulg. Fulg. in cons. 42. in 6. dub. Peregr. de fideic. art. 10. num. 34.

CAPVT LXVIII.

Fructus percepti hæreditate iacente, an veniant in restitutionem fideicommissi, quando hæres grauatus sponte adiuit hæreditatem.

HÆres fuit grauatus hæreditatem restituere. Antequam adiret hæreditatem, fructus ex rebus hæreditariis sunt percepti. Postea hæreditatem adiuit sponte, & nullam moram commisit in restituenda hæreditate, quæsitum est, an fructus hæreditate iacente collecti, pertineant ad fideicommissarium? Respondit Bartol. in l. ita tamen. §. 1. ff. ad Trebell. non pertinere ad fideicommissarium, sed ad heredem grauatum. Et idem sensisse videtur ibi gloss. in ver. aduenit; quam, nisi aliquis eam intellexit in herede, qui coactus adijt, & restituit, in eandem sententiam propensior esse videtur Cynus in l. iubemus. C. ad Trebell.

In contrarium se habet communis Doctorum sententia, vt videre licet in Alex. Castren. & aliis Dd. in d. l. ita tamen, §. 1. & testantur hanc esse magis communem Alex. in l. Centurio, n. 40 de vulg. & pup. Ripa in l. in fideicommissaria, num. 9. ff. ad Treb. Peregr. de fideic. art. 49. num. 2.

Fundamentum huius communioris sententiæ in hoc consistere mihi videtur, quia fructus ex bonis hereditariis augent hereditatem, l. item veniunt. §. fructus. ff. de pet. hered. Et quod ante aditam hereditatem acquiritur, hereditati acquiritur, l. quod seruus. de legat. Hereditas autem iacens sustinet personam defuncti, non autem heredis, l. mortuo, & l. seq. de acq. rer. dom. Quamobrem est perinde, ac si fructus isti connumerarentur inter bona hereditaria adeo, vt pars hereditatis videantur. Cum igitur hereditas veniat in restitutionem fideicommissi meritò videtur venire etiam fructus isti, tanquam pars istius hereditatis.

Hoc fundamentum videtur mihi non ita firmum: quia quod dicitur, fructus augere hereditatem, verum est, quando agitur de petenda ipsa hæreditate iure directo. Cum autem iure fideicommissi restituenda est hereditas: non dicuntur augere hereditatem fructus percepti. Vlpianus in l. fideicommissaria, ad Trebell. sic dicens; *Fructus autem non hereditati, sed ipsis rebus accepto feruntur.* Et ideo in fideicommissaria hæreditatis restitutione fructus non veniunt, nisi mora facta sit, vt habetur in d. l. in fideicommissaria, & in l. si mulier, §. si heres. ff. eod. tit.

Rectè igitur sententia Bartoli defendi posse videtur, quia ante aditam hæreditatem, non potest dici, heredem esse in mora. Ergo fructus non tenetur restituere fideicommissario. Etsi enim hereditas iacens repræsentet personam defuncti, tamen adita hereditate quandocunque lex fingit heredem ex die mortis

successisse defuncto. l. hæres quandocunque. ff. de acq. hære. Quę quidē fictio aliquid operari debet: Hoc videlicet, vt ex die mortis commoda & incōmoda ad hæredem postea adeuntem pertinere intelligantur. Nec præiudicat hæc fictio cuiquam: nam, si hæres à principio adijsset hæreditatem ex die mortis, nec vllam moram commisisset in ea restituenda, procul dubio fructus restituere fideicommissario nō fuisset obligatus. Ergo, idem dicendum est, eo postea adeunte hæreditatem. Alia ratio est hæredis, qui coactè adiuit: iste enim fructus perceptos iacente hæreditate, fideicommissario restituere tenetur: vt docet tex. in d. l. ita tamen, ff. ad Treb. Meritò, quia videtur fuisse in aliqua mora non adeundo sponte hæreditatem, sed coactè: nam, si adijsset, potuisset eam statim fideicommissario restituere, qui fructus acquisiuisset.

CAPVT LXVIII.

Fructus rei legatæ, ante aditam hæreditatem percepti, an pertineant ad legatarium, vel ad hæredem.

SI fructus fuerint percepti ex rebus hæreditatis, ante aditam hæreditatē (nulla tamen commissa mora ab hærede in adeundo) controuersia est, an pertineant ad legatariū, an vero ad hæredem? in qua ego puto pertinere ad legatarium: quia rei legatæ dominiū ipso iure, mortuo testatore, transit in legatarium, l. à Titio, ff. de furtis, l. legatum, l. cum pater, §. Surdo de leg. 2. Ergo fructus pertinent ad dominum ipsius rei, l. 1. & 2. C. de pign. actio. l. ex diuerso, §. 1. & l. solum, §. meum, de rei vind.

Confirmatur hæc sententia ex eo, quod scribit Iurisc. apud Iulianum. §. 1. de legat. 1. ibi: *Et si seruus fuerit legatus & vel hæreditas, vel legatum, vel aliud per eum acquisitum sit; hæres præstare debet.* Videtur enim Iurisc. innuere, acquiri hæc hæreditati: veruntamen hæredem postea teneri restituere legatario. Clarius id Iurisconsultus in l. Huic scripturæ, ff ad l. Aquil. in illis verbis: *Quòd si vulneratus sit, ante aditam hæreditatem, in hæreditate quidem actio remansit*, sed cedere eam legatario hæredem oportet. Et ratio id suadet: quia si seruus legatus committat furtum ante aditam hæreditatem, ipso legatarius conueniri potest; vt loquitur textus in d. l. à Titio ff. de furt. & in l. si seruus legatus, ff de noxa. Ergo iustum est vt si quid seruus acquirat ante aditam hæreditatem, id acquirat ipsi legatario. Eadem ratio militat in alijs rebus; quia fundamentum stat in dominio, quod est penes legatarium, mortuo testatore. Atq; ita docuit gloss. in l. quod seruus, de leg. 2. Bart. & Angel. in l. seruo legato, de leg. & ibi etiam Castr.

Contrariam sententiam habuerunt gl. Petr. Cyn. Bald. Salycet. in l. vlt. C. de vsur. & fruct. leg. Alex. & Iason. in l. si tibi homo, §. cū seruus. de leg. 1. & multi alij, quos commemorat Peregr. de fideic. art. 49. n. 11. vbi dicit: hanc esse communiorem sententiam, D. Cephal. cons. 49. n. 9. alios adducit Ricciard. in §. sed olim, nu. 29. inst. de legatis.

Primum argumentum est in l. Nihil. §. fructus, de lega. 1. Nihil est: quia text. ita dicit: *fructus ex fundo purè legato, post aditam hæreditatem, à legatario perceptos ad ipsum pertinere.* quis negat hoc? Nam fateor, fructus pertinere ad legatarium post aditam hæreditatem. Ergo non pertinent ante aditam hæreditatem, nego. Nō obstat gloss. in d. §. fructus, dum ait: *Ante secus*, id est, quod legatarius nō acquirat fructus ante aditam hæreditatem, quia hoc debet intelligi; vt non acquirat immediatè & directè: quoniam huiusmodi fructus acquiruntur hæreditati, sed hæres tenetur eos præstare legatario, sicut explicat gloss. in d. l. quod seruus, de legat. 2.

Secundum argumentum est: quia dominiū rei legatæ non est translatum in legatarium à die mortis testatoris verè: sed tantummodò fictè vt probatur in l. si tibi homo, §. cum seruus, de leg. 1. Respondeo, ex doctrina Bar. in l. ei qui ita. ff de condit. instit. acquiri dominiū legatario trib. modis. Primò fictè, ex die mortis testatoris. Secundo verè, ex die aditæ hæreditatis, sed reuocabiliter. Tertio verè & irreuocabiliter, ex die, quo legatarius legatum agnouit & acceptauit. Sufficit autem nobis, quæsitum esse dominium fictè à morte testatoris: quia si fictione legis dominus esse intelligitur ipse legatarius: ergo consequi debet fructus, alioqui ista fictio nihil operaretur: cū tamen multum operetur: imò tantū operetur, quantum veritas: siquidem delictum serui, siue noxa eius, ante aditam hæreditatem, nocet legatario. Quod signum est, legatarium esse dominum: Ergo tanquam dominus fructus etiam consequi debet.

Tertium argum. sumitur ex l. quod seruus, de leg. 2. vbi fructus ante aditam hæreditatē acquiruntur hæreditati: quia interim dominiū est penes hæreditatem iacentem, l. 1. §. Scæuola. cum glo. ff. si testa. lib. esse iuss. fuer. Respondeo hoc esse verissimū quia acquiruntur hæreditati & eam augent fructus percepti iacente hæreditate. l. item veniunt, §. fructus, ff. de pet. hæred. sed dico nihil ad legatarium pertinere, quia adita hæreditate & legato agnito & acceptato, lex fingit ipsum legatarium dominium habuisse ex die mortis testatoris. Et hoc est, quod dicit gloss. in d. l. quod seruus, fructus acquiri hæreditati: sed hæredem teneri

postea

postea restituere legatario. Cætera argumenta prætermitto, quia leuiora sunt, quàm vt confutatione indigeant.

CAPVT LXIX.

Vtrum liberi primi gradus fideicommisso grauati, teneantur supplere fideicommissum ex fructibus perceptis vltra quartam Trebellianicam.

Ita iure constitutum est circa fructus rerum fideicommissariæ restitutioni subiectarum, quos hæres grauatus percepit, vt eos imputare debeat in quartam Trebellianicam, l. in fideicommissaria, ff. ad Trebell. Item constitutum est, vt ante moram restitutioni factæ eos lucretur, & suos faciat, vt habetur in eadē lege & alibi. Tertium, si contingat, res hæreditarias restitutioni obnoxias diminui, eas supplere tenetur hæres grauatus ex fructibus, quos vltra quartam percepit. l. scribit Celsus, ff. ad Trebell. l. mulier, §. cùm proponeretur, l. ita tamen. §. Hæres ex asse, ff. eod. titul. In liberis autem primi gradus constitutum est, vt fructus in quartam non imputentur, etiam testatore iubente. l. iubemus. C. ad Treb. Sed nihil reperitur constitutum in fauorem ipsorum filiorum circa supplectionem supradictā, faciendam ex fructibus perceptis vltra quartam, vt videlicet liberi primi gradus non teneantur supplere fideicommissum, diminutū ex huiusmodi fructibus vltra quartam perceptis. Ergo standum erit antiquæ regulæ, quæ mandat supplectionem fieri, cùm in liberis primi gradus nequaquam immutata esse videatur. Atque ita rectè docent Cumanus in l. in fideicommissaria, ff. ad Treb. Imol. in l. Postulante, §. sed in huiusmodi, ff. eodem, Ripa alios adducens in d. l. in fideicommissaria, nu. 34. Castr. & Alex. in d. §. sed huiusmodi.

Contrarium docet Bartol. in l. Balista ff. eo. tit. & ibid. Angel. Alex. in l. in fideicōmissaria, col. 3 circa prin. Angel. cons. 213. Et fundamentū est, Primò in d. l. Postulante, §. sed & in huiusmodi, in illis verbis: *sed quia non vt hæres fideicommissum, vt sic dixerim, suppleat, postulet, sed quia in nummis hæreditas, desideret sibi restitui, nequaquam debebat hæres recusare.* Existimauit enim Bartolus ex his verbis inferri à contrario sensu, quod si fideicommissarius voluisset, vt hæres grauatus in facti specie ibi proposita, suppleret fideicommissum ex fructibus perceptis vltra quartam non potuisset obtinere: quoniam filia erat hæres grauata, Secundo ex l. iubemus, C. ad Trebell. vbi liberi primi gradus non tenentur imputare fructus in Trebellianicam.

Quod attinet ad hoc, ultimum d. l. iubemus, nihil ad rem nostram facere videtur, quia hic non agitur de fructibus in Trebellianicam imputandis, sed de re longè diuersa, videlicet, de supplendo fideicommisso ex fructibus. Poterit igitur filius primi gradus quartam suam detrahere ex ipsa substantia hæreditatis: nec tenebitur imputare in eam fructus perceptos. vtrum autē fructus perceptos computare debeat ad supplendum fideicommissum diminutum, nihil dicitur in illo texto. Nec licet ex eo ad alios casus argumentari, quoniam auctor illius legis in fine expressè prohibet ad alias personas, aliósve casus illam constitutionem extendi.

Maior difficultas videtur esse circa primum argumentum, desumptum ex verbis recitatis: sed, si rectè omnia considerentur, liquidò apparebit, nihil ad rem facere. Sententia enim Iurisconsulti hæc est: Pensiones non exactas ab hærede grauato, debitásque ex contractu defuncti, pertinere ad fideicommissarium. Ratio dubitandi erat, quia fructus percepti ab hærede non pertinent ad fideicommissarium, vbi mora hæredis grauati non intercessit. Cùm igitur pensiones loco fructuum habeantur, nec vlla mora hæredis grauati interuenisset, videbatur dicendum, pensiones supradictas pertinere ad fideicommissarium. Illa ratio dubitandi continetur illis verbis: *Sane pro fructu rei, quæ hæreditate continetur, succedunt, nec fructus fideicommissum sequuntur, si mora non intercessit.*

Contrarium deciditur, videlicet, pensiones non exactas ad fideicommissarium pertinere. Ratio decidendi est, quia fideicommissarius debet consequi hæreditatem in eo statu, in quo reperitur tempore mortis testatoris, & consequenter debet eam habere cum actionibus competentibus ad pensiones non exactas, nam hæres grauatus eas non exegit, nec eas non percepit. Si percepisset eas hæres grauatus, tunc fideicommissarium non posset illas obtinere, nisi vel mora hæredis grauati intercessisset, vel supplendum esset fideicommissum ex fructibus, sed mora ibi non interuenerat, nec vlla diminutio. Meritò si pensiones fuissent non perceptæ per hæredem ad fideicommissarium non pertinuissent, nec potuisset eas petere. Sed quia non erant exactæ, nec perceptæ, & competebat actio ad eas petendas, quia erant mansuræ. Meritóque fuit decisum, ad fideicommissarium pertinere. Illa ratio decidendi continetur in illis verbis. *Sed quia non vt hæres fideicommissum, vt sic dixerim, suppleat, postulet, sed quia in nummis est hæreditas, desideret sibi restitui, nequaquam id debet hæres recusare.* Atque ita mihi vide-

tur intelligendus ille textus, prout intellexit etiam Paulus Castrensis ibi sub numer. 3. & alij Doctores superius citati. Ex quib. quæstio hæc controuersa videtur mihi satis clarè decisa, licèt cogitandum dixerit Peregrin. de fideicom.art. 49. num. 36.

CAPVT LXX.

Filio hærede instituto, & grauato per fideicommissum etiam in legitima, an teneatur restituere fructus æquivalentes legitimæ, perceptos ab eo ex hæreditate vltra suam legitimam, & eius fructus?

Hic est casus. Pater instituit hæredem vniuersalem filium suum, eumque grauauit onere fideicommissi in vniuersa hæreditate comprehensa etiam legitima ipsius filij tacitè vel expressè. Filius ex hæreditate fructus percepit tot ac tantos, qui æquiualent ipsius legitimæ; verùm teneatur restituere tot fructus quod æquiualent ipsi legitimæ, detractis semper fructibus particularibus ipsius legitimæ, adeò vt legitima filij in corporibus hæreditariis & fructus legitimæ sint excipiendi de fideicommisso; alij verò fructus percepti ex cæteris bonis æstimandi sint & ex eis conficienda sit æstimatio legitimæ ed, quæ fideicommissario restituenda sit, vel fructus ipsi fortè extantes, vsque ad æstimationem legitimæ. Respondit Cumanus consil. 25. & consil. 52. & in l. coheredi. § cum filiæ, de vulg. in proposita facti specie restituendam esse legitimam fideicommissario ex fructibus perceptis; & Cumanum secutus est Natta in consi. 321. nu. 5. Gur. in consil. 120. nu. 16. D. Cephal. consil. 55. numer. 91. Surd. alios adducens decis. 22. n. 10.

Contrarium voluit Alex. in l. in fideicommissaria, n. 8. & ibid. Ripa n. 4. ff. ad Treb. Soc. sen. consil. 82. col. pen. lib. 4. Rim. iun. consil. 50. n. 89. & alios adducit Peregr. de fideicommiss. artic. 49. sub nu. 4.

Fundamentum prioris sententiæ consistit in doctrina glossæ in d. l. coheredi. § cum filiæ in ver. tenebantur, ff. de vulg. vbi glossa dicit hæredem institutum grauari posse in propriis suis bonis, quando ex fructibus hæreditatis percipit tot, tot consecutus est, quod æquiualeat oneri fideicommissi, adducens text. in l. filiusfamilias. § apud Marcellum, de leg. 1.

Fundamentum autem alterius sententiæ triplex esse videtur. Primum, quia filius debet habere legitimam in proprietate, & vsuf. ut d. §. prohibentes in auth. de triente, & secundo. Secundo, quia tunc genus & grauamen de legitima censetur, & pro non scripto habetur, l. quoniam in prioribus, C. de inoff. test. Tertium: quia legitima censetur statim acquisita in corporib. hæreditatis, d. l. quoniam in prioribus, & l. si filius, §. repletionem, C. eo. tit. debitum autem exactum non recipit compensationem, vt notant Bald. & Salyc. in l. scimus, d. 5. C. de inoff. testam.

Istis nil morantibus, ego amplector priorem sententiam motus eodem fundamento, quo ipsa nititur: quia non est dubium, quod si pater ita disposuisset in testamento, vt filius iure institutionis legitimam suam haberet, & fructus legitimæ, & reliqua bona vna cum fructib. alteri restitueret, valuisset huiusmodi dispositio, cum pater instituto filio in legitima possit de reliquis bonis ad libitum disponere, l. cum quæritur, l. pareti. C. de inoff. testam. §. cæterum, in Auth. vt cum de app. cog. ergo simili modo potuisset disponere, vt, si filius percepisset fructus aliquos vltra suam legitimam, & vltra fructus suæ legitimæ, vt eos restitueret fideicommissario omnes si omnes, ergo etiam mandare potuit tot fructus restitui, quot conficiunt legitimam. Et licet testator hæc non expresserit: tamen facienda est interpretatio, vt testatoris dispositio sustineatur, eo meliori modo quo fieri possit, iuxta regulam, si non valet quod ago vt ago, valeat vt valere potest, l. si quis ita, & ibi notant, Dd. maximè Alciat. d. verb. oblig. Præsertim, cum semper in testamentis addici soleat clausula, (vt valeat omni meliori modo) & confert reg. l. quoties, de rebus dubiis.

Ad primum argumentum respondeo: nil obstare, quia filius præsupponitur habere suam legitimam, & fructus legitimæ liberos, & immunes ab omni onere, & fideicommisso. Ad secundum respondeo, grauamen, de quo agitur, non attingere legitimam reuera, sed verbis tantùm. Nam dicimus filium non intelligi grauatum hoc in casu in sua legitima: sed in fructib. quos vltra legitimam percepit. Ad tertium respondeo: quod dicitur, debitum exactum non compensari, hunc habere sensum, vt postquam id, quod debetur, exactum est a debitore, non possit amplius tractari de compensatione. Quoniam compensatio est debiti & crediti simul facta contributio: at postquam debitum est iam solutum, dicitur esse extinctum: & ideo non potest venire in aliquam compensationem. At in casu nostro non agitur de compensatione: sed agitur de supplendo fideicommisso in legitima filij constituto, ex fructib. perceptis a filio ex vniuersa hæreditate. Quod cum compensatione nil certè commune habet, multo minus cum debito iam exacto: quia respectu fideicommissarij hoc debitum non potest dici exactum: fideicommissarius autem est loco creditoris, & filius loco debitoris, vt patet.

CAPVT

CAPVT LXXI.

An filius possit grauari à patre ad fructuum restitutionem vltra legitimam?

QVamuis pater disponere non possit, vt fructus in legitimam imputentur filio, grauato per fideicommissum, l. iubemus, C. ad Trebell. potest tamē iubere, vt fructus ipsi restituantur, qui vltra legitimam percipiuntur, vt notat Angel. in l. Balista. ff. ad Trebell. & ibi etiam Imola in vlt. col. & Alex. num. 3. Cuman. cons. 25. nu. 5. Ripa in l. in fideicōmissaria. n. 33 ff. ad Treb. vbi dicit, se vidisse maximum aduocatū in hoc errare Didac. in c. Raynutius, § 11. n. 4. in fi. de test. Surd. decis. 21. n. 10.

Contrarium voluit D. Cephal. cons. 777. & Rimin. iun. cons. 310. n. 65. qui loquuntur, eo in casu, quo pater volebat grauare filium in legitima.

Fundamentum posterioris sententiæ est: quia hoc modo filius posset grauari legitima, quod esset absurdum, & contra l. quoniam in prioribus, C. de inoff. testam. Et, quia fructus imputari non possunt in legitimam, d. l. iubemus, C. ad Treb. ergo multò minus poterit grauari filius ad eorum restitutionē: quia facilius aliquid imputari potest in quartam, quàm restitui. l. in fideicommissaria, ad Trebell. Bart. in l. qui hæredi. §. 1 de cond. & dem.

Istis non obstantibus, ego puto priorem sententiam esse verissimam, si rectè intelligatur, videlicet, quod filius debeat habere suam legitimam in corporibus hæreditariis, & fructus quoque legitimæ, quibus fraudari non potest. §. prohibemus, in auth. de trien. & semiss. Nam de cæteris bonis pater ad libitum disponere potest. Ergo potest iubere filio, vt fructus restituat vltra legitimam suam. Et magna est differentia inter imputationē fructuum in legitimam, & restitutionem fructuum: quia, si filius imputare deberet fructus in legitimam, tunc haberet legitimam in ipsis fructibus non autem in corporibus hæreditariis: contra textum in l. scimus, C. de inoff. tes. Cum igitur diuersa sit ratio inter ista, ex vno non licet ad alterum inferre, quicquid sit in aliis casibus, in quibus nulla est ratio differētiæ inter imputationē, & restitutionem. Nec video vllam fraudem fieri legitimæ: quia iam supponimus, filium habere suam legitimam integram in corporibus hæreditariis, & fructus quoque ipsius legitimæ. Et, licet fructus pertineant ad hæredem grauatum ante moram, l. in fideicommissaria, ad Treb. tamen secus est, quando testator mandat restitui etiam fructus, d. l. in fideicommissaria, & l. Balista, in fine eod. titu. cum aliis à Surdo citatis d. decis. 21. nu. 9.

CAPVT LXXII.

Fructus an imputentur in legitimam parentibus debitam, quando parentes sunt grauati restituere hæreditatem?

COnstat inter omnes, atque indubitatum est, fructus non imputari in legitimam filiorum, qui onere fideicommissi à parentibus grauantur: sed controuersia est, an idem sit dicendum, vbi parentes sunt grauati. Et idem respondēdum esse, multi apertè censuerunt. Bald. in l. Papinianus, §. vnde si quis, de inoff. testam. Corn. cons. 176. lib. 3. Soc. iun. Gabr. in titul. ad Trebellian. conclu. duodecima num. 6.

Non idem esse, communior sententia, quam ego veriorem esse iudico, docet, Alexand. in l. in fideicommissaria, nu. 9. & ibi Ripa nu. 41. Roland à Valle cons. 39. in 3. dub. lib. 3. D. Cephal. consil. 398. num. 5. alios adducit Gabriel. vbi supra, num. 6. & Peregr. de fideic. art. 49. num. 43.

Prioris sententiæ fundamentum est: quia legitima ita debetur parentibus sicut filiis, lege nam etsi parentibus, de inoff. testament. & debet eis relinqui titulo institutionis, sicut filiis, vt per Peregr. vbi suprà, numer. 98. & dicitur esse æqua sicut legitima filiorum, vt per eundem numer. 47. & vt alias à nobis disputatum.

Sed, quod magis vrgere videtur, legitima parentum nullum recipit grauamen, sed debetur statim vnà cum fructibus, prout filiis, l. quoniam in prioribus, l. omnimodo, l. scimus, C. de inoff. testam. Ergo non potest recipere hanc imputationem fructuum, cùm ipsa legitima intelligatur esse exacta de bonis defuncti.

Istis nil morantibus, amplector contrariam sententiam, Motus, quia fructus in legitimam imputantur, vt est textus in l. Papinianus, §. vnde si quis. ff. de inoff. test. Hæc autem regula non habet locum in filiis primi gradus, ex constitutione Zenonis, in d. l. iubemus, C. ad Trebell. Cum igitur quæstio non sit de filiis, sed de parentibus, nec vlla lex, vel constitutio reperiatur, quæ idem statuat in legitima parentum, quod de legitima filiorum constitutum est, non potest idem statui in legitima parentum, nisi per extensionem, dict. l. iubemus, loquentis de legitima filiorum, vt scilicet, illa porrigatur etiam ad legitimam parentum. Sed hæc extensio fieri non potest. Primò: quia secundum communes conclusiones non potest fieri extensio in correctoriis, ex identitate, & maioritate rationis, vt notat Iason post alios in au-

then quas actiones, C. de sacros. Eccles. Secundò extensio fieri non potest: quoniam illa expressè prohibita est in d. l. iubemus, in fine his verbis, *Non vlterius, quam in his personis & casibus quorum superius mentio facta est, oportere produci.* Cùm itaque lex prohibeat extensionem ad alias personas, non video, quo pacto extendi possit ad personas parentum.

Ad argumentum contrariæ sententiæ respondeo: fateor, legitimam parentum, & filiorum æquiparari: excepta tamen imputatione fructuum: quia respectu imputationis fructuum nego istam. Rationem hanc adfero: quia lex noua prohibet fructus imputari in legitimam filiorum, corrigens antiquas leges, sed non prohibet imputari in legitimam parentum: ergo antiquæ leges manent incorrectæ respectu legitimæ parentum. Maximè; quia lex noua excipiens ab hac imputatione legitimam filiorũ, & prohibens extensionem fieri ad alias personas, confirmare videtur antiquas leges, respectu aliarum personarum.

Non obstat textus in d. l. quoniam in prioribus cum aliis legib. citatis. Quia, fateor legitimam deberi absque onere, fateor suppletionem fieri ipso iure, sed non rectè infertur, fructus non esse imputandos, alioquin opus non fuisset constitutione Zenonis in fauorem filiorum edita, in d. l. iubemus. Opus autẽ fuit: quia stabat antiqua regula iuris, vt fructus imputarẽtur. Quare dicendum est: hanc regulam non fuisse sublatam, ex d. l. quoniam in prioribus, & ex aliis legibus sequentibus. Et sic cõcludo, sententiam communiorem, quæ negat circa imputationem fructuum in legitimam, idem esse in parentibus, quod in filiis constitutum, probabiliorem videri.

CAPVT LXXIII.

An perempta instantia perimatur effectus malæ fidei ad effectum, vt possessor non teneatur fructus restituere?

SI D. Augustinus tanta præditus, & sanctitate, & doctrina, tantoque ingenij acumine seipsum corrigere voluit, ideóque libros Retractationum scripsit, cur erubescam ego sententiam mutare, satius enim est seipsum corrigere, quam spectare, vt ab aliis corrigatur, vt dixit Iustinianus Imperator, in nou. de iis qui ingred. ad appel. §. recusatas planè, & nou. vt fratr. fil. succed. in princip. coll. tit. 127. scripsi lib. 1. controuers. cap. 60 etiam perempta instantia effectum hunc durare, vt possessor dicatur esse malæ fidei, & proinde sit condemnandus, ad fructuũ restitutionem, secutusque tum Bartoli sententiam cum aliis alijsq; quos ibi commemoraui. Cæterum, cum casus ex facto incidisset, tota hac re diligentissimè perpensa, in contrariam sententiam deueni, quam secuta fuit glos. in l. 2. C. de fruct. & lit. expens. & ibidem Salyc. latè disputans, Tiraquell. de retract. conf. §. 1. glos. 2. num. 38. & 19 ad quem se videtur referre Peregr. de fideic. art. 49. n. 138. præter Ripam & alios, quos addunt d. c. 60.

Fundamentũ est firmissimum, quia fructus veniunt ex officio iudicis mercenario deseruiente actioni intentatæ, l. 4. §. post litem cõtestatam. ff. fin. regund. sed hoc officium iudicis expirat perempta instantia, l. 4. ff. depos. oportet ergo fructus deberi, ex noua litis contestatione in alia instantia, quod est argumentum Salyceti in d. l. 2. C. de fruct. & lit. expens. & Ripæ in l. 2. n. 38. C. de eden. cui certè argumento responderi non potest.

Non obstat fundamentum Bartoli, quòd effectus inductus per litis contestationem sit iam consummatus, & perfectus, vt videlicet, possessor constitutus fuerit in mala fide: quia hoc certè negari potest, siquidem ex litis contestatione sola oritur occasio perueniendi ad notitiam, rem esse alienam. Sed plena notitia demum per sententiam inducitur condemnatoriam, ex qua notitia producitur mala fides, quæ trahitur retro ad tempus litis contestatæ. Sed perempta instantia, sententia proferri non potest, quoniam omnia acta pereũt, l. properandum. C. de iudic. ergo noua instantia necessaria est, & noua litis contestatio, per quam postea peruenitur ad sententiam condemnatoriam, quæ non potest trahi ad priorem instantiam, & ad tempus litis contestatæ in prima instantia.

Non obstat text. in l. 1. C. de præscr. long. temp. per quẽ potissimè motus fui, quatenus ibi probatur, præscriptionem non euertere, etiamsi post peremptam instantiam, adsit logi temporis possessio. Quoniam ratio est, (vt dicebat Salycetus) non quòd mala fides impediat præscriptionẽ, sed quia interruptio semel facta per litis contestationẽ in maius tẽpus actionem perpetuauit, nec aliqua sententia expectabat. ita Saly. in d. l. 2. prope n. 9. Vel quia, vt dicebat Ripa in d. l. 2. nu. 28. C. de eden. per litis contestationem remouetur negligentia, in cuius odium currebat præscriptio.

Itaque ex his mutaui sententiã. Et cum incidisset quæstio ex facto, vbi actor post litem motam, per longum tempus non fuerat eam prosecutus (licet perempta nõ posset dici instantia quia debebat attendi ius Canonicũ quo inspecto non perit instantia) dixi negligentiam tanti temporis operari, vt lis habeatur pro derelicta, vt cesset vitium litigiosi, & cesset etiam [illegible]; ac proinde cessare etiam debere effectum hunc malæ fidei. Quia possessor iuste, & probabiliter existimare potuit

tur, actorem nullum ius habere ex tanti temporis negligentia, quasi actor de iuribus suis confisus non fuerit, quia nemo præsumitur iactare suum: & adduxit Cassador. tit. vt lit. pend. decis. 3. Lancellot. de attentat. tit. de attent. lit. pend. lim. 6. & vestr. in praxi lib. 8. ca. 4. num. 25.

CAPVT XLIV.

De fundo dotali aliqua scitu digna.

Ex facto quærebatur: quidam dotem filiæ suæ constituerat mille, & ducentorum aureorum, & partem dictæ dotis in pecunia numerata soluerat, pro reliqua vero parte conuentum inter ipsos fuerat, vt consignaretur domus valoris summæ superstitis, quæ erat sexcentorum, & quinquaginta aureorum, quæ quidem consignata fuit, & tradita: & super qua constitutus fuit fundus dotalis, quærebatur modo, an euemente casu restitutionis dotis, soluto matrimonio, maritus restituere deberet dictam domum? an vero eius æstimationem, videlicet aureos sexcentos, & quinquaginta. Et fuit conclusum: dictum maritum teneri restituere pecuniam, & quantitatem suprascriptam, non autem domum.

Primo, quia dos constituta fuerat in pecunia, & quantitate. At quoties dos est promissa in certa quantitate, tunc si detur aliqua res immobilis marito, vt dictæ promissioni satisfiat, dos ista dicitur esse in quantitate: non autem in illa re immobili, & ideo soluto matrimonio, non est restituenda res immobilis: sed æstimatio, etiamsi (quod est fortius) in instrumento dotali dictum fuerit, vt dos restitueretur, sicut fuit habita, & recepta. Ita in terminis consuluit Cornetus, in cons. 15. per tot. lib. 2. Rub. Alex. con. 5. n. 6. Soc. sen. con. 69. n. 8. lib. 4. Soc. iun. cons. 142. n. 4. & 7. lib. 1. Didac. pract. quæst. c. 18. col. 3. ver. secūdo apparet.

Secundo, quia promissio facta fuerat de restituenda dicta dote in omnem casum, & euentum dotis restituendæ. Cum itaque dicta dos in certa quantitate constituta esset, videlicet 1200. aureorum, & ipse promiserit dictā dotem restituere, sequitur dicendum, ipsum promisisse restituere dictam quantitatem, & pecuniam, non autem bona immobilia, Bald. in l. quoties, ad fin. C. de iure dot. Soc. sen. cons. 56. n. 7. casu lib. 1. Alex. cons. 79. in 3. dub. lib. 5. Bec. cons. 43. num. 10. Natta cons. 550. sub nu. 4. & 5. Rol. à Valle cons. 92. num. 15. libr. 2. Rim. iun. in instit. quibus alien. lic. vel non, in princ. nu. 90.

Tertio, quia dicta bona immobilia æstimata pretio dictorum scutorum 650. & ita æstimata tradita fuerunt marito. At quoties prædium æstimatum traditur, censetur venditum: breui enim manu fingitur maritum pecunias recepisse, & illas pro emptione prædij restituisse, glossa in l. inter virum, C. de iure dot. lib. in l. ex conuentione. nu. 2. C. de pactis. Alex. n. 56. col. 2. li. 6. Paris. con. 81. nu. 11. li. 3. Rub. Alex. cons. 5. n. 2. Bero. cons. 63. n. 5. lib. 3. Non. cons. 52. n. 10. Soc. sen. cons. 69. n. 15. lib. 4. Soc. iun. cons. 118. n. 10. lib. 3. Didac. Couar. pract. q. c. 28. n. 4. Rol. à Valle cons. 92. n. 9. lib. 2. Bec. in cons. 42. in prin. Boer. deci. 327. n. 11. Simon de Præt. cons. 111. num. 19. Et licet æstimatio rei, quæ in dotem datur, duplici ex caussa fieri soleat. Vna, vt sciri possit, an res deterior sit effecta, & id cedat periculo iuri, & teneatur vir in eadem qualitate reddere. Altera in hoc, vt faciat emptionem, & non res ipsa, sed æstimatio restituenda sit. Regulariter tamen, & in dubio æstimatio facit emptionem secundum communem opinionem Doctorum, de qua post alios testatur Bec. d. cons. 42. n. 2. Menoch. lib. 3. præs. 74. n. 3. Hipp. Rim. in instit. quibus alie in princ. n. 171. vbi alios adducit.

Quarto, quia dicta domus, & alia fuerant data, & consignata marito in solutum, & pro satisfactione dicti residui dotis, videlicet scutorum 650. quæ quidem assignatio & datio in solutum venditionem importat & constituit. l. si prædiū, C. de euictio. Natta cons. 850. nu. 3. Bec. cons. 92. n. 5. D. Ceph. d. cons. 351. nu. 3. Soc. iun. cons. 118. nu. 9. lib. 3. Tob. Non. cons. 52. n. 8. Bero. cons. 63. n. 5. lib. 3. Corn. cons. 92. col. 3. lib. 4. & cons. 70. eod. lib. Simon de Præt. cons. 148. in fin.

Quinto, quia fuerat promissa dicto marito à genero defensio generalis dictæ domus, & de euictione cū pactis vtilibus in forma plenissima: quo stante, dictus maritus ad restitutionem pecuniæ tenetur, non autem bonorū: quia si soluto matrimonio dictus maritus restituere deberet dicta bona, nihil erat, cur ea reciperet cū promissione defensionis, & euictionis plenissima forma, Corn. cons. 72. col. 2. vers. tamen his & col. 4. ve. s. idcirco, libr. 1. Bec. d. cons. 42. n. 7. Natta cons. 650. nu. 2. ve. secundo, Aonde d. in cons. 41. n. 7. lib. 1.

Sexto, quia dos constituta in summa mille & ducentorum aureorum partim in pecunia fuerat soluta, & partim in bonis immobilib. ideo diceretur dicta bona immobilia esse fundū dotalem, propriè dos diuerso iure constitueretur. Quod dicendum non est, prout considerat Soc. sen. in cons. 57. n. 8. vers. cum ergo, lib. 1. Rubeus Alex. d. cons. 5. n. 3. Tob. Nonius cons. 52. n. 7. Aondedid. cons. 41. n. 12. Et sic dicendū est dicta bona immobilia non esse vere, & proprie fundum dotalem ad effectū, vt restitui debeant soluto matrimonio, sed restitui debere pecuniam, & æstimationem.

Denique vrgebat maximè: quia in instrumento consignationis aderat clausula ad habendum, & tenendum, quæ operatur, vt non possit dici fundus dotalis, ita vt teneatur ad eius restitutionem. Datur enim per hãc clausulam potestas marito tenendi, & possidendi dictam domum, & alia, & de ea disponendi. Quod facere nõ posset, si esset vere & propriè fundus dotalis: quia fundus dotalis non potest alienari, & debet mulieri restitui soluto matrimonio, & per consequens, vir illum recipiens facere de eo quicquid vult, & ei placet, potest. Ita Bero. consil. 63. numer. 11. lib. 3. Non. consil. 52. n. 4. Aonded. d. consil. 41. n. 9. lib. 1. Bec. de consil. 42. n. 8.

Nec obstat, quod dicebatur expressè conuentum fuisse, vt quædam pecuniæ debeant expendi in bonis stabilibus pro fundo dotali, quæ in totum reductæ erãt ad summam scutorum 650. pro quib. facta fuit traditio & consignatio dictæ domus pacto adiecto, quod fundus intelligatur esse, & sic fundus dotalis: quia ex his verbis, quod sc. dicta domus debeat esse fundus dotalis, res videtur clara; quòd sic fundus dotalis, & per consequens æstimatio, & in solutum datio non videtur importasse venditionem: quia quoties expressè vel tacitè colligitur, contrahentes aliter sensisse, tunc æstimatio, & in solutum datio non facit emptionem, l. si inter virum, C. de iure dot. Aretin. consilio 84. col. 2. Soc. iun. consil. 141. numer. 11. libro 1. Parisi. consil. 81. numer. 10. libro 3. Couar. pract. quæst. capit. 18. numer. 2. vers. quarto in fine. Et in hoc casu intelligitur facta æstimatio ad illum effectum, id est vt cognoscatur, pro qua quantitate bona consignantur viro, vel, vt valor rei probari possit, si culpa viri res deterior efficeretur, vt notant Bald. Saly. & alij in l. ex conuentione, & ibi Ias. nu. 2. C. de pact. Rol. à Valle consil. 91. 9. 6. lib. 3. Menoch. lib. 3. præs. [illegible]

Quia responsum fuit, illa verba, quod dicta domus debeat esse fundus dotalis, non alterare naturam dationis in solutum, nec operari posse, quod domus non sit effecta propria mariti, cum illi data fuerit pro satisfactione residui dotis, & sic pro summa scutorum 650. quæ quidem æstimatio seu in solutum datio emptionem, & venditionem important, adeo vt dominium transferatur in maritum, maximè stante clausula *ad habendum, tenendum, &c.* Et promissione de euictione in plenissima forma secundum ea, quæ supra diximus. Et ideo dictum fuit, illa verba, quod sit fundus dotalis, alterare non posse naturam contractus dotalis, qui fuit constitutus in quantitate pecuniæ 1200. aureorum, & ad hoc [illegible] Corneus in consil. 127. col. 1. vers. nec obstat lib. 1. Cepha. consil. 351. numer. 37. Simon de Pratis in consil. 111. numer. 19. & Aonded. in consil. [illegible] 22. lib. 1. quia si aliter diceretur, resultaret repugnantia, quæ euitanda est etiam verba impropriando, l. vbi repugnantia, de reg. iur. vbi Dec. num. 2. repugnantia enim in hoc consisteret, quod dicta domus esset fundus dotalis, & tamen fuisset data ad habendum, & tenendum, &c. quod continet maximam repugnantiam: quia per hanc clausulam data est potestas marito faciendi, & disponendi, prout illi placuerit, de dicta domo, quod fieri nõ posset, si esset fundus dotalis propriè, prout notũ est. Item repugnantia esset in eo, quod dicta domus deberet restitui tanquam fundus dotalis, cum tamen in plenissima forma obligatio facta fuerit pro defensione, & euictione cum pactis vtilibus, quod verificari non potest supposito, quod esset propriè fundus dotalis, & quod tanquam fundus dotalis restitui deberet, soluto matrimonio. Item repugnantia esset manifesta: quod dos consisteret in quantitate 1200. aureorum, & simul consisteret in fundo dotali pro summa 650. aureorum.

Ad euitandas igitur has contrarietates & repugnantias, dicendum est, pactum illud, quod domus debeat esse fundus dotalis, intelligendum esse largè, & impropriè ab effectu, quia dicta domus remanet obligata, & [illegible] pro dote, vt respo. dit Rub. Alex. d. consil. 5. numer. 3. Couar. pr. quæst. capit. 18. numer. 8. Socin. sen. consil. 224. numer. 11. libro 2. Rol. consil. 91. nu. 14. lib. 3. Aonded. d. consil. [illegible] 21. Item dotalis est fundus in subsidium, id est, vt pro eo vindicatio competat, quomodo aliunde dos à muliere haberi non posset, de pecunia, C. de iure dot. Bero. consil. 105. nu. [illegible] libro 3. Couar. vbi supr. Aonded. vbi supr. nu. [illegible]

Non obstat etiam, quod dicebatur, dictum maritũ obligasse se, & sua bona solummodo, quando partem dotis in quantitate recepit, non autem, quando eidem fuit consignata domus, tunc enim nihilominus [illegible] pro dicta summa 650. aureorum obligasse se & bona sua, nam ex hoc colligi videtur, actũ fuisse inter partes, vt dicta domus restitui deberet respectu dictæ summæ 650. aureorum, alioqui, si non fuisset ea partium mente, [illegible] dictus maritus obligasset se, & sua bona etiam pro dicta summa 650. aureorum, vt Hieron. Gabr. cons. [illegible] Menoch. lib. 3. præsu. [illegible] nu. 16.

Quia responsum fuit, non fuisse id necessarium, cum domus tanquam fundus dotalis remaneret obligata, & hypothecata respectu dictæ sũmæ scutorũ 650. ex his, quæ supra dicta sunt. Supra enim ostẽsum fuit, dictã domum fuisse fundum dotalem, quantum ad hunc effectum solum [illegible] obligata, & hy-

& hypothecata vxori esset, & etiam ad effectum: vt in subsidium eam posset vindicare. Propterea dictum fuit, non fuisse necessariũ, vt denuo pro dicta summa fieret obligatio. Non propterea inferri potest, quod restitui debeat dicta domus, quasi sit propriè, & verè fundus dotalis, cùm hoc sit impossibile: stantibus pactis, & conuentionibus suprà ponderatis. Ex quibus clarè demonstratur, non fuisse verè & propriè fundum dotalem, nec fuisse obligatum maritum ad restituendum eum: sed ad pecuniam, & quantitatem restituendam.

Et hoc confirmatur: quia ex instrumentis manifestè apparet, fuisse constitutam in pecunia, & quantitate 1200. aureorum. Ergo, impossibile est dicere, quod dos consisteret in re immobili, respectu dictæ summæ 610. aureorum, quæ est pars dictæ summæ 1200. aureorum, nisi dicamus, quod inter partes fuerit facta nouatio, per secundum instrumentum, vigore illius pacti, in quo continetur obligatio bonorum pro residuo, vt videlicet, dos tota consistens in summa 1200. aureorum commutata fuerit, & translata in domum, respectu dictæ summæ 610.

At hoc dici non potest. Primò, quia nouatio non est præsumenda, nisi expressè dicatur, l. vlt. C. de nouatio. Aonded. d. cons. 41. nu. 11. D. Cephal. d. cons. 351. nu. 23. Secundo: quia hoc de iure fieri non potest: nam, quoties dos semel fuit constituta in pecunia numerata, & in quantitate, & vir se obligauit ad eam restituendam, sicuti acciderat in hoc casu, mediante primo instrumento, non potest ex interuallo temporis commutari dos in quantitate consistens, vt s. loco quantitatis fundus mulieri acquiratur, nisi duobus concurrentibus, videlicet, consensu ipsius vxoris, & eius vtilitate, l. si mulier dotis, l. cùm maritus, C. de pact. dotal. Soc. iun. cons. 118. n. 11. lib. 3. Paris. cons. 13. n. 2. lib. 1. Bero. cons. 165. nu. 41. lib. 1. Corn. cons. 170. nu. 1. lib. 4. Natta. cons. 650. n. 10. Aonded. d. cons. 41. n. 26. 27. 28. 29. 30. & seq. lib. 1.

Cùm igitur in præsenti casu nullus interuenerit consensus, impossibile fuit vt per secundum instrumentum consignationis factæ, & per pacta, & conuentiones in eo contentas fuerit alteratum instrumentũ dotale, etiamsi expressè fuisset conuentum, vt dos quæ in instrumento primo consistebat, in quantitate 1200. aureorum immutata esset, & conuersa in fundum dotalem.

CAPVT LXXV.

Hæres, cum beneficio legis & inuentarij, an teneatur de suo satisfacere creditoribus, & legatarijs, quando res hæreditariæ post aditam hæreditatem sine culpa ipsius sunt diminutæ, vel perierunt.

HAnc iuris controuersiam reliquit indecisam doctissimus Peregrinus de fideic. artic. 49. num. 75. 76. & 77. ego verò liberè dicam id quod sentio. Sentio autem, hæredem teneri, periculúmque diminutionis ad eum spectare, quemadmodum spectat commodum augmenti, l. in ratione. l. in quantitate, ff. ad l. Falcid. Et quoniam secundum naturam est, vt qui sentit commodum, sentiat etiam incommodum, l. secundum naturam, de reg. iur. Et denique ea ratione, quoniam hæres, qui conficit inuentarium, tenetur iuxta æstimationem rerum, quæ ex hæreditate defuncti ad eum sunt deuolutæ, sicuti dicit textus in l. vlt. §. etsi præfatam, C. de iure delib. ergo diminutio post aditam hæreditatem contingens non debet nocere legatarijs, & creditoribus, quibus per aditionem hæreditatis hæres adeundo obligatus esse videtur, secũdum quantitatem rerum, quæ reperiuntur tempore aditæ hæreditatis: nisi quis proponat res ipsas legatas, vel debitas percepisse ante moram hæredis: tunc enim constat eum liberari, l. quod te, si cert. pet. secundum distinct. text. in l. in ratione, §. diligenter, ff. ad l. Falc. Maximè: quia olim non confecto inuentario hæres tenebatur legatarijs iuxta vires hæreditatis, & non vltra, & tamen diminutio contingens post aditam hæreditatem ad hæredem ipsum pertinebat, non autem ad legatarios, d. l. in ratione. Atque ita rectè locuerunt Castr. in d. §. diligenter, Ripa in l. 1. §. si is qui quadringenta, col. vlt. ff. ad Treb. Rol. à Valle de confect. inuen. par. 4. in 6. vtil.

Contrarium voluerunt Bartol. & Alex. in d. §. diligenter, Cuma. in l. in ratione, §. quod vulg. ff. ad l. Falcid. alios citat Roland. à Valle vbi suprà.

Primum argumentum est: quia confectio inuentarij hoc operatur, vt hæres nullum debeat damnum sentire, d. l. vlt. §. etsi præfatam, & in authen. de hæred. & Falcid. §. Hinc nobis. Ergo videtur adiuisse hæreditatem cum ista conditione & modificatione, vt non teneretur de suo, & nullum damnum pateretur. Respondeo id verum esse, quod dicitur de effectu inuentarij, præseruantis hæredem ab omni damno: sed intelligi debet, prout declarat Iustin. in d. l. vlt. §. etsi præfatam, in illis verbis: *Vt in tantum hæreditarijs creditoribus teneantur, in quãtum res substantiæ ad eos deuolutæ valeant.* Hæc sunt verba textus, quorum sensus est: non vlteriùs hæredem conueniri posse, quàm res valeant ad eum deuolutæ. Ergo tenebitur & conueniri

poterit iuxta quantitatem & valorem rerum defuncti, quę sunt ad eũ deuolutæ, licet postea diminutæ sint, quia damnum diminutionis contingit post aditam hæreditatem, & postquam res deuolutæ sunt ad hæredem.

Alterum argumentum est, quoniam hæres est debitor quantitatis respectu corporum hæreditariorum. Ergo peremptis corporibus vel diminutis liberatur. l. Titiæ textores. §. vlt. de legat. 1. tradunt Bar. & alij in l. quod te, ff. si cert. petatur. Respondeo, non liberari hoc in casu, nisi res perierint ante aditam hæreditatem, nam post aditam hæreditatem damnum spectat ad ipsum hæredem, secundum distinctionem textus in d. l. in ratione, §. diligenter, ff. ad l. Falcid. Nec verum est hæredem esse debitorem quantitatis respectu corporum hæreditariorum, est enim verius, esse debitorem quantitatis absolutè, & ideo re perempta non liberari, vt in d. §. diligenter, & iuxta regulam l. incendium, Cod. si cert. pet. Corpora enim hæreditaria sunt in facultate soluendi, quia scilicet, ea dare in solutum potest, iuxta text. in d. § etiã præfatam, vel non teneatur vltra valorem ipsorum corporum, sed non ideo dicendum est, corpora esse spectanda, quasi eorum respectu hæres teneatur ad quantitatem eo modo, quo text. loquitur in d. l. Titiæ textores, §. vlt. Et sic argumentum cessat.

CAPVT LXXVI.

An regula l. si ita, de auro & argent. leg. locum habeat in relicto coniunctæ personæ, & sic an legatum extendatur ad acquisita post testamentum.

Si testator leget vestem suam, fundum suum, intelligitur legare id, quod tempore testamenti suum erat, nec legato venit, quod postea quæsiuit. l. si ita, ff. de auro & argent. leg. Sed quæritur, an idem sit, vbi testator legat personæ coniunctæ, & non esse idem, sed legata comprehendi postea quæsita, scribit Socin. sen. in l. 1. in §. not. vers. secundus casus, de reb. dub. Ioseph. Ludo. decis. Perusina 61. nu. 12. parte 2. Grassus in § legatum, quæst. 29.

Contrarium docuit Cagnol. in d. vlt. nu. 29. C. de pact. & ad l. ad Romanum sing. 201. Prioris sententiæ fundamentum est in doctrina Bar. in l. si cognatis, de reb. dub. vbi per illum text. limitat regulam d. l. si ita, de auro & arg. leg. Sed, cũm doctoris dictum debeat intelligi, secundum legem, quam allegat, vt docet idem Bar. in l. Non solum, §. liberationis, de lib. leg. Ex hoc infertur, Bartoli limitationem esse intelligendam, prout loquitur text. in d. l. si cognatis. Hoc [illegible] si cognatis sit relictum fuerit, cognatis, eos continet, qui erant cognati non solum tempore testamenti, sed etiam tempore mortis. Quod nihil facit ad rem nostram, quia non quæritur nunc de personis, sed de rebus legatis.

Nec solidum fundamentum est in eo: quòd coniunctæ personæ fauor sæpe considerari soleat, l. si res obligata, de legat. 1. & l. cum alienam, Cod. de lega. & suadeat fieri pinguiorem interpretationem, [illegible] D. Menoch. lib. 4. tit. [illegible] Quia id procedit in casibus expressis, in quibus verborum natura non repugnat, sed verba conuenientia [illegible] ea stricte accipi, vt ille [illegible] grauetur [illegible] coniectura voluntatis testatoris ex affectione erga personam coniunctam.

Sed hic verborum natura non congruit: cùm enim testator fundum suum, vel [illegible] relinquit, ad tempus testamenti relatio habenda est, non ad futurum tempus, quia illud incertum est, & verba ipsa significant tempus præsens.

Cùm igitur in hac re, de qua agitur, nullum pro coniunctis personis testimonium ex legibus proferatur, & verbis non consonans, magis est, vt eorum amplectar sententiam, qui dixerunt huiusmodi legatum ad bona postea quæsita non extendi.

Alia ratio est de legato facto cognatis, quia admittitur is, qui est cognatus tempore mortis, licet tempore testamenti non esset. Ratio est, quam adducit Menoch. in cons. [illegible] n. 4. & [illegible], quia testator cum habeat [illegible] cognatorum numero tempore mortis, id eodem voluntatem suam non mutauit [illegible] monstrasse censetur.

Huc accedit, quòd si plures sint cognati, & aliqui tempore mortis, alij vero tempore testamenti præferuntur, qui tempore testamenti sunt cognati, Menoch. vbi suprà numero 11.

CAPVT LXXVII.

An laici possint esse testes contra Clericum in causis criminalibus, vbi agitur de delicto commisso in villa vel alio loco, vbi non habetur copia aliorum Clericorum.

Laicum testificari non posse aduersus Clericum in causis criminalibus, satis apertè constitutum est, in c. de cætero, de testib. sed controuersia est, an istud sit perpetuum, videlicet, an etiam locum habeat in delictis commissis in villa, aut alio loco,

ubi copia aliorum Clericorum haberi non potest. Et puto locum habere, motus ex verbis d. cap. de cætero, dum ait *laicos contra Clericum ad testimonium in criminali caussa non nisi aliquatenus admittendos.* Hæc sunt verba iuris generalia, quæ videntur mihi omnem casum excludere. Adde, quòd militat ratio odij, quod debitur à laicis erga Clericos: Item quia Clerici oppidò laicis sunt infensi; quæ sunt duæ rationes, ob quas laici nec accusare possunt Clericos, nec contra eos testificari, c. nullus, c. laico, & c. laicos, secunda, quæ & septima tradit Aretin. in d. c. de cætero, num. 10. Hæc enim ratio locum habet etiam, vbi delictum est commissum in locis occultis, & ita tradit Aretin. loco proximè citato, nec non etiam Fel. ibidem numer. 4. & 5. vbi dicit esse communem, Monald. consil. num. 47. & seq. lib. 1. & in cons. 17. nume. 10. & 11. lib. 2. Feret. cons. num. lib. vbi testatur hanc esse communem opinionem.

Contrariam sententiam amplexus fuit Abb. nu. 3. in d. c. de cætero, quem secutus est Crot. de testib. num. Aufrer. de reprobat. testium num. 61. & Campeg. de testib. reg. 98. nu. 4. Fal. Rebuff. de repro. test. nu. 57. D. Decian. cons. 13. n. 35. lib. 3. & alij multi, quos refert & sequitur Farina. de testi. q. 61. opposit. n. 107.

Fundamentum est: quia delicta remanerent impunita: & daretur occasio clericis delinquendi: & quia in subsidium admittuntur testes aliàs inhabiles.

Sed hæc & similia facilè tolluntur; quoniam hæc omnia non cōsiderata fuere à conditoribus sacrarum constitutionum, & nihilominus decreuerunt, laicos testificari non posse, non vt darent Clericis occasionem delinquendi: sed vt laicis auferrent occasionem eis nocentem, quos summa reuerētia prosequi debent. Potuissent Canones distinguere inter delicta clandestina & cætera minùs occulta: noluerunt distinguere. Ergo nec nos distinguere debemus. Si attendi deberent rationes istæ, rarò accideret, vt laici testificari non possent: quia rarò committi solent delicta præsentibus clericis: imò plerumque delinquitur in occulto. Itaque magis deferendum puto sacris constitutionibus clarè loquentibus, quàm aliquorum interpretum coniecturis, & imaginationibus. Fateor, quod & omnes fatentur in criminibus exceptis laicos contra admitti, vt docent multi ex doctoribus suprà relatis, sed disputatio fuit instituta circa crimina non excepta, & ad ea restringi debet conclusio hæc nostra.

CAPVT LXXVIII.

An à primo fideicommissario in alterum fideicommissarium transeant actiones ipso iure absque restitutione etiam nulla mora interueniente?

IVra hæreditaria à primo fideicommissario in secundum transire ipso iure apertè decisum est & constitutum in l. penul. §. cum autem, C. ad Trebell. ibi: *Siue à primo fideicommissario in secundum translatio celebrari iussa est, ipso iure vtiles actiones transferuntur.* Hoc cùm ita sit, non puto moram vllam requiri: sequorque hac in re sententiam Bar. & Cast. in d. §. cùm autem. Alex. & Ripæ in l. 1. §. De illo, n. 7. ff. ad Trebell.

Contrariam sententiam secutus est Iason in d. §. de illo; alios adducunt & communem testantur D. Cephalus in cons. 49. nume. 17. & Peregrinus de fideicommiss. arti. 2. nu. 58. vers. contrà verò. Fundamentum est in d. leg. 1. §. sed quoties ff. ad Trebell. ibi: *Si velit alium fideicommissarius partem suam suscipere, transfere ad eum ipso iure actiones*, & in l. cogi. §. Mecianus, ff. eo. ibi: *absentes si velint fideicommissum suscipere à præsente petant.* Sed non videtur solidum hoc fundamentum: quia nullum ibi verbum, quod mora sit necessaria. Necesse quidem est, vt fideicommissarius velit acceptare fideicommissum, & se declaret velle, & tunc ipso iure transeunt in eum actiones nec mora alterius fideicommissarij est necessaria. Et hoc est, quod dicit gl. in d. §. Mecianus, necessariam esse petitionem possessionis rerū, non autem iuris, quia ipso iure actiones transeunt. Eodem modo accipienda esse non dubito cætera, quæ pro confirmatione fundamenti huius adducuntur, videlicet, in casibus, in quibus ipso iure aliquid competit esse intelligendum, dummodo petatur, ex trad. latè per Iasonem in l. vniuersa, Cod. de precibus Imp. offeren.

Fateor, petendum esse agnoscendumque & acceptandum quod ipso iure transfertur & competit; nam beneficium non confertur in inuitum: & quilibet potest renuntiare suo iuri. Sed non infertur ex hoc necessariam esse petitionem ad constituendum in mora: adeò quod ante moram non dicetur ius translatum & quæsitum. Imò statim ipso iure absque restitutione actiones transeunt hoc in casu, vt est constitutum in d. §. cùm autem, supposita scilicet acceptatione fideicommissi, vt in d. §. Mecianus. atque ita se declaret fideicommissarius vt notat Cast. in d. §. Mecianus, ante nu. 4. & alij à Peregrino citati de fideicom. art. 2. nu. 63.

CAPVT LXXIX.

Virum de iure Canonico fideicommissarius

agere possit ante factam sibi restitutionem re vel verbo?

QVoniam text. in c. in præsentia de prob. & in c. Rainutius, & in c. Rainaldus. de testam. loquuntur de fideicommissario agente ad bona fideicommisso subiecta nec faciunt mentionem restitutionis factæ ipsi ab hærede aut re, aut verbo, inualuit opinio iure Canonico & æquitate eius inspecta, non esse opus restitutione reali, aut verbali, ita Bal. in d. c. in præsentia num. 31. Gulielmus de Bened. in c. Rainutius. in verb. si absque liberis. el. 2. n. 85. Boer. decis. 159. n. 7. Rol. cons. 78, nu. 20, li. 3. Aonded. in cons. 26. num. 24. lib. 1. Peregrinus de fideic. art. 2. nu. 63.

Verùm, quia secundum iuris Ciuilis regulas necessaria est restitutio, §. restituta, inst. de fideic. hæred. l. Facta, ff. ad Treb. Nec ius Canonicum in hoc contradicit: existimo contrariam sententiam esse veriorem, & amplectendam, vti sub verbo fortasse dicebat Peregri. vbi sup. & alij, vt per Bertazol. cons. 116. n. 5. quibus & ego consentio. Nec obstant text. allegati, qui etsi non dicant necessariam esse restitutionem: non tamen id negant, & hoc sufficit, vt ius Ciuile maneat firmum etiam in foro Canonico, capit. 1. & 2. de oper. noui nunt.

Debet igitur præsupponi, factam fuisse restitutionem re, aut verbo in casibus illis: aut non fuisse circa hoc disputationem inter partes, aut necessariam non fuisse restitutionem secundum iuris ciuilis casus, in quibus illa nō requiritur, de quibus videri poterit Aondedeus, d. cons. 26. lib. 1. & Doct. in l. pen. §. cum autem, Codice ad Treb.

CAPVT LXXX.

An ascendentes per fideicommissum grauati detrahere possint legitimam & Trebellianicam sicut descendentes?

DE Trebellianicæ (vt vocant) atque legitimæ detractione descendentib. grauatis per fideicommissum concessa, multa diximus aliàs. Nunc subiiciam, quid statuendum sit de ascendentibus grauatis. In quo etiam doctores dissentiunt. Aliquibus affirmantibus idem in ascendentibus, esse statuendum: aliquibus verò negantibus.

Affirmant Ang. & Cuma. in l. si à milite, §. vlt. ff. de mil. testam. Barbat. in c. Raynut. circa fin. de testament. Crau. cons. 110. in primo dubio, Couuar. in d. c. Rainut. §. 6. Molina de primog. Hisp. lib. 2. c. 17. n. 5.

Negant Bald. in d. l. si à milite, §. vlti. Ias. in l. Filium. n. 9. Cod. fa. her. Roland. cons. 39. nu. 9. l. 3. vbi alios adducit Peregrinus, alios etiam adducens de fideic. art. 3. n. 53.

Omnis difficultas est in eo posita an, quod receptum est in descendentibus, extendi debeat ad ascendentes. Quid ni? nam videtur eadem ratio, cùm parentibus legitima debeatur in bonis filiorum, l. Nam & si. ff. de inoff. testam. & in §. aliud. in auth. vt cùm de appell. cogn. Et hæc nullum recipit grauamen, l. quoniam in prioribus, de inoff. testam. Ergo, sicut filius tanquam filius legitimam deducit, & tanquam hæres grauatus Trebellianicam, sic & parens legitimam deducet vt pater: & Trebellianicam vt hæres grauatus.

CAPVT LXXXI.

An dispositio generalis comprehendat caussam dotis, vbi non reperitur specialiter priuilegiata?

GEneralem dispositionem non comprehendere caussam dotis, etiamsi agatur de casibus, in quibus non reperitur specialiter priuilegiata, scribit Neguz. de pign. par. 8. membr. 1. nume. 23. dicens esse communem opinionem Gabr. cons. 20. num. 1. lib. 1. Anton. Gabr. commun. concl. lib. 6. tit. de legibus, concl. 1. n. 10. vbi dicit, hanc esse magis communem sententiam.

Contrarium dixerunt Bald. consil. 7. Puncus talis est lib. 3. Anch. consilio 93. Dec. in c. sedes, n. 35. de rescr. & in l. 2. in vlt. not. C. vnde lib. & in l. 1. n. 4. de reg. iur. & cons. 5. nume. 1. & consi. 301. n. 11. Crot. in l. si constante, nu. 12. ff. sol. matr. Ripa in l. 1. n. 15. ff. sol. matr. & in l. si. n. 170. C. de reuoc. donat. Curt. iun. in d. l. Hæres absens, nu. 18. ff. de iud. Contard. in l. diffamari, q. 8. n. 107. C. de manum. [illegible] de reg. iur. Socinus iun. cons. [illegible] l. ff. sol. matr. Tiraq. de iure primog. [illegible] & de retr. lig. §. 1. gl. 14. num. [illegible] cons. 12. n. 34. lib. 2. Grat. cons. [illegible] 1 Port. Imol. in concl. lib. 3. concl. 17. Lambert. super statuto Mediolani [illegible] Gab. cons. 20. nu. 2. & 3. lib. 1. Rim. sen. cons. 443. nu. 16. Natta cons. 213. nu. 7. & cons. 409. col. pen. Couuar. lib. 1. var. c. 18. num. 13. V [illegible] progressu lib. 3. §. 3. nume. 41. & lib. 5. [illegible] c. 8. n. 14. & de [illegible] quib. alien. licet vel non in princ. nu. 350. & in l. Precib. nu. 84. C. de impub. Rim. iun. cons. 9. nu. 12. & cons. 315. nu. 41. Ceph. cōs. 277. n. 9. Sappia in rub. ff. de iud. col. 2. Corad. cōs. 97. n. 7. Rubeus cōs. 126. in fin. Corte in memorab. in ver. dos habet. Alba cons. 109. n. 22. Meno. 15. remed. recu. poss. n. 83. Aldobrand. ad Her-

ad Hermanoctium Decum in l. 4. §. Cato, nu. 405. de verb. oblig. Afflict. in constit. in c. Hostici exceptionem quæ est lib. 2. tit. de except. hostica rub. 19. n. 20. Neuis. cons. 77. n. 16. Pedroca cons. 25. n. 3. Aonded. cons. 14. nu. 29. lib. 1. Surd. cons. 301. n. 21. qui commune dicunt.

Hanc posteriorem sententiam, & communiorem, & veriorem esse censeo, non solum ex vulgatissima illa conclusione Dd. generalem dispositionem comprehendere etiam casus priuilegiatos, nisi reperiantur priuilegiati in illa specie, de qua loquitur dispositio, l. in fraudem, §. vltim. ff. de mil. testam. verum etiam ex ratione, quod si dotis caussa eximeretur ab omni dispositione generaliter loquente, hoc nihil aliud esset, quam dotis caussam in omni casu priuilegiatam esse confiteri vsque adeò, vt nunquam iure communi vteretur: quod certe iuri nostro mihi non videtur satis consentaneum. Etsi enim dicat textus in l. 1. ff. solut. matrimon. caussam dotis semper & vbique præcipuam esse: glossæ tamen ibi & Dd. plurimos casus commemorant, in quibus dos non reperitur priuilegiata. Non sunt igitur multiplicanda priuilegia sine legis authoritate, l. quod vero. ff. de legib. c. quæ à iure communi, de regul. iuris in 6.

Non obstat fundamentum contrariæ sententiæ, positum in eo, quod S.C. Velleianum generaliter eximens mulieres ab obligationibus pro aliis: non comprehendit tamen caussam dotis, l. si dotale, l. vltim. Cod. ad Vell. l. Promittendo, ff. de iure dot. quia omissa responsione Decij, cui Neguzantius replicauit, dico aduertendum esse dotem reperiri in hoc specialiter priuilegiatam: siquidem lex vult omnes obligari, qui dotem promittunt, apparet legem speciali fauore dotis caussam prosequi. Huc accedit, quod textus in d. l. si dotale, inquit, prudentes existimasse, dotis caussam ab illa generali sanctione remouendam esse. Erat igitur inclusa dotis caussa in generali illa sanctione: sed prudentes iudicarunt, eam esse eximendam: prout etiam exempta fuit in d. l. vltim. C. ad Vell.

Non respondeo aliis argumentis, quæ à Neguzantio ex authoritate Salyceti & aliorum proponuntur, quoniam rationibus pugnandum est, non authoritatibus. Quod, si authoritatibus certandum sit, est dubium, quod plures & grauiores [illegible] pro conclusione nostra militare videntur [illegible] pro contraria assistunt, & multò magis illos, qui extra terminos propositæ quæstionis [illegible] constitutione, nullo [illegible] fundamento [illegible].

CAPVT LXXXIII.

De præscriptione aduersus hypothecari[illegible] quando quis habet caussam à debitore.

CVm quis titulum & caussam habet à debitore, & ex eo titulo possidet bona alteri obligata, non potest spatio longi temporis præscribere aduersus actionem hypothecariam, ita Neguz. de pign. in secundo membro 6. par. in princ. motus ex l. cum notissimi, §. In C. de præsc. 30. annor.

Ille textus nihil suffragatur huic sententiæ Neguzantij: quia nihil aliud dicit, quàm secundum creditorem præscribere non posse contra primum, nisi spacio quadraginta annorum viuente debitore: quia nec ipse debitor cuius imaginem repræsentat, posset præscriberet. Hoc autem nil commune habet cum proposita quæstione, quæ est de tertio possessore, titulum habente caussam ab ipso debitore, quippe non est quæstio nostra de creditore altero, quia iste alter creditor non habet titulum habilem ad præscriptionem longi temporis, quemadmodum habet is qui emit, v. g. à debitore, vel alio titulo acquisiuit.

Proinde contrariam sententiam veriorem esse non dubito, sicuti ante me docuit doctissimus Oddus in cons. 82. nu. 19. Tum quia declaratur apertè hoc in casu sufficere longi temporis præscriptionem in l. est in arbitrio. Co. de actio. & oblig. Tum, quia textus in l. 1. & 2. Cod. si aduer. credit. excipit ab hac præscriptione longi temporis solum debitorem & successorem eius vniuersalem, quemadmodum glossa ibi rectè exponit. Cæteri igitur bonæ fidei possessores titulum singularem habentes à debitore, non videntur esse exclusi, igitur longo tempore præscribunt, & ea præscriptione tuti esse videntur.

CAPVT LXXXIIII.

Præscriptio longi temporis aduersus creditorem habentem hypothecariam actionem, [illegible] incipiat ante factam excussionem principalis debitoris.

QVia non valenti agere non currit præscriptio, l. 1. §. fin. autem, C. de annal. exceptio. Nec hypothecaria agi potest aduersus tertium possessorem, priusquam facta sit excussio principalis debitoris, vt [illegible] authent. hoc si debitor [illegible]. Hinc [illegible] motus Alexand. in consil. 18. [illegible] quem sequitur Afflictus [illegible]

in l. si is qui pro emptore, nu. 207. de vsucap. Tertium possessorem, qui titulum habet, & bonam fidem longo tempore non præscribere aduersus hypothecariam actionem ante factam excussionem: quia scilicet ante factam excussionem agere non potuit contra tertium possessorem. Et licèt impedimentum prouenerit ex culpa sua, eò quòd non fecit excussionem: nihilominus tempus ei non currit, arg. tex. in c. quia diuersitatem, de con cess. præb.

Contrariam sententiam habuerunt longè plures alij, quam vti communiorem, sic & veriorem esse censeo, Baldus de præsc. 4. parte quartæ princ. q. 3 concl. 6. Crau. consil. 263. nu. 5. Nec videtur, Neguz. & alij, quos refert & sequitur Sfortia Odd. in cons. 82. n. 4. Nam qui potest facere vt possit, iam posse videtur, l. qui potest, de reg. iur. Potest autem creditor facere excussionem, & sic agere hypothecaria: Rursus, impedimentum non excusat nec impedit cursum præscriptionis, quoties quis illud remouere potest, ideò non valenti agere currit præscriptio, quando potest impedimentum remouere, vt declarat Felin. in c. 1. ex transmissa, col. vlt. de præscri. & est text. in c. vlt. de elect. Cùm igitur possit creditor excussionem facere, nec faciat, meritò non excusatur ob hoc impedimentum, nec impeditur cursus præscriptionis.

Non obstat text. in c. quia diuersitatem de conces. præb. quoniam intelligi debet, quando impeditus non fuit negligens in remouendo impedimento, vt declarat ibi glossa & Ioan. Andr. nec non Anton. Butr. & Panorm. Cùm itaque negligens fuerit iste creditor in facienda excussione, meritò dicimus excusari non debere, quominus ei & contra eum currat tempus præscriptionis.

CAPVT LXXXIV.

Ex Rubrica ff. de officio eius, controuersia prima, an delegatus Principis absolutè sit dignior ordinario?

DElegatum Principis absolutè digniorem esse ordinario scribit Decius in rub. de off. eius. & communem esse testatur ibi Bolo. n. 23. & Rimin. iun. n. 14.

Primum argumentum est ex c. sanè, *il secundo*, de off. deleg. vbi delegatus Principis præfertur Episcopo, qui est ordinarius. Respondet Cagnolus ibi n. 43. illum textum loqui de Episcopo, cuius caussa est alteri delegata: nam respectu illius caussæ delegatus est maior Episcopo.

Secundum argumentum est ex c. per tuas, de maior. & obed. vbi ordinarius à Papa præfertur aliis, vt ibi per gloss. Respondet Rimin. iun. num. 39. ordinarium à Papa præferri aliis ordinariis ab inferioribus, quod nemo negat: nec facit ad rem nostram.

Tertium argumentum sumitur ex l. 2. ff. de albo scrib. vbi præferuntur illi, qui dignitatem consecuti sunt à principe. Respondeo vt supra præferri aliis, scilicet, ordinatis ab inferioribus.

Quartum argumentum est ex ordine titulorum: nam prius ponitur titulus de officio delegati, quàm de officio ordinarij. Respondeo nihil esse: quia non valet argumentum ex ordine titulorum ad maiorem dignitatem, vel minorem probandam, nam ponitur titulus de officio custodis & sacristæ ante titulum de off. ordin.

Quintum argumentum est, quia delegatus Principis habet iurisdictionem à Principe, Ordinarius verò à lege, l. more, ff. de iurisd. omn. iud. Princeps autem est supra legem, l. Princeps, ff. de legibus. Respondet Alfanus n. 89. Imò ordinarium habere iurisdictionem à principe, l. 1. ff. ad l. Iul. de ambitu, quia Princeps legem condit, ex qua ordinarius habet iurisdictionem: ideò quod est caussa caussæ, est caussa caussati, l. Manumissiones, ff. de iustit. & iure.

Sextum argumentum sumitur ex c. si. 93. distin. ibi: *Tanquam tenens honorabitur.* Respondent Rimin. iun. & Alfan. honorandum quidem esse, sed non tantum quantum Princeps, quem repræsentat ex notat. per Bald. in l. sed etsi hac. § vlt. ff. de in ius voc.

Septimum argumentum est ex l. 11. C. de off. vicarij, quem textum adducit Alciat. lib. 2. parad. c. 12. supponendo vicarium esse delegatum secundum ius ciuile. Sed malè: quia ordinarium esse docet glo. in l. 2. Cod. de off. eius, qui vicem alter. gerit, & Cuiac. in l. omnes. C. de annona, lib. 10.

Octauum argumentum sumitur ex leg. aduersus, C. si adu. rem iudic. vbi ordinarius non potest restituere aduersus sententiam delegati Principis. Ergo videtur esse minor delegato: quia minor non potest restituere aduersus sententiam maioris, l. minor autem ff. de minor. Respondeo, ex hoc probari ordinarium non esse maiorem, sed non probari delegatum Principis esse minorem ordinario, ideò argumentum nihil obstat. Possunt enim esse pares ambo, ordinarius, & delegatus iste. Adde: quòd argumentum istud procedit respectu caussæ delegatæ, non autem simpliciter & absolutè.

Contrariam igitur sententiam amplexi sunt, Andr. Sicul. in rub. de off. deleg. Cagno. in rub. de off. eius, n. 47 Bologn. n. 25. Rim. iun. num. 70.

Primum

Primum argumentum eſt. Ordinarius habet maiorem iuriſdictionem quàm delegatus Principis. Ergo eſt dignior, gloſſa in ca. in nouo, 21. diſt.

Reſpondet Decius, non eſſe bonam conſequẽtiam, quia delegatus Principis eſt dignior ordinario in cauſſa delegata, cap. paſtoralis. §. præterea, de off. deleg. & tamen ordinarius habet maiorem iuriſdictionem. Confirmari poteſt hæc reſponſio ex doct. Bart. in l. 1. §. ſi quis, n. 4. ff. de appell. vbi dicit præfectum vrbis habere maiorem iuriſdictionem quàm cõſul habeat: & ſimiliter, Cardinales habere maius officium, quàm Epiſcopi habeant, & tamen non eſſe digniores.

Secundum argumentum eſt, quia ordinarius habet iuriſdictionem à lege, delegatus verò à Principe. Lex autem & Princeps æquiparantur, §. fi. in auth. de conſulibus. Reſpondet Decius: ordinarium non præſentare legem: quia iuriſdictionem dicitur habere iure proprio, l. more. ff. de iuriſdict. omn. iud. Delegatus verò vtitur iuriſdictione delegantis, l. 1. §. qui mandatum, ff. de off. eius. Replicat Alfanus n. 64. retorquendo: quia, ſi ordinarius habet iure proprio, ergo eſt dignior delegato, qui habet iure alieno, ex doct. Bart. in l. quod principi, de leg. ſecundo. Sed, pro defenſione Decij reſponderi poteſt: argumentum hoc probare, perſonam ordinarij eſſe digniorem, ſed non probare, eum eſſe digniorem reſpectu iuriſdictionis. Nam delegatus Principis vtitur iuriſdictione delegantis (vt dictum eſt) qui eſt dignior; & ſic videtur magis repræſentare principem (vt dicebat Decius) quod non facit ordinarius. Et hoc eſt ex mente Alciati in rub. de off. ordin. nu. 3.

Tertium argumentum eſt: quia ordinarius habet iure proprio iuriſdictionem: at delegatus beneficio alieno. Reſpondetur, proximè reſponſum eſt, pro defenſione Decij.

Quartum argumentum eſt: quia ordinarius habet dignitatem. Vel enim eſt illuſtris vel ſpectabilis, &c. iuxta notata per Decium & alios in l. 1. in princ. de off. eius. At delegatus Principis nullam habet dignitatem. Reſpondeo: delegatum Principis non habere dignitatem aliquam nominatam: habere tamen aliquam dignitatem innominatam, quatenus repræſentat Principem, & vicem illius gerit: & quod detur talis dignitas innominata, videatur Bar. in l. 1. C. de dignit. lib. 10.

Quintum argumentũ eſt ex l. præcipimus. C. de appel. vbi à delegato Principis appellatur ad ordinariũ. Ergo ordinarius eſt maior. Reſpondetur: imò appellari ad principem: ſed, quia Princeps eſt occupatus, cognoſcit præfectus prætorio, vel alius loco principis, prout ibi conſtitutum eſt.

Sextum argumentum ſumitur ex l. 2. C. de off. mag. offic. vbi præfertur, qui ſuſtinet maiores labores. Ergo ordinarius debet præferri, qui ſolicitus eſt de pluribus cauſſis. Reſpondeo, argumentum hoc à maiori labore locum habere, cæteris paribus. Conſtat enim viles homines plus laborare quàm nobiles: & nemo dixerit, viles perſonas præferendas eſſe nobilibus.

Quid dicendum? Videbatur prima facie concludendum delegatum Principis abſolutè digniorem eſſe. Primò quia vtitur iuriſdictione Principis delegantis, vt ſuprà dixi. Secundò ex l. 7. Cod. Theod. de honorariis codicillis, vbi Vicarij videntur ſeparari ab ordinariis, & tamen illis præferuntur.

Iſtis non obſtantib. puto contrariam ſententiam veriorem eſſe. Primò, quia ſi delegatus Principis abſolutè dignior eſſet ordinario, non dixiſſet S. Pontifex in cap. paſtoralis. §. præterea, ff. de off. ordinarij, huiuſmodi delegatum eſſe digniorem reſpectu cauſſæ delegatæ. Secundò: quia delegatus Principis repræſentat principem tantummodò in cauſſa delegata. Ergo extra illam cauſſam nullam habet dignitatem: & ſic limitata cauſſa, limitatum producit effectum, l. in agris. de acq. rer. dom. & ceſſante cauſſa ceſſat effectus, cap. cum ceſſante, de appellat. Tertiò: quia hæc opinio conſuetudine approbata dicitur, teſte Cagnolo in d. rubr. de off. eius. Eſt autem optima legum interpres conſuetudo, lege ſi de interpre. ff. de legibus.

Ad primum argumentum reſpondeo fatendo: delegatum hũc vti iuriſdictione principis delegantis, ſed negando propterea eſſe digniorem abſolutè, ſed tantummodò reſpectu cauſſæ delegatæ, in qua repræſentat principem.

Ad ſecundum reſpondeo, Vicarios, de quibus loquitur ille textus, eſſe ordinarios, non autem delegatos, & ſeparari ab ordinariis, qui ſcilicet alterius vices non gerunt.

CAPVT LXXXV.

An delegatus Principis ſit dignior ordinario in cauſſa delegata?

AFfirmat Decius in rub. ff. de off. eius, qui ſequitur Cagn. d. nu. 47. Bol. [illegible] 23. Rim. iun. nu. 76. cæterique communiter. Primum argumentum eſt ex c. ſane il 2. de off. deleg. in illis verbis: *Quod iudex à nobis delegatus vices noſtras gerit, &c.* Hæc enim ratio valet, & vim habet quoad omnia. Secundum argumentum eſt ex c. ſignificaſti, de off.

deleg. quatenus ibi dicitur: talem delegatum praecipere ordinario: nam par in parem non habet imperium, l. ille à quo § tempestiuum, ff. ad Trebell. Tertium argumentum est ex cap. pastoralis, & c. praeterea. de off. ordin. ibi: *Cum delegatus quantum ad illud sit maior ordinario.* Nec obstat responsio Rimin. iun. nu. 83. in d. rub. quatenus dicit ibi probari, quòd sit maior respectu excommunicationis, & absolutionis: quia ratio, cur ordinarius non possit absoluere excommunicatum à tali delegato, assignatur ibi: quia delegatus est maior ordinario, quoad illud, id est, quoad caussam delegatam.

Aduersus hanc veram, & communem sententiam aliquae difficultates mouentur.

Primam excitauit Decius dicens: nullam dari comparationem hoc in casu inter ordinarium, & delegatum, cum ordinarius sit exclusus ab illa caussa, nec possit eam cognoscere. Frustra ergo disputatur, an sit maior: quia comparatio requirit aliud, ad quod fiat comparatio, vt Bartol. ait in l. si seruus legatus, §. si ita scriptum, de legat. 1.

Hic difficultatē tollit, iudicio meo, textus in d. c. Pastoralis § praeterea, quia lata sententia à delegato, quis illi potest, quia possit eam reuocare? vt si videlicet, delegatus excommunicaret, quaeritur, an ordinarius possit absoluere: hic cadit comparatio inter ordinarium, & delegatum, & respondet ibi Pontifex, delegatum esse maiorem. Potest etiam dari comparatio inter delegatum & ordinarium, vt puta, si in eadem caussa ambo procedant, veluti inquisitor, & Episcopus, nam dignior est inquisitor tanquam delegatus, vt habetur in 3. parte directorij, quaestion. 8. & ideo vocatus eodem tempore coram vtroque debet comparere, coram inquisitore quia est maius [illegible], Archid. & Franc. in c. per hoc, de haeret. in sexto.

Altera difficultas excitata fuit à Bellono in dicta rubrica. Caussa naturalis accidentali praeualet, l. 3. de [illegible]: sed iurisdictio ordinarij est naturalis, delegati verò accidentalis. Ergo praefertur iurisdictio ordinarij. Tollitur haec difficultas per Rimin. iun. in d. rubr. nume. 91. quoniam argumentum procedit, vbi caussa naturalis, & accidentalis tendunt ad eundem effectum, secus autem, quando inuicem pugnant, tunc enim natura rei alterata esse dicitur, & praeualet caussa accidentalis. l. 1. § bestias, de postulando, & in c. ferit ate, de postul.

Tertia difficultas excitatur à Rimin. iun. in d. rub. numer. 161. ex l. 2. C. vt dignit. ordo seruetur. & ex l. 1. C. de comi. rei milit. lib. 12. At nihil probant illi textus aduersus hanc communem sententiam. Nihil aliud probant, nisi cum, cui aliqua administratio demandatur, praeferendum non esse, sed exaequandum esse illis qui simile officium exercuerunt.

CAPVT LXXXVI.

An ordinarius habeat firmiorem iurisdictionem delegato Principis.

Tertia controuersia Doctorum in eadem rubrica de officio eius est, an ordinarius habeat firmiorem iurisdictionem delegato Principis vel potius è conuerso. Et communior sententia est, ordinarium habere firmiorem iurisdictionem. Ita Alexand. nume. 8. post Bald. & Arch. quos allegat Decius ibidem nu. Bologn. numer. 45. Rimin. iun. nu. 92. & caeteri communiter. Argumenta sunt ista.

Primum ex l. si vt proponis, sane & ex l. si praeses, C. quomodo & quan. iudex. Nam probatur ibi, ordinarium posse iterum iudicare, si protulerit sententiam nullam, delegatum verò non posse. Respondet Alfanus nume. 73. textum d. l. si vt propono, loqui de iudice dato, qui siue bene, siue male iudicauerit, functus est officio suo, l. iudex posteaquam, de re iud. aliud verò esse in eo, cui mandata sit iurisdictio.

Secundum argumentum ex auth. ad haec, C. de iudic. vbi ordinarius potest caussam delegare, reseruata sibi sententia, dummodo reum audiat: quod non potest facere delegatus. Respondet Alfanus, vbi supra, hanc licentiam datam esse ordinario propter occupationes, quas habet, vt ibi dicitur. Amplius hoc non arguere firmitatem iurisdictionis ordinarij, sed potius arguere contrarium, vt adeo laxam habeat, vt à se non possit auellere.

Tertium argumentum est ex ca. quaerenti, de off. delegat. vbi datur annus delegato, ad exequendam suam sententiam, quod tempus non est ita restrictum in ordinario. Bene respondet Alfanus, maiorem esse temporis angustiam in ordinario, cùm eius officium anno plerumque finiatur, l. ftatus, de perpet. & temp. act.

Quartum argumentum est ex § si verò etiam quidam, vires, authentic. de exhib. reis, & ibi Glos. in ver. omnimodo, vbi dicit, ordinarium posse citare re & verbo, delegatum verò non posse. Respondetur ex Alfano, textum hoc non dicere, quia Imperator ibi hoc tantum dicit, delegatum aliquid facere non posse ante litem contestatam, delegati enim iurisdictio non incipit nisi post litem contestatam, lege Ædiles §. sciendum, de aedilit. edic. [illegible] reus, de procurator.

Quintum

Quintum argumentum est ex capit. fin. de off. ordinarii iuncto cap. fi. de off. deleg. vbi probatur, ordinarium posse delegare caussam absolutionis ab excommunicatione, delegatum vero non posse. Respondetur, quod textus in dict. c. fin. de off. deleg. dum negat, delegari posse caussam absolutionis ab excommunicatione, loquitur, quia tunc delegatus Principis hoc non facit ex iurisdictione sua propria: sed tanquam executor ordinatus, vnde secus, si hoc faceret ex sua propria iurisdictione.

Sextum argumentum colligitur ex l. vl. C. de sport. vbi constitutum est circa mulctas, quae imponuntur executoribus, ordinarium posse maiorem mulctam imponere, quam delegatum. Respondetur, nihil obstare. Est enim iustum, vt ordinarij possint maiores mulctas imponere suis officialibus, cum in omnibus caussis eis inseruiant, & eorum opera vtantur magis quam delegatus, qui vna tantum aut altera vice eorum opera vtitur.

Septimum argumentum est: quia delegati non possunt exequi suas sententias, l. a diuo Pio, de re iud. ordinarius vero sic. Respondet Alfanus: hoc locum habere in iudice dato: non in eo, cui mandata est iurisdictio.

Octauum argumentum est ex auctoritate Iacobi de Beluisio, in auth. vt defunctorum funera, quod argumentum nil mouet: quia cum sit ab auctoritate Doctorum, est probabile, non necessarium, vt notatur in l. 1. ff. si certum pet.

Nonum argumentum est, quia delegatus Principis non potest causam alij delegare cum potestate delegandi, vt notat gloss. in ver. transferant cap. super, §. porro, de officio delegati. Ordinarius vero potest, vt est communis sententia Doct. in l. a iudice, C. de iudic. quam communem testatur Dec. in l. 1. ff. de off. eius. Respondet Alfanus, non esse veram illam communem sententiam. Quae responsio non satisfacit: quia cum de vno disputatur, praesupponendae sunt in aliis communes opiniones.

Decimum argumentum colligitur ex c. iudex de off. deleg. lib. 6. & ex c. si quis contra. de foro compet. vbi probatur, ordinarium postquam recusatus est, tanquam suspectus, posse caussam alicui committere, delegatum vero non posse sine consensu recusatoris. Respondet Alfanus, quod consensus recusatoris requiritur respectu personae, quam eligit ordinarius, non autem respectu commissionis, quia illam facit absque consensu ordinarius dict. c. si quis contra. Delegatus vero non, dict. cap. iudex.

Vndecimum argumentum est Decij in l. legem Pomponius. de re iud. & ibi glo. ibi probatur, quod si plures sint iudices ordinarij, omnes habent iurisdictionem insolidum, secus si fuerint plures delegati, c. prudentiam, de off. deleg. Respondet Alfanus hoc inficiando. Sed non est bona responsio, cum auctoritas gloss. & Dd. ibi sit in contrarium: & haec sit communis opinio, vt testatur Rimin. iun. in rub. de off. eius nu. 94. post Abb. in c. prudentiam, q. 10. de off. deleg.

Contrariam opinionem amplexus est Mantua, sicuti refert Rimin. iun. hic & Bologn. sed Alfanus n. 19. scribit aliquando delegatum habere firmiorem iurisdictionem: aliquando ordinarium, & sic communem Doct. opinionem non esse per totum veram.

Primum argumentum est, quia delegatus repraesentat Principem, cuius iurisdictio est firmior, c. cuncta, q. 9. c. per principalem, eod. dem. Hinc potest Princeps executionem nudo pacto concedere. Alexand. in leg. iuris gentium, §. sed cum nulla. de pactis, ad finem, & ibi Iason, nu. decimooctauo, & decimoquinto. Responderi potest, Principem quidem habere firmiorem iurisdictionem, sed non sequitur, etiam delegatum habere, quia semper est maior dignitas eius, qui iure proprio habet, quam eius, qui alieno, Bald. in l. sed etsi hac, §. si. de in ius voc.

Et quod attinet ad executionem, nudo pacto, non pertinet ad firmitatem iurisdictionis: sed quia aequitas seruari debet apud Principem & fides, & in curia mercatorum nudum pactum executionem habet, vt per Ias. vbi supra, num. 18. & tamen nemo dixerit, magistratum mercatorum esse firmiorem ordinario.

Secundum argumentum est ex c. per hoc, de haeret. in 6. vbi si discordant, Episcopus qui est ordinarius, & inquisitor qui est delegatus, in ferenda sententia, mittendus est processus ad S. Pontificem, & tamen, si ordinarius haberet firmiorem iurisdictionem deberet illius sententia praeualere. Respondet Rimin. iun. in d. rubr. nu. 105. illum textum loqui, quando discordant ante sententiam, non autem circa ipsam sententiam.

Sed male: quia loquitur, quando discordant in prolatione sententiae, vt puta vnus absoluere vult, & alius condemnare, vt declarat Franciscus Pegna ad direct. inquisit. part. 2. q. 50.

Tertium argumentum est: quia ordinarius facilius remouetur, quam delegatus; vt Vicarius Episcopi: nam censetur reuocatus eo ipso, quod Episcopus alium constituit dominum, in c. eodem, de off. Vicar. in sexto. & delegatus non remouetur per secundum rescriptum, in quo alius fuerit constitutus, nisi fiat in eo mentio primi rescripti, cap. caeterum, de rescriptis. Respondet Rim. iun. istud

contingere in Vicario Episcopi, quia est ordinarius debilior cæteris.

Melior est responsio, si dicamus illud contingere in delegato propter vitium subreptionis in eum tacita scilicet veritate, quod vitium considerari nequit in constitutione alterius Vicarij facta per Episcopum, quia Episcopus scit se fecisse primum, quando secundum constituit.

Quartum argumentum est, legatus Papæ concurrit in omnibus cum ordinariis in iurisdictione, vt not. Abb. & alij in capit. primo, de off. leg. & tamen non concurrit cum delegato Principis, capit. studuisti, de off. leg. Respondet Rimin. iunior, quod hoc prouenit ex natura commissionis specialis, vt docuit textus in dict. cap. studuisti.

Vltimum argumentum est Alfani: quia à sententia delegati huius appellari debet ad Principem, qui delegauit, & ipse solus reuocat, absoluit, & restituit, l. 1. ff. quis, & à quo, l. minor autem §. pen. de mino. ca. pastoralis, §. præterea, de off. ordin. At à sententia ordinarij appellatur ad superiorem, l. §. si quis in appellatione, ff. de app. Responderi potest: id non inferre, quod firmior sit iurisdictio delegati, sed caussam esse, quia delegatus est maior ordinario in caussa delegata, vt in d. §. præterea, ideo non conuenit, vt ordinarius magistratus corrigat vel tollat, quod ipse delegatus fecit.

Hæc sunt, quæ ab aliis fuerunt adducta. Ego puto communem sententiam posse defendi. Primò, quia ordinarius habet iurisdictionem suo iure, delegatus alieno beneficio, l. more, de iurisd. om. iud. Secundò, quia ordinarius habet eam de iure communi, delegatus autem de iure speciali. Est autem firmius quod de iure communi competit, quam quod de iure speciali, l. eius militis, §. militia missus, ff. de milit. testamen. Tertio, quia ordinarius ob suspicionem non remouetur, sed datur ei adiunctus. auth. si verò contingit. C. de iud. At delegatus ob iustam caussam suspitionis remouetur, l. apertissimi, l. fi. C. de iud. Denique, quia morte delegantis expirat iurisdictio delegati, vbi res est integra, l. & quia de iurisd. omn. iud. excepta iurisdictione inquisitoris fauore fidei, c. ne aliqui de hæret. lib. 6. Hoc autem in ordinario non accidit.

CAPVT LXXXVII.

An delegatus Papæ possit dici officialis papæ ad effectum, vt locus sit constitutionibus Pontificiis quæ habentur in cap. cum Matthæus, de sent. excom. & in c. diuina, de priuil. in extrau. commun.

QVarta quæstio Dd. in rubric. de off. eius est an delegatus Papæ in aliqua caussa priuata possit dici officialis Papæ ad effectū, vt locus sit constitutionibus Pontificiis, quæ habentur in cap. cum Matthæus, & in c. diuina, de priuil. in extrauag. quib. mod. cautum est, vt à locorum ordinariis excommunicari non possint. Respondet Decius numer. 6. in d. rubric. non esse officiales, qui gaudere possint dd. priuilegiis. Idem tenuit Bologn. numer. 43. Rimin. num. 110. & est communis opinio.

Primum argumentum est responsum Lapi de Castellione in cons. impresso post consilia Oldra. incip. factum. Sed hoc argumentum euitari potest, quia Dd. auctoritas est probabilis, non autem necessaria.

Secundum argumentum, quia secundum Lapum in d. cons. Officialis Papæ dicitur, qui vices eius gerit in rebus ad eum spectantibus, at delegatus Papæ non gerit vices Papæ in rebus ad ipsum spectantibus, sed in rebus spectantibus ad priuatos. Ergo respondet Alfanus nu. 101. imò spectare ad Pontificem, quia eius officium est Rempublicam administrare, l. 1. de off. præf. præt. §. vlt. in proœ. inst.

Tertium argumentum est ex mente Rimi. iun. & aliorum, quos ipse refert ex illis verbis textus d. c. diuina, *In nostris & Sedis Apostolicæ obsequiis existentes.* non enim huiusmodi delegatus videtur esse in obsequiis Papæ. Responderi potest, imò esse in obsequiis Papæ, quia ei & inseruire tenetur, & obedire.

Quintum argumentum est, quia ratio d. c. diuina, est vt officiales Papæ promptius exercere possint eorum officium, quæ ratio non videtur locum habere in delegato Papæ, quia potest alteri delegare vices suas, cap. si pro debilitate, de off. deleg. Respondeo, non posse subdelegare absolute, sed quādo ipse est impeditus, vt inquit text. in d. cap. si pro debilitate, quid ergo, si non esset impeditus aliqua debilitate, vel necessitate, tunc militaret eadem ratio, quia non posset subdelegare? Rursus, quid si ipse vellet cognoscere, & nollet subdelegare: vel, si talis caussa esset, quæ subdelegari non posset?

Quintum argumentum desumit Rimi. iun. ex doct. Baldi in auth. qua in prouincia, C. vbi de crim. agi oport. num. 10. vbi Baldus docet, delegatum, si delinquerit in caussa sibi delegata, posse conueniri coram ordinario illius loci. Respondetur Baldum loqui quando iam delegatus functus est officio, & fecit litem suam iudicando, vt ipse loquitur.

Sextum argumentum est, quia consuetudo videtur hanc rem interpretari, vt dicebat Lapus in d. consil. Respondetur, Doct. attestanti

stanti aliquid de consuetudine non esse credendum, vt latissime habentur auctoritates apud Maschar. de probatio concl. 426.

Contrariam opinionem secutus est Cagnol. in d. rub. nu. 111. quem secutus est Alf. u. loco sup. citat.

Primum argumentum est, quia delegatus Papæ dicitur esse officialis, vt probatur ex toto tit. de off. deleg. & dicitur officialis alicuius etiam is, qui vices gerit alterius, clem. 2. de rescript. & ibi glos. vbi Vicarius dicitur officialis Episcopi, c. Romana, & ibi gloss. de app. in 6. Respondet Rim. iun. vbi supr. delegatum Papæ dici officialem, sed non officialem Papæ, quia ille genitiuus Papæ restringit significationem verbi generalis, ex doctr. Bar. in l. sed ad a iuctatu. ff. pro socio. Sed replicat Alfanus, delegato Papæ conuenire, vt no solum dicatur officialis, sed etiam officialis Papæ: quia proprium officium Papæ est iustitiam facere suis subditis, text. est in l. vlt. C. si contra ius vel vtil. publ. Verior est igitur responsio, si dicamus; delegatum Papæ esse quidem officialem Papæ; sed non talem, qui sit occupatus in seruitio immediato ipsius Papæ, vel sedis Apostolicæ; de quo officiali loquuntur textus dd. extrauag.

Secundum, Alfanus ponderat textum in d. c. cum Matthæus, ib. *Hac nostra & Apostolica Sedis reuerentia, & honore postposito*, quæ ratio militat in delegato Papæ, c. sane, il. 2. de off. deleg. Responderi potest, id procedere, quando officiales Papæ ab ordinariis impediuntur quominus prompte exerceantur officia illis incumbentia. Quod non videtur locum habere in istis delegatis, quia non sunt occupati in obsequio, & seruitio Papæ.

Tertium argumentum desumitur ex verbis d. c. cum Matthæus quatenus loquitur de nuntiis Apostolicis. Potest enim fieri vt nūtij sint iudices delegati in aliqua caussa particulari. Responderi potest; Nuntios solere mitti pro negotiis Sedis Apostolicæ, non autem pro caussis priuatorum solis. Quo casu, quando sunt nuntij generales, procul dubio comprehenduntur in dd. constitutionibus, licet etiam delegati sint ad aliquam particularem caussam.

Postremum argumentum est ex illis verbis cap. diuina, *Nec contra officiales præfatos, quocunque nomine nuncupentur*. nam verba hæc vniuersalia sunt, & ideo videntur cōprehendere omnes officiales. Respondetur, hæc verba restringi per antecedentia, & subsequentia, in quibus fit mentio de officialibus existentibus in obsequio Sedis Apostolicæ. Hæc sunt quæ ab aliis dicta fuere.

Ego puto, communem opinionem veram esse, & primo moueor ex verbis d. c. cum Matthæus, in quibus fit mentio, cur S. Pontif. fecerit illam constitutionem, quia sc. fuerat excommunicatus à quodam inquisitore quidā suus Capellanus & Campaniæ maritimæ rector. Omnes igitur Capellani, cubicularij, & cæteri occupati in seruitio S. Pontificis, nec non etiam rectores terrarum, ciuitatum, & prouinciarum pro S. Pontifice continentur illa cōstitutione. Hic est verus sensus, iudicio meo, d. c. cum Matthæus. Cùm igitur delegatus Principis non habeat aliquod simile officium, sed occupatus sit in vna caussa, vel altera priuata sibi commissa per S. Pontificem, nō videtur esse comprehensus in illa constitutione, cùm sit persona priuata, & non publica sicut sunt Rectores, Nuntij & similes. Eodem modo loquitur Eugenius Quartus in d. c. diuina, quia semper loquitur de officialibus qui sunt in obsequiis sedis Apostolicæ. Quæ verba verificari videntur in officialibus, qui habent ordinariam iurisdictionem, & sunt personæ publicæ, non autem in eiusmodi delegatis. Obsequium enim nil aliud est, quàm obedientia, l. 2. ff. de re iud. & in obsequiis dicitur quis, quando quis semper obedit, non autem, si aliquando.

Secundo moueor, quia cùm hæc res sit dubia standum est consuetudini, l. si de interpretatione, de legibus. Non obstat, quod dicto asserenti de consuetudine non sit credendum quia verius est credendum esse Bar. in repet. l. de quibus num. 21. de legib. qui saltem præsumptiue probant secūdum communiorem sententiam, de qua etiam facit Maschard. de prob. vol. 1. concl. 416.

CAPVT LXXXVIII.

Potestas Pistorij, an dici possit officialis communis Florentiæ.

QVinta quæstio est Doctorum in eadem rubr. de off. eius, an potestas Pistorij dici possit Officialis communis Florentiæ. Hoc verbum *potestas* Latinè significat prætorem, vsurpaturque à nostris Iurisconsultis, vt patet ex l. fideiussor. 28. ff. de pignor. & alibi.

Communis sententia est, nō posse dici. Ita Decius in eadem rubr. & ante eum Nellus in tract. bannitorum, in 2. par. 2. temporis, qu. 66. sequitur Cagnol. circa finem commentarij, & communem esse fatetur Bologn. n. 45.

Primum argumentum est ex l. voluit §. 1. ff. de interrog. action. quo vsus est Nellus loco citato & cōcordat tex. in l. 3. §. 1 ff. de eo quod met. caus. in istis locis fit mentio magistratuum populi Romani, & separatim etiam fit mentio Præsidum prouinciarum per dictionem disiunctiuā *vel*, quæ dictio ponitur inter

diuersa, vt notat Ias. in auth. qui rem, num. 2. C. de sacrosanct. Eccles. ergo infertur, Præsides prouinciarum non posse dici Officiales populi Romani. Respondet Rim. iun. in eadē rub. num. 37. illam dictionem *vel*, exponendam esse pro *id est*; sicuti aliquando exponi solere constat, maxime quando ponitur inter genus, & speciem, ex l. 2. & ibi glos. in vers. pecudem, ff. ad l. Aquiliam. Verùm hæc responsio impugnatur, & meritò per Alfanum num. 117. quia sequeretur, quòd soli Præsides prouinciarum continerentur illis legibus, non autem Magistratus, qui Romæ ius dicebant. Hoc autem est absurdum; quia textus in d. l. voluit. §. 1. declarat, quis dicatur in iure interrogatus: & dicit, in iure interrogatum dici eum, qui interrogatus est apud Magistratus populi Romani, vel præsides prouinciarum. Si accipiatur dictio (*vel*) pro (*id est*) sequitur in iure interrogatum dici eum tantummodò, qui interrogatur apud Præsides: quod est absurdum. Eadem absurditas viget exponendo *vel*, pro, *id est* in dict. l. 3. §. 1. quia stante dicta expositione, non esset locus edicto, quod metus caussa, nisi quando Præsides prouinciarum inferrent metum. Addo ego hanc expositionem consistere nullo modo posse: quia textus in d. l. voluit §. 1. continet duas alternatiuas. Ait enim *vel præsides prouinciarum, vel alios iudices.* oporteret ergo exponere (*vel*) pro (*id est*) hoc modo, id est, præsides prouinciarum, id est alios iudices: quod esset ridiculum.

Respondet igitur Pirrhus: Iurisconsultum in dd. locis locutum esse de Magistratibus populi Romani, & de Præsidibus prouinciarum, vt eos designaret ex loco, in quo ius dicerent: quia, si appellasset eos Magistratus Principis, eius declaratio nimis confusa fuisset. Ideo non potest inferri; Præsides prouinciarum non esse magistratus populi Romani.

At hoc est responsio, si dicamus Præsides prouinciarum fuisse constitutos ab Imperatoribus, l. 1. ff. ad Iul. de ambitu meritò non potuisse appellari Magistratus populi Romani. Officiales verò Pistorij creabantur à communi Florentiæ, meritò videtur dici potuisse Officiales communis Florentiæ.

Secundum argumentum est Decij ex l. si non accusare ff. de accusatio. vbi Magistratus populi Romani [illegible] ab alijs Officialibus, qui extra vrbem mittebantur. Respondet Rim. [illegible] mentionem singulorum Officialium [illegible] postea magistratuum populi Romani, vt omnes comprehenderentur. Non placet hæc responsio. quia [illegible] generalis, omnium magistratuum populi Romani, & sic superflua fuisset commemoratio aliorum contra textum in l. si quando, de leg. 1. & in cap. si Papa, de priuil. lib. 6. item, quia ad cognitionem specierum debet præcedere cognitio generis, l. 1. & ibi notat Bartol. ff. si cert. pet. Potest igitur responderi, vt supra responsum est, ad primum argumentum.

Tertium argument. est ex mente Cagnoli. Caussa proxima debet attendi, & non remota, l. si mulier. ff. de eo quod metus caus. glos. in ver. vtilis in l. si mulier. ff. de action. rer. amot. ergo debet dici Officialis Pistorij, cùm Pistorium sit caussa proxima, & commune Florentiæ caussa remota. Hoc argumentum nullius est momenti. quia, (vt dicebat Rim. iun.) tunc attenditur caussa proxima, quando potest operari sine remota. Si non possit operari sine remota, effectus attribuitur caussæ remotæ, & non proximæ, doct. Bal. in l. non eo minus, C. de accus. & Bart. in l. sed si vnius. § 1. ff. de iniur. Sed nihil potest operari caussa proxima, videlicet Pistorium, sine remota: nam commune Florentiæ creabat huiusmodi potestatem. Meritò effectus attribuendus esse videtur caussæ remotæ.

Quartum argumentum sumitur ex l. sed licet. ff. de off. præsid. vbi præsides prouinciarū dicuntur fungi vice omnium magistratuum Romæ. Hæc autem inter se differunt, aliquid esse tale, vel eius vice fungi, & sic haberi pro tali, vt notat gl. in l. mercis, l. 2. de verb. sign. Respondet Rimin. iun. id esse verum: sed nihil aliud inferri posse, nisi Præsidem prouinciæ nō esse Magistratum Romæ, quod est verissimum: quia Roma dicitur esse, quæ continetur intra muros & suburbia, l. 2. de verb. signif. et non sequitur, quòd dici non possint Magistratus communis Romæ.

Quintum argum. desumitur ex communi vsu loquendi, secundum quem statuta debent intelligi, Bart. in l. omnes populi, num. 4. de iust. & iure. At communis vsus loquendi videtur esse, vt Officiales communis Florentiæ dicantur, qui ciuitatis Florentinæ curam habeant; sicut Prætor vrbanus dicebatur, qui in vrbe Romana ius reddebat, l. 2. §. cumque consules, de orig. iuris. Respondent Pirrhus & Rimin. iun. negando hunc communem vsum loquendi. Quæ responsio confirmari potest, quoniam allegans communem vsum loquendi, id probare debet, Bart. in l. Labeo, de supell. leg. Non obstat exemplum Prætoris vrbani: quia idem esset dicendum in casu nostro, si [illegible] loqueretur de Officiali Florentiæ: posset enim dici Officialis Florentiæ. [illegible], si statutum loqueretur de Officiali Pistorij, esset intelligendum de Officiali, qui ius redderet [illegible] [illegible]

Contra-

Contrariam sententiam secuti sunt Rimin. iun. Pirrh. Alfan. & Bologn. licèt cum aliqua distinctione, quorum argumenta hæc sunt.

Primum ex l. 2. §. post deinde Claud. de orig. iur. vbi fit mentio magistratuum, qui sunt in vrbe, & qui extra vrbem proficiscuntur: & tamen videntur esse iidem magistratus populi Roman. Responderi potest: ex illo textu inferri Magistratus qui extra vrbem proficiscuntur, dici magistratus: sed textus nõ dicit, quòd sint magistratus populi Romani.

Secundum est Rim. iun. ex l. hos accusare. ff. de accusat. vbi Præses prouinciæ dicitur legatus Cæsaris: quia secundum literam Florentinam textus ita dicit: legatus Cæsaris, id est, Præses prouinciæ. Responderi potest, legatum Cæsaris necessariò denominandum esse ab ipso Cæsare, qui eum mittit: quia non potest hoc verbum Legatum, Cæsaris verificari, eo, quia assistit curiæ, & regimini Cæsaris. At in casu nostro considerari potest, Officialem communis Florentiæ eum esse, qui regat ciuitatem Florentinam.

Tertium est eiusdem Rim. iun. quia genitiuus denotat caussam efficientem, vt cum dicimus: Liber Aristo. vel D. Iustin. quia à Iustiniano sit conscriptus. Respondetur genitiuum aliquando etiam denotare causam materialem, vt cum dicimus, Præses prouinciæ. Tunc enim denotamus, non caussam efficientem, sed materialem, circa quam Præses prouinciæ versatur, & sic Officialis communis Florentiæ dicendus esse videtur, qui regit ciuitatem, non autem, qui ab ea creatur.

Quartum argum. est ex l. vlt. ff. quis & à quo, iuncta l. Imperatores, §. 1. ff. de appell. vbi dicitur à iudice dato à magistratibus populi Romani appellari ad ipsos Magistratus. Dicitur etiam à iudice dato à Præside prouinciæ, appellari ad ipsum Præsidem. Ergo Præses prouinciæ videtur esse Magistratus populi Romani. Respondet Pirrhus illud esse in iudice dato à Præside prouinciæ, vt appelletur ad Præsidem: quia in iudice dato à Præside eadem est ratio, quæ in iudice dato à Magistratu populi Romani.

Quintum est Rim. iun. ex c. cum aliquibus de rescripto in 6. qui nihil probat, quod ad rem faciat, quoniam ibi tantùm hoc dicitur, si S. Pont. iusserit recipi aliquem in Canonicum eis, qui non habebant auctoritatem recipiendi, Canonicum sic receptum, dici receptum auctoritate S. Pontificis, quod ad quæstionem nostram applicari non potest.

Sextum argumentum est eiusdem Riminaldi, quod sumitur ex cons. vlti. Bald. libr. 4. secundum antiquam impressionem, vbi Bald. respondit, statutum Genuæ, quòd officiales non possunt recipere munera, locum habere etiam in officialibus, qui extra vrbem mittebantur. Responderi potest, istud esse per extensionem, quia eadem ratio militat etiam in aliis officialib. l. plebiscito, de off. Præsid.

Septimum est Bolog. ex l. 2. §. Capta deinde Sardinia, de orig. iur. sed nihil probat, quia nõ dicit, prætores illos fuisse magistratus populi Romani, sed tantummodo probat fuisse prætores, quorum aliqui vrbanis rebus, alij verò prouincialibus præerant.

Vltimum argumentum est eiusdem Bolog. quod sumitur ex l. à diuo Pio, iuncto §. exequuntur, de re iud. vbi dicitur, magistratus populi Romani debere exequi sententias iudicum à se datorum, & similiter præsides Prouinciarum. Nihil est, quia ex hoc non infertur, præsidem dici magistratum populi Romani, quoniam ratio illius legis est, quia eadem ratio militat in præside, sicut in aliis magistratibus. Imò secundum Pirrhum retorqueri potest ille textus, dum dicit, præsides prouinciarum exequi sententias Romæ dictas. Ex hoc enim apparet, ipsum non esse magistratum populi Romani. Hæc sunt ab aliis deducta & considerata.

Ego puto, sententiam contra communem esse veriorem tribus rationibus. Primò: quia omnia nostra facimus, quib. nostram impertimur auctoritatem, l. 2. §. omnia enim merito, C. de veter. iur. enuclean. Secundò, quia effectus attribuitur primæ caussæ, quando secunda caussa non potest operari absque prima, vt suprà dictum est, Bald. in l. non eo minus, C. de accusat. sed prima causa est communis Florentiæ. Tertiò & vltimò, quia cum possit hæc nominatio sumi tam à loco, quàm à persona, vt videlicet, officialis communis Florentiæ possit dici ratione loci, in quo versatur, & ratione Reipublicæ imperantis, videtur denominatio sumenda potius à persona denominante, quàm à loco, cùm persona sit dignior, quàm locus, arg. l. quæritur, de statu hom. & l. cùm in diuersis de religios. Hinc videmus in extrauag. ad regimen, de præben. & dignit. & in extrauag. cum Matthæus & in extrauag. diuinæ, Officiales Papæ ac Sedis Apostolicæ dici, qui mittuntur ad regendas ciuitates vel prouincias.

CAPVT LXXXIX.

An sit differentia inter iudicem dare, & iurisdictionem mandare?

POstrema quæstio est D. in eadem rubrica, de offi. eius, an differentia sit inter iudicem dare, & iurisdictionem mandare. Qua in re duæ sunt contrariæ DD. sententiæ. Vna

est, differentiam esse; quia mandare iurisdictionem plus est, quam dare iudicem, Socin. sen. in l. 1. §. vlt. ff. quis & à quo, Alciat. lib. 2. paradox. cap. 5. Bologn. in d. rub. num. 50. Didac. Couuar. lib. 3. var. cap. vlt. nu. 11. & multi alij quos refert & sequitur Ioseph. Gonsalez. cap. 15. var. iuris quæstionum, vbi testatur hac esse magis communem opinionem, quib. addi potest Duaren. ad tit. de iudic. cap. de iudicibus datis.

Primum argumentum desumitur ex lege cum prætor. §. 1. ff. de iudic. vbi dicitur: eum quoque, cui mandata est iurisdictio, iudicem dare posse, veluti legatum proconsulis. Ergo plus est, mandare iurisdictionem, quàm iudicem dare: quoniam iudex datus iudicem dare non potest, l. à iudice, C. de iudiciis.

2 Respondet Decius in d. rubr. illum textum loqui de legato proconsulis, in quo est speciale: quia habet iurisdictionem sibi mandatam à lege, non autem ab homine: atque ita textus loquitur, & se ipsum coangustat & restringit. Replicat Bolognet. exempla non restringere regulam §. hactenus, instit. de grad. & ideò, licet Iurisconsultus ibi dederit exemplum de legato proconsulis, non tamen restringi debet ad solum legatum proconsulis. Confirmat hoc Alfanus circa finem rubricæ: quia ex præcedentibus declarantur sequentia, l. si seruus plurium, §. vlti. de legat. 1. textus autem in verbis præcedentibus dixit eos iudicem dare posse, quibus à lege id permissum est, veluti proconsul, inquit textus; & tamen constat, hoc exemplum proconsulis non restringere regulam illam ad solum proconsulem, cùm cæteri magistratus eandem habeant potestatem. Sed adhuc replicat Rimin. iun. numer. 158. licet exempla non restringant regulam; declarant tamen, in quibus terminis regula sit intelligenda: Bartol. in l. damni infecti, 30. de damno infecto, consequenter illa regula locum habebit, tam in legato proconsulis, quàm in similibus, veluti est delegatus à Prætore, qui est similis legato proconsulis, l. 1. §. damus, de suspect. tutor. sed non habebit locum generaliter in omnibus illis quibus mandata est iurisdictio.

Secundum argumentum est ex l. 1. §. vltim. ff. quis & à quo: vbi à iudice dato appellatur ad eum, qui dedit, d. l. 1. in princ. sed ab eo, cui mandata est iurisdictio, non appellatur ad eum, qui mandauit iurisdictionem, sed ad superiorem mandantis, vt in d. §. vlt. Ergo differt iudex datus ab eo, cui mandata est iurisdictio.

Respondet Decius, illum textum habere plures intellectus, & ideò allegari non posse, ex doctrina Bart. in l. in ambiguo, de reb. dub. At replicat Picchus num. 23. hoc esse verum, quando lex habet varios sensus inuicem contrarios; secus autem, si sint diuersi, adducens Io. Andr. in c. 1. de rescrip. in 6. Secundò replicat Bolognet. illum textum esse clarum, non autem ambiguum.

Secundo igitur loco respondet Bologn. nu. 52. & 53. Necesse esse, illum textum intelligere secundum intellectum glossæ, quod loquitur de subdelegato delegati, vt sensus sit: si quis mandauerit iurisdictionem alicui, & ille subdeleganerit in casibus, in quibus hoc permissum est, à sententia talis subdelegati appellandum est, non ad subdelegantem, sed ad ordinarium, qui delegauit. Et hoc modo nulla erit differentia respectu appellationis inter iudicem datum & eum, cui mandata est iurisdictio, quia etiam à sententia iudicis dati appellari debet ad dantem, qui est ordinarius. Quòd autem hic intellectus sit necessariò accipiendus, inquit Bolognetus probari, ex d. l. 1. eod. tit. ff. quis & à quo, quatenus ibi dicitur à legato proconsulis appellari ad proconsulem. Nam legato proconsulis mandata est iurisdictio, & tamen appellatur ad proconsulem mandantem, non autem ad superiorem proconsulis mandantis, prout fieri deberet secundum textu. dict. l. primæ, si sensus d. l. 1. hic esset, vt à sententia eius, cui mandata est iurisdictio appellari deberet, non ad mandantem, sed ad superiorem mandantis.

Hic est error manifestus, iudicio meo; quia textus in dict. l. 1. clarè dicit appellari debere ad superiorem mandantis, nec vlla fit mentio subdelegati, vt propterea exemplum de subdelegante & subdelegato sit merum vaticinium. Non obstat textus in dict. l. §. vbi à legato proconsulis appellatur ad proconsulem: quia aduertendum est, nullam esse suspicionem de proconsule, quoniam legatus proconsulis datur à lege, non à proconsule. Eligebatur enim legatus à populo Romano vel à Principe, non autem ab ipso proconsule, Carolus Sigonius de antiq. iur. ciu. Roman. lib. 2. cap. 2. & alij quos adducit Matthæus numer. 143. & Cuiacius ad l. 1. ff. de off. eius. sed in aliis mandantibus iurisdictionem suam alia erat ratio, quia is, qui mandabat iurisdictionem, & is cui mandata erat iurisdictio, videbatur esse vnum & idem tribunal: sicut dicimus de officialibus Episcopi, cap. Romana, de appel. in 6. meritò appellandum erat ad superiorem mandantis, vt in dict. l. 1.

Tertiò respondet Rimin. iun. numer. 167. ex illis duobus textibus probari, esse aliquam

differentiam inter iudicē dare, & iurisdictionem mandare, & inter iudicem datum, & eū, cui mandata est iurisdictio, quantum ad ipsas partes, non autem respectu ipsorum iudicum. Illi enim non differunt, licet partes debeant appellare aliter à sententia iudicis dati, quàm à sententia eius, cui mandata est iurisdictio.

Tertium argumentum sumitur ex l. 1. Imperium de iurisd. omn. iud. vbi iurisdictio est iudicis dandi licentia. Ergo is, cui mandata est iurisdictio, poterit iudicem dare; quod tamen iudex datus facere non potest, d. l. à iudice, C. de iudic. Respondet Decius, illum textum esse intelligendum de iurisdictione ordinaria, non autem de iurisdictione delegata. Hæc responsio damnatur à Pirrho: Primò ex l. 1. §. Datum, de suspect. tutor. vbi iurisdictione mandata, transit totum officium iurisdicendi ipsius mandantis. Ergo & potestas iudicis dandi. Secundo, quia textus ille loquitur generaliter & indistincte. Tertiò, quia illa lex posita est sub titulo de iurisdictione omn. iudicum, qui communis est tam iurisdictioni ordinariæ, quàm delegatæ.

Vltimum argumentum est: Ordinarius iudex potest cognoscere, vel iudicem dare, l. generaliter, l. sæpe audiui, de off. præsid. cùm iudicem dat, cognitionem tantum causæ videtur committere, & iudex iudicario munere dicitur fungi, l. à iudice, C. de iudi. At cùm iurisdictionem mandat, vtramque facultatem permittere videtur. Respondet Decius: illa verba, quod iudex datus iudicario munere fungatur, nihil aliud significare nisi quod iurisdictionem non habet iure proprio; & cùm habeat iurisdictionem & non possit iudicem dare, non videtur differre ab eo, cui mandata est iurisdictio: quia ex hoc apparet eum, qui iurisdictionem non habet iure proprio iudicem dare non posse.

Contrariam sententiam amplexus est Decius in d. rub. vbi dicit esse communem opinionem, & ibid. Cagnol. nu. 23. nec non Rim. iun. n. 27. argumenta sunt ista.

Primum est ex l. 1. §. vlt. de off. eius, & ex l. vlt. eod. tit. & ex l. more, de iurisd. om. iud. iuncta l. à iudice, C. de iudic. quibus in locis habetur eum, cui mandata est iurisdictio, nihil proprium habere, & eam mandare non posse. Ergo non differt à iudice dato: quoniam & is iudicem dare non potest, d. l. à iudice. Respondet Bologn. eum, cui mandata est iurisdictio, eam mandare non posse: & istud est quod dicunt leges allegatæ. Sed non dicunt eum, cui mandata est iurisdictio, iudicem dare nō posse: & hoc modo respondet etiam Alfan. nu. 9. Replicat tamen Rim. iun. in hoc æquiparari iudicem datum, & eum cui mandata est iurisdictio: quod ille nihil proprium habere dicitur, & ille iudicario munere fungitur, quod significat nihil eum habere, quod sibi competat iure proprio, vt declarat gloss. in d. l. à iudice. Hæc replicatio nihil valet, quoniam is cui mandata est iurisdictio, dicitur eam habere, licet alieno beneficio. Sed iudex datus non dicitur habere iurisdictionem, sed iudiciario munere fungi, id est, cognitionem habere & potestatem iudicandi, l. ait Prætor, de re iudic.

Secundum argumentum est ex l. 1. & ex l. Imperium de iurisdict. omn. iudic. vbi dicitur, iurisdictionem esse iudicis dandi licentiam, & ius dicentis officium latissimum esse, & consistere etiam in iudice dando. Si enim plus esset, mandare iurisdictionem, quàm iudicem dare, Iurisconsul. dixisset officium ius dicentis & iurisdictionem esse licentiam mandandæ iurisdictionis, quia sub his verbis plura comprehendisset. Respondet Pirrhus, multa alia fuisse ibi præmissa, quæ pertinent ad officium ius dicentis, nec non etiam ad iurisdictionem, nec fuisse opus exprimere hanc potestatem mandandæ iurisdictionis, quia tacitè intelligebatur eis competere, sicut quilibet constituere potest procuratorem, vt is, cui mandata est iurisdictio, procurator esse videatur mandantis, l. & quia, de iurisd. omn. iud.

Tertium argum. est ex d. l. Et quia, vbi dicitur morte mandantis re integra mandatam iurisdictionem expirare: nam, si iudex datus differat ab eo, qui mandata est iurisdictio, morte mandantis re integra non desineret esse iudex, quod videtur esse absurdum, & contra mentem omnium Doctorum in d. l. & quia. Respondetur, etiam hoc æquiparentur iudex datus & is, cui mandata est iurisdictio, non tamen sequitur idem esse in aliis non differre. Hæc sunt, quæ alij.

Ego sic statuo, iudicem datum, & eum, cui mandata est iurisdictio, differre à se inuicem origine, essentia, & potestate.

Origine primò quidem differunt, quoniam iudices dabantur plerumque ex consensu partium, vt patet ex l. consensu, C. de appellatio. ex l. quidam, de re iudic. ex l. obseruandum, & ex l. si in iudiciis, de iudic. At iurisdictio, non mandabatur ex consensu partium, sed ad libitum magistratus, l. solet, de offic. Proconsul. & l. Prætor. l. solet, & de iurisd. omn. iud. nullum enim hac de re testimonium inuenire licet. Et hanc puto caussam esse, cur pater possit esse iudex in caussa filij, l. in priuatis. ff. de iudiciis, non autem ius dicere, l. qui iurisdictioni, de iurisd. omn. iud. quia scilicet iudex dabatur cum consensu partium.

Secundo differunt in substantia, quia is, cui mandata est iurisdictio, dicitur habere

iurisdictione, licet alieno beneficio, d. l. more. At iudex datus non habet iurisdictionem: sed cognitionem tantum, l. ait Prætor. de re iudicata.

Tertiò potestate differunt: quia in eum cui mādata est iurisdictio, transit omne officium ius dicentis, l. §. damus, de suspect. tutor. At in iudicem datum non transit, nisi munus iudicandi, d. l. à iudice. Secūdò: quia is, cui mandata est iurisdictio, potest iudicem dare, vt patet ex d. l. cùm Prætor, §. 1. At iudex datus non potest hoc facere, d. l. à iudice.

CAPVT XC.

An sint quinque dignitatum gradus, an verò quatuor vel tres?

DIsputant prætereà Doctores in l. 1. de offic. eius, quot sint gradus dignitatum. In qua quidem quæstione tres sunt sententiæ diuersæ.

Vna & cōmunis est, quinque esse gradus. Alios enim appellari superillustres, alios illustres, alios spectabiles, alios clarissimos, & alios infimos, gloss. in verbo, magnificentissimos, in auth. vt ab illustribus, quæ est Nou. 71. Bartol. in d. l. 1. & ibi Decius in princ. testatur, communem esse; Cagnol. num. 2. Bologn. fatetur esse communem nu. 5. Duaren. ad titu. de Senator. in princip. & anniuers. libr. 2. cap. 2. Cuiac. ad l. 1. C. de dignit. lib. 12. Fundamentum est in l. si quando, C. de appel. in illis verbis: *siue illustri dignitate decoretur siue etiam maiori*, & in Auth. vt ab illustrib. & qui super eos sunt, & in §. in summa, institut. de iniur. ibi: *vt viri illustres, quique super eos sunt*. Et in l. eos, §. 1. C. de vsuris. ibi: *quique eos præcedunt*. & in l. vlt. ff. de senatoribus: ponderando verba (*descendunt*.) Existimant autem, istos esse viros Consulares & patricios, argument. l. 1. C. de consulibus. libr. 12. vel qui actu sunt illustres cum administratione, argum. l. 2. C. vt dignit. ordo seruet. vel Præfectum vrbi, quem præcedere omnes alios dicit textus in l. 3. C. de off. præf. vrbis. Nec desunt, qui Papam & Imperatorem ponunt in numero superillustrium, vt Specul. in tit. de iurisd. omn. iud. in princ.

Qui contrariam sententiam amplectūtur, dicunt: gradum superillustrem esse quandam adiectionem, quæ [illegible] constituit diuersam speciem. Quibus Decius respondet: non videri sine mysterio in dictis locis factam esse mentionem superillustrium, & ideò quinque gradus omnino constituendos esse. Confirmat Alfanus in princ. d. l. 1. hanc responsioné: quia, si superillustris est adiectio quædam. Ergo est qualitas: ergo, constituit nouam dignitatem & nouum gradum, cùm dignitas nihil aliud sit quàm qualitas. Aliam igitur ipse Pirrhus adfert responsioné, dicens: quosdam fuisse illustres, qui aliis illustribus virtute præferebantur, veluti Consulares & Patricij, adducens textum in d. l. 3. C. de consul. & in d. l. vlt. ff. de senatori. & consequentèr eos, qui superillustres esse dicuntur, ex ordine Illustrium esse: sed appellari superillustres, eò quòd cæteris prærogatiua quadam præferantur.

Altera fuit opinio Gulielmi de Cuneo, tres tantùm esse gradus, videlicet, maiores, medios, & minores. Fundamentum est in §. seruabūt. in auth. de non alienan. reb. eccles. Respondet Alex. in d. l. 1. sub nu. 17. Spectabiles tenere medium locum inter gradus istorum Magistratuum, videlicet, inter superillustres & illustres & inter clarissimos & infimos. Pro ea sententia adducit Decius textum, in §. illud, auth. de appellatio. vbi textus dicit, Magistratus alios fuisse maiores, alios medios, alios minores. Cui textui respondetur per Decium illam diuisionem non excludere alteram diuisionem magis generalem, quæ facit quinque gradus, & medios esse inter illustres & superillustres, clarissimos & infimos.

Tertia est sententia glossæ in d. l. 1. in verf. tribuuntur quatuor esse gradus, Curt. Iunior ibidem, videlicet, alios illustres, alios spectabiles, alios clarissimos, & alios infimos.

Fundamentum est in leg. vlt. C. vt dignit. ordo seruet. vbi enumerantur dignitates & initium fit ab illustribus. Ergo non videtur dari alius gradus super illustres. Respondet Decius: illa iura non excludere Papam & Imperatorem, quia eorum auctoritas semper excepta intelligitur, c. venientes, de iureiurando.

Ego in proposito huius quæstionis duo animaduerti, superioribus dictis adiungi posse. Primum est, quæ de Papa & Imperatore considerata fuere, aliena esse à proposita materia, cùm hic agatur de gradibus & dignitatibus magistratuum. Papa verò & Imperator sunt supra omnes magistratus, vt notum est. Alterum est: sustineri posse communem sententiam, quia negari non potest, quin reperiantur aliqui, qui dignitate præcedunt illustres magistratus. Ergo nihil proponitur, cur sortiri hoc nomen non possint, vt superillustrès dicantur, & nihil ea in re mouet Alciati rationem, quòd hæc vox (*superillustris*) non sit satis Latina, quoniam post tempora Iurisconsultorum Latinitatis illa puritas & candor longè diminutus fuit, vt multæ passim voces & vocabula parum Latina facilè reperiantur.

Et,

Et, quoniam in iure nostro, facilè species confinguntur per additionem qualitatis vel diminutionem, l. ius ciuile, de iust. & iure. & patet in vsu & in vsufructu, in culpa lata, leui, & leuissima: & in possessione naturali & ciuili, & in plurimis aliis exemplis facile consentio, vt hæc adiectio seu qualitas maioris dignitatis in persona illustri cum faciat superillustrem, & nouam speciem constituat. Hac tantum de scholastica quæstione. Vide de hac re Chassaneum in catalogo gloriæ mundi, par. 7. consid. 1. & 2.

CAPVT XCI.

Ad l. 1. de off. eius.

Ratio dubitandi circa primam partem textus oritur ex illis verbis: *mandata iurisdictione non transferuntur.* Nam iurisdictio in genere continet in se etiam merum imperium, vt probatur in l. nostra. ibi: *iurisdictionem suam mandat.* quæ verba significant merum imperium, vt notat Bart. in l. imperium, n. 4. de iurisd. omn. iud. Ergo malè dicit Iurisconsultus: *mandata iurisdictione non transferri*, maxime: quia dicit textus in l. 1. §. damus. de suspect. tut. mandata iurisdictione officium iurisdicentis transferri: ergo transfertur etiam merum imperium. Nec obstat, si dicatur merum imperium non posse specialiter transferri, & propterea non venire in generali translatione iurisdictionis: quia obstat regula. l. quædam. de acquir. rer. dom. vbi quidam transeunt cum vniuersitate, quæ specialiter non transirent, & in c. ex literis, de iure patron.

Secundo, quatenus textus dicit: errare magistratus, qui mandant alteri caussas meri imperij. Primò ex l. Prætor, & ex l. solet, de iurisd. omn. iud. vbi Prætor potest vel totam suam iurisdictionem mandare, vel partem eius. Ergo poterit mandare hanc partem, quæ spectat ad merum imperium. Secundò ex l. solet, de off. procons. & leg. vbi proconsul potest mandare legatis cognitionem custodiarum. Tertiò ex l. more de iurisd. omn. iudic. vbi is mandare potest iurisdictionem, qui eam suo iure habet. Ergo similiter & caussas meri imperij: quia magistratus eas habet suo iure, tanquam ordinarius à lege constitutus. Quartò quia caussæ meri imperij cognoscuntur à magistratibus illustribus, prout est præfectus vrbi & proconsul. Ergo videntur posse eas delegare: quia personæ illustres possunt constituere procuratorem in suis caussis: imò tenentur litigare per procuratorem, l. penult. C. de procur. cum auth. ibi: & valet argumentum de mandato procuratoris ad mandatum iurisdictionis, l. & quia, de iurisdict. omn. iudic. Eueran. in loco à mand. procur. ad mand. iurisd. Quintò sumi potest ratio dubitandi ex l. Gracchus. C. de adulter. vbi lex permittit patri, qui est priuata persona, vt possit occidere adulterum tam per se quàm per filium suum: & sic potest mandare filio hanc potestatem, quæ tamen concernit merum imperium.

Sextò: quia, vt quis non possit facere per alium, duo requiruntur. Primò natura actus, quæ sit talis, vt nequeat per alium expediri quàm per personam electam. Secundò, vt expresse ita disponatur, vt non possit per alium expediri, l. vnica, § ne autem C. de cad. toll. sed in casu nostro etiamsi qualitas caussæ esset huius naturæ: non tamen concurrit dispositio legis.

Quibus non obstantibus, contrarium fuit decisum. Ratio autem decidendi est, quia in generali commissione non venit id, quod specialiter mandari non potest, c. à nobis. de sent. excomm. c. 1. de iureiur. in 6. Sed caussæ meri imperij non possunt mandari specialiter, l. Nemo potest gladij de reg. iur. Merito non veniunt in generali commissione.

Ratio autem, cur caussæ meri imperij non possint delegari est in textu: quia scilicet specialiter legibus, Senatusc. & Constitutionib. Principum tribuuntur certis magistratibus. Nam ex hoc intelligitur, mentem legum vel Senatusc. vel Principis hanc esse; vt ille magistratus cognoscant per se, non autem per alios. Huius rei fortissimum argumentum est (inquit textus) quod lex hoc eis permittit, si eos abesse contigerit. Cur autem hæc sit mens legis & Principis siue Senatus, id non est expositum in textu, videbimus infrà suo loco.

Non obstant rationes dubitandi. Ad primam respondeo: licèt iurisdictio in genere comprehendat merum imperium: non tamē sequitur, mandata iurisdictione censeri mandatas caussas meri imperij, cum istæ specialiter mandari non possint. Et ideò in generali commissione non veniant. Non obstat regula l. quædam, de acquir. rer. dom. quia respondetur, non habere locum in his, quæ sunt iurisdictionis, & procedere in specialis fauore hæredis, qui censetur vna & eadem persona cum defuncto. l. em. cap. licet, de offic. Vicar. in 6. d. l. intelligendum esse in certis casibus tantùm, vt benè declarat Menoch. de arbitr. quæst. 54. num. 49. Non obstat textus in dict. l. 1. §. Damus, in fine, quia concedo, omne officium iurisdicentis transire, sed nego ex hoc transire merum imperium, ob rationem in superius dictam. Non obstat text. in l. Prætor, & l. solet, de iurisd. omn. iud. quia loquuntur de

iurisdictione in specie, non autem in genere, quatenus continet merum imperium.

Ad text. in l. solet. de off. proconsul. respondeo; mandatum illud extraordinarium esse, (vt inquit ibi textus) & ideo non esse trahendum in consequentiam, cum res sit inusitata & permissa tantum proconsuli ob eius occupationes, ex caussis belli, & non est permissa nisi examinatio & cognitio (vt ibi dicitur) non autem permissa est absolutio vel condemnatio, licet Coralius ibi contrarium putet de absolutione contra verba clarissima ipsius textus.

Ad l. More, respondeo, vt supra, ad l. Prætor & l. solet, de iurisd. om. iud. ad l. pen. C. de procur. respondeo, rationem esse diuersitatis. Prohibentur magistratus committere causas meri imperij, quoniam ipsi possunt cognoscere & definire. Prohibentur litigare per procuratorem personæ illustres: quia deberent stare & non sedere in loco superiore, quod esset indecorum.

Ad text. in l. Gracchus, respondeo ibi agi de executione facti, non autem iuris, quod etiam magistratibus permissum est, quatenus mandare possunt, vt condemnatus debitis plectatur suppliciis.

Ad vlt. respondeo hic adesse naturam caussæ & mentem legis ac Principis, quæ simul ad impediendam delegationem concurrunt, vt patet ex sup. dictis. Quæ vero iure magistratus competunt, mandari possunt, quia in istis cessat ratio supradicta.

Quæri potest, cur specialiter huiusmodi caussæ committantur certis magistratibus ea intentione, vt non possint eas delegare? Respondet Alex. in d. l. 1. rationem esse, quia committuntur maioribus magistratibus, & idcirco ex qualitate personæ eorum videtur electa industria personæ, arg. text. in l. 1. ff. de offic. præf. Prætor. Hæc solutio non placet Decio, nisi dicatur, habitam fuisse rationem etiam grauitatis ipsarum causarum: & sic dicendum videtur electa fuisse industriam personæ, considerata dignitate magistratuum & grauitate causarum, l. inter artifices ff de solut. l. vn. § ne autem. C. de cad. toll. c. fi. §. vlt. de off. deleg. quia si tantum haberetur ratio dignitatis magistratuum ad hoc, vt censeretur electa industria personæ, sequeretur, quod isti maiores magistratus non possent vllam caussam delegare, quod tamen est falsum. Quæ solutio Decij nõ satisfacit Rim. iun. n. 157. quia, quod caussa delegari non possit, pendet ex voluntate superioris, d. l. vnic. §. ne autem, & quia qualitas rei non transit de subiecto in subiectũ, & ideo industria personæ non videtur consideranda: quia posset alius magistratus æque idoneus reperiri, cui delegari posset: quod tamen non licet.

Tertiam igitur rationem adducit Alciat. lib. 2. paradox. c. 6. dicens, merum Imperium non transire in delegatum, quia apud Principem solum reperitur. Cæteri enim magistratus habent tantum exercitium, vt in d. l. 1. in illis verbis, *Publici iudicij exercitationem*. Nõ placet Cagn. n. 33. quia Dd. communiter volunt magistratibus ordinariis, competere ius & proprietatem meri Imperij, non autem vsum vel exercitium tantum ad differentiam delegatorum, qui nihil proprium habent, vt d. l. 1. §. vlt. in eod. tit. Non obstant verba d. l. 1. ibi, *exercitationem*, quia magistratus ordinarij habent vtrumque, scilicet, ius & exercitium. Hæc est opinio communiter recepta teste Riminaldo iun. in dict. l. 1. num. 89. contra sententiam Henrici Imperat. aduersus Azonem latam pro Lothario iurisc. qui lucratus est equum, licet non fuerit æquum, vt dicebat Azo.

Quarta ratio adducitur à Pirrho Alfano n. 55. in d. l. 1. ideò caussas meri Imperij delegari non posse, quia quod attinet ad causas meri Imperij ordinarij Magistratus nõ habent iurisdictionem, sed tantum cognitionem & exercitium, vt patet in d. l. 1. in vers. cognitioné. & argum. text. in l. 1. ff. ad Turpill. ibi, *in capitalibus caussis facti quidem quæstio in arbitrio iudicantis est, pœna verò persecutio non eius voluntati mandatur*, &c. eadem verba scripta sunt in l. ordine, ff. ad municipalem.

Hæc responsio recidit in responsionem Alciati, qui dicebat magistratus ordinarios non habere proprietatem Imperii, sed vsum tantùm & exercitium, cum tamen communis sententia sit, habere proprietatem, vt testatur Rim. iun. in d. l. 1. nũ. 80.

Non obstat textus in verbo (*cognitionem*) quia fatentur Dd. habere etiam cognitionem, sed non infertur, ergo non habent etiam proprietatem, quia textus non dicit cognitionem tantùm, & sic non loquitur taxatiue.

Non obstant leges adductæ ad probandum, quod facti quæstio sit in arbitrio iudicantis, non autem pœnæ persecutio. Nam hoc argumentum retorqueri potest. Constat enim magistratus hodie habere arbitrium imponendi pœnas maiores vel minores secundum circunstantias facti & personarum, l. Hodie, & l. Respiciendum, ff. de pœnis. Textus autem in d. l. 1. ad Turp. & d. l. ordine, ad municip. cum similibus debent intelligi, quando pœna est certa & determinata à lege, nec subest aliqua caussa eam augẽdi vel diminuendi, nouiss. declarat Tiraq. de pœn. in præfat. nu. 2. Menoch. de arb. q. 96. nu. 19. & num. 14.

Ego

Ego puto nullam meliorem esse rationem, quàm si dicamus: idcirco causas meri imperij delegari non posse: quia in his censetur electa industria personæ, vt est textus in c. vlt. §. is autem. de off. deleg.

Non obstat, quod dicitur posse inueniri alium æquè idoneum, cui fiat delegatio: quia hoc est verum, sed tamen eius persona non est cognita, nec approbata à Principe. Non obstat quod dicitur per Rim iun. n. 77. quòd quid delegari non possit, pēdere ex qualitate rei & ex voluntate superioris: quia hoc fateor verum esse, sed dico, concurrere qualitatem rei, & voluntatem superioris in casu nostro: quia censetur electa industria personæ propter grauitatem causæ, quæ est meri Imperij, & Princeps eligendo certos magistratus quibus tales causas committit, videtur satis mentem suam declarare, quòd nolit ab aliis cognosci & exerceri, vt in d. l. 1. versic. huius rei fortissimum argumentum est.

CAPVT XCII.

Vtrum ius delegandi competat tam maioribus, quàm minoribus Magistratibus?

COmmunis est sententia: potestatem delegādi competere tam maioribus, quàm minorib. Magistratibus, ita glos. in l. 1. in verb. magistratus, Alex. in l. More, nu. 27. de iurisd. om. iud. communem esse testatur Dec. in d. l. 1. in 1. not, alios citat Pirrhus ibid. n. 16.

Argumenta sunt ista: Primum est in d. l. 1. in versi. quæ verò iure magistratus competunt, iuncta l. imperium, de iurisd. omn. iud. nam, si mandari possunt ea, quæ iure magistratus competunt. Ergo quilibet magistratus, etiam minimus, hæc mandare poterit. Respondet Dec. illa verba *quæ verè iure magistratus*, intelligenda esse de maioribus Magistratibus: non autem de minoribus. Quia dictio *verò* est aduersatiua, cuius natura est repetere præcedentia omnia, exceptis iis, quibus aduersatur, vt docet Bart. in l. si mariti, § vlt. ff. de adult. Textus autem in verbis præcedentibus videtur loqui de maioribus Magistratibus. Sed replicat Alfanus negando, textum in verbis præcedentibus loqui de maioribus Magistratibus, cùm loquatur tantummodo de causis, quæ specialiter committuntur.

Secundum argumentum est ex l. cum prætor. § 1. ff. de iudic. in verbo, *cæteri Roma magistratus*. Nam appellatione cæterorum veniūt omnes, l. cæterorum, de verb. sig. Ergo omnes Magistratus tam maiores quàm minores delegari possunt.

Respondet Decius, illud verbum *cæteri* denotare alios similes, sicut dicitur de dictione *alij*, quæ denotat similitudinem, adducens notata c. sedes de rescrip. & voluit intelligere de notatis per Abbatem ibi num. 13. et gloss. vulg. in l. si fugitiui, in ver. alia, C. de seru. fugit.

Hæc responsio non est bona: quia dictio *cæteri*, non denotat similitudinem, sicut dicitur de dictione *alij*, vt est textus in l. eandem, & ibi notat Aretinus in secundo not. ff. de duobus reis. Et obiter notandum est, dictionem *alij*, non semper denotare similitudinem, vt aduertit gloss. in verbo *creditoris*, in l. Non solùm §. quæritur. ff. de procur.

Secundo igitur Dec. respondet: illum textum loqui de Magistratibus vrbis Romæ, qui erant tantùm maiores, l. 2. §. Post originem, de orig. iuris. Quod confirmari potest, quia textus ibi loquitur de magistratibus, qui habent Imperium, ibi *propter vim imperij*. At minimi magistratus non habent imperium, l. Nec magistratibus, ff. de iniur.

Tertium argumentum est in l. More, de iurisd. omn. iud. vbi dicitur, eum posse delegare, qui suo iure habet iurisdictionem, non alieno beneficio. Ergo omnis Magistratus ordinarius poterit delegare. Respondet Decius: argumentum hoc valere ad negandum, non autem ad affirmandum, hoc modo, Non habet suo iure: ergo delegare non potest. Non autem sic habet suo iure: ergo delegare potest. Cagnol. reprehendit, sed benè monet Rim. iun. n. 66. textus in d. l. more recipere debet interpretationem ex l. cum Prætor, §. Hoc modo. Qui iurisdictionem habet iure proprio, delegare potest, vt in d. l. more, scilicet si sit, ex maioribus Magistratibus, qui habent Imperium, & quibus lege vel more id concessum est, vt in d. l. cum Prætor. § 1.

Quartum argumentum est in l. etiam, qui, de iurisd. om. iud ponderando illa verba *in aliqua potestate*. Nam dictio *aliqua* verificatur etiam in re minima, gloss. in clem. 1. de foro comp. in ver. parte aliqua. Respondet Decius illum textum intelligendum esse de maioribus Magistratibus, secundum exempla ibi posita. Confirmatur hæc responsio secundum Rim. iun. nu. 44. & 45. quia Magistratus inferiores dicuntur esse sine potestate, l. Nec magistratibus, ff. de inior. qui non habent Imperium, l. ea quæ ff. ad munic. *Potestatis* autem verbum significat imperium, l. Potestatis, de verb. sign.

Non obstat ista dictio *aliqua*: quia etsi verificetur regulariter in qualibet re minima, hæc tamen regula non procedit, quando subiecta materia aliud suadet, vt est textus & ibi notat Tiraq. in ver. Aliquam, nu. 21. in l. si vnquam, C. de reuoc. donatio.

Quintum argumentum est in l. 1. ff. quis & à quo, ibi: *cuiuscunque ordinis*. Resp. [illegible] Decius loqui de magistratibus populi Romani, qui semper erant maiores. Adde secundum Rim. iun. nu. 63. quod illa verba generalia debent recipere interpretationem de habilitate, vt docet Bald. in l. vlt. C. sine censu, l. vt gradatim. §. 1. de mun. & honor.

Sextum argumentum est in §. si vero, in auth. de exhib. reis, vbi agitur de iudice dato ab alio quo ad ministratore, & ibi glos. in verb. aliquo dicit etiam minimo. Respondet [illegible] necessario illum textum loqui & intelligendum esse de administratore maiore, quia supponit textus, eum posse mittere actorem in bonorum possessionem, quod minoribus magistratibus non est concessum l. [illegible] ad municip.

Contrariam sententiam amplexus est Dec. hic Bolog. & Rim. iun. & ante omnes Purpurius, & Socin. sen. in l. 1. ff. quis & à quo. Gaspar Vallascus in l. Imperium, numero 17. de iurisd. omnium iud.

Primum argum. est ex l. cum qui, de iurisd. omn. iudic. vbi dicitur eum, qui iudicare debet magistratum esse oportere, & dantur ibi exempla maiorum magistratuum, videlicet Proconsulis, Praetoris & Praesidis prouinciae, qui sunt maiores. Respondet Purpur. illum textum contrarium probare in illis verbis *vel qui in aliqua potestate est*, quia haec verba non possunt intelligi de proconsule & de aliis maioribus magistratibus [illegible] quoniam illi non dicuntur esse in aliqua potestate, sed in maxima potestate, l. 1. in aliquam, §. vlt. de off. proconsul. & ideo textus ille voluit includere tam maiores, quam minores Magistratus. Sed & Socin. [illegible] [illegible] textum loqui de maioribus magistratibus non ad [illegible] [illegible] delegandi, sed vt delegatus possit compellere delegatum. Sed istis [illegible] respondet Rim. iun. [illegible] quia si caussa delegari potest ab illis minoribus, ergo possunt compellere iudicem delegatum ad acceptandum, arg. l. 2. de iurisd. om. iud. & l. munerum, §. iudicandi, de mun. & honor. & [illegible] ad illa verba *vel in aliqua potestate*, nihilominus quia hoc dicere voluit iurisconsultus magistratum esse oportere eum qui iudicare iubet, sed quia poterat dubitari an etiam magistratus municipales continerentur, ideo textus dixit magistratus autem, vel qui in aliqua potestate sit, quibus verbis excluduntur magistratus municipales & includuntur omnes magistratus qui habent Imperium [illegible], [illegible] maius imperium habere possit.

Secundum argumentum sumitur ex l. cum Praetor, §. 1. de iudic. ibi: *propter vim imperij*. Respondet Purpur. nomen imperij latissime vsurpari, vt iurisdictionem etiam comprehendat, quemadmodum accipitur in l. 1. de constit. Princip.

Tertium argum. est quia si minores possent delegare, melioris essent conditionis quam magistratus maiores: quia maiores non possunt delegare suas causas meri imperij & similes. Omissa responsione Baldi & replicatione Decij respondet A[illegible] nil mirum esse, si minores possint delegare, quoniam hoc prouenit ex natura caussarum quae sunt leues, quod si graues caussae committerentur ipsis minoribus magistratibus, idem esset in illis contrarium, vt delegare non possent.

Haec fere sunt, quae alij dixerunt. Nam qui plura scire desiderat arg. leuiora tamen, legat [illegible] in d. l. 1. post n. 35. & Soc. sen. in d. l. 1. ff. quis & à quo, vnde prima fronte videbatur concludendum sententiam communem amplectendam esse, primo quia omnis magistratus etiam minor habet iurisdictionem: ergo videtur posse eam delegare, cum iurisdictio sit iudicis dandi licentia, l. imperium, in fine, de iurisd. om. iud. Secundo, quia delegatus ad vtilitatem caussarum potest delegare, vt est communis opinio D.D. in l. à iudice. C. de iudi. vbi Ias. & alij. Couar. li. 3. var. c. vlt. nu. 11. ergo multo magis Magistratus minores.

Illis non obstantibus, ego puto contrariam opinionem probabiliorem esse, hac ratione irrefragabili. Nullus potest delegare, nisi is, cui id lege permissum est vel more maiorum, l. cum praetor, §. 1. de iudic. sed minoribus Magistratibus hoc, neque lege, neque more permissum est: ergo delegare non possunt. Quod non sit lege permissum patet: quia lex permisit hanc potestatem dandi iudicem proconsuli, & legato eius, vt in d. l. cum Praetor. Quod autem more non sit concessum hoc minoribus Magistratibus, patet ex dict. l. cum Praetor, §. 1. quia ibi dicitur, more id fuisse concessum Magistratibus Romae propter vim Imperij: sed Magistratus minores non habent Imperium. Ergo non possunt iudicem dare.

Non obstat primum argumentum; quia etsi iurisdictio sit iudicis dandi licentia, & [illegible] nemo possit iudicem dare, si iurisdictionem non habeat, non tamen sequitur, quemlibet iurisdictionem habentem, posse iudicem dare, cum aliud requiratur praeter iurisdictionem, videlicet quod Lege, & Senatusconsulto, vel constitutione Principum, vel more, id eis concessum sit. Isti enim soli sunt, qui habent ius dandorum iudicum: non autem omnes indifferenter, qui iurisdictionem habent, vt patet ex d. l. cum Praetor, §. 1. & ex l. qui neque, ff. eo. tit. de iudic.

Ad

Ad alterum argumentum respondeo, in materia iurisdictionis non valere argumentum de minori ad maius, vt patet ex l. illicitas, §. qui vniuersas. de off. præsid. iuncta l. 1. §. deportatas, de legat. 3. & late confirmat Socin. sen. in d. l. 1. ff. quis, à quo. n. 17.

CAPVT XCIII.

An de iure Canonico caussæ meri Imperij possint delegari?

EST etiam quæstio inter Doctores in l. 1. de offic. eius, in 2. not. Decij. An iure Canonico inspecto delegari possint caussæ meri Imperij. Etenim delegari posse communis videtur sententia Canonistarum post glossam in ca. quod sedem, de off. ordin. & hanc esse communem testatur Cagnol. in d. l. 1. nu. 17. & Didac. Couuar. lib. 3. var. resolut. cap. vlt. Argumenta sunt ista.

Primum ex cap. in Archiepiscopatu, de raptor. Vbi Rex Siciliæ, qui est subditus Pontifici, Clem. pastoralis, de sentent. & re iud. delegat caussas meri Imperij. Respondet Pirrhus in d. l. nu. 59. post Didacum vbi suprà, textum illum loqui de Rege, non autem de Magistratu, licet enim Rex ille ratione feudi subditus esset Romani Pontificis, tamen in regno suo habebat supremam potestatem tanquam Princeps, & ideò poterat delegare caussas meri Imperij.

Secundum argumentum depromitur ex c. quod sedem. de off. ordin. vbi Archiepiscopus mandat alteri consecrationem Suffraganeorum suorum. Respondent supradicti, textum illum loqui, quando Episcopus est impeditus. nam stante impedimento, omnes fatentur caussas illas delegari posse, vt habetur in d. l. 1. v. huius rei.

Tertium argumentum sumitur ex c. aqua, de consecr. Eccles. vbi alteri Episcopo potest committi reconciliatio Ecclesiæ. Illud verò nihil commune habet cum Imperio mero, vt dicebant Pirrhus & Couuar.

Quartum adducitur ex c. licet, de off. Vicar. lib. 6. vbi probatur, Episcopum posse delegare, specialiter caussas meri Imperij suo Vicario. Respondent supradicti, Vicarium Episcopi esse ordinarium, non autem delegatum, secundum communem opinionem Doct. de qua fidem facit Couuar. loco suprà dicto.

Quintum argumentum sumitur ex ca. vlt. ne Clerici, vel Monachi, lib. 6. vbi Episcopus habens temporalem iurisdictionem potest caussas meri Imperij delegare. Respondetur, istud esse, quia Episcopus non potest eas cognoscere, cap. sententiam sanguinis, extra. eod. tit.

Sextum adducitur ex clem. 1. §. 1. de hæret. vbi probatur, caussam hæresis delegari posse ab Episcopo. Respondetur, istud esse: quia duo Iudices constituuntur fauore fidei, vnus est Inquisitor, alter est Episcopus. & ideò concessum est Episcopo vel etiam Capitulo Sede vacante, vt delegatum etiam constituere possit ad hoc, vt huiusmodi iudicium melius procedat ex sententia duorum.

Contrariam sententiam habuerunt Decius in d. l. 1. Alfanus & Bolog. & multi alij, quos refert, & sequitur Couuarr. loco iam citato. Quibus adde Menoch. de arb. q. 74. n. 2. quorum fundamentum est, quia etiam de iure Canonico, vbi est electa industria personæ, delegatio fieri non potest, c. vlt. §. is autem, de off. deleg. & sic non debet induci differentia inter ius Canonicum, & Ciuile, quia expresso iure non cauetur, c. 1. & 2. de oper. nou. nunt. quam ego amplector, & sequendam puto, & optime probatur in d. §. is autem.

CAPVT XCIV.

An caussæ meri Imperij possint delegari, de consensu partium? & de vtilitate publica, & priuata aliqua scitu digna?

CAussas meri Imperij delegari non posse, certum est. Hæc autem conclusio ampliatur, vt locum habeat etiam de consensu partium. Ita docet Dec. in d. l. 1. in 2. not. quem secuti sunt omnes, & est verissima atque indubitata conclusio. Pro qua Decius adducit glos. in l. 1. in glos. vlt. C. de pedan. iudicibus, vbi dicit, caussas indelegabiles delegari non posse ex consensu partium, & ratio est, quia priuatorum consensus non potest iurisdictionem tribuere, l. priuatorum. C. de iurisd. omn. iud. Confirmatur hæc conclusio, quia id concernit ius publicum, l. 1. §. publicũ. de iust. & iure. vbi publicum ius in Magistratibus consistit, &c. Vbi autem agitur de iure publico, priuatorum consensus nihil valet, l. ius publicum. ff. de pact. Videtur obstare textus in ca. vlt. §. is autem, de off. deleg. vbi de consensu partium delegari potest. causæ alicui commissa, sub hac forma, vt personaliter eam cognoscat, & decidat. Verum, omissa solutione eorum, qui constituebant differentiam inter ius Canonicum, & Ciuile, quam differentiam falsam esse ostendit idem text. in d. §. is autem, dum ait, etiam de consensu partium delegari non posse caussam inquisitionis, & cæteras sibi expressas, quæ industriam personæ electam esse demonstrans. Rectè soluit Decius dicens, consensum partium operari circa formam illius rescripti per quod mandabatur, vt personaliter ille co-

gnoſceret, quia reſpicit priuatam vtilitatem partium: quia in his, quæ reſpiciunt vtilitatē priuatam, conſenſus operari poteſt, vt eſt textus in lege Iuriſgentium, §. ſi paciſcar, ff. de pact. & in l. penult. C. eod. tit.

Non refero hic oppoſitiones Purpuratii, quas refellit Riminal. iun. nec Riminal. iunioris dicta circa cauſſam naturalem, & accidentalem: quia nullius ſunt momenti. Siquidem conſtat, conſenſum partium operari in his, quæ reſpiciunt priuatam vtilitatem, etiam repugnante natura actus, qui geritur, vt patet in d. §. ſi paciſcar, & in dict. l. penult. & alibi. His igitur omiſſis, quatuor mihi dicenda videntur, occaſione huius doctrinæ Decij.

Primum eſt, quomodo verum ſit, quod Decius ſcribit & ante eum Accurſ. in l. 1. §. huius ſtudij, in ver. priuatam, de iuſt. & iure, & poſt eum omnes Doct. noſtri, aliquid eſſe conſtitutum iure noſtro principaliter ob publicam vtilitatem, aliquid verò ob priuatam vtilitatem, cùm certum ſit omnes leges pro communi vtilitate conſtitutas eſſe, cap. erit autem. 4. diſtinct. & in Proœmio inſtit. § vltimo. Qua ratione hunc loquendi modum impugnat Alfanus in d. l. 1. numero ſexageſimo quarto, & ante eum Fortun. in dict. l. 1. §. huius ſtudij.

Huic difficultati occurrit doctiſſimus Couarruuias in cap. quamuis, de pact. in ſexto, in ſecunda part. in initio, §. primo, numero 5. Finem alicuius agentis duplicem eſſe, vnum in intentione, alterum in executione, vel vt loquitur Bartol. in l. ambitioſa, numero decimo nono, ff. de decret. ab ord. faciend. vnum eſſe finem naturæ, alterum verò intellectus. Cùm igitur lex diſponit de his, quæ pertinent ad ſingulorum vtilitatem, licet ſecundum ordinem intellectus dicatur eſſe condita propter publicam vtilitatem principaliter, quia legiſlator eam reſpexit, nihilominus lex dicitur reſpicere priuatam vtilitatem principaliter, & ſecundario publicam, ſecundum ordinem naturæ, & executionis, quia vtilitas legis prius peruenit ad ſingulares, & priuatas perſonas, quàm ad totam Rempublicam. Si verò lex diſponat de rebus publicis, vt puta de Magiſtratibus, tunc dicitur reſpicere publicam vtilitatem principaliter & ſecundariò priuatam, quia vtilitas prouenient ex lege pertinet primò ad Rempublicam, & poſteà ad priuatas perſonas, diſponit enim de rebus publicis, licet priuati inde ſentiant vtilitatem, & commodum. Et hoc modo defendi poteſt modus ille loquendi, quo gloſſatores, & Dd. noſtri loquuntur, & hoc eſt primum.

Secundum, dubitari poteſt, quo pacto intelligi poſſit, aliquid eſſe conſtitutum principaliter ob vtilitatem publicam, ſecundariò verò ob priuatam, vel potius è conuerſo, conſtitutum eſſe principaliter ob priuatam vtilitatem, & ſecundario ob publicam.

Reſpondeo multis modis id intelligi poſſe. Primò, ſi in ſtatuto vel in lege hoc expreſſè dicatur, vt declarat Alciat. in cap. cum contingat, num. & de iureiur. Secundò, ſi lex vel ſtatutum diſponat de his, quæ prius reſpiciunt vtilitatem publicam, quàm priuatam. Exempla adfert Bart. in l. ſi quis pro eo, nu. 8. ff. de fideiuſſ. & Couuar. loco citato. Tertiò, quando lex vel ſtatutum diſponit de his, quæ ſunt iuris publici, vt tradit Couuar. loco ſupra citat. Aliud quoque notabile exemplum eſt apud Alciat. in d. c. cum contingat, num. & de immunitate conceſſa forenſibus. Exemplum autem iuris, reſpicientis priuatam vtilitatem principaliter, & ſecundariò publicam, eſt in c. cum contingat, de iureiur.

Tertium, quæri poteſt, quis effectus reſultet ex eo, quod aliquid ſit inductum principaliter ob publicam vtilitatem, & ſecundariò ob priuatam, vel è conuerſo? Reſpondeo hunc effectum reſultare: quia primo caſu, quando reſpicit principaliter publicam vtilitatem, conſenſus partium nihil operari poteſt, l. 3. ff. de teſtament. cap. ſi diligenti. de foro compet. Hinc dicimus, Senatuſconſulto Macedoniano renuntiari non poſſe: quia eſt conditum ob publicam vtilitatem principaliter, l. 1. ff. ad Macedon. l. tametſi. ff. eod. Velleiano autem renuntiari poteſt, l. vltim. §. vltim. ff. ad Velleian. ſicut etiam renuntiari poteſt l. ſi vnquam. C. de reuoc. donat. quia reſpicit priuatam vtilitatem, Fora Roman. decis. 1243. in 2. part. in nouiſſ. Poſtremum, notanda eſt doctrina Bartol. in l. penult. num. 3. C. de pact. vbi dicit: quoties vtilitas publica poteſt ſeparari à priuata partis conſenſum, & remiſſionem operari, & valere, vt eſt text. in l. iuriſgentium, §. ſi paciſcar. ff. de pact.

CAPVT XCV.

De reſeruatis Princip. an poſſint delegari.

SVppoſita communi opinione Canoniſtarum, quod cauſſæ meri imperij delegari poſſint, quam abunde refutauimus: excipiuntur tamen ea, quæ ſunt reſeruata Principi, vt poteſtas legitimandi, creandi Notarios, & ſimilia: quia hæc non poſſunt delegari, ita Bald. in l. geſta, in princ. C. de re iud. Felin. in c. quod ſedem, de off. ordin. Alex. in l. 1. de off. eius, nu. 4. Decius ibidem nu. 30. Cagn. nu. 40. Bo-

40. Bologn. n. 47. & cæteri posteriores. Probatur hæc conclusio communis, & vera, quia reseruata Principi non veniunt in generali mandato iurisdictionis, vt probat text. & glos. in c. quod translationem, de off. delegati, consequenter non competunt iure magistratus, sed tantum his competunt, quibus specialiter tribuuntur. Ergo mandari non possunt, vt in l. 1. in princ. de off. eius.

Obstare videtur text. in c. vlt. de off. ord. vbi absolutio ab excommunicatione, propter violentam manuum iniectionem in Clericum delegari potest, cum tamen sit de reseruatis Papæ, c. si quis suadente. 17. q. 4.

Respondet primò Dec. vbi suprà hanc facultatem absoluendi à tali excommunicatione, solitam esse concedi à Papa; & propterea delegari posse, vt probatur in c. quod translationem, de off. leg. facit text. in l. apud Iulian. 40. §. vlt. de leg. 1. cum ibi notatis per Alex. licet enim cæteri putentur impossibilia, in quibus consensus Principis requiritur: id tamen non procedit in his, quæ à Principe solita sunt concedi.

Sed hæc responsio non placuit Bolog. quia destruere videtur conclusionem Decij: quod videlicet, potestas legitimandi, & creandi Notarios delegari non possit, cum sit ex reseruatis, quæ solita sunt concedi.

Secundo igitur ad argumentum respondet Didac. Couuar. lib. 3. var. resol. c. vlt. nu. 7. textum illum loqui de nudo ministerio, quod videlicet, delegatio illa fieri intelligatur, quoad quendam actum, & nudum ministerium, id est, quoad simplicem absolutionem. Non placet hæc solutio Rimin. iun. in d. l. 1. n. 123. quia est contra textum in c. vlt. §. vlt. de off. deleg. vbi id, quod consistit in nudo ministerio, delegari non potest. Adde, ibi nihil dicitur de nudo ministerio: sed dicitur, delegari posse caussam illam.

Tertio denique respondet Rimin. iun. ibid. Rim. & Cagn. n. 40. Bolog. nu. 48. Pirrh. Alfan. 67. in d. l. 1. de off. eius, textum illum non loqui de reseruatis Papæ. Etsi enim absolutio ab excommunicatione illa regulariter sit reseruata Pont. Maximo, fallit tamen in multis casibus, in quibus ordinarij possunt absoluere. Et hoc est, quod dicit ibi text. *His quibus ex officio in casibus competit, illos absoluere, &c.* & ita glossa ibi exponit in princip. dicens: ex officio scilicet, ordinariæ potestatis, Et quod Episcopi possint in certis casibus tales absoluere, adducit tex. in cap. mulieres, de sent. excommu. vbi, si mulier vel seruus percusserint, possunt absolui. Et in cap. peruenit. eod. tit. vbi textus loquitur de leui offensa, & in ca. de monial. lib. eod. tit. & in cap. quod de his, & in c. vlt. eod. tit.

Qui autem scire cupit omnia reseruata Papæ, & Imperatori, legat Baldum, & Iasonem in l. rescripta, C. de precib. Imp. offe. Specul. in tit. de legato, § nunc ostendendum est, & Menoch. in consil. 604. n. 7.

CAPVT XCVI.

An mixtum Imperium delegari possit?

Communis est sententia, mixtum Imperium delegari non posse; sic Bartol. Alex. Ias. & cæteri omnes antiquiores voluerunt, vt patet ex summario l. 1. de off. eius. Alex. ibi n. 26. & latiss. communem esse testatur in disputatione incip. Rex Aragonum in 3. dub. latè alios adducens Ioseph. Gonsalez. var. c. 23. Argumenta præcipua sunt hæc. Primum ex l. 1. de off. eius in princ. existimarunt enim illa verba: *Specialiter Lege, Senatusconsulto, vel Constitutione Principum*, comprehendere caussas etiam mixti Imperij, & sensum esse caussas mixti Imperij delegari non posse: quoniam specialiter sunt commissæ maioribus Magistratibus. Hoc argumentum nullius est momenti. Primò, quia textus in d. l. 1. non loquitur de maioribus Magistratibus, vel minoribus, sed de caussis speciali attributis. Deinde, quia textus ibi nullam facit mentionem caussarum mixti Imperij. Secundum argumentum est ex l. ea quæ. ff. ad municipal. vbi magistratibus municipalibus non competunt ea, quæ sunt mixti Imperij. Ergo non competunt iure magistratus, & consequenter delegari non possunt. Respondet Alciat. lib. 2. parad. cap. 1. non esse bonam consequentiam; quia Magistratus municipales non possunt in integrum restituere, d. l. ea quæ, & tamen caussa restitutionis in integrum delegari potest, l. vltim. C. vbi & apud quem, similiter non possunt mittere in possessionem, vt in d. l. ea quæ, & tamen missio in possessionem delegari potest, vt in l. cognitio, §. vt bonorum de off. eius. Imò etiam e contrario quædam possunt expediri per magistratus municipales, vt datio tutoris, l. ius dandi. ff. de tut. & cur. & tamen tutoris datio delegari non potest, l. nec dante. ff. eo l. Tertium argumentum est ex l. nec quicquam, §. vbi decretum, de off. procons. vbi omnia, quæ caussæ cognitionem desiderant, delegari non possunt. Sed caussæ mixti Imperij requirunt caussæ cognitionem: ergo delegari non possunt. Respondeo: textum hoc non dicere: sed aliud longe diuersum, videlicet, quæ caussæ cognitionem desiderant, per libellum expediri non posse. Sensus est, id est, expediri non posse per libellum & magistratus subscriptionem. Exemplum est, in l. 6. C. de præd.

mis, & in l. excusare, ff. de excusat. tutor. vt declarat Alciat. lib. 2. parad. c. 3. Brisson. lib. 2. select. ca. 8. Cuiac. lib. 4. obseruat. c. 30. Petrus Faber in l. nemo potest gladii, nu. 40. de reg. iur. Illustriss. Card. Baron. lib. 2. Annalium Ecclesi. anno Christi 253.

Quartum argumentum sumitur ex l. placet, C. de ped. iud. vbi caussæ, quæ expediuntur officio iudicis nobili, non possunt delegari, prout sunt caussæ mixti Imperii, quia officio iudicis nobili expediuntur, vt notat Bart. in l. Imperium, eiusdem de iurisd. om. iud. Respondeo illa verba: *Quod non semper ipsi cognouerint, vt in his etiam caussis, in quibus solebant ex officio sua cognoscere, dandorum iudicum licentia permissa credatur*, non esse intelligenda de officio iudicis nobili, sed de caussis, quæ cognoscebantur ab ipsis præsidibus, quia eis specialiter demandatæ erant, iuxta textum in d. l. 1. de off. eius.

Quintum argumentum desumitur ex l. Imperium, de iurisd. omn. iud. quatenus ibi Iurisconsultus facit differentiam inter merum ac mixtum Imperium, & simplicem iurisdictionem: & postea dicitur iurisdictio est iudicis dandi licentia. Vnde videtur inferri, quod merum Imperium, & mixtum delegari non possit. Respondetur illud nihil esse, quia sensus est facultatem dandi iudicem permissam esse omnibus, qui habent iurisdictionem.

Sextum argumentum sumitur ex §. si verò quidam iurent, in auth. de exhib. reis, vbi delegatus non potest mittere in possessionē contra contumacem, quia missio in possessionem est mixti imperij, l. iubere, de iurisd. omn. iud. Respondeo, caussam esse, quia nondum erat lis contestata, vt textus ibi dicit in illis verbis. *Iudice agere aliquid non valente, eò quòd nondum apud eum facta sit litis contestatio.*

Septimum argumentum est in l. nec mandante, ff. de tut. & cur. vbi tutoris datio non potest delegari, quia est mixti Imperij, l. Muto, §. tutoris datio ff. de tutelis, iuncta glossa ibi in ver. Imperij. Respondeo, caussam esse, quia tutoris datio specialiter certis Magistratibus permissa est, vt ibi dicitur, & ideò regul. leg. 1. in princip. de off. eius, vbi delegari non possunt, quæ specialiter committuntur.

Postremum argumentum est ex l. 2. de off. eius. vbi mandata iurisdictione non potest consilium exercere is, cui mandatur: & istud est mixti Imperij vnà cum aliis ibi enumeratis, quæ delegari non possunt; expediuntur enim illa omnia iudicis officio nobili ad priuatam vtilitatem. Respondeo, illa delegari nō posse; quia specialiter lege tribuebatur certis Magistratib. l. 1. de off. consulis, §. eadem, insti. quib. ex caus. manumit. non licet, & l. 1. de reb. eor. & notat etiam ibi gloss.

Contrariam sententiam amplexi sunt Alciat. lib. 2. paradox. c. 1. Paul. Christin. in l. 1. nu. 3. ff. de off. eius, alios refert Tusch. Gonsalez loco suprà citato; sed ante omnes hanc opinionē secutus fuit Guido de Zuaba, eiusque mētionem faciunt omnes Longouall. ad l. Imperium.

Primum argumentum est ex lib. [illegible] de off. eius, vbi dicitur. Imperium, quod iurisdictioni cohæret, mandata iurisdictione transire. Hoc enim, cùm non sit merum imperium, necessariò est mixtum. Respondet Alex. textum ibi loqui de imperio, quod cohæret iurisdictioni per quandam necessariam consequentiam: nam mixtum nō dicitur cohærere iurisdictioni: sed in ipso iurisdictio dicitur inesse, l. Imperium. de iurisd. omn. iud. & sic ille textus non dicit mixtum imperium posse delegari: sed dicit transire mandata iurisdictione pro necessario vsu ipsius iurisdictionis.

Secundum argumentum est in l. cognitio, ff. de off. eius, vbi cognitio de suspectis tutoribus mandari potest, & tamen est mixti imperij. Responderi potest, istud esse speciale propter vtilitatem pupillorum, vt ibi dicitur.

Tertium argumentum est ex eadem lege cognitio, §. 1. de off. eius, vbi textus dicit: *Vt possessio bonorum detur, delegari potest.* Et ibi enumerantur alij quatuor casus, qui sunt mixti imperij & tamen possunt delegari. Respondet Alex. illum textum loqui de cognitione, quæ est minoris præiudicij: non autem de reali missione in possessionē, quæ est maioris imperij, & delegari non potest, l. iubere, de iurisd. om. iud. Replicat Castrensis in d. §. & Castrensi replicat Decius, nec non etiā Corneus ibid. & tota difficultas in hoc consistit, quòd, si delegari potest cognitio, multò magis ipsa immissio, quæ potest expediri per quemlibet nuntium: sed hoc non admittitur, quia in ipsa reali immissione veretur maius periculum propter rixas, quæ solent oriri. Maximè, quia realis immissio expediri solet manu militari: & sic videtur esse maioris præiudicij. Itaque summa responsionis in hoc consistit, quod pronuntiare aliquem mittendum esse in possessionem, & ipsa missio, sint mixti imperii; sed vnum maioris, alterum minoris, & ideò vnum delegari non posse, alterum verò non posse.

Quartum argumentum est ex l. vltim. de off. eius vbi textus dicit: *Mandata iurisdictione, etiam imperium, quod non est merum, videtur mandari.* Respondet Alexand. illum textum non loqui de mixto imperio, sed de modica coërcitione, quæ est minimi imperij: quæ in consequentiam iurisdictionis venit.

quia iurisdictio sine modica coercitione nulla est, vbi dicitur, & multa veniunt in consequentiam, quæ principaliter non concedantur. [illegible]

Quintum argumentum sumitur ex l. 1. C. vbi, & apud quem, vbi caussa in integrum restitutionis potest delegari. Respondet Alex. & cum eo Bart. & alij, illud procedere fauore minorum, siue fauore ipsius caussæ in integrum restitutionis.

Sextum argumentum desumitur ex l. 1. & l. 4. § duas fidem in fecto, vbi caussa missionis in possessionem, & cautionis de damno infecto delegari potest. Respondet Alex. illud esse speciale, quia caussa damni infecti celeritatem desiderat, alias etiam assert responsiones, quas breuitatis caussa omitto. Hæc sunt quæ alij dixerunt.

Ego in hac quæstione, consideratis omnibus legibus, quæ de mixto Imperio loquuntur, sic puto respondendum esse ac statuendum: cum quæritur, an mixtum Imperium delegari possit, intelligitur, an veniat in generali iurisdictione delegata siue mandata? Et respondendum est venire: quia iurisdictioni cohæret, & sub Imperio isto iurisdictio consistere non potest; & istud est, quod dicit Iurisconsultus in l. 1. § [illegible] ff. de officius, & ad hoc etiam glossa dicit text. in l. 2. de iurisdic. omnium iudicum ait: *Cui iurisdictio concessa est, omnia concessa videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potest.* Et hæc est modica illa coercitio, sine qua iurisdictio nulla est, l. vlt. ff. de officius, quia scil. ad exercendam iurisdictionem necessarium est Imperium pro defendenda ipsa iurisdictione, & sic necessarium est aliquem coercere, non solùm verbis, sed etiam factis, quod Imperij est, l. 2. ff. de in ius vocando, qui in carcerem detrudere possunt vel coercere. At verò quæritur, an ea, quæ sunt mixti Imperij, specialiter delegari possint, veluti est mittere in possessionem, iubere cauere, in integrum restituere, tutorem dare, decretum interponere, & cætera exercere, quæ spectant ad officium iudicis nobile, ad priuatam vtilitatem, & in quo consistere mixtum Imperium dixit Bart. in l. Imperium, n. 15. de iurisdic. omn. iud. & in hoc mihi distinguendum videtur. Aut enim specialiter huiusmodi caussæ sunt commissæ certis Magistratibus: & tunc delegari non possunt ex reg. l. 1. de off. eius in princ. & hoc modo intelligendus est text. in l. 4. de off. eius & text. in l. Muto, § tutoris datio, ff. de tutel. iuncta l. nec mandante, ff. de tut. & cur. quia scilicet, consilium præbere minoribus, decretum interponere in alienatione bonorum, tutorem dare sunt concessa certis Magistratibus specialiter, & ideò delegari non possunt.

Si verò non sunt concessa specialiter certis Magistratibus, ego existimo, & certè tamen subdelegari posse: quia iure Magistratus competunt. Quæ verò iure Magistratus competunt, mandari possunt, vt habetur in d. l. 1. in pr. de off. eius, dicuntur autem iure Magistratus competere, quia competunt omnibus Magistratibus populi Romani, non autem certis quibusdam tantùm, licet non competant Magistratibus municipalibus, quia non habent Imperium. Non enim requiritur, vt etiam Magistratibus municipalibus competant, quæ iure Magistratibus dicuntur competere, sed satis est, quod non sint specialiter certis Magistratibus concessa, vt benè declarat Decius in d. l. 1. n. 11. eod. de off. eius.

CAPVT XCVII.

Vtrum delegatus Principis possit delegare caussam meri Imperij?

Delegatum Principis delegare non posse caussas meri Imperij, multi existimarunt, tam ex veterib. quàm ex recentioribus, adeò vt hanc esse communiorem sententiam, dixerit Rim. iun. in l. 1. de off. eius, n. 84. quibus addo Menoch. de arb. q. [illegible] nu. 16. & multos alios, quos adducit nouissimè Ioseph. Gonzalez. var. q. c. 19.

Primum argumentum est ex l. 1. de off. eius vbi dicitur, caussas meri Imperij delegatas à lege delegari non posse. Ergo non poterunt etiam delegari caussæ meri Imperij à Principe delegatæ, quia Princeps dicitur lex animata in terris, [illegible] in auth. de consulibus.

Respondet Ias. in d. l. 1. hoc argumentum nihil concludere, quia d. l. 1. loquitur, vbi caussæ committuntur à lege maiorib. Magistratibus: tunc n. concurrente grauitate ipsius caussæ censetur electa eorum industria, ideò delegare non possunt. Hoc autem non militat in personis priuatis, quibus caussa meri Imperij delegata sit à Principe: quoniam tunc non videtur electa industria personæ, quia non concurrunt duo, qualitas Personæ Magistratuum, & grauitas ipsius caussæ. Replicat Decius, sufficere solam grauitatem caussæ ad hoc, vt videatur electa industria personæ. Sed malè replicat, quia ipsemet Decius suprà num. 18. dixit, concurrere debere qualitatem caussæ, & dignitatem Magistratuum. Aliter igitur Iasoni replicat Iacob. Niger in d. l. 1. dicens, delegatum Principis, licet non sit de maioribus Magistratibus, tamen effici de maioribus per delegationem sibi factam à Principe, & propterea censeri electam eius industriam. Eandem replicationem aduer-

ſus Iaſonem ſequitur Rim.iun.in d.l.1.n.130. Et ſic reſponſio Iaſonis ad hoc primum argumentum tollitur, ideò aliter reſpondet Decius dicens: Principem & legem æquiparari affirmatiuè, non autem negatiuè, hoc modo: Lex poteſt hoc facere, ergo & Princeps, non autem negatiuè, lex non poteſt facere, ergo nec Princeps, quia Princeps eſt ſupra leges, & eas tollere poteſt, l. Princeps, de legibus, l.1. de conſt. Princip. Sed hæc reſponſio damnatur à Rimin. iun. & à Pirrho Alfano: quia lex & Princeps æquiparantur tam affirmatiuè quàm negatiuè, l. digna vox, C. de legib.

Tertio igitur loco reſpondet Decius, ad text. noſtrum nihil facere: quia loquitur de iudice ordinario, non autem de delegato. Primò quia textus dicit, iuriſdictionem mandant. At delegatus non habet propriam iuriſdictionem, l.1.§.1. de officius. Secundò: quia is, qui habet iuriſdictionem à lege, dicitur ordinarius, leg. & quia, de iuriſdict. om. iud. Replicat Rimin.iun.num. 140. illa verba (*iuriſdictionem ſuam*) intelligenda eſſe, quantum ad curam, & ſolicitudinem, ſicuti quando colonus vel famulus dicit agrum vel equum domini eſſe ſuum, vt not. Bart. in l. quibus. §. argento de aur. & arg. leg. Quoad vero ad alterum, quod videlicet ordinarius dicatur is, cui à lege mandata eſt iuriſdictio. Reſpondet idem Rim. iun. id non habere locum, vbicunque lex ſpecialiter mandat iuriſdictionem alicui Magiſtratui in cauſſa, quæ non erat de ſua iuriſdictione: tunc enim talis Magiſtratus non dicitur ordinarius, ſed delegatus, l.1. & ibi glo. notat in ver. ſpecialiter, & ibi Caſtr. num.3.

Quarto igitur loco reſpondet Rimin. iun. in d.l.1.n.141. ex eadem doctr. Caſtr. in d.l.1.n.3. C. ne lic. potent. differentiam eſſe, an delegatio facta ſit per legem generalem, an vero facta ſit per reſcriptum Principis. Nam ſi facta ſit per legem generalem ſpecialiter committentem alicui iudici ordinario aliquam cauſſam, tunc non poterit delegari per regul. l.1. de officius: ſecus autem ſi delegata ſit per reſcriptum ſpeciale Principis, quia poterit delegari per regulam, l. à iudice, Cod. de iudic.

Secundum argumentum eſt ex induſtria perſonæ electa ſecundum D.d. in cauſis meri Imperij. Nam hæc ratio electæ induſtriæ perſonæ impedit delegationem, l. inter artifices de ſolut. c. vltim. §.1. de off. deleg. Sed hæc ratio militat etiam in delegato Principis, cui delegatæ ſint cauſſæ meri imperij. Ergo non poteſt eas delegare. Reſpondet Decius circa finem d.l.1. de offic. eius, negando videri electam induſtriam perſonæ hoc in caſu: quia fieri poteſt delegatio per Principem, vt cauſſa ſola de manibus ordinarij: cum Princeps delegando non reſpiciat magis vnum, quàm alterum. Non placet Bologn. in d.l.1. poſt num. 137. verſ. contrarium, quia non aſſignatur ratio, cur induſtria perſonæ non ſit electa, quando Princeps delegat cauſſam meri imperij. Aliter igitur reſpondet ipſe Bologn. aſſignando rationem: quia plerumque cauſſæ meri imperij delegantur à Principe ad petitionem partis etiam perſonis incognitis, ita quod perſonæ non videntur approbatæ per Principem, quod non eſt in ordinariis, quibus tanquam Magiſtratus committitur. Sed tamen replicat Menoch. de arbit. q. ſimilis, & ex improuiſo ri electam induſtriam perſonæ, vt ſibi perſonaliter referentem, & impugnat etiam illam ſolutionem Bolognæ.

Tertium argum. eſt: quia ordinarius creatur à Principe, & tamen delegare non poteſt cauſſas meri imperij, l.1. §. cum vrbem, de off. præf. vrb. & l.1. de off. eius. Reſponderi poteſt: delegatũ Principis repræſentare ipſum Principem, & ideò maiorem habere poteſtatem, quàm Ordinarius habeat, quæ reſponſio eſt de mente Bolog. in d.l.1. poſt n.137.

Quartum argumentum ſumitur ex l. nemo poteſt. de reg. iur. ſed reſpondet Bologn. excipiendam eſſe perſonam Principis, & delegati etiam Principis.

Quintum argumentum ſumitur ex Clem. 1. de off. deleg. vbi delegatus Principis poteſt delegare examen teſtium in cauſſa ciuili. Ergo non in cauſſa criminali, vt ibi notat gl. in ver. ciuili. Reſpondet Bolog. iſtud eſſe: quia in receptione teſtium requiritur præſentia iudicis propter timorem falſitatis, & ita dicit gloſſ. ibi in ver. Ciuili.

Sextum argumentum eſt: quia ordinarius & delegatus Principis æquiparantur, quantum ad poteſtatem delegandi, l. more, de iuriſd. omn. iud. iuncta l. à iudice, C. de iud. & tamen Ordinarius non delegat cauſas meri imperij. Ergo nec delegatus Principis. Reſponderi poteſt, æquiparationem hanc non eſſe generalem: quia delegatus Principis eſt maior ordinario, ideò videtur aliquid plus poſſe, quàm ordinarius poſſit.

Septimum argumen. ſumitur ex l. Antiquitas, C. de vſufruct. vbi vſufructus, qui de ſua natura non eſt tranſmiſſibilis ad hæredes, ſi fiat tranſmiſſibilis, intelligitur pro vna vice. Sic ergo & merum imperium, quod delegabile non eſt ſua natura, ſi à Principe delegatur, intelligitur pro vna tantum vice. Reſpondetur, nihil ad rem facere: quia ibi ratio aſſignatur, ne proprietas ſit perpetuò inutilis, ſicuti contingeret, ſi vſusfructus ad omnes hæredes perueniret.

Octauum

Octauum argument. sumitur ex l. 1. §. vlti. de off. eius, vbi mandata iurisdictione generaliter semper intelligitur exemptum merum imperium. Respondetur, potest istud locum habere in ordinariis, non autem in delegato Principis non sine ...

Nonum argum. est, quia duo specialia non possunt simul concurrere, l. in. C. de dot. promiss. hic autem essent duo specialia. Primum, quod delegatus Principis posset delegare: alterum, quia posset delegare caussas meri Imperii. Respondet Pirrh. circa fin. commentarij d. l. 1. de off. eius, duo specialia admitti, quando vnum venit in consequentiam alterius, l. singularia, ff. de r. pet. Hic autem vnum venit in consequentiam alterius; quia si potest delegare caussas meri imperii, poterit etiam subdelegare. Melior est responsio si dicamus non esse veram illam cōclusionem, quod duo specialia non possunt simul concurrere, vt egomet quidem c. 7. & ante me Socinus in l. ita stipulatus, n. 9. de verb. oblig.

Decimum arg. est Pirrh. Alfan. nullibi probari, quod praefectus praetorio possit delegare caussas meri imperii, cùm tamen sit maior delegato Principis, vt probatur in l. praecipimus, C. de app. vbi à sententia delegati Principis appellatur Praefectus praetorio. Sed respondetur, non appellari ad eum, quia sit maior delegato Principis, sed propter occupationes ipsius principis, qui loco sui mandat hanc caussam Praefecto praetorio.

Vndecimum argumentum est: quia circa materiam delegationis caussarum inspicitur potius qualitas caussae, quam personarum, vt l. 1. de off. eius. sed qualitas caussae suadet, non posse delegari cùm sit meri imperii. Ergo nō debet attendi qualitas personarum: & sic non debet attendi, quod sit delegatus Principis, quod est argumentum eiusdem Alfani circa fin. legis. Respondetur, n. ò considerari etiam qualitatem personarum, vt patet in l. à iudic. C. de iudic.

Postremum argumentum, idem Pirrhus adducit textum in cap. si pro debilitate, de officio deleg. vbi delegatus Papae non potest delegare caussas graues, etiam si debilitate vel qualibet alia caussa interesse non possit, quod esset fortius. Sed caussae meri Imperij sunt graues. Ergo non possunt delegari. Respondetur illum textum loqui, quando caussae ita sunt graues, quod sine praesentia delegati non possunt commodè terminari; quales non sunt causae de quibus agitur, quod patet: quia possunt delegari causae meri imperii in casu absentiae & infirmitatis, vt in l. 1. de off. eius.

Contrariam opinionem amplexus est Bart. in dict. l. 1. de offic. eius circa finem. & ibid. Iason. Dec. & multi alij, quos commemorat Menoch. de arbitr. quaest. 54. & Ioseph. Gonsalez. var. q. c. 19. vbi testatur hanc esse magis communem.

Primum & praecipuum argumentum est ex l. 1. C. qui pro sua iurisd. in illis verbis: *nullo personarum caussarumque habito tractatu*. quae secundum Bart. & alios hunc sensum habent, quòd Principis delegatus possit caussas subdelegare, nulla distinctione adhibita, quales sunt caussae, & an sint meri imperij, vel non. Respondet Iason, sensum esse, quòd delegatus Principis possit causas subdelegare nullo personarum vel caussarum habito tractatu, an scilicet caussae pertineant ad iurisdictionem delegantis vel personae sint ei subiectae, licet haec distinctio sit adhibenda, quando ordinarius delegat, tunc enim considerari debet, an caussae & personae subiectae sint iurisdictioni delegantis. Replicat Decius, hoc esse indubitatum quòd caussae & personae pertinent & sunt subiectae delegato Principis. Sed huic replicationi satisfacit Menoch. d. q. 54. sub num. 20.

Secundum argumentum adfertur ex regula textus in l. Pater filium, §. quindecim, de leg. 3. vbi res, quae non poterat alienari, si fuerit semel alienata, durat perpetuò alienabilis. Ita igitur & merum imperium, cùm sua natura delegari non possit, si fuerit semel delegatum à Principe, poterit perpetuò delegari. Multae adferuntur responsiones, quas refert prolixè Menochius loco supra dicto. Mihi videtur textum illum ad rem non facere: quia ibi facta fuit prohibitio liberis, ne alienarent extra familiam: vnus alienauit partem suam colliberto, vnde collibertus ille potuit etiam alienare in extraneos: quia prohibitus non fuit alienare partem colliberti, sed propriam. Vnde non contrauenit prohibitioni.

Tertium argum. adfertur ex regula l. si eu, §. qui iniuriarum, ff. si quis cautio, vbi subrogatus sapit naturam eius, in cuius locum subrogatur. Sed delegatus Principis subrogatus est loco Principis. Ergo delegare poterit sicut Princeps potest. Multae adferuntur responsiones, verum illa magis placet hanc regulam non procedere in materia iurisdictionis, quia si procederet in hac materia, delegatus ab ordinario posset subdelegare, cùm sit subrogatus in locum ordinarij, c. si pro te, de iurisd. omn. iud. Ratio est, quia subrogatus in locum Principis vel alterius non succedit in plena eius authoritate.

Quartum argument. sumitur ex l. Plenum, § equitij, de vsu & hab. vbi verba debent intelligi secundum conditionem personae, ad quam referuntur. Cùm igitur persona de-

legati Principis sit huius conditionis & naturæ, vt delegare possit, videtur ei data potestas subdelegandi. Respondeo negando, quòd delegatus Principis possit delegare causas meri Imperij. Potest enim delegare; sed caussas ciuiles.

Quintum argumentum adducitur ex text. in c. venerabilis, §. Porrò, de off. deleg. Respondetur nihil ad rem facere, tum, quia ibi non agitur de caussis meri Imperij, tum, quia aderat impedimentum infirmitatis in delegante.

Sextum argumentum, adducitur text. in c. vlt. eod tit. de off. deleg. vbi delegatus Principis potest delegare, nisi electa sit eius industria. Respondetur nec censeri electam industriam, ob grauitatem caussæ.

Septimum argumentum, adducitur text. in clem. 1. §. 1. & § verum, de heret. vbi causæ inquisitionis possunt delegari: sed respondetur ibi fuisse impedimentum, quia nolebant conuenire simul, vt procedit fauore fidei.

Octauum argumentum, adferri solet text. in c. vltim. de off. ordin. sed respondetur loqui de absolutione ab excommunicatione, quam potest ordinarius ex officio facere, vt alias dixi, in qua opinione persisto, quicquid scribat Menoch. de q. 54. n. 45. quia illa verba (*ex officio*) intelligi debeat de officio ordinarij, non delegati, cùm textus ille positus sit sub titulo, de off. ordin. arg. l. Imperatores, de in diem addict. Cætera argum. prætereo, quia sunt leuissima & egregie tolluntur à Menochio, vbi supra.

Ego puto concludendum esse secundum priorem opinionem, causas meri Imperij subdelegari non posse, & ita aliàs dixi. Primò, quia nullo iure id cautum reperitur, quod tamen facile erat exprimere, cùm non fuerit expressum à Iuris. credendum est, eos non voluisse, l. vn. § sin autem ad deficientes, C. de cad. toll. Secundo, quia in contrarium est regulæ, l. nemo potest gladij, de regul. iur. quæ non reperitur limitata in delegato Principis. Tertiò, quia militat eadem ratio in delegato Principis, quæ militat in ordinariis, imò maior ratio, quia scilicet ex grauitate caussæ videtur electa industria personæ, & ex grauitate personarum, quibus huiusmodi caussæ committuntur. Postremò aduertendum est, quia sup. dixi ex Rim. iun. quandò specialiter causa alicui Magistratui committitur, quæ non erat de illius Magistratus iurisdictione esse delegatum adducendo glo. & Castrens. in l. 1. C. Ne liceat potentio.

Ego puto esse aduertendum, quod hæc conclusio non videtur de iure procedere, quia Magistratus hoc in casu non efficitur delegatus, sed dicitur esse ordinarius & eius iurisdictio prorogata ad illam caussam per legem, & ita respondit Collegium Perusinum Florentino Magistratui Mercantiæ præfecto, vt habetur apud Lapum allegatione 88. sequitur Dec. in l. More, n. 76. de iurisd. omn. iud.

CAPVT XCVIII.

An caussæ meri Imperij delegari possint in casu absentiæ, quantum ad cognitionem & ad definitionem?

ALia oritur quæstio inter DD. in l. 1. de offic. ius, an causæ meri Imperij delegari possint propter absentiam Magistratus, tam quoad cognitionem, quàm etiam quoad definitionem. Respondet gloss. in d. l. 1. in verb. possit, delegare posse, quantum ad cognitionem tantum, & sequitur Bart. ibi num. 5. dicens hanc sententiam communiter approbatam esse, & Bolog. nu. 118. dicens esse communem, alios adducit Ioseph. Gonsalez. var. q. c. 41. nu. 1. Adducitur primò text. in §. Ad hæc id prohibemus, in authen. de collator. quem glossa sic intellexit, quod prohibuerit omnes causas meri Imperij delegare quantum ad definitionem. Maximè vero c. vltim. vltimi supplicij & mutilationis membri.

Respondet Alex. in d. l. 1. & post eum Deci. n. 5. id esse contrarium textum, qui dicit, omnia posse mandari, excepto vltimo supplicio & membri incissione, quod procul dubio intelligitur tam respectu cognitionis, quàm respectu definitionis. Sed quia remanet difficultas respectu vltimi supplicij & membri abscissionis, quæ delegari non possunt, ideo ad hoc respondet Decius, textum illum loqui de Præside prouinciæ, qui nondum venerat in prouinciam. Nec obstant illa verba sequentia: *sed si quis ex iudicibus &c.* quia debet intelligi eodem modo de iudicibus, qui nondum ingressi sunt in prouinciam, vt patet ex illis verbis: *liceat ei per similem modum loci seruatorem facere.* illa enim verba, (*per similem modum*) referuntur ad omnia præcedentia in quibus distinguitur, an Magistratus sit in prouincia, vel non. Hæc interpretatio Decij non placuit Rimin. iun. num. 119. in d. l. 1. nec Pirrho numer. 216. quia illa verba: (*si quis ex iudicibus*) referri debent ad primum casum de existente in prouincia, quando scilicet, aliquis ex iudicibus existens in prouincia, mittitur in aliam regionem à Principe, ob alia negotia expedienda.

Tertiò igitur respondetur secundum Decium, post Alexand. illum textum loqui, non de delegato, sed de vicem gerente, vt patet ex illis verbis textus: *damus ei licentiam*

suam vices agentes suos constituere. Nam iste vicem gerens cum creatus sit ab eo, qui nondum prouinciam ingressus est, non habet tantam potestatem, quam alias haberet.

Obstat huic interpretationi [illegible] quod idem statuitur in eo textu de iudice existente in prouincia, qui ex iussu Principis mittitur in aliam regionem. Talis iudex potest committere alteri vices suas per eundem modum adeò quòd vicem gerens non possit cognoscere de causa vltimi supplicij, & membri abscissionis.

Quarto igitur loco dicebat Rim. iun. in d. l. 1. textum illum loqui de loci seruatore, qui tota prouincia committebatur, & ideo ex [illegible] in eum tota potestas, ne videretur Præses in totum se exonerasse & constituisse in eum omnem potestatem, argum. l. 2. §. exactis. de orig. iuris, vbi, ne consul vsurparet regiam potestatem, fuit ei prohibitum ne in caput ciuis Romani animaduerteret. Quæ ratio cessat in delegato, cui vna causa vel altera demandatur.

Non placet Alfano in d. l. 1. nu. 119. quia non est absurdum, omnem iurisdictionem mandare, l. solet, l. Prætor, de iurisdiction. iud.

Vltimo igitur loco respondet Alfanus: nihil aliud ibi haberi, nisi quod licet facere seruatorem. quid autem possit facere iste seruator loci, ibi non dicitur. Non placet mihi: quia textus ibi dicit, talem seruatorem omnia facere posse, quæ possunt ipsimet iudices & Præsides, citra tamen vltimum supplicium, vel membri abscissionem.

Ego puto, illum textum nihil facere pro opinione communi, nam, quatenus ibi dicitur, constitui posse loci seruatorem in casu absentiæ, qui omnia possit facere, non probat conclusionem communem, quæ vult in casu absentiæ posse delegari causas meri imperij quantum ad cognitionem tantum, sed potius contrarium probat, vt supra dixi. Quantum vero ad eam partem, in qua excipiuntur vltimum supplicium, & membri abscissio, dico non probare communem conclusionem. Primo, quoniam communis conclusio loquitur de delegato: at ille textus loquitur de loci seruatore, id est, vicem gerente, qui prohibitus erat constitui iuris de causis, vt habetur in auth. vt nulli iudicum. & declarat Schard. in lexico iuris in verbo *loci seruator*. Secundo, quia excipiuntur ibi causæ vltimi supplicij & abscissionis membri, non solum quantum ad definitionem: sed etiam quantum ad cognitionem, ita vt regula, quæ habet causas meri Imperij delegari posse propter absentiam, limitetur, vt non procedat in causa vltimi supplicij vel membri abscissionis in loci seruatore constituto. Et sic ille textus nihil facit pro communi opinione.

Secundo pro hac sententia communi Bolog. inducit text. in d. l. 1. de off. eius, cui mandata est iurisdictio, qui loquitur de exercitatione, & sensus est, magistratum posse delegare exercitationem, quod non videtur significare definitionem causæ, sed tantum cognitionem, vt patet ex verbis sequ. d. l. 1. quatenus dicitur, Prætorem non posse mandare cognitionem. Hoc argumentum videtur mihi esse alicuius momenti, quia text. in dict. l. 1. loquitur de exercitatione publici iudicij lege, vel Senatusconsult. delata Magistratibus, quæ procul dubio consistit non solum in cognitione, sed etiam in definitione.

Tertio adducunt tex. in l. solet, de off. procons. vbi de legato proconsulis conceditur cognitio tantum illarum causarum meri Imperij, non autem definitio. Nec obstat, si dicatur text. illum non loqui in casu absentiæ, quia replicat Bolog. agi ibi de delegatione necessaria propter occupationes proconsulis. Nec desunt qui coniungant illam legem cum duabus præcedentibus, in quibus fit mentio de proconsule absente.

Nihil est, quia duæ leges præcedentes separatim loquuntur de proconsule antequam prouinciam sit ingressus. Textus verò in d. l. solet, supponit Proconsulem ingressum esse prouinciam, aliàs non potuisset mandare legatis suis cognitionem custodiarum l. Obseruare §. [illegible] eod. tit. Quod vero dicitur contra illum loqui, quando proconsul est impeditus, id negatur, quia nullum verbum de impedimento continetur, in illo textu.

Contrariam sententiam, amplexi sunt Alex. Dec. Pirr. Alf. Rimin. iun. in d. l. 1. de offic. eius. & multi alij, quos commemorat Gonsalez d. c. 21. var. Fundamentum huius sententiæ consistit in d. l. 1. quam Decius ponderat multis modis. Et primo in ver. *exercitationem*. Hoc enim verbum comprehendit, etiam sententiam, eadem sententia communi dicitur *censuras exercere*. Responderi potest illud ibi contingere propter subiectam materiam: quia vt quis exercere dicatur censuras, necessaria est sententia. Secundo ponderat Decius verbum (*iurisdictionem*) quod significat non solum cognitionem: sed etiam sententiam, & postea text. dicit: *si persiscatur magistratus eam mandare posse*. Respondetur: illud verbum eam non refertur integram similitudinem, vt probatur in §. eadem, instit. de legit. patronor. tutel. vbi [illegible] lege xii. tabul. dicitur esse cautum de patronorum tutela, sicut de agnatorum tutela, & tamen de patronorum tutela sit ex mente, non autem ex verbis legis xii. tab. Sic ergo possumus di-

cere, cum iurisdictionem, id est, quantum ad cognitionem. Tertiò ponderat Decius regulam textus & exceptionem. Nam regula hæc est, *Merum Imperium delegari non potest.* exceptio: *nisi in casu absentiæ*: exceptio autem debet esse de regula, vt notat Bar. in l. In his, ff. de legib. Ergo cùm regula loquatur prohibitiuè, quod caussæ meri Imperij delegari non possint; nec quantum ad cognitionem, nec quantum ad definitionem, sequitur dicendum, exceptionem esse intelligendam eodem modo; vt scilicet in casu absentiæ delegari possint caussæ meri Imperij, quantum ad omnia. Responderi potest, non esse necessarium, vt exceptio sit de regula in totum, sufficit, si pro parte sit, vt est text. in l. Nominis, & ibi notat Ias. nu. 13. ff. de in lit. iur. satis ergo est, si dicamus, exceptionem verificari respectu cognitionis tantum. Postremò Decius considerat verbum (*cognitionis*) relatum ad Prætorem, quod procul dubio significat etiam definitionem, quia prætor poterat non solum cognoscere, sed etiam iudicare. Respondetur, id esse verum, sed tamen illud verbum (*cognitionis*) respectu delegationis restringi posse ad solam cognitionem. Addit Decius, militare eandem rationem etiam respectu definitionis, quia publicè interest, delicta puniri & caussas expediri. l. Ita vulneratus. ad l. Aquil. c. finem litibus, de dolo. & contu. Hæc enim ratio est, cur magistratus in casu absentiæ delegare possit caussas meri Imperij, quæ videtur locum habere tam respectu cognitionis, quam respectu expeditionis. Respondetur secundum Bolog. non militare eandem rationem, quantum ad expeditionem: quia magistratus absentia non potest esse diuturna: cito igitur redibit & ipse caussam expediet.

Ego puto, in hoc articulo verum nam esse, posteriorem hanc sententiam. Primò in d. l. 1. confunduntur hæc verba, iurisdictio & exercitatio. Vnde cùm textus dicat, mandari posse in casu absentiæ iurisd. videtur velle quod mandari possit etiam expeditio caussæ: quia iurisd. includit in se caussæ expeditionem & sententiam. l. 1. de iurisd. om. iud. Secundò: quia, vbi lex facit mentionem cognitionis, includit etiam sententiam l. Cognitio. de off. cius. iuncta l. 1. de suspect. & l. ait Prætor & l. iudex de re iud. Imò generaliter verbum (*cognitionis*) à lege prolatum includit eam sententiam. l. sæpe. l. Generaliter. ff. de off. præsid. l. 1. C. si contra ius, l. Notionem, de verb. sign. l. 2. de constit. Princ.

CAPVT XCIX.

Vtrum iudex delegatus possit alium subdelegare, si habeat hanc facultatem à delegante.

SCripsi lib. 2. controuers. cap. 15. delegatum subdelegare non posse, licet facultatem subdelegandi habuerit à delegante, & vsus sum argumento illo præcipuè, quod delegandi potestas specialiter concessa sit certis magistratibus, l. cùm Prætor, § 1. ff. de iudic. & consequenter in alium transferri non posse, l. in princ. ff. de off. eius. Oriuntur hic difficultates tres.

Prima ex Rim. iun. in d. l. 1. nu. 70. vbi scribit: *Posito, quòd potestas delegandi competat solis maioribus Magistratibus, & deneget a sit minoribus: non tamen inferri posse quod Magistratus illi maiores delegare non possint, cum facultate subdelegandi.*

Respondeo, imò rectè id inferri: quoniam si potestas delegandi competit certis duntaxat Magistratibus, qui maiores appellantur, & sunt, ex hoc sequitur, facultatem ipsam delegandi non competere iure Magistratus. Quod enim iure Magistratus competit, omnibus Magistratibus etiam infimis conceditur, vt notat glos. in d. l. 1. in ver. Magistratus. Cùm itaque iure magistratus non competat hæc facultas delegandi, non erit ponenda sub regula secunda d. l. 1. quæ ita se habet: *quæ verò iure Magistratus competunt, mandari possunt.* Continebitur ergo sub prima regula d. l. 1. *quæcunque specialiter &c mandata iurisdictione non transferuntur.* Et sic delegari non possunt.

Altera difficultas est Francisci Duareni ad tit. de iudiciis vbi dicit: *Ius dandi iudicem non fuisse specialiter lege, Senatusc. Constitutione Principum concessum certis magistratibus: aliud enim esse specialiter aliquid concedi per legem, &c. Aliud verò lege concedi. Primum delegari non potest, alterum verò videtur posse delegari.* Respondeo, istud nihil esse: quia cùm certis Magistratibus tributa sit hæc potestas dandi iudicem, est perinde, ac si specialiter tributa esset, non quia competit iure Magistratus, sed competit ex dispositione legis vel Principis certis Magistratibus, & sic delegari non potest.

Tertiam difficultatem ego cognoui, quia textus in l. cùm Prætor, § 1. de iudic. non dicit, ius delegandi competere his solis, quibus lege, vel Senatusc. vel constitutione Principum tributum est, sed addit, insuper competere etiam iis, quibus more id concessum est. Respondetur, certis Magistratibus more id permissum esse propter vim Imperij, vt ibi dicitur, sed istum modum extendi non posse, vt videlicet ipsi Magistratus & delegare possint & in delegatum transferre delegandi

gandi potestatem. Hoc non dicit ibi textus nec colligi potest ex natura consuetudinis, imò potius contrarium ex natura consuetudinis potest suaderi: quoniam consuetudo est strictiuris, nec potest extendi vltra suos terminos, Bald. in l. fin. commu. de iud. Natta consl. 46. n. 2. Crau. consl. 30. nu. 7. Bello. consl. 42. n. 6. Ceph. consl. 338. nu. 45. & alij apud Suidum decis. 131. n. 9.

CAPVT C.

An tutela datio competat iure magistratus & delegari possit?

TRes sunt doctorum opiniones hac de re. Vna, quod olim tutelæ datio iure magistratus non competeret; & proinde delegari non posset: sed hodie iure magistratus competere, ac proinde delegari posse. Ita glo. in l. 1. in ver. mandari, de off. eius, quam secutus est Alex. ibi n. 36. quando scilicet, substantia pupilli est infra quingentos aureos. Fundamentum est in §. Nos autem: institu. de Atil. tut. vbi data est potestas defensoribus ciuitatum dandi tutores vnà cum Antistite ciuitatis. Sed dicebat Fulgosius: illum textum non probare, quia soli defensores non possunt tutorem dare sine Antistite. Replicat ad hoc Alex. in l. delegari posse & delegatum vnà cum Antistite tutorem daturum esse. Sed Iason in d. l. 1. n. 66. dicit, Alex. errare: quia textus loquitur de ipso magistratu, non autem de delegato eius, quòd scilicet defensores ciuitatum vnà cum Antistite tutorem dare possunt, non autem, quod hoc liceat delegato ab ipsis defensoribus. Contra Decius nu. 45 in d. l. 1. defendit Alexandrum hac ratione, quia, si defensores non possunt tutorem dare sine Antistite, minùs hoc poterit facere delegatus ab eis, l. nemo plus iuris, de reg. iur. Respondet igitur Decius aliter ad illum text. dicens non probare, quòd tutoris datio hodie competat iure magistratus, vt loquitur regula text. d. l. 1. dum ait: *Quæ verè iure magistratus competunt, delegari possunt.* Est enim hæc regula intelligenda simpliciter & non secundum quid, arg. l. hoc legatum de leg. 3. Ergo est intelligenda hæc regula de his, quæ competunt iure magistratus simpliciter & absolute, non autem secundum quid, prout intelligeretur, si diceremus dationem tutelæ iure magistratus competere, ita tamen, vt Magistratus vnà cum Antistite tutorem daret, debet ergo intelligi, iure magistratus competere id, quod ipse magistratus iure suo facere potest, sine alterius authoritate.

Altera est igitur opinio huic contraria, videlicet, neque olim, neque hodie dationem tutelæ iure magistratus competere. Ita Dec. in d. l. 1. n. 45. & hanc crebriorem sententiam esse scribit Alfan. ibi, nu. 130. & sequitur Rim. iun. n. 339. & seq.

Primum argumentum est ex l. Muto, §. Tutoris datio, de tutel. vbi dicitur, tutoris dationem competere illis solis quibus lege, vel Senatusc. vel constitutione Principum concessa est. Ergo non competit iure magistratus. Respondet Alfanus illum textum procedere ante constitutionem Iustiniani, de qua fit mentio in d. §. Nos autem.

Secundum argumentum Decij sumitur ex l. Nec mandante, ff. de tut. & cur. vbi text. dicit; nec mandante Præside alius tutorem dare potest. Huius quatuor sunt expositiones, quæ tollunt hoc argumentum, vt colligitur ex Iasone in d. l. 1. n. 66. & ex Rim. iun. nu. 340. cum plur. seqq. Prima expositio: (*nec mandante Præside*) id est: (*Præside non mandante*) neque enim poterat magistratus tutorem dare sine iussu Præsidum, §. sed hoc iure, inst. de Atil. tut. Secunda expositio. (*nec mandante Præside*) id est, (*etiam sine mandato Præsidis*) quæ est Iasonis n. 66.

Tertia (*alius*) id est, priuatus dare tutorem non poterit Præside mandante quasi priuato delegari non possit. Quarta expositio: *nec mandante Præside alius*, id est, *alius Præses*.

Tertium argumentum Decij desumitur ex l. penult. de off. procons. & ex l. 1. §. legatus de tutor. & curat. in quibus locis probatur specialiter datam esse potestatem legato proconsulis dandi tutores: ex hoc enim arguitur iure magistratus non competere. Respondet Alfanus, argumentum retorqueri posse: quia, si competit legato proconsulis, ergo etiam cæteris quibus mandata est iurisdictio, competere videtur, arguendo de legato Proconsulis ad alios. Quod argumentum valet in hac materia delegationis l. Cognitio, eod. tit. de off. eius, l. 1. §. primo, de susp. tut.

Quartum argumentum est, quia magistratus olim dabant tutores iussu Præsidum l. Lucius §. cùm in testamento, de adm. tut. sed hoc est immutatum, quando pupilli facultates sunt infra quingentos aureos. Ergo in reliquis manet incorrectum. Respondet Alfanus sub nu. 133. Iussum Præsidum non fuisse impedimento, quominus diceretur iure magistratus competere. Melior est responsio: quod hodie iussus Præsidum non est necessarius, vbi facultates sunt infra quingentos aureos, §. sed hoc iure vtimur, inst. de Atil. tut.

Postremum argu. est: quia tutoris datio est magni momenti, cùm sit iusatque potestas in

capite libero, inſt.de tutel. Reſpon. Alfanus non conſiderari grauitatem tutelæ, ſed quantitatem bonorum à Iuſtiniano, vt patet ex §. Nos autem.de Attil.tut.

Tertia eſt opinio Fulgoſij, Alex.& aliorum quos refert Rim.iun.in d.l.1.nu.307. ius dandi tutorem competere iure Magiſtratus etiam inſpecto iure veteri.

Primum argument. eſt ex l.ius dandi, ff.de tut. & cur.vbi dicitur:ius dandi tutorem conceſſum eſſe omnibus Magiſtratibus, etiam municipalibus.

Reſpondet Decius hoc eſſe intelligendum præcedente iuſſu præſidis, vt in §.ſed hoc iure,inſtit.de Attil.tut. & in l.Lucius.§. cùm in teſtamento,de adminiſtrat.tutor.& in l.1.§.ſi quando. ff.de magiſtr. conuen. Sed replicat Rim.iun.poſt alios non poſſe hoc dici, quòd requiratur iuſſus Præſidis: quoniam textus dicit non poſſe dari tutorem alterius municipij: poſſet autem magiſtratus dare tutorem alterius municipij, ſi præcederet iuſſus Præſidis. Alia igitur reſponſio adfertur à Rimin. Iun.& à Pirrho Alfano, quæ fuit ſolutio etiam Sylu. Aldobr. vt ſcilicet, magiſtratibus competat ius dandi tutores, non iure Magiſtratus, ſed ex ſpeciali legis conceſſione & conſuetudine.

Secundum argu. ſumitur ex l. 2.§.ſi mater ff.ad Tertull. vbi dicitur: Magiſtratibus municipalibus iniungi neceſſitatem dandi tutorem:ſed reſponderi poteſt,vt ſuprà.

Tertium argum. ſumitur ex l.Diuus,de tut. & cur. Nam dum ibi dicitur,non poſſe Magiſtratum dare tutorem ex vicinis ciuitatibus,videtur inferri,quòd poſſit dare aliquem idoneum in ciuitate pupilli commorantem. Contrà, reſponderi poteſt eodem modo, prætermiſſa reſponſione Rim. iun. cui replicat Alfan. videlicet concedendo, Magiſtratum dare poſſe huiuſmodi tutorem: non tamen infertur,iure Magiſtratus competere ex ratione ſupradicta.

Quartum eſt ex l.Neque à Præſide, C. qui dare tut. poſſ. vbi ſimile argumentum à contrario ſenſu ſumi poteſt; ſed tollitur eadem reſponſione.

Quintum argum. ſumitur ex l. vbi abſunt de tut.& cur. vbi Magiſtratus non poteſt dare tutorem collegam ſuum. Ergo alium dare poteſt. Reſpondeo, vt ſupra dictum eſt, negando conſequentiam.ergo iure Magiſtratus competit.

Quid dicendum? videbatur prima fronte in hoc arg. dicendum:tutelæ dationem competere iure Magiſtratus & delegari poſſe. Quia competit omnibus magiſtratibus etiam municipalibus iuſſu Præſidum, vt docet Imp.in §.ſed hoc iure vtimur, inſtitut. de Attil.tut. ergo delegari poteſt, quoniam Præſes iubendo magiſtratibus, vt dent tutores, videtur delegare dationem tutorum quia iubere eſt mandare,glo.inſt.de Attil.tut.in ver.iuſſu, & mandare eſt delegare, vt in rubr.de off. eius. His non obſtantibus,ego concludo, neque olim, neque hodie tutoris dationem competere iure Magiſtratus, nec mandari poſſe.

Primò moueor; quia, ſi originem rei ſpectemus, nunquam videbimus hanc dationem tutoris iure magiſtratus competiuiſſe. Principio enim conſtat ex legibus 12.tabul.pupillos in tutela agnatorum ſuorum fuiſſe, in inſtit.de legit.agna. tut. & nullus poterat tutorem dare,excepto parente, in teſtamento, vt inſt.de tutel.§.Permiſſum.Poſt hæc ſuperuenit lex Attilia & Iulia, quibus data eſt poteſtas Prætori vrbano & præſidi dandi tutores, inſt.de Attil.tut.in princ.ſi datio tutelæ competeret iure Magiſtratus, ſine dubio Prætor & præſes potuiſſent tutores dare: nec fuiſſet opus lege,quæ tribueret eis hanc poteſtatem. Tertiò adempta fuit poteſtas Prætori & Præſidi, & data fuit Conſulibus, vt in §. ſed ex his,inſt.de Attil.tut.& l.1. ff. de confirm. tut. Quartò ablata eſt hæc poteſtas Conſulibus, & data fuit Prætori tutelari, de quo fit mentio ibi,à Iuſtiniano,& clarius in l.1. C. de tut. vel curat.Illuſtr. vbi conſtitutum fuit, vt perſonis illuſtribus prætor tutelaris tutorem daret vnà cum Præfecto vrbis. Quintò, Prætor tutelaris receſſit ab aula & omnibus magiſtratibus data eſt poteſtas iuſſu Præſidum prouinciæ, & hoc ex quadam conſuetudine, vt habetur in §.ſed hoc iure vtimur, inſtitu.de Attil.tuto. per quem text. declaratur text. in d.l.Ius dandi.de tut.& cur.Poſtremò, facta eſt conſtitutio à Iuſtiniano, quod defenſores ciuitatum vnà cum Antiſtite dent tutores, l. Nos autem,de Attil. tutor. Eſt igitur dicendum, tutelæ dationem non competere iure magiſtratus, nec vnquam competiuiſſe: quia nunquam ex natura magiſtratus nec in generali auctoritate magiſtratus comprehenſa fuit authoritas dandi tutores.

Secundò moueor ex l.mutus,§. Tutoris datio,de tutel iuncta l.1.de off.eius. Non obſtat reſponſio Pirrhi,illum text. procedere ſecundum ius antiquum: non autem poſt conſtitutionem, de qua fit mentio in d. §. Nos autem,quia reſpondeo: Imò per illam conſtitutionem Iuſtinian. probari, non competere iure magiſtratus: quia ſi competeret iure magiſtratus, hodie non fuiſſet opus conſtitutione ſpeciali. Imo hæc inuicem opponuntur, competere iure Magiſtratus & ex conſtitutione Principis,vt in l. 1. in princ. de off.eius.

Poſtremò

Poſtremò moueor ex leg. Nec mandante, ff. de tut. & curat. Nec obſtant expoſitiones allatæ: quæ ſunt diuinatiuæ omnes & contra proprietatem dictionis (*Nec*) quæ exponitur pro (*neque*) Alberic. in diction. Bart. in l. ſæpe, n. 3. de verb. ſignific. Non obſtat, quod dicitur de iuſſu: quia aliud eſt iuſſus, aliud delegatio, vt dicebat Alſan. in d. l. 1. Iuſſus enim excitat iuriſdictionem: non autem inducit delegationem, ſicuti bene declarat Aldobr. in d. §. ſed bene vtimur, ſed numer. 21. quia ſcilicet magiſtratibus id erat concceſſum à lege, Præſide iubente; ita, quòd magiſtratus hac in re non procedebant ex delegatione Præſidum, & huic interpretationi conſonant verba d. l. ius dandi, dum ait: *Ius dandi tutores datum eſt omnibus magiſtratib. municipalibus, eóq; iure vtitur, &c.* Cur autem magiſtratus dare non poſſit tutorem hominem alterius municipij vt ibi dicitur, ratio illa eſt; quoniam tunc demum dandus eſt tutor alterius municipij, quando nullus in ciuitate idoneus reperitur, leg. Diuus, eodem tit.

Ffff

Finis libri duodecimi.



CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER XIII.

Caput Primum.

De vero intellectu l. 1. de off. eius.

Communis intellectus l. 1. de offic. eius, hic est secundùm glossam, Bartol. & Dd. omnes communiter, caussas meri, & mixti Imperij delegari non posse, quia specialiter, & in priuilegium tribuuntur maioribus magistratibus. Caussæ verò simplicis iurisdictionis, & aliæ, quæ competunt omnibus magistratibus etiam minoribus, delegari posse. Hic communis intellectus reprehenditur à Decio multis rationibus.

Primò, quia textus dicit: *Quæcunque specialiter lege vel Senatusconsulto tribuuntur.* & nullam facit mentionem caussarum meri & mixti Imperij. Ergo illa verba non sunt restringenda ad caussas meri, & mixti Imperij; quia continent omnes caussas specialiter tributas. Respondet Bologn. in d. l. 1. sub num. 66. & Pirrhus num. 112. omnes caussas specialiter commissas comprehendi, dummodo in priuilegium sint concessæ maioribus magistratibus, ita quòd minoribus non sint concessæ. Et hoc, quia verbum *specialiter* significat priuilegium, l. si non speciali, C. de testam. l. ius singulare ff. de legibus. Hoc igitur verbum *specialiter* restringit verba legis ad caussas meri, & mixti imperij, de quibus cognoscunt solùm magistratus maiores, non autem minores.

Secundò, inquit Decius, contra communem intellectum textum loqui impersonaliter dicens, *Quæcunque tribuuntur*, & non dicit textus, magistratibus maioribus. Ergo videtur diuinatio exponere textum, vt loquatur de caussis in priuilegium concessis maioribus magistratibus, cùm de magistratibus nullum verbum faciat. Respondet Bolog. vbi supra, licèt non fiat mentio in textu de magistratibus, tamen necessariò subintelligendam esse personam magistratus, tanquam subiectum, cui huiusmodi caussæ committuntur. Maximè cùm illud verbum *tribuuntur* referatur ad magistratus. Et quia hæc solent committi maioribus magistratib. & minoribus denegantur prout sunt caussæ meri Imperij, de quibus postea textus loquitur, meritò dicendum videtur, textum esse intelligendum, de caussis concessis maioribus magistratib. in priuilegium.

Tertiò mouetur Decius, quia secundùm communem intellectum, tota vis consisteret in eo quòd caussæ essent commissæ maioribus magistratibus, vt non possent delegari & sic nulla esset habenda ratio, quòd specialiter caussæ essent commissæ. Quod tamen maximè consideratur in ipso textu. Respondet Pirrhus Alfanus vbi supra, quòd si caussæ competunt maioribus magistratibus & minoribus denegantur, ex hoc constat, illas esse specialiter tributas maioribus: & sic verificatur illud verbum *specialiter* ponderatum, in textu.

Quartò mouetur Decius, quia versic. *Quæ verò iure magistratus competunt* &c. in hoc communi intellectu restringitur ad minores magistratus, quod videtur absurdum. Primò, quia multa competunt maioribus magistratibus, eo ipso, quod sunt magistratus, & sic iure magistratus. Deinde, quia iste versiculus, velut aduersatiue ad verba præcedentia. At hæc est natura aduersatiuæ, vt in ea reperita esse intelligantur omnia præcedentia exceptis his in quibus aduersatur, vt notat Bartol. in l. si marito §. vltim. ff. de adulter. Si ergo suprà textus locutus est de maioribus magistratibus, videtur dicendum, etiam in hoc versiculo loqui de minoribus magistratibus

ſtratibus. Reſpondent Bolognet. & Alfan. quamuis maioribus Magiſtratibus aliqua iure Magiſtratus competāt, tamen hæc eſſe communia cum minoribus Magiſtratibus. Itaque ille verſiculus intelligi poteſt de maioribus Magiſtratibus, ſed reſpectu cauſſarum minimarum, quæ conceduntur etiam minoribus Magiſtratibus: vel reſpectu cauſſarum meri, & mixti imperij, & ſimplicis iuriſdictionis, quæ competere dicuntur iure Magiſtratus tam maioribus, quàm minoribus, & delegari poſſunt.

Quinto igitur loco Alciat. lib. 2. paradox. cap. primo mouetur contra intellectum communem: quia cauſſæ mixti imperij delegari poſſunt adducens leges, & auctoritates. De hac quæſtione iam ſatis ſuprà diſputatum eſt.

Sextò igitur inſurgit Alfan. nume. 114. quia bonorum poſſeſſio, eſt mixti imperij, l. Imperium, de iuriſd. omn. iud. & tamen non eſt ſpecialiter delegata Lege, n Senatuſconſulto, vel Conſtitutione Principis, ſed pendet ex Prætoris edicto, inſt. de bon poſſ. in princip. Similiter cautio damni infecti eſt mixti imperij, l. iubere, cauere, de iuriſd. omn. iud. & tamen venit ex Prætoris edicto, l. 1. de damn. inf. Reſponderi poteſt, fieri poſſe, vt aliquæ cauſſæ mixti imperij reperiantur, quæ non ſint ſpecialiter tributæ à lege, vel Senatuſcōſulto, &c. Textus autem dictæ legis primæ loquitur de cauſſis mixti imperij, quæ ſpecialiter tribuuntur, ideóque delegari non poſſunt, ſed aliæ ſupradictæ delegari poſſunt, d. l. 1. de dam. inf. l. 4. §. duas, eod. titu. l. cognitio, §. vt bonorum, eod. tit. de off. eius.

Septimò opponit Alfanus, quod textus in d. l. nullum exemplum adferat de mixto imperio, ſed tantùm de mero, imò ſubdit: Merum imperium, quod lege datur, delegari non poſſe: excipiendo illud à regula generali eiuſdem textus, quòd iuriſdictio mandari poſſet. Quo quidem argumento vſus eſt etiam Alciat. vbi ſuprà. Reſpondet Bolognetus pro cauſſis mixti imperij facere textum in l. 2. ff. eo. tit. Sed male, iudicio meo. quia illa cognitio de cauſſis manumiſſionum ſpecialiter erat mandata, vt aliàs dixi, in quæſtione illa, an mixtum imperium delegari poſſet?

Octauò opponit Alfanus, ſecundùm communem intellectum opus eſſe reſtringere textum in verſiculo: *Quæ verò iure Magiſtratus:* ad defenſores ciuitatum; quibus cognitio tantùm competebat de cauſſis quinquaginta aureorum, l. 1. C. de defenſ. ciuit. licet poſteà aucta ſit iuriſdictio vſque ad trecentos aureos, in §. audiens. in auth. eod. tit. quod videtur eſſe abſurdum. Reſponderi poteſt, non eſſe abſurdum, quia delegare poſſunt etiam alias cauſſas maiores propter impedimentum abſentiæ, vel propter occupationes, l. placet. C. de pedan. iudic.

Poſtremò mouetur Pirrhus ex l. Prætor, & l. ſolent. de iuriſd. omn. iud. vbi prætor ſolet totam ſuam iuriſdictionem, aut partem mandare. Ergo facultas d. legandi non poteſt reſtringi ad cauſas trecentorum aureorum. Reſponderi poteſt ex mente Bolognet. quod dicitur in d. l. Prætor, & leg. ſolet, reſtringendum eſſe ac limitandum, prout in textu noſtro, vt videlicet Prætor delegare poſſit in caſu abſentiæ. Item, vt delegatio fieri non poſſit de cauſſis in priuilegium conceſſis maioribus magiſtratibus.

Secundum intellectum Fulgoſius attulit, & Alciat. lib. 2. paradox. cap. 1. Iacob. Cuiac. & multi alij recentiores, quem habuit etiam Gloſſ. in l. 1. verſi. ſpecialiter. Codic. ne lic. poten. textum hunc in prima parte intelligendum eſſe, prout verba ſonant. Vt verbi gratia, quod lege Iulia, vel Cornelia vel Pompeia, vel Senatuſconſulto Sillan. (*ſpecialiter*) id eſt, nominatim, tributum eſt, & conceſſum, vel conſtitutione Principis, id Magiſtratus delegare non poſſint. Quod verò competit Magiſtratibus eo ipſo, quòd ſunt Magiſtratus delegari poſſit, prout in ſecunda regula. Et fundamentum eſt, quia verbum (*ſpecialiter*) Latinè ſignificat nominatim, ponitúrque ad differentiam verbi generaliter, lege item apud Labeonem §. hoc edictum, de miu. l. 1. §. dixerit aliquis, de publica. l. 4. ff. §. quis caut. in §. quæſitum. Albericus in dictionario, ver. ſpecialiter cum aliis legibus adductis per Decium ſub num. 41.

Multa obiiciuntur. Imprimis Alexand. opponit textum in l. Placet, C. de pedan. iudic. & alia iura, in quibus probatur, cauſſas mixti imperij, quæ officio iudicis nobili expediuntur, delegari non poſſe. Ex hoc enim vult inferre, naturam cauſſæ, & qualitatem Magiſtratus impedire delegationem, non autem ſpecialis conceſſio, facta à lege, vel Senatuſconſulto, vel conſtitutione Principis.

Reſponderi poteſt concedendo, quod aliquæ cauſſæ mixti imperij ſua natura delegari non poſſint: ſed illud erit conſtitutum aliis legibus, non autem in hac lege noſtra.

Secundo opponit Iaſ. naturam aduerſatiuæ dictionis in verſiculo: *Quæ verò iure Magiſtratus.* Debet enim aduerti in iure & in facto, vt docet Bart. in lege hac amplius, §. de his, de damn. infecto. Ergo cùm verſiculus (*quæ verò*) loquatur de his, quæ competunt iure Magiſtratus, oportet dicere, Principium loqui de his, quæ competunt priuilegio Magiſtratibus

Nihil est secundùm Decium; quia id prima parte textus loquitur de his, quæ specialiter committuntur, & hinc est ad secundam, altera regula, quæ loquitur de his, quæ competunt iure magistratus.

Tertio opponit Decius contra hunc intellectum; quia sequeretur quod caussa specialiter commissa à lege, etiamsi esset minima, non posset delegari, quod videtur absurdum, secundùm Inn. in c. vlt. §. tale off. deleg.

Respondet Decius, id non esse absurdum, adducens Panormit. in d. § 2. & quia forma data à lege etiam in minimis seruari debet, adducens Bald. in l. 1. de liber. & posth.

Quarto opponit Decius text. in l. à iudice. C. de iud. vbi delegatus Principis potest subdelegare, & tamen ei specialiter caussa est commissa à Principe. Respondet, textum loqui de caussa specialiter commissa à lege vel à Principe contemplatione, & fauore ipsius caussæ, non autem de caussa delegata, quia caussa delegata intelligitur, vt tollatur de manu ordinarij. Sed melior est responsio Alfini dicentis, diuersam esse rationem, quia ordinario magistratui Princeps committit caussas generales, & speciales, vnde verisimile est, noluisse Principem delegari caussas, quas specialiter committit. Hæc autem ratio cessat in delegato Principis, cùm ei omnes caussæ specialiter demandentur.

Quinto idem Decius opponit text. in §. audiens in authent. de defensor. ciuit. vbi defensoribus ciuitatum specialiter sunt commissæ caussæ vsque ad summam trecentorum aureorum, & tamen possunt delegari.

Respondetur, concessas esse huiusmodi caussas, non specialiter, prout loquitur text. noster, sed taxatiue ad moderandam iurisdictionem defensorum ciuitatis.

Sexto opponit Bolog. omnes caussas secundùm originem earum fuisse specialiter tributas certis magistratibus. l. 2. §. Capta, de orig. iur. infra. eod. de fideicomm. hæred. in princ. Ergo sequeretur, nullam caussam delegari posse.

Respondeo, id præsuppositum negando: quoniam dico, multas esse caussas, quæ competunt iure magistratus, vt patet ex l. nostra, in 2. reg. & l. 2. ff. ad l. Aquil. & alibi, vt puta in caussis super contractibus, super negotiis, & iuribus contrahentium, quæ competunt iure magistratus, non autem aliqua speciali lege, vel Senatusconsulto, vel constitutione Principis. Addeb quod regula text. in d. l. 2. loquitur de Magistratibus iam constitutis, quibus lege vel Senatusconsulto, &c. specialiter caussæ sunt concessæ, & sic non benè infertur ex origine magistratuum ad tempus, quo iam constituti sunt.

Septimò opponit Bologn. & cùm eo Alfin. stante hoc intellectu, omnes caussas delegari posse, quia generaliter nunc commissæ sunt magistratibus, l. 1. §. cum vrbem, de off. præfec. vrbis, l. omnia de off. præs. l. 1. in aliquantum §. vlt. de off. procons. l. nemo potest, de regulis iur. quod tamen est absurdum. Respondeo, impediri delegationem multarum aliarum caussarum, licet non specialiter sint concessæ, non vigore huius legis nostræ, sed aliarum legum. Possunt enim hæc simul stare, quod, quæ specialiter tribuuntur, mandari non possint, vt in l. nostra, & quod etiam quædam sint non specialiter concessa, quæ tamen delegari non possint, prout sunt caussæ meri imperij, l. nemo potest de reg. iur.

Omitto alios intellectus breuitatis caussa, cùm nullum operæpretium facturus sim in referendis omnibus aliis interpretationibus.

Quid igitur dicendum? Videbatur mihi prima fronte, amplectendus communis intellectus. Primò, quia res est dubia inter DD. vt iam patet. In dubio autem melius videtur inhærere communi sententiæ, c. ne innitaris, de constit. Secundò, quia iurisdictio delegata videtur esse odiosa, glos. in c. 1. de rescript. in 6. ergo videbatur textus noster restringendus ad caussas simplicis iurisdictionis.

Istis non obstantib. ego sequor intellectum Fulgosij, repudiato communi intellectu.

Primò: quia fundamentum communis intellectus non est satis firmum, quòd scilicet verbum *specialiter* significet priuilegium, ius speciale significat priuilegium, similiter constitutiones speciales denotant priuilegia, l. 1. de const. princ. sed verbum *specialiter*, quod denotet priuilegium, hoc ego non reperio: quia significat nominatim, vt dictum est, & declarat Alberic. in dictionario, in verbo, *specialiter*.

Secundò: quia intellectus Fulgosij magis conuenit literæ, & pro se habet text. in l. 2. infra eod. tit. iuncta l. 1. ff. de reb. cor. & in l. cùm hi, § sed nec mandare, ff. de transf. & in l. Muto, §. tutoris datio. ff. de tutelis, ibi, à l. nec mandante, eod. titu. & in l. 1. C. ne sic. potent. iuncta glos. ibi, & plurima alia exempla, quæ commemorat Vacon. à Vacuna lib. 1. declar. iur. c. 73. sed melius Cuiac. in commentariis huius legis.

Tertio moueor: quia quando caussæ specialiter sunt commissæ lege vel Senatusconsulto, manifesta suppetit ratio, cur delegari non possint: è contrario autem, cur delegari possint ea, quæ iure Magistratus competunt, ratio est in promptu; & hæc est, Nemo potest in alium transferre, quod ipse non habet, l. nemo plus, de reg. iur. Nemo

potest

potest delegare qui iurisdictionem habet non iure proprio, sed alieno beneficio, l. more, iurisdict. ergo magistratus poterit delegare ea, quæ habet ipse tanquam magistratus: quoniam illa habet iure proprio, eo ipso quod est magistratus. Quæ vero habet non iure magistratus: sed ex speciali prouisione legis aut Principis aut Senatusconsulti, illa non habet iure proprio. Merito delegare non potest. Ratio rationis hæc est, quia lex specialiter committendo illi, & denegando cæteris magistratibus, satis manifeste declarare videtur se velle, vt ille solus magistratus cognoscat, non autem alij delegare posse, cum ipsa lex vel Princeps vel Senatusconsultum noluerit eiusmodi caussas communicare omnibus magistratibus, sed specialiter demandauerit.

Non obstant rationes supra adductæ pro communi intellectu: quoniam communis intellectus non est sequendus, vbi in contrarium est veritas, seu contraria opinio melioribus rationibus munita est, Abb. in c. 1 in fin. de constit. Roland. cons. 10. in fin. lib. 2. Ad alterum argumentum respondeo, iurisdictionem delegatam esse aliquando etiam fauorabilem. l. 1. de damn. infect. l. cognitio, §. vlt. de off. eius.

CAPVT II.

Vtrum, si magistratus delegauerit, propter absentiam, caussas meri imperij: intelligatur delegatio reuocata statim atque magistratus est reuersus?

COmmunis est, & vera sententia, iurisdictionem delegati, expirare statim atque reuersus est magistratus, qui propter absentiam caussam delegauit. Vide post Bart. & alios Rimin. iun. in l. 1. de off. eius, numer. 578 Pirrhum n. 263. & alios recentiores. Fundamentum est, quia absentia fuit in caussa delegationis, & ideo cessante absentia, cessat ipsa delegatio, argum. l. non solum, §. 1. ff. de excus. tut. & c. si quem, de procur. lib. 6. Cessante enim caussa, cessat effectus, nondum consummatus, quando effectus rei habet tractum successiuum, §. item hi, inst. de excu. tut. & notat Bald. in l. Generaliter, C. de Episcop. & Cler.

Contrariam sententiam habuit Dec. in d. l. 1. de off. eius, quando res non esset integra, quia scilicet, delegatus cœpisset caussam cognoscere, sequitur Roma. ibid. & Aqueo. nec non Curt. iun. mouisequentibus argumentis.

Primum est ex c. quamuis ab eo, de off. deleg. lib. 6. & c. venerabili, de off. delegati, vbi consideratur, an res sit integra, vel non, sicut & in l. si pecuniam, de cond. caus. da. Respondetur, caussam ibi fuisse simpliciter delegatã, non autem ob certum aliquod impedimentum. Sed in quæstione nostra facta fuit delegatio propter absentiam, merito cessante absentia expirat delegatio.

Secundum argumentum est ex l. Iudicium soluitur, de iud. vbi iudicium soluitur vetante eo, qui iudicare iussit. Ergo requiritur expressa reuocatio. Respondeo, textum illum loqui de iudice simpliciter dato, non ob aliquod impedimentum, sed in quæstione nostra datus fuit iudex propter absentiam: merito ibi necessaria est reuocatio, hic vero non est necessaria.

Tertium argumentum est, quia, si magistratus reuertatur, & iterum proficiscatur, statim non extinguitur delegatio, quia non videtur reuersus, qui statim profecturus est, l. cum alijs, C. de iur. fisc. ideo, an iurisdictio delegati expiret propter reditum, videtur pendere à futuro euentu. Respondetur, statim reuerso magistratu intelligi posse, an sit mansurus. Si non sit mansurus, non videtur reuersus, l. aliud est capere, §. peruenisse, de verb. sign. At nos loquimur, quando constat magistratum esse mansurum.

Quartum argumentum est: quia iste delegatus videtur habere potestatem à lege propter absentiam magistratus. Sed respondetur, legem non imponere necessitatem magistratui delegandi, sed dare ei potestatem, si velit, l. 1. §. huius rei de offic. eius, merito pendet à magistratu delegatus, non à lege.

Quintum argumentum est ex ca. cum plures, de off. deleg. in 6. & ex c. si duo, §. cæterum, de procur. in 6. Respondet Rim. iun. in d. l. 1. n. 595. illud argumentum ad rem non facere, quia ibi, qui cœpit, non habuit potestatem ab impedito, sed ab alio. Sed in quæstione nostra delegatus habuit eam potestatem ab impedito, propter absentiam, merito, eo reuerso, cessat impedimentum & delegatio. Quædam alia argumenta leuiora refert, & refellit ibi, Rim. iun. ad quem me remitto.

CAPVT III.

Argumentum à contrario sensu ex legibus an recte desumatur?

COmmunis est, & vera DD. sententia in l. 1. de off. eius argumentum à contrario sensu ex legib. recte desumi, & validum esse adeo, vt dixerit Bald. esse text. legis, in consil. 142. n. 3. lib. 2. cuius mentionem faciunt Hipp. Rim. ibi n. 173. & Pirrh. Alfan. n. 204.

Primo probatur ex d. l. 1. de off. eius in vers. huius rei fortissimum argumentum, vbi Pa-

pinianus argumentatur à contrario sensu hoc modo. *Lege Iulia de vi nominatim cauetur, ut is cui obuenerit exercitatio, possit eam, si proficiscatur, mandare. Non aliter itaque mandare poterit, quàm si abesse cœperit. Cùm aliàs iurisdictio etiam à præsente detur.* Secundò in l. ex eo ff. de test. b. vbi text. dicit. *Ex eo quod prohibet lex Iulia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur, etiam mulieres in iudicio testimonij dicendi ius habere.* Tertiò ex l. qui testam. §. mulier de test. vbi idem dicitur. Quartò ex l. cùm lex ff. de legi. *cùm lex in præteritum quid indulget, in futurum vetat.* Quintò ex l. iuris. §. Prætor ait, de pactis. iuncto §. pactorum, eadem lege, vbi prætor ait: *Pacta conuenta quæ neque dolo, &c. facta erunt, seruabo.* & postea in §. Pactorum, ait textus: *Dolo malo, ait prætor, pactum se non seruaturum.* Sextò, ex l. cùm prætor, de iudic. vbi si prætor vnum ex pluribus iudicare vetat, cæteris id committere videtur, vt rectè declarat Riminan. in d. l. 1. nu. 184. Septimò, ex l. Pater filium § quindecim, de legat. 3. vbi testator prohibuit alienationem libertis aliis personis extra ipsos, & cùm quidam ex his libertis vendidisset partes suas collibertis, textus dicit, *Vendidisse secundum voluntatem defuncti testatoris*, quia scilicet, liberti fuerunt ex illis, quib. permiserat testator vendi. Octauò, ex l. si quis ex argentariis, §. argentario, de eden. ibi: *Arg. &c. caussa cognita edi iubebo, prohibet argentario edi, &c.* Textus enim argumentatur à contrario sensu dum dicit, edi iubebo causa cognita. Ergo causa non cognita prohibebo edi. Nonò, ex c. puella, 20. q. 1. iuncto c. cum iurium, de regular. ibi per contrarium sensum sumitur, &c. Decimò, ex cap. cùm Apostolica, de his quæ fiunt à Prælatis, ibi, *Nam & in Lateranensi consilio, &c.* vbi Summus Pontif. sumit ipse argumentum à contrario sensu. Sed operæpretium est, confutare argumenta Decij.

Primum est circa textum in l. 1. de off. eius, ait enim ibi lex Iulia: *Permittit mandari causam meri Imperij, si proficiscatur Magistratus:* non tamen sumi argumentum à contrario sensu. Ergo vetat, si non proficiscitur, sed cessat permissio: quia inter prohibere & permittere datur medium, sicut inter velle, & nolle medium est, non velle. l. 2. §. scientiam ff. de tributor. Sed decipitur secundum Rimin. iun. & Alex. quia textus dicit. *Possit eam si proficiscatur mandare.* ergo si non proficiscatur, mandare non poterit: si non poterit mandare, ergo erit prohibitus mandare.

Secundum, inquit Decius, inducta ad vnum finem, contrarium non debent inducere, l. legata inutiliter, de aliment. lega. contra intentionem disponentis, non omnis, sic etc. pos. Respondetur id quod deducitur ex contrario sensu non est contra mentem disponentis, imò secundum mentem, vt patet ex legibus supra allegatis, pro communi opinione, propter [illegible]

Tertium mouetur ex notatis per Bal. in l. 1. in fine, C. de mys. stip. vbi inquit: *Si statutum dicat minorem quindecim annis non posse obligari, sine certa solennitate, non propterea statutum vel habilitate maiorem quindecim anni, quia post ætatem quindecim annorum cessat quidem prohibitio statuti, sed res manet sub dispositione iuris communis.* Respondeo cum Rim. iun. in d. l. 1. n. 187. ideo non sumi argumentum à contrario sensu, in casu dicti statuti, ne sequatur correctio iuris communis.

Quartum mouetur Dec. ex c. indecorum, de ætat. & qual. vbi constitutum est, minorem quatuordecim annis ad regendam Ecclesiam non admitti, & tamen non rectè infertur. Ergo, si sit maior quatuordecim annis, admittendus erit. Respondeo cum eodem Rim. iun. vbi suprà, non posse hoc inferri à contrario sensu in prædicto casu, quia sequeretur correctio iuris communis, cùm requiratur ætas viginti quinque annorum, cap. cùm in cunctis, de electio.

Quintò mouetur Dec. ex l. vltim. §. filiis autem, C. de bon. quæ lib. vbi filiusfamilias prohibetur testari in his duntaxat rebus, in quibus patri acquiritur vsusfructus, & tamen non sequitur posse testari de his rebus, quarum vsusfructus patri non acquiritur. l. pen. C. qui test. facere poss. Respondetur, eodem modo non posse desumi argumentum: quia sequeretur correctio d. l. pen. [illegible]

Sextò adducit text. in l. 2. C. de natur. lib. vbi filius legitimis extantibus, permittitur patri relinquere naturalibus vnam vnciam, & tamen non sequitur à contrario sensu. Ergo, non extantibus filiis legitimis potest eos hæredes instituere in totum. Respondeo istud esse, quia sequeretur correctio legis l. humanitatis, C. eod. tit. [illegible]

Septimò, adducit textum in l. commodissimè, de lib. & posth. vbi casus omissus habetur pro omisso, nec potest sumi argumentum à contrario sensu. Respondeo, secundum Alfanum ind. lib. nu. 92. de off. eius, illud esse, ne sequatur exhæredatio filij, quod videtur esse contra mentem patris, quia pater præsumitur diligere filium, l. si quidem ff. quod met. caus. [illegible]

Postremum adducitur ex textu in l. vltim. de legat. 2. vbi non sumitur argumentum à contrario sensu. Respondeo istud esse: quia contrabas de fideicommissis, scilicet, eam esse scriptam

ſcriptam manu teſtatoris, vel eo volente: & ſic vim habuiſſe obſignatæ voluntatis, quam teſtator declarauerat, valere debere iure codicillorum, quia certum erat in eâ ſcriptura ſic obſignata, nullam fraudem eſſe, eámque eſſe teſtatoris voluntatem, propter ſigillum, quod ſolet apponi ad probādam ſcripturam. cap. 2. de fide inſtrum. cum igitur eadem non militaret in epiſtola: quia licet non eſſet obſignata, conſtabat tamen de eius fide: merito deſumi non potuit argumentum à contrario ſenſu, hoc modo: Teſtator voluit valere id, quod erat obſignatum; ergo noluit valere id, quod non erat obſignatum: Non recte infertur hoc; quoniam epiſtola non obſignata perinde fidem merebatur, ac ſi obſignata fuiſſet cùm de eius fide conſtaret.

Cætera argumenta leuiora prætermitto. Et ſic concludo, communem ſententiam veriorem videri. Vide etiam pro confutatione Decij Æmil. Ferret. in l. qui teſtamento. § mulier. ff. de teſtam. Alciat. reſp. 778. Rim. conſil. 331. lib. 2. Rim. iun. conſ. 110. nu. 49. ſed vide omnino D. Mahticam melius explicantem quàm quiſquam alius. de coniect. lib. 3. tit. 15.

CAPVT IV.

Argumentum à contrario ſenſu an ſumi poſſit ex gloſſis?

ARgumentum à contrario ſenſu ex gloſſis ſumi non poſſe dixit Alex. in l. 1. num. 28. de leg. 1. Euerar. in centur. leg. ca. 4. circa fi. verſ. illud autem pro indubitato. Neuiſ. conſ. 16. col. fi. n. 9. Oſaſc. deciſ. Pede. 58. no. 30. Surd. conſ. 351. nu. 41. Nullum hæc ſententia fundamentum habet niſi quod non ſit ſolutum argumentum duci ex dictis gloſſarum, & Doctorum. Ac ideò contrariam ſententiam, & communiorem, & veriorem eſſe iudico, quam amplexi ſunt multi à Rim. iun. citati in l. 1. n. 523. de off. eius. & ab Alfan. ibid. n. 203.

Fundamentum eſt præclarum, & firmum; quia argumentum à contrario ſenſu ſumitur ex mente diſponentis, l. iuriſgentium. § ait prætor, iuncto §. dolo malo, de pactis, l. ſi quis argentario, iuncto verſ. ſic. prohibet, ff. de eden. cùm igitur mens in omni ſermone præcipuum locum obtineat; c. intelligentia de verb. ſign. nihil proponi video, cur etiam ex dictis DD. & gloſſarum ſumi non poſſit hoc argumentum, ſicuti deſumpſit Salyc. in l. 1. § 1. ff. de cond. ob cau. Loffred. conſ. 1. num. 51. Rom. ſing. 252. Tuſcis, Imol. in l. qui teſtamento. § mulier. a 1 ſi. ff. de teſtam. & quod in quacunque diſpoſitione mens prævaleat, & attendi debeat, tradunt Bartol. & Caſtr. in l. in ambiguo, de reb. dub. cum aliis à Rim. iun. citatis vbi ſuprà n. 411. & n. 524.

CAPVT V.

De argumento à contrario ſenſu ad intellectum l. 2. C. de condit. inſertis.

GLoſſa in l. 1. in verſ. fortiſſimum, de off. eius, loquens de argumento à contrario ſenſu quod valet ſecundum communem DD. ſententiam, vt dictum eſt, opponit textum in l. 2. C. de condit. inſert. Pater in teſtamento ita ſcripſerat, vt filia hæres inſtituta caueret Titio legatario de præſtando ei legato, adueniente die vel conditione, *Si à marito ſuo non diuertiſſet.* Non diuertit à marito, & cautionem præſtare recuſabat, argumentando à contrario ſenſu, hoc modo: Teſtator voluit cautionem præſtari, ſi non diuerterem à marito meo: ergo, ſi diuerterem, noluit præſtari, ſed ſi teſtator dixiſſet, cautionem præſtādam non eſſe, ſi diuerteret, remiſſa cautio intelligeretur, etiamſi non obtemperaſſet voluntati teſtatoris, etiamſi non diuertiſſet. Ergo & in caſu propoſito filia non tenetur præſtare cautionem. Quod autem cautio remiſſa prohiberetur, licet non ſeruaret filia illam conditionem, (*ſi diuerteret*) hoc probari poſſe videbatur ex l. Reprehendenda, C. de inſtit. & ſubſtit. & ex l. ſed neque. § vltim. ff. de vſu & habit. quibus in locis probatur, quod ſi hæreditas vel legatum fuerit relictum filiæ ſub conditione (*ſi diuerteret*) debetur ei legatum, etiamſi conditionem non obſeruet (*etiamſi non diuertat.*)

Sed contrarium fuit deciſum in textu, videlicet filiam cauere oportere. Igitur argumentum d. l. 1. contrario ſenſu non eſt fortiſſimum, imò non valet. Reſpondet Bart. in d. l. 1. Alex. Iaſ. & cæteri communiter, non valere ibi argumentum à contrario ſenſu, quia reſultaret prauus intellectus, conſiſtit autem in hoc prauus intellectus, quia dum teſtator iuſſit cauere, (*ſi non diuertiſſet à marito*) videretur cautionem remiſiſſe (*ſi diuertiſſet.*) Diuertere autem à marito eſt turpe, & prohibitum à lege. Hic intellectus reprobatur à Decio in dict. l. 1. quia textus ibi dat diſpoſitionem d. l. reprehendenda, non habere locum in caſu illo. Igitur, etiamſi teſtator expreſſe dixiſſet, vt non caueret, (*ſi diuerteret*) cautio non remitteretur, & ſic argumentum ibi à contrario ſenſu ſumitur. Sed ideò cautio præſtanda eſt, quoniam teſtator non potuit eam remittere, etiamſi expreſſe dixiſſet. Obſtat huic reprehenſioni Decij textus in l. ſcire, C. vt poſſeſſ. legat. vbi dicitur, hanc cautionem expreſſe remitti poſſe à teſtatore. Aliter hic reprehēdit intellectus ſupradictum communem Petr. Alfanus dicens imò ibi ſumi argumentum à contrario ſenſu

circa voluntatem testatoris: quoniam dicit textus, absurdum esse perpetui edicti negligi formam, eo quòd filia non obtemperabit patris voluntati. Nam, cùm pater iussisset eam cauere, (*si non diuerteret*) videbatur declarasse suam voluntatem fuisse, vt filia diuerteret. Quod est argumentum à contrario sensu. Secundò igitur loco respondet Dec. ex mente Petri & Alberici, non tractari ibi de argumento à contrario sensu, quia sit casus specialis, in quo non valeat argumentum à contrario sensu: quoniam conditio illa (*si non diuerteret*) aliquando adiicitur legato, & tunc non valet, & legatum nihilominus debetur, d. l. Reprehendenda. Aliquando verò apponitur præstationi cautionis: & tunc cautio non intelligitur remissa, quoniam absurdum esset, negligere formam perpetui edicti, quod iubet præstari cautionem ex eo, quòd patris voluntati non obtemperaret filia: quia videlicet conditio illa (*si diuerteret*) reiicietur. Sic enim fieret contra dispositionem testatoris, & legis. Non obstat, si dicatur cautionem remitti posse à testatore, d. l. scire, quia hoc est verum, quando testator dispositiuè remittit, prohibendo videlicet simpliciter, & absolutè cautionem præstari: secus, quando conditionaliter cautio remittitur, & ratio est, quia conditio nihil ponit in esse, l. si quis sub conditione. ff. si quis omiss. caus. testa. Hæc interpretatio Decij reiicitur ab Alfano multis rationibus. Primò quia negat Dec. hic tractari de argumento à contrario sensu, & tamen verba textus in fine contrarium indicant, ibi: *Cùm absurdum sit, &c.* Secundò, dum Decius vult, si filia non præstet cautionem, fieri contra legis dispositionem & testatoris. Nam, si filia diuerteret, & sic filia patris voluntati obtemperaret, à marito diuertendo, non esset absurdum negligi formam edicti. Tertiò, quia Decius ait, per verba conditionalia non posse remitti cautionem, quia conditio non disponit, verius enim est, sumi posse argumentum à contrario sensu etiam in conditionibus, l. Pecuniam quam. ff. si certum pet. l. Aliquando. de condit. & dem. & quod dicitur conditio nihil ponit in esse, debet intelligi, dum ea pendet: secus, quomodo euenit conditio, l. cedere diem, de verb. sign.

Tertia igitur opinio fuit Riccardi Malumbræ quem refert Alber. in d. l. 2. C. de cond. insert. Argumentum à contrario sensu non habere locum in d. l. quia testator præcepit caueri, (*si non diuertisset*) ergo (*si diuertisset*) nō præcepit caueri, sic enim sumitur argumentum à contrario sensu, sed tamen tenetur mulier cauere ex præcepto legis. Omissa responsione Alfani iniustè negantis testatorem ibi præcepisse, & insistentis in eo, quòd habeat argumentum contrario sensu, etiamsi inter contraria detur aliquod medium, scilicet est inter præcipere & prohibere, datur etiam medium, quod est, non præcipere, & nihilominus argumentum valet, l. cùm lex. ff. de legib. Omissa inquam hac responsione, quia nimis fuit intellectus, propter verba quæ videtur verba textus in d. l. scilicet: *cùm absurdum sit*, nam colligitur ex illis verbis argumentum à contrario sensu, vt supra dictum est ac declaratum, sumitur etiam argumentum à contrario sensu ibi: *cum exemplum*.

Ego puto ex mente Pirrhi Alfani & aliorum recequutorum hunc esse verum sensum illius legis, quòd valeat quidem argumentum à contrario sensu, vt probatur in illis verbis: *cùm absurdum sit*, & in illis verbis: *cum exemplum*.

Quod verò attinet ad decisionem, certum est, cautionem remitti posse à testatore legatorum præstandorum, d. l. scire, & intelligi remissam ex quolibet indicio voluntatis eius. l. 2. C. vt in possess. legat. ideo cùm testator dixerit, vt filia caueret, si non diuertisset, procul dubio voluntas testatoris hæc erat, vt si diuertisset, non caueret: filiam autem recusabat cauere contra formam edicti perpetui, nec poterat iuuari ex voluntate patris: quia illam non obseruabat, frustrà ex eo quod quis impugnat commodum sentire debet, l. ex eo, de reg. iur. in sexto.

Non obstat, quòd cautio diuortij remitti soleat, d. l. Reprehendenda: quia hæc sunt dissimilia. Nam quando filia non obtemperat conditioni diuortij, consequitur legatum, licet faciat contra patris voluntatem: quia legem non offendit. Sed, quando non obseruat conditionem diuortij, & simul recusat præstare cautionem, tunc offendit legem. Ergo mandat præstari cautionem, sicut bene declarat Cuia. lib. 9. obs. cap. 6. sed de his hactenus.

CAPVT VI.

Verum in mandatis habeat locum argumentum à contrario sensu.

Sentio etiam in mandatis validum esse argumentum à contrario sensu, sicuti docet communis Dd. Schola in d. l. 1. de off. eius, qui adferunt textum in l. cum qui, §. filius, de acq. hæred. Ego addo rationem euidentem: quia argumentū à contrario sensu dicitur ex mente legis prouenire, vt probatū est in primis præcedentibus capitibus. Ergo locū habebit etiam in mandatis: quia etiam in mandatis mens attendi

attendi debet, l. diligenter, vers. melior. ff. mand. & §. 15. qui exequitur. inst. eod. tit.

Decius contradicit; & post eum etiam Orianus, motus ex c. vlt. de verbo. signif. sed facile respondere potest: quoniam ibi nō adest materia, ex qua sumi possit argumentum à contrario sensu. Iusserat S. Pontifex quibusdam, vt moderarentur Canonicorum & præbendarum numerum, iuxta facultates Ecclesiæ, fuit quæsitum, an per moderationis verbum liceret numerum augere Canonicorum vel minuere? Respondit S. Pont. Canonicorum numerum relinquendum esse in antiquo statu. Quid hoc commune habet cum argumēto à contrario sensu? Adde quòd supplicatum fuerat S. Pontifici ab Episcopo & Capitulo, vt minueret Canonicorum numerum, quapropter mandauit S. Pontif. moderationem dicti numeri Canonicorum. Fuisset ergo valde alienum à mente S. Pontificis & supplicātium, si facta fuisset mutatio. Denique S. Pontif. ibi vult conuerti augmentum redituum in vtilitatem Ecclesiæ. Non igitur disputandum est de eo, quod fieri potuisset vigore mandati primi: quia etsi primum mandatum hanc potestatem tacitè dedisset augendi numerum per argumentum à contrario sensu, aliter tamen fuit à S. Pontifice decretum, cui parendum fuit. Scio Rimin. iuniorem dict. l. 1. num. 423. aliter respondere, sed magis placet quod dictum est.

CAPVT VII.

De argumento à contrario sensu in statutis.

QVatuor sunt conclusiones communiter receptæ à DD. in l. 1. de off. eius circa argumentum à contrario sensu ex verbis statutorum: quas vbi recensuero cum fundamentis earum, mox quid alij sentiant, & quid ego, post alios breuiter exponam. Vide Decium in d. l. n. 59. Rim. iun. num. 509. Cagnol. circa fin. Pirrhum n. 206. Bolog. Orian. & alios.

1. Conclusio. Argumentū à contrario sensu non potest sumi ex statutis, quoties inducitur correctio iuris communis. Fundamentum est in c. indecorum, de ætat. & qual. iuncto c. cum in cunctis, de elect. in doctrina Baldi in l. 1. C. de inutil. stipul. & in doctrina Bartoli in l. 3. §. cùm Titio. ff. de adim. leg. Addo ego cōmuniter notata in auth. quas actiones. C. de sacros. Eccl. vbi Doctor. dicunt non posse fieri extensionem in correctoriis etiam ex identitate & maioritate rationis.

Pungit hanc conclusionem Decius more suo dicens, in casibus istis sumi posse argumentum à contrario sensu ad limites verborum. Sed iam sæpe responsum est ad hanc Decij perpetuam obiectionem. Orianus autem in d. l. 1. numer. 45. vrget contra communem hanc sententiam notata per glossam in l. Tale pactum. § fin. de pact. vbi dicitur, id dispositum censeri in casu omisso quod verisimiliter statuentes disposuissent, si fuissent interrogati. Secundò vrget idem Orian. quod notatur in l. Omnes populi, de iust. & iure, notant omnes ibi, statutum posse corrigere ius commune in sensu directo. Ergo & in sensu contrario.

Respondeo ad primum, nihil ad rem facere: quia argumentum probat id, quod statuentes verisimiliter disposuissent in casu omisso, habendum esse pro disposito? Ad nostra quæstio est, an statutum censeatur disposuisse totum contrarium in casu omisso. Ad secundum respondeo: statuentes posse corrigere ius commune: sed de potestate hic non disputamus, quæritur de voluntate, an scilicet, statuentes voluerint corrigere ius commune? & dicimus hanc voluntatem colligi non posse per argumentum à contrario sensu: quia hoc modo, tacitè colligeretur, & non expressè. Non est autem par virtus taciti & expressi, cùm agitur de actu tollendo, l. expressa, de regul. iur. Iason in l. cùm quid, limit. 3. ff. si cert. pet.

Sed & Pirrhus Alfanus in d. l. num. 206. contra communem opponit textum in l. si cùm dotem ff. sol. matr. vbi constitutum est, si pater dotem sibi reddi fuerit stipulatus, si à marito diuertisset. Igitur in casu quo non diuerterit, pater non habet actionem: sed mulier similiter, si fuerit stipulatus pater dotem sibi restitui, si moreretur filia, in alio casu non erit patris sed filiæ actio. Et tamen corrigitur ius commune in vtroque casu: quia dos à patre profecta ad patrem redire debet, l. dos à patre. C. sol. matr. & actio dotis est communis patris & filiæ, l. 2. § 1. ff. sol. matr. Ad idem adducit textum in l. inter socerum, §. cum inter, de pact. dotal.

Addit denique id, quod fumitur ex contrario sensu, in lege contineri, l. l. Iurisgentium, §. Prætor ait, iuncto §. dolo malo, ff. de pactis. & in l. si quis ex argentariis, §. Prætor ait, ff. de edend. perpendendo versiculum, prohibet.

Respondeo ad primum: ibi non agi de statuto: sed de contractu & de stipulatione & pacto. Constat autem in contractibus & pactis validum esse argumentum à contrario sensu, nec attendi debet, an sit cōtra ius commune id, quod colligitur à contrario sensu, sed attenditur, quod actum est, & quod menti contrahentium est consentaneum, siue tacitè, siue expressè, l. in conuentionibus, de verb. signif. l. semper in obscuris, de regul. iur.

Nec enim contrahentes sunt legumlatores, neque statuentes, quibus hoc munus incumbat iuris dicendi, vel æquitatis studendæ.

Quod vero attinet ad secundum argumentum, fatemur fortissimum esse hoc argumentum à contrario sensu: & desumptum videri ex mente disponentis, verumtamen, quia vna præsumptio tollit aliam, l. Diuus, de in integ. restit. dicimus, aduersus præsumptionem orientem à contrario sensu, pugnare præsumptionem aliam, quod statuentes non videantur voluisse recedere à iure communi, nisi quatenus expressè declaratum, l. 1. C. de noxal.

II. Conclusio est, Quoties statutum in sensu directo nihil operatur, tunc valet argumentum à contrario sensu, licet corrigatur ius commune. fundamentum est, quia verba debent semper intelligi, vt aliquid operentur, l. 1. ff. quod met. caus. l. in finem, ff. ad municip. & confert textus in Auth. debita impensa, iuncta l. Nullam, C. de episc. & cleric. Hic nulla est dissensio, præterquam in exemplo, quo Dd. vtuntur, videlicet, stante statuto, quod non extantibus masculis fœminæ succedant, valet argumentum à contrario sensu, vt scilicet stantibus masculis fœminæ sint exclusæ, licet hoc iuris communis correctio inducatur: quoniam, alioquin statutum esset superfluum, & nihil operaretur. Mordet enim hoc exemplum Decius, dicens: consultius esse statutum nil operari, quàm vt fœminis præiudicium inferatur, ex not. in l. vlt. §. in computatione, C. de iure delib. & Iaſ. dicenti, hic non agi de damno, sed de lucri amissione. Replicat Decius; imò agi de damno euitando, eo quòd hæreditas sit debita filiis, præsertim vero legitima. At Rim. iun. nu. 518. contendit, agi de lucro, non de damno, multa deducens generalia: non recordatus, Imperatorem in l. vlt. C. de codic. secundum Decij sententiam pronunciare in illis verbis: *Non enim par eademque ratio videtur, amittere debita, & lucra non capere*, & loquitur ibi de hæreditate liberis & agnatis debita.

III. Conclusio est. Cessare argumentum à contrario sensu in statutis, quoties statuto cautum sit, statuta recipere non debere extraneum & subauditum intellectum. Fundamentum est: quoniam argumentum à contrario sensu videtur esse quidam subauditus & tacitus intellectus, l. Apud antiquos, C. de furt. & dicitur colligi, l. ex eo, de testam. dicitur etiam legem illud non exprimere: sed argumento esse, l. qui testamento, §. Mulier, de testam. Deinique dicitur indirecte intelligi cap. cum Apostolica, de his quæ fiunt à Prælatis. Sileat ergo Decius cum suis pronunciatis.

Quod venit à contrario sensu, dicitur ex mente procedere. Expressum videtur illud, quod indirecte ex instrumento colligitur. Fatemur hæc omnia, sed fateatur & ipse, quod venit à contrario sensu, non esse expressum in l. vere & propriè: ac proinde tacitum & subauditum intellectum appellari.

IV. Conclusio est. Cessare argumentum in à contrario sensu, quoties statuto cautum est, vt statuta ad literam intelligantur, quoniam litera est, quæ oculis legitur, l. 1. ff. de his quæ in testam. delent. Contra Ollanus dicebat n. 46. ex doctr. Bart. in l. Omnes populi in quinta quæst. princ. parum operari huiusmodi statutum, sicut illud, vt statuta non recipiant interpretationem: quia videtur sublata friuola tantum interpretatio. Respondeo, nos loqui de statuto decernente; vt statuta intelligantur ad literam, prout iacent, consequenter non versamur in materia interpretationis: quia interpretatio, quæ sumitur à contrario sensu, non est ad literam, nec fundata est in verbis expressis à statuto: sed supponit diuersa verba & contraria verbis expressis à statuto.

CAPVT VIII.

Vtrum argumentum à contrario sensu sumi possit ex verbis negatiuis?

TRactant etiam Dd. hanc quæstionem in d. l. 1. de offic. eius, an valeat argumentum à contrario sensu in verbis negatiuis legum; nec est eadem omnium sententia. Etenim multi existimarunt, non valere hoc argumentum ex verbis negatiuis, sequentes doctr. Bald. in l. 1. C. de cond. inser. Alij verò cum Alex. censuerunt etiam ex verbis negatiuis hoc argum. rectè desumi. Vide Alex. Iaſ. & Dec. n. 34. in d. l. 1. Cagn. nu. 125. Rim. iun. n. 458. cum pluribus seqq. Pirrh. n. 92. cum seq. Bolog. Orian. & alios recentiores.

Existimo ego & certus sum, valere. Quid enim interest inter verba negatiua & affirmatiua? certè ratio eadem est: quoniam hoc argumentum dicitur esse ex mente legis, vt superius sæpè dictum & repetitum est. Nihil proponi video, cur cessare debeat in oratione negatiua. Adde quod aliqui textus loquuntur in terminis orationis negatiuæ, l. ex eo, ff. de testib. l. qui testamento, §. Mulier, de testa. l. si quis ita libertatem, § vlt. de statu lib. cap. puellæ, 20. q. 1. iuncto c. cum virum, de regul. & c. cum Apostolica, de his quæ fiunt à Prælatis. Fundamentum contrariæ sententiæ consistit in l. Titia, §. vltim. de manu. testa. in l. ex facto, de hæred. inst. in cap. quod dicitur, de verbor. sign.

Quod

Quod attinet ad l. Titia. §. vlt. omissis aliorum nugis, quæ potius risu excipiendæ sunt, quàm aliqua confutatione: placet, quod scribit Alciat. lib. 5. parad. cap. 4. qui, vt intelligatur, verba textus subijcio: *Lucius Titius testamento suo ita cauit. Gnesiphore nisi diligenter rationem excusseris liber ne esto. quæro an Gnesiphorus ex his verbis libertatem sibi vendicare possit. Respondit verbis quæ proponerentur, libertatem adimi potius, quàm dari.* Sensus est, ex his verbis, non posse Gnesiphorum petere libertatem, ante scilicet excussas rationes. Cupiebat, seruus immediate, virtute dictorum verborum alio per eum non facto, & sic ante excussas rationes libertatem sibi vendicare. Respondet Scæuola non posse: quoniam illis verbis potiùs adimeretur, quàm daretur libertas. Si quis perspectum habeat Scæuolæ Iurisconsulti morem respondendi, non mirabitur; etsi hæc responsio nullam fere contineat dubitationem. Solitus erat Scæuola respondere secundum ea, quæ proponerentur: quamobrem consultus, an ex his verbis libertatem sibi vindicare possit? responsum hoc dedit ad formam consolationis: *his verbis libertatem potiùs adimi, quàm dari.* Vide Duarenum in libello, qui appellatus est Scæuola, vbi multa Scæuolæ responsa explicando clarè ostendit, hanc perpetuam fuisse Iurisconsulti illius respondendi consuetudinem.

Quod verò attinet ad textum in l. ex facto, de hær. instit. placet responsio Rim. iun. quæ, vt clarius percipiatur, verba textus subnecto: *Si quis vacua parte relicta ita instituerit: Si mihi Seius hæres non erit (quem non instituerat) Sempronius hæres esto. An hic occupare possit vacantem portionem, & Neratius quidem existimat ad eam partem admitti. Aristo contra putat: quia hæc pars esset data, quæ nulla esset, quam sententiam & Iabolenus probat & Pomponius, & Arrianus, & hoc iure vtimur.* Sensus est, Seium occupare non posse partem vacantem: quia nulla erat. Ideo autem nulla erat, quoniam pertinebat ad hæredem institutum iure accrescendi. l. 1. §. si quis ex fundo. ff. eod. tit. quod certè cum argumento à contrario sensu nil commune habet.

Quod verò attinet ad text. in c. quod dicitur, clara est responsio D. Hieronymi, scripturam ostendisse, quod factum non fuit, hoc est, nunquam conueniale. Itaque, argumentum à contrario sensu non sumitur ex verbis narratiuis aliquid factum esse, vel non factum.

CAPVT IX.

An valeat argumentum à contrario sensu in vltimis voluntatibus?

Communis est Doctorum sententia in l. 1. de offic. eius, valere argumentum à contrario sensu in vltimis voluntatibus. vide Alexand. & Iason. ibi & post eos Rimin. iun. numer. 364. Cagnol. num. 121. Pyrrh. num. 147. D. Manticam de coniect. vlt. vol. lib. 3. tit. 17. n. cum seq.

Pro qua adducitur textus in l. si legatum, de adim. legat. ibi: *Nam legatum cum sub conditione adimitur, perinde est ac si sub contraria conditione datum fuisset.* Idem habetur in l. legata inutiliter, eod. titul. & in l. Aliquando, de condit. & dem. & in l. quod pure. ff. quando dies legati cedat, & in l. si quis ita libertatem. §. fin. de statu liber. in l. quibus diebus. §. quidam Titio, de cond. & demonst. in l. Pater §. quindecim. de leg. 3.

Respondent Alexand. & Castren. in l. si mihi & tibi, §. in legatis, de legat. prim. id non procedere virtute argumenti à contrario sensu: sed virtute primi delegati pure relicti: quia, si pure relictum adimatur sub conditione, deficiente conditione, remanet in suo primo statu. Sed replicat Decius num. 47. in dict. l. 1. imo legatum, quod erat purum, effici conditionale: & ideò ad hæredem non transmitti, & consequenter non deberi virtute primi legati: quia primum legatum erat purum: non autem conditionale. Postea idem Decius dicit, ista omnia sequi de necessitate ex ademptione conditionali, & per hoc non sequi; quod non debeatur virtute primi legati, non purificata conditione ademptionis, legatum remanet in priori statu.

At in hoc Decius reprehenditur à Rimin. iunior. in dict. l. 1. numer. 367. quia per ademptionem conditionalem dicitur esse adiecta conditio contraria primo legato. Ergo non est amplius idem legatum, sed nouum legatum, argument. l. ius ciuile. de iustitia & iure, & l. 1. §. si quis simpliciter, de verbor. obligat. Ergo sequitur, istud contingere virtute argumenti à contrario sensu, vt scilicet, legatum ademptum sub vna conditione, videatur à contrario sensu datum sub contraria conditione, sicut loquitur textus in l. legata inutiliter, de adim. legat. & considerat Cagnol. in d. l. 1. num. 121.

Mihi videtur communis sententia esse verissima pendente conditione, quod scilicet, legatum sub conditione ademptum videatur datum sub contraria conditione, vigore argumenti à contrario sensu: quia textus allegati hoc expressè dicunt: & ideo non recipiunt illam interpretationem, quod

legatum debeatur vigore primi relicti. Deinde, quia ademptio sub conditione adiicere dicitur contrariam conditionem legato: Ergo non potest idem esse legatum. Denique, quia legatum de puro efficitur conditionale, & sic alteratur eius natura. Itaque negari non potest, quin sit vel nouum legatum vel antiquum reformatum, vt dicebat D. Mantica lib. 3. de coniect. tit. 17. numer. 3. qui videndus est, quomodo procedat hoc argumentum à contrario sensu in vltimis voluntatibus, & Peregrin. de fideicommiss. artic. 28. nume. 17. & 18. cessante verò conditione ademptionis, tunc reuiuiscit primum legatum: perinde ac si non fuisset ademptum, & sic, competit actio ex eo, vt probatur argumen. l. Pecuniam quam, ff. si cert. petat. Possumus ergo dicere, nouum esse legatum, & antiquum, quasi hæc sit nouatio cumulatiua, non autem extinctiua, de qua facit mentionem Iason in l. 1. num. 14. C. de iudic.

CAPVT X.

An argumentum à contrario sensu locum habeat in rescriptis Principum?

COmmunis quoque sententia Doctorum est, argumentum à côtrario sensu locum habere quoque in rescriptis Principum, Dec. in d. l. 1. numer. 51. Rim. iun. ibidem nume. 43. Pirrhus numer. 167. Fundamentum est, in l. si procuratorem §. si ignorantes, ff. mand. ibi: *Si hi qui pro te fideiusserant in maiorem quantitatem damnati, quàm debiti ratio exigebat, scientes & prudentes auxilium appellationis omiserint: poteris mandati agentibus his aequitate iudicis tueri te. Igitur si ignorauerint, excusata ignorantia est.* Respondet Decius, id non procedere per argumentum à contrario sensu, sed quia obligatio erat relicta ad scientes, ergo scientia erat probanda: sed replicant Pirrh. & Rimin. iun. illud nihil esse: quoniam, etsi in rescripto fiat mentio scientiæ, & propterea scientia requiratur ad incurrendam obligationem: tamen Iurisconsultus argumentatur extra rescriptum dicens: *Si ergo ignorauerunt, excusata eorum ignorantia est.* Non argumentatur ibi Iurisconsultus ex eo, quod verba rescripti restricta sint ad scientes: sed, quia ex mente rescripti ignorantes debeant excusari, quia scilicet rescriptum volebat scientes condemnari.

Confirmatur communis sententia secundum Riminald. iun. post alios: quia rescripta interpretantur secundum ius commune, cap. causam quæ, de rescript. & rescriptum propriè dicitur, quod conceditur ad obseruantiam iuris communis, l. falso, C. de diuers. rescript. l. Rescripta, C. de precib. Imp. offer. Ergo, sicut in legibus interpretandis sumitur argumentum à contrario sensu: ita etiam sumi debet in rescriptis Principum interpretandis. Confirmari potest hæc doctrina duabus pulcherrimis decisionib. Prima est Cornei consil. 19. nu. 17. lib. 2. & cons. 48. nu. 4. lib. 3. quem sequitur Ripa in rub. de rescrip. nu. 18. si in supplicatione aliqua petantur contra ius, & aliqua secundum ius: & Princeps rescribat, *fiat vt petitur*, intelligitur ea tantum concedere, quæ sunt iuri conformia: non autem, quæ sunt contra ius. Ex quo apparet, rescriptum interpretationem recipere à iure communi. Altera est decisio: quia si in supplicatione sit petitum, caussam committi summariè, & rescriptum sit simpliciter concessum: non intelligitur tamen concessum, vt summariè procedatur, Gozad. post totam Rom. in cons. 83. n. 9. Menoch. in cons. 210. nu. 64. ex quo similiter apparet, semper interpretari secundum ius commune.

Hoc tamen est intelligendum, nisi rescriptum aliàs esset superfluum, vt est textus in c. pastoralis, de appellatio. & declarat Felyn. in c. 1. numer. 4. de rescript. vbi ponitur exemplum de clausula in rescripto apposita appellatione remota: & hoc est regulariter verum in omnibus dispositionibus, vt declarat optimè Ripa in c. 1. de rescript. nume. 41. vbi num. 42. ponit limitationem notatu dignam: quando scilicet, talis interpretatio priuilegij auferret tertio ius acquisitum: tunc enim reduci debet ad terminos iuris communis, etiamsi nihil operaretur.

CAPVT XI.

Argumentum à contrario sensu an habeat locum in vsibus feudorum?

NEgat Iason in l. 1. de off. eius, argumentum à contrario sensu locum habere in vsibus feudorum deceptus ex doctrina Baldi in l. 2. numer. 4. C. de suis & leg. vbi dixit, ius commune seruandum esse in feudis, nisi aliud sit expressè decisum in consuetudinibus feudorum: nam, licet argumentum à contrario sensu sit fortissimum l. 1. ff. de off. eius, non tamen dici potest id expressum esse, quod argumento à contrario sensu colligitur: sed potius videtur esse quædam coniectura, l. apud antiquos, C. de furt. Deceptus est, vt dixi, Iason ex verbo *expressè*, quo vsus fuit Bald. quia ad hoc adducit textum in c. 1. de feud. cognit. vbi dicitur seruandum esse ius commune Romanorum, quoties casus iure feudali comprehensus non est, nec vtitur textus illo verbo *ex-*

bo *expressa*. Arbitror ego, satis dici comprehensum in lege, quod ex argumento à contrario sensu colligitur, l. ex eo, ff. de testib. l. qui testamento §. Mulier, & ibi glossa in verb. argumento ff. de testam. l. si quis ex argentariis, §. Argentario. l. Iurisgentium, §. Praetor ait, iuncto §. Dolo malo, ff. de pactis. ergo locus erit argumento à contrario sensu, etiam in iuribus feudalibus. Adde, quod in iuribus feudalibus valet argum. à simili, vt notat glo. in verbo *comprehensus*, in d. cap. 1. de feud. cogn. & ibi notat Isern. necnon Bald. n. 8. & Afflict. n. 50. Ergo multò magis valebit argumentum à contrario sensu. Atque ita rectè docuit Orianus in d. l. 1. n. 106. & post eum Pirrh. Afflanus n. 176. quibus & ego consentio.

CAPVT XII.

An Vlpianus in l. Imperium, voluerit definire merum Imperium, an potius exemplum afferre.

PRima quæstio sese offert in interpretatione legis Imperium, de iurisd. omn. iud. an Vlpianus definire voluerit quid sit Merum Imperium: vel potius exemplum adferre, cùm dicit, *Merum Imperium est, habere gladij potestatem ad animaduertendum in facinorosos homines*. Et duplex veterum ac recentiorum est sententia. Vna & communior est, exemplum adferri, non autem definitionem, ita Bartol. Alexand. Iason & cæteri communiter, de qua communi fidem facit Bologn. n. 21. Cag. n. 10.

Quorum fundamentum est Primum secundum Bart. quia damnare in metallum est meri imperij, l. si quid erit de officio Proconsl. l. Illicitas, §. qui vniuersas, de officio Præsidis, & tamen gladio non exercentur huiusmodi pœnæ. Et sic definitio non esset bona, quia non conuerteretur cum suo definito.

Respondet Angelus, verbum *gladij* positum fuisse ad significandum omnem gladium tam materialem quàm ciuilem, per quem delicta puniuntur, sicuti alibi accipitur, capit. nouit. de iudiciis, capitul. per venerabilem. Qui filij sint legitimi.

Rim. iun. n. 8. impugnat hanc expositionem: & contendit verbum *gladij* accipiendum esse pro gladio materiali, ex leg. aut damnum, §. primo, ff. de pœnis, quem textum etiam adduxit Dec. sub nu. 13.

Verùm responderi potest in eo textu, *gladium* accipi pro gladio materiali, quo vita adimitur: non autem pro alio genere mortis quia materia subiecta ita postulabat, cùm iudex in sententia vsus esset verbo gladij.

Nec obstat replicatio eiusdem Rim. iun. n. 12. & 13. dicentis: nihil impedire, quominùs sententia posset accipi pro pœna gladij minime citra mortem: sicuti, cùm quis per sententiam condemnatur pœna capitali, in dubio intelligitur de pœna exilij, quæ est minima pœna capitalis, vt notat glo. in Rubr. C. ne Christianum mancip. Nam hæc replicatio nihil valet, quandoquidem text. in d. l. Aut damnum, loquitur expressè de pœna gladij per quam vita adimitur. Et sic verificari non potest in alia pœna, quàm gladij materialis.

Adducit idem Rim. iun. etiam text. in leg. solet, de officio Proconsl. & in leg. Illicitas, §. per vniuersas, de officio Præsid. ad probandum gladium accipi strictè pro materiali gladio.

Responderi potest, secundum subiectam materiam accipi debere in dictis legibus: nec propterea inferri posse, quin generaliter possit accipi pro quacunque pœna. Nec obstat, quòd verba potius naturaliter, quam ciuiliter accipienda sint, l. vlti. C. de his qui ven. ætatis impetr. qua ratione subiectæ materiæ verba aliquando ciuiliter sunt potius accipienda, quam naturaliter, vt notat Ias. in l. ex ea parte, §. secundo, de verb. oblig. Ex quibus apparet, hoc primum fundamentum non subsistere.

Secundum fundamentum est Alex. num. 4. quia legem condere est meri imperij, vt tradit Bart. in eadem leg. Imperium, & communiter Dd. vbi Bart. dicit, legem condere esse in primo gradu meri imperij: & tamen constat, legem non consistere solum in puniendis delictis, & sic in vtenda hac gladij potestate, l. legis virtus, ff. de legibus.

Respondent Alciatus nu. 77. negando potestatem legis condendæ esse meri imperij: est enim de reseruatis Principi, l. prima de Constitut. Princip. & competit certis quibusdam magistratibus ob summam eorum authoritatem. Non ambigitur. ff. de legibus, l. vlt. mam; C. de offic. Præfect. Prætor. non autem competit omnibus magistratibus. Non obstat, si dicatur: merum imperium est iurisdictio, quæ expeditur officio iudicis nobili, ad vtilitatem publicam, secundum Bartoli definitionem, quia (inquit Alciatus) potestatem legis condendæ non esse iurisdictionem: quoniam non conuenit ei definitio iurisdictionis tradita per Bartolum in leg. prima de iurisdictione omnium iudicum, vbi Bartolus dicit: *Iurisdictio est potestas &c. cum necessitate iuris dicendi & æquitatis statuendæ*, hæc definitio non conuenit potestati legem condendi: quia Princeps potest, si vult, legem condere: sed non cogitur. Similiter & Magistratus non coguntur leges condere: sed possunt vti legibus iam constitutis. Similiter nec Princeps nec Magi-

ſtratus coguntur æquitatem ſequi in ipſis legibus condendis: ſed poſſunt rigorem etiam amplecti, l. Proſpexit, ff. qui & à quibus. Et ſic ex his apparet ſecundum fundamentum euitari etiam poſſe.

Cætera, quæ adferuntur à Iaſone & à Cagnolo leuia ſunt, veluti, cùm dicitur, definitionem hic allatam non fuiſſe, quia definitio debet conſtare ex genere & differentia. hic autem nullum eſt genus. Malè, quia verbum *poteſtas* ſtat loco generis, leg. Poteſtas, de verbor. ſignific.

Contrariam igitur ſententiam, nempe definitionem hanc eſſe, amplexus eſt Angelus & Alciatus in eadem l. Imperium, & lib. 2. paradox. c. 7. Longaual. & multi alij ex recentioribus, quorum fundamentum eſt, quia lex vtitur verbis conuenientibus definitioni, ſcilicet: *Merum Imperium eſt, &c.* Et hanc ſententiam veriorem eſſe puto & ſecutus ſum lib. 9. controuerſ. c. 94. Nam hæc definitio conſtat ex genere & differentia. Verbum *poteſtas* eſt loco generis, reliqua verba ſunt loco differentiæ.

Difficultas ſtat in duobus. Primò, an verbum *gladij*, ponitur pro omni pœna, & dicendum eſt, poni & accipi debere pro quacunque pœna, quaſi gladius mortis pœnam ſignificans, tanquam maior omnibus aliis pœnis, cæteras omnes ad ſe trahat & includat. Nam, qui poteſtatem habet vlt. ſupplicium inferendi, multò magis inferre poterit alias pœnas, l. Non debet cui, de Regulis iuris. Altera difficultas eſt quia legem condere eſt meri imperij ſecundum communem ſententiam. Et hæc ſententia communis non poteſt in dubium reuocari in hac quæſtione, ſed ſupponi debet.

Dico igitur, ſuppoſita hac communi ſententia pro vera, rectè tamen poſſe defendi hanc definitionem, conſiderato præcipuo fine, propter quem leges ſunt conditæ, qui fuit, vt delicta puniantur, can. Factæ, quarta diſtin. quaſi præcipuus hic finis inſpici debeat, & ab eo denominatio deſumenda ſit: atque adeo dicendum videatur merum imperium, ſi quod in lege condenda ſpectari poſſit, illud potiſſimum eſſe, quod in gladij animaduerſione poſitum eſt.

CAPVT XIII.

Quomodo accipiantur illa verba in l. Imperium, Mixtum imperium eſt etiam cui iuriſdictio ineſt.

ALtera quæſtio proponitur in eadem l. Imperium, quomodo ſint accipienda verba illa: *Mixtum imperium eſt, cui etiam iuriſdictio ineſt.* Duæ ſunt præcipuæ DD. ſententiæ atque interpretationes.

Prima Bart. Alex. Iaſ. iuriſdictionem ineſſe mixto imperio, ſicuti genus ineſt ſuis ſpeciebus, l. ſi quid extum, §. intus emptum, & ibi gloſſ. d. leg. 3 veluti, ſi dixero, homo eſt, rectè infertur, ergo animal eſt? Et ſic animal tanquam genus, ineſt homini tanquam ſpeciei comprehenſum ſub ſuo genere. Itaque ſecundum hanc interpretationem rectè quis dixerit mixtum imperium eſt; Ergo iuriſdictio eſt.

Hanc expoſitionem Decius impugnat duobus rationibus. Prima, quia hoc modo merum imperium poſſet dici mixtum, quoniam etiam mero imperio ineſt iuriſdictio tanquam genus, quia iuriſdictio prædicatur etiam de mero imperio. Nam merum imperium eſt iuriſdictio ſecundum definitionem Bart. nu. 6. Altera ratio eſt, quoniam ſi iuriſdictio ineſſet tanquam genus; ab illa tanquam à digniore deberet fieri denominatio, & ſic deberet dici mixta iuriſdictio, non autem mixtum imperium, argumento tex. in l. ſemper in generalibus, de reg. iur.

Replicat Rim. iun. ad primam rationem n. III. Merò imperio ineſſe iuriſdictionem tanquam pedìſſequam & ſeruam, at mixto imperio ineſſe æquè principaliter, veluti, ſi quis petat furem puniri, hæc eſt cauſſa meri imperij, in qua iuriſdictio incidenter ineſſe poterat, veluti, ſi petatur ſimul rem reſtitui, furto ſubſtractam, l. interdū, §. qui furem. & ibi Bar. ff. de furtis. Certè iſta replicatio ſatisfacere non poteſt, quia genus æquè prædicatur de vna ſpecie, ſicuti de alis. Ideò, ſi iuriſdictio tanquam genus, mero imperio, & mixto ineſſet, æquè principaliter, ineſſet tam mero, quam mixto. Et illud exemplum de fure nihil facit, quia in illo caſu conſtat rem acceſſoriè atque incidenter peti.

Ad ſecundam rationem colligi poteſt reſponſio ex Cagnolo ſub n. 17. quod, licet iuriſdictio ineſſet tanquam genus mixto imperio non tamen ab ea ſumi poſſet denominatio vt ſcilicet, deberet dici iuriſdictio mixta. Quia, licet genus concurrat de neceſſitate ad poſitionem ſpeciei, non tamen inducit aliquam mixturam, veluti, animal eſt genus hominis, non facit, vt homo dicatur mixtus vel animal ipſum mixtum ſit. Replicari poteſt, hæc non tollere vim rationis Decij, quia Decius ſupponit mixturam iudici ex iuriſdictione, & imperio, prout ſupponit Vlpianus. Et ideò infert, denominationem fieri debere à digniori. Ex quibus patet primam hanc opinionem conſiſtere non poſſe.

Altera igitur fuit opinio Dec. Angel. Fulg. Baldi,

Baldi, & aliorum magis communiter recepta teste Cagnolo n. 20. quos sequitur etiam Bologn. nu. 9. iurisdictionem inesse tanquam speciem, non autem tanquam genus. Et sic ex iurisdictione, & Imperio constitui mixtum Imperium, quemadmodum ex melle, & vino fit mulsum, §. cum ex aliena, instit. de rer. diuis.

Et ideò non obstat quod dicebat Alexand. vnam speciem non inesse alteri; quia, verbi gratia homini non inest species leonis, nec è conuerso, quia respondent Dd. isti, præcipue Bologn. vnam speciem non inesse alteri prædicamentaliter, sed integraliter ad constituendum vnum mixtum, velut dictum est, de vino & melle §. quædam, instit. de action. l. 2. & ibi Dd. de verbo. oblig. Quanquam & ad argumentum illud, vnam speciem alteri non inesse, aliter etiam respondeat Cagnolus nu. 12. dicens, qualitatem vnius speciei alteri inesse posse, veluti, in homine inest qualitas bruti, quatenus sentit. Prima expositio longe melior est, quoniam (vt dicebat Rim. iun. numer. 120.) Vlpianus non dixit, qualitatem iurisdictionis inesse mixto Imperio, sed iurisdictionem ipsam inesse.

Contra hanc interpretationem obiicit Rim. iun. nume. 47. quod consistere non possit alia ratione, nam, (inquit ipse) iurisdictionem concernere priuatam vtilitatem atque exerceri inter priuatos actionibus propositis, quia actiones pertinent ad iurisdictionem. vt inquit Alciat. in l. pecuniæ, de verbo. signif. & ante Alciatum Bart. hic nu. 24. At mixtum Imperium officio nobili Iudicis exercetur, (vt declarat Bart. in definitione mixti Imperij) & consequenter nullam actionem præsupponit, l. qui per collusionem, ff. de actionibus empti.

Responderi potest, mixtum Imperium esse quidem iurisdictionem, quæ officio nobili Iudicis expeditur, sed non impedire exercitium actionum, quod pertinet ad iurisdictionem, quinimo iuuare ipsam iurisdictionem vsque adeo, vt sine Imperio nulla sit iurisdictio, l. vlt. ff. de off. eius. & ideo hoc Imperium transeat cum iurisdictione, dicaturque illi cohærere, l. 1. §. vlt. de off. eius.

Atque hæc sententia communior, mihi etiam verissima videtur. & sic concludo iurisdictionem inesse mixto Imperio, tanquam speciem. Atque ita rem declaro. Imperium dicitur mixtum, quia constat ex Imperio, & iurisdictione. Iudex vel Magistratus mittit in possessionem, exercet iurisdictionem cum Imperio, in integrum restituit, similiter adest Imperium, & iurisdictio, l. ea quæ. ff. de municip. iubet cauere l. iubere cauere, inf. codem exequitur sententiam, similiter dicitur exercere mixtum Imperium, Bartol. in d. l. iubere. nu. 3.

Huic mixto imperio inest iurisdictio in specie, non autem in genere, hoc probo, quia iurisdictio in genere potest esse sine mixto Imperio. Prædicatur enim de mero imperio, de mixto, & de iurisdictione simplici, vt per Bart. & alios communiter in d. l. Imperium. At iurisdictio, quæ inest mixto imperio, cohæret cum illo, l. 1. §. vlt. ff. eod. Ergo est iurisdictio in specie.

Hæc autem differentia inter iurisdictionem, quæ inest mixto imperio in genere, & eam, quæ inest mixto imperio in specie, quia iurisdictio quæ inest mero imperio in genere, exercetur ad publicam vtilitatem principaliter, quæ vero inest mixto imperio in specie ad priuatam vtilitatem.

CAPVT XIV.

Quomodo accipienda sint illa verba in l. Imperium, iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia?

IN tribus consistit difficultas circa huiusce loci interpretationem, dum Vlpianus ait: *iurisdictio est iudicis dandi licentia.* Primum, an ista sit definitio iurisdictionis? Secundum, quomodo possit dici, iurisdictionem esse licentiam dandi iudicem, cum dare iudicem, videatur esse mixti Imperij? quia iudicis officio nobili expeditur, quod est proprium mixti imperij, secundum Bartoli definitionem de mixto imperio. Tertium, quidnam ista dictio *etiam* implicare videatur?

Quantum attinet ad primum, existimauit Angelus, hic tradi definitionem iurisdictionis supplendo multa alia verba: sed breuiter eius opinio ab omnibus explosa est, vt per Cagnolum numer. 23. quia iurisdictio non est solum licentia dandi iudicem: sed multa alia complectitur, iuncta definitione glossæ, & aliorum in l. 3. supr. eod. tit. Et sic concluditur, hoc esse vnum exemplum, siue vnum accidens iurisdictionis, vt sit licentia dandi iudicem, vt post glos. & Bart. omnes communiter concludunt.

Minor difficultas est in altero, quomodo sit simplicis iurisdictionis facultas, seu licentia iudicem dandi, cum simplex iurisdictio, vt per Bart. infr. num. 23. iudicis officio mercenario expediatur & iudex detur ex officio iudicis nobili, quod non inseruit actioni propositæ? Nulla enim actio prodita reperitur ad petendum iudicem dari, sed hoc ex officio iudicis nobili ac Magistratus solet expediri.

Respondet Alex. in 1. col. licentiam dandi iudicem esse simplicis iurisdictionis: & ideo

omnibus magiſtratibus etiam infimis conceſſam eſſe. At hoc non tollit difficultatem, vt inquit Iaſ. infr. numer. 31. Ideò dicit ipſe: licentiam iudicis dandi eſſe ſimplicis iuriſdictionis, quoniam fit poſt litem motam, vel ad remouendum iudicem ſuſpectum, vel propter aliquod impedimentum: quia tunc videtur inſeruire actioni iam propoſitæ in iudicio.

Non placet iſta expoſitio: quia reſtringit facultatem dandi iudicem ad vnum caſum tantùm qui etiam raro accidit, cùm ſæpius contingat dari iudices ante litem motam.

Alij igitur dicebant, veluti Claud. Aquen. & ſequaces: licètiam iudicem dandi eſſe ſimplicis iuriſdictionis, ſed exercitium illius, quatenus actu iudex datur, pertinere ad mixtum Imperium. Non placet Cagnol. qui latè refellit hanc ſententiam, cùm nulla ſit ratio diuerſitatis inter licentiam iſtam in potentia, & in actu ipſo, vt per eum n. 28. & ſeq.

Quarto loco dicebat Rimin. iun. & alij, ſenſum legis hunc eſſe, quòd natura cauſſarum, quæ ſunt ſimplicis iuriſdictionis, hæc ſit, vt delegari poſſint: & hoc velle Vlpianum in illis verbis: *Iuriſdictio eſt iuris dandi licentia*. Nihil eſt ſecundum Cagnol. & ſecundum veritatem ipſam: quia verba textus non conueniunt, & ſatis clara ſunt, quòd iuriſdictio ſit licentia dandi iudicem: non autem, quòd cauſæ iuriſdictionis ſimplicis delegari poſſint.

Quintò dicebat Alciat. lib. 2. paradox. ca. 8. hic definiri merum & mixtum Imperium, & ſenſus eſt: mixtum Imperium conſiſtere in danda honorum poſſeſſione, & in iudicis dandi licentia. Hunc intellectum, tanquam repugnantem verbis textus, ego reieci libr. 9. c. 96. Animaduerti etiam Antonium Goueanum in commentariis huius loci ſic legere hunc textum, quòd in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit iuriſdictio, eſt etiam iudicis dandi licentia. Quod non eſt textum explicare: ſed nouum potiùs componere.

Ego igitur puto, ceſſare omnem difficultatem, ſi dicamus, textum non loqui de ſimplici iuriſdictione, prout eſt ſeparata ab omni Imperio, ſed de iuriſdictione, quæ ineſt mixto Imperio, prout indicant verba ſuperiora textus, dum ait: *Mixtum Imperium eſt, cui etiam iuriſdictio ineſt*. Nam dum poſteà ſubdit: *Iuriſdictio eſt etiam iudicis dandi licentia*, debet intelligi de iuriſdictione vnita cum mixto Imperio. Ex quo apparet, delegandi facultatem non competere omnibus Magiſtratibus infimis: ſed his tantùm, qui habent Imperium, l. cùm prætor. ff. de iud. & alias dixi.

Circa tertium. Prima opinio eſt Alexand. illam dictionem *etiam* implicare perſonas Magiſtratuum, quaſi dicat Iuriſconſultus licentiam delegandi competere omnibus Magiſtratibus, qui iuriſdictionem habent.

Decius reprehendit Alexandrum: quia textus non habet reſpectum ad perſonas: ſed ad ipſam iuriſdictionem: ideò dicit ipſe, implicare cognitionem cauſſarum, vt ſenſus ſit: qui iuriſdictionem habet, non poteſt ſolùm ipſe cognoſcere, ſed etiam iudicem dare. Reſpondetur à Rimi. iun. Decio: quia maius dubium eſſe videatur, an habens iuriſdictionem poſſit cognoſcere, quàm an poſſit alteri delegare: quia cognoſcere eſt maioris præiudicij, quàm iudicem dare. Ideò dicit ipſe, hanc dictionem *etiam* implicare Imperium, vt ſc. ſenſus ſit eum, qui habet iuriſdictionem, non ſolùm poſſe ea, quæ ſunt mixti Imperij: ſed etiam iudicem dare.

Ego puto, Decium rectè fuiſſe locutum: quia poterat dubitari, an habens iuriſdictionem deberet per ſe cognoſcere, vel etiam alteri delegare: & in ſumma, puto intellectum huius rei colligi poſſe ex l. 1. ſupr. eodem titulo, & etiam ex verbis præcedentibus, vt ſenſus ſit (quemadmodum etiam dicebat Iuriſconſultus) qui iuriſdictionem habet, non ſolùm poteſt ea, quæ ſunt mixti Imperij: ſed etiam iudicem dare, vt in lege 1. ſuprà eodem titulo.

CAPVT XV.

Quomodo mixtum denominetur à digniori.

OMiſſo primo notabili Decij circa gladij animaduerſionem (de qua ſatis multa dixi præcedentibus) venio ad ſecundum, & notat Decius in ſecūdo notabili; mixtum Imperium dici, & non mixtam iuriſdictionem: quia mixtum denominatur à digniori. Quæ concluſio communiter eſt ab omnibus recepta. Et pro ea inprimis ponderatur textus noſter, (vt dixi.) Cùm enim Imperium ſit nobilius iuriſdictione, hinc factum eſt, vt mixtum Imperium fuerit appellatum: non autem mixta iuriſdictio.

Reſpondet Decius: hoc notabile verum eſſe, ſed non rectè probari ex hoc textu noſtro: quia, ſi denominatio fieri debet à digniori, debet appellari merum imperium, non autem mixtum. Nam mixtum imperium conſtat ex iuriſdictione, & mero imperio: debere ergo dici merum imperium, ſumpta denominatione à mero imperio, tanquam à digniore.

Replicat

Replicat Cagnolus, cui respondet Rimin. iun. qui multa disputauit hac de re, minimè, (vt ego existimo) relatu digna. Magis placet, quod Bolognetus vno verbo dixit, Decium æquiuocare: quia non fuit possibile, merum Imperium appellari id, quod mixtum est, vt per eum numer. 29. Quia merum Imperium non participat de iurisdictione in specie, & ideo impossibile est, vt appelletur merum id, quod mixtum est. Addo ego pro confirmatione, casum mixtum nunquam contineri sub simplici. Vide Cæsarem Contardum ad l. vnicam, C. si de momentanea possessione in ver. ratione mixtum numer. 34. cum plurib. seq. & per Iaf. in l. 2. de verb. oblig. Cùm ergo merum Imperium sit quoddam simplex, sequitur vt non possit dici mixtum, & è conuerso, mixtum non possit dici merum. Alioquin id, quod mixtum est, veniret sub appellatione simplicis, quod est absurdum.

Secundò hæc conclusio probatur in l. quæritur, de stat. hom. Tertiò ex § si ex aliena, inst. de rerum diuisione. Quartò, ex cap. quid in dubiis, de consecratione Ecclesiæ vel altaris. Quintò ex l. cùm in diuersis. ff. de religiosis, & sumpt. Sextò ex decis. Bald. in l. 1. ff. de senatoribus, quam sequitur Valaicus hic num 8. vbi dicit, si frater, & soror habeant ius patronatus, & discordent in præsentatione, præfertur ille, qui à fratre præsentatus est. Septimo probatur secundum Rim. iun. hic nu. 8. ex doctrina Soci. in l. cùm senatus, de rebus dub. ad finem, & aliorum, quos ipse refert, si Clericus & laicus simul delinquant, caussa cognoscenda erit à Iudice Ecclesiastico tanquam à dignıore. Sequitur Menoch. de arbit. casu 371. nu. 13. Quia magis dignum trahit ad se minus dignum, d. c. quod in dubiis, c. sacris, de sepulturis, l. quæ religiosis, de rei vindicatione, & notat gloss. in d. c. contingit, in verbo spiritualibus, eodem titu. Hic animaduertendum est: quia contrarium in hoc puncto docuerunt Couarru. pract. quæst. cap 34. Olasc. decis. pedem. 103. nu. 10. & multi alij, quos ego retuli & secutus sum lib. 9. Contro. cap 21. Quibus addo nunc pro confirmatione: quod iurisdictio secularis, & Ecclesiasticæ sunt distincta ab inuicem adeo, vt circa illas non sit spectandum, quod vna sit maior, vel dignior altera: & hinc est, quod si fuerit commissum delictum, quod sit communis fori, & delinquens fuerit absolutus, vel punitus ab Ecclesiastico Iudic. nihilominus puniri, poterit à iudice seculari, vt docet Iulius Clarus § fin. q. 57. versi. sed hic quæro. & vers. sed hic occurrit.

CAPVT XVI.

An mixtum denominetur à digniori, vbi sequeretur correctio iuris communis?

CONclusio vera & communis, quod mixtum denominari debeat à nobiliori, non habet locum, quando resultaret correctio iuris communis. Quoniam in mixtis semper valet illa qualitas, per quam ius commune non corrigitur. Ita Decius hoc in loco adducens Abb. in cap. super quem. §. si verò in vl. not. de off. deleg. Auth. consil. 37. text. in l. 1. § vlt. ff ad leg. Aquil. & Bald. in l. si quis decurio. C. ad l. Cor. de fals. quibus addi potest generalis regula, quæ habetur in auth. quas actiones C. de SS. Ecclesiis, quod semper euitanda sit iuris correctio, vt late ibi per Iason. in pulchro casu D. Cepl. consi. 123.

Notat insuper Decius ex verbis textus quod iurisdictio est Iudicis dandi licentia, per delegationem censeri perpetuam iurisdictionem, ita vt non expiret per mortem delegantis. Exempli gratia, Princeps delegauit Sempronio caussam: Sempronius subdelegauit alteri: moritur Princeps delegans. antequã subdelegatus procedat in caussa: quæritur an iurisdictio expirauerit istius subdelegati. Videbatur expirasse, quia morte delegantis expirat iurisdictio delegata, quando res est integra l. & quia, infra titul. nostro. Hic autem res videtur esse integra: quoniam subdelegatus nondum incepit prouidere in caussa. Si procedere incepisset in caussa citando partem, tunc per citationem factam res non diceretur amplius integra, cap. gratum, & c. relatum, de of. deleg. Nihilominus Decius concludit, iurisdictionem censeri perpetuam per subdelegationem factam: quasi actus iste subdelegandi côtineat in se exercitium iurisdictionis, cum iurisdictio consistat etiam cum licentia dandi iudicem. Et hæc est communis opinio, vt inquit hic Bologn. numer. 31. quoniam sic expresse docet glos. Ioan. Andr. Butr. & Host. in cap. si à delegato. de off. deleg. in 6.

Capio glossam in verbo potestatem, & quæro vnà cum Decio an appellatione pœnæ capitalis in dubio veniat pœna mortis, vel exilii. Respondet Decius, communem sententiam hanc esse, vt intelligatur de pœna exilii: non autem mortis. Sequitur Cagnol. dicens com. hic num. 57. & Rim. iun. n. 186.

Pro hac communi primò adducit glossam in l. vnic. C. ne Christia. mancip. vbi pœna capitalis, de qua ibi meminit illa textus intelligitur de exilio, secundum glossam, à iure ... Iudæos ... Respondet Dec. ideo ita intelligi ... pœna exilii quoniam pœna exilij constituta fuit expresse huic crimini, in l. Iudæi l. 2. C. de iud.

Nec obstat ponderatio Rim. iu. quod text.

in l. vni. C. ne Christian. mancip. per se ipsum probet, pœnam capitalem ibi comminatam, intelligendam esse pro exilio, quatenus textus dicit Iudæum pœna capitali afficiendum esse, & pœna amissionis serui. nam, si pœna mortis intelligeretur, non erat consequens, exprimere aliam pœnam amissionis serui. Non obstat (inquam) hæc consideratio: quinimo retorqueri potest, & facit pro Decio: sic enim inferri potest, illum text. nihil probare: quoniam ratione alterius pœnæ impositæ, intelligi non debet de pœna mortis, non autem ex eo, quod pœna capitalis, de more accipienda non sit. Secundò pro hac communi adduco textum in l. si præses. ff. de pœn. vbi in pœnis interpretatio est facienda, vt mitior pœna intelligatur imposita. Respon. Decius non excludi interpretationem, quæ fit secundum proprietatem verborum, l. cum lege, ff. de testa. Verba autem propriè debent intelligi, & naturaliter: non autem ciuiliter, l. vltim. C. de his qui ven. ætat. impetr.

Replicat Rimin. iun. nume. 172. illud procedere secundum terminos d. l. cum lege: quando scilicet verba continent plura simul, prout est verbum *intestabilis*. Significat enim eum, qui testari non potest, & simul etiam eum, qui testis esse non potest: meritò, si lege quis iubetur intestabilis esse, vtroque modo accipitur. Secus, quando verba non continet plura simul: sed vnum tantùm, quod potest esse maius vel minus: & tunc in pœnis eligendum est, quod minus est. Et ita in proposito capitalis pœna debet accipi pro exilio, cùm significare possit maiorem vel minorem pœnam. Nec obstat, quod dicitur, verba esse intelligenda naturaliter, non autem ciuiliter: quia hoc est verum in rebus naturalibus, non autem accidentalibus. Et ita loquitur text. in d. l. vltim. Codice de his qui ven. ætat. impetr. & ad hoc adducit declarationem Bald. in dicta lege vltima.

Tertio igitur loco pro hac communi Rimin. iun. adducit text. in l. præsenti, C. de his, qui ad Eccles. confug. in illis verbis capitali & vltimi supplicij animaduersione. Nam, si capitalis pœna intelligeretur de pœna mortis, non erat opus adiungere illa verba, vltimi supplicij: sed satis erat dicere, pœnam esse capitalem. Sed respondetur, posse illa verba adiecta fuisse pro maiori declaratione.

Quartò idem Rimin. iun. adducit text. in l. cum patronum ff. de iur. patr. vbi dicitur pœnam capitalem esse mortis vel exilij. Responderi potest: ex hoc inferri non posse, quod pœna capitalis sit intelligenda pœna exilij potius, quàm alia pœna.

Quintò adducit idem Rimin. iun. text. in l. nos aut vsum. §. omnibus ff. de excus. tut. vbi fit mentio de pœna capitis, quæ in personas ciuiles non est constituenda: & intelligatur de pœna exilij. Responderi potest, quòd text. ille loquitur limitatiuè de tali pœna capitis, quæ non cadit in seruum, qualis est deportatio.

Contrariam opinionem sequutus est Decius hic post Angelum, quem adducit & Aretinus in capit. qualiter & quando de accus. in §. ad corrigendum.

Primum argumentum Decij sumitur ex l. secularis, ff. de extraord. criminibus, vbi pœna capitis accipitur pro pœna mortis. Respondet Rim. iun. num. 161. ibi non accipi pro pœna mortis: sed pro pœna capitis circa mortem, quia textus loquitur de delicto non consummato, pro quo non solet imponi pœna mortis. Non placet, quia tex. satis clarè loquitur de pœna mortis, cùm dicat: Præsides solere grauiter punire illud delictum vsque ad pœnam capitis: quia & ipsa res pœnam mortis comminatur. Nec valet vlla ratio, quod delictum non esset consummatum: quia in multis casibus pœna mortis imponitur, licèt delictum non sit consummatum, l. si quis non dicam rapere. C. de Episc. & Cleric. l. quisquis, C. ad l. Iuliam Maiestatis, l. is qui cum telo, C. de Sicariis, licet de consuetudine aliter seruetur. Responderi igitur potest: ibi accipi pro pœna mortis propter subiectam materiam: & quia Iurisconsultus satis apertè ibi declarat.

Secundum Decius adducit textum in l. perspiciendum, §. vltim. ff. de pœnis. Respondetur: illud verbum *animaduerti* tollere omnem difficultatem, cùm verificari possit in animaduersione citra mortis pœnam.

Tertium adducit Decius tex. in l. tex. Iulia §. vltim. ff. ad l. Iul. Repetund. Decius respondet, illud esse speciale, quia supra l. eodem loquutus fuit de pœna exilij. Quæ responsio magis placet, quàm Riminaldi iunioris nume. 155. & seqq. resoluentis dictionem vel in expositiuam, id est, quia repugnat verbis legis consulis volentis pœnam mortis irrogari vel deportationis.

Quartò, Aretinus adducit tex. in l. Relegati, ff. de pœn. vbi pœna capitis accipitur pro pœna mortis. Responderi potest, adeo accipi pro pœna mortis, quoniā in verb. præcedentib. textus loquitur de pœna deportationis & exilij.

Quintum, adducit tex. in l. vlt. ff. de rerum diuisione, vbi pœna capitis accipitur pro pœna mortis. Respondetur, illud ibi contingere propter subiectam materiam.

Postremum adducitur tex. in l. quoniam, C. ad l. Fauiā, de Plagiar. Respondetur, istud esse quia ibi pœna capitis intelligēda est de morte, propter subiectā materiam; cùm ita fuerit con-

constitutum in l. vlt. eod. tit. Et hæc sunt, quæ ab aliis allata fuere in hac quæstione.

1 Ego video, pœnam capitis propriè significare tam pœnam mortis quàm exilij, vt est text. in l. licet capitalis, de verb. signif. l. 1. ff. de pub. iud. l. qui maior, ff. de bonis libert. l. edicto de bon. poss. l. cos. § super his, C. de appellat. Quod autem in dubio pro pœna exilij accipiatur, nulla est lex, quæ hoc dicat: sed, quoniam interpretatione pœnæ sunt potius molliendæ, quàm exasperandæ, transeo in communiorem sententiam, quæ etiam consuetudine recepta est. Latissimè Farinac. tit. de delict. & pœnis, quæst. 19. l. minimè, ff. de legibus. Illud moneo, cum pœna capitis imponitur, & confiscationis bonorum, intelligi de pœna mortis, § oportet & ibi gl. in auth. de armis. Et rursus moneo pœnam capitis, de qua text. in l. vlt. ff. de rerum diuisione esse intelligendam de muris vrbis Romanæ: non de aliis ciuitatibus, vt ibi declarat Baldus Clarus q. 68. vers. muros, Farinac. q. 20. nu. 122.

CAPVT XVII.

An in corpus mortuum animaduerti possit?

SEquitur glossa in verbo *animaduertendi*, Ex qua colligitur conclusio, animaduerti in corpus animatũ, & consequenter in corpus mortuum animaduerti non posse. Ita Dec. in hac gloss. post eum Cagn. nu. 63. Bologn. num. 37. Valasc. nu. 10. Rimin. iunior nu. 17.

Probatur hæc communis sententia primò secundum Decium ex lege defuncto, ff de public. iudic. vbi defuncto delinquente extincta est pœna. Secundo probatur secundum Decium ex can. quorundam, 23. distinct. vbi delictum mortui reseruatur diuino iudicio puniendum. Tertio probatur in can. 1. 24. qu. 2. vbi ferè idem habetur. Quarto ex notatis per Angelum, & alios Dd. in l. 2. C. qui test. fac. poss. vbi reprehendunt iudices, qui cadauera mandant suspendi delinquentium: quod tamen non procedit in famosis latronibus, quia cadauera eorum manẽt suspensa ad terrorem aliorum, & bestiis traduntur, vt notat glossa in l. 1. in verbo latrones, ff. de bonorum furtim cæsorum, & est tex. in l. capitalium. § Latrones, ff. de pœnis. Clar. in § fin. qu. 51. vers. sed hic incidenter quæro.

Rursus limitatur hæc conclusio, nisi corpora delinquentiũ tradantur medicis ad faciendam anatomiam (vt vocant, Latinè dissectionem.) Ita docet hic Dec. quem sequitur Cagn. Rimin. iun. Valasc. & alij communiter (excepto Bolognet.) & eandem sententiam sequitur Ripa in tract. de peste, tit. de remediis præser-uatiuis, num. 141. Clar. § fin. quæst. 100. Menoch. de arbitr. cas. 285.

Fundamentum huius communis sententiæ positum est primò in l. quod Reip. ff. de iniuriis, vbi dicitur Magistratum non inferre iniuriam, licet aliquid faciat ad ignominiam & dedecus alicuius familiæ, quando id facit ob publicam vtilitatem. Respondet Bologn. textum loqui, quando fit in pœnam delinquentis; sed in casu proposito non videtur esse locus pœnæ, cum iam delinquens fuerit punitus, & iam mortuus.

Secundo mouetur Decius & alij communiter ex doctrina Bartoli in l. vlt. in § 1. de pign. act. vbi dicit Barto. Magistratũ posse vti re alicuius ad aliquam publicam vtilitatem, & cogere posse vilem hominem, vt aliquem suspendat, & exequatur iustitiã. Respondet idem Bolog. aliud esse, vti aliena re ad publicam vtilitatem, quod est permissum, aliud vero secare cadauera defuncti: quia hoc videtur esse iniuriosum. Et ideo ipse contrariam sententiam veriorem esse putat, videlicet corpora delinquentium tradenda esse pro sepultura consanguineis & parentibus, adducens text. in l. vlt. ff. de cadaueribus punitorum. Responderi potest, textum in d. l. vlt. esse intelligendum secundum tex. in l. 1. ff. eo. tit. videlicet, quando Princeps dat licentiam sepeliendi corpora damnatorum.

Ego puto communiorem sententiam seruandam esse: quia hęc fiunt propter publicũ bonum, & ex mandatis Principum in quorũ potestate est, vt corpora damnatorũ non tradantur sepulturæ, vt in dicta lege prima; & hæc sufficiant, quantum attinet ad pœnam, quæ infertur post mortem delinquentis, respectu cadaueris.

Respectu verò personæ delinquentis, conclusio suprà dicta est verissima, quòd mortuo delinquente extincta est pœna, vt probatur præter textus allegatos in leg. prima secunda, & tertia, C. si reus vel accus. mortuus fuerit.

Ampliatur, vt procedat, etiamsi reus mortuus fuerit post sententiam contra eũ latam, à qua appellauerit, vt est text. in l. vlt. si reus vel accus. mortuus fuerit.

Notandum tamen est, quòd, respectu bonorum confiscationis, procedi potest contra hæredes, & successores defuncti delinquentis in multis casibus. Primò, quando mortem sibi consciuit, l. pen. C. si reus vel accus. mort. fuer. Menoch. de arbit. casu 284. Peregr. de iure fisci tit. de his qui mort. sibi consc. Secundò, si lis fuerit contestata cum defuncto, l. 20. ff. de accus. Tertio, quando ex delicto defuncti ad hæredem eius aliquod peruenit. l. 1. C. ex delicto defunct. Quarto, in crimine læsæ maiestatis, quia memoria defuncti damnatur

& bona confiscantur, l. vlt. ff. & C. ad l. Iuliam maiestatis.

CAPVT XVIII.

An sententia lata in caussa summaria dicatur definitiua?

OMissis igitur his, quæ Decius tractat de mutilatione mébri & abscissione (quoniam parui sunt momenti) sed Edit est conclusio quod abscisio membri sit meri imperij iure nouissimo, § hæc prohibemus in aut. de collat. gl. in l. 2. ff. de off. eius, qui vice alt. gerit. licet non esset cognita hæc pœna de iure digestorum, ipse disputat, ad quem & ad alios remitto me, & quando locum habeat, vide Farinac. titul. de delict. & pœn. q. 19. Menoch. de arbitr. q. 86. Venio ad gl. in verbo mixtum, vbi quid mixtum componitur ex duobus simplicibus. Quærit Angelus an sententia lata in caussa summaria dicatur definitiua, quia participet ex definitiua, in quantum continet condemnationem, vel absolutionem: sed quatenus non seruatur in ea ordo iuris, non potest dici definitiua. Communis est, non esse vere definitiuam, ita Dec. hic.

Fundamentum est in doctr. Bartol. in l. Titia, ff. de accus. vbi dicitur definitiua ratione ordinis, & solemnitatum: &, quia definit negotium. Respondet Rim. iun. n. 122. negando doctr. Bartol. verum etiam non videtur bona responsio: quia non potest negari doctrina Bartoli alia materia. Contrarium voluit Cast. hic, cum quo Cagnin. n. 38. Rimin. vbi sup. Bologn. nu. 41. Et hæc est vera. Probatur primò ex Clemen. sæpe de verb. sign. vbi dicitur definitiua & tamen summariè proceditur. Secundò in l. 1. de rei iudic. vbi res iudicata dicitur, quæ continet absolutionem vel condemnationem. Tertiò ex definitione Specul. tit. de sent. probatio. & Hoc in titul. de re iud. sententia iudicium definitio, quæ finem imponit controuersiæ per absolutionem, & condemnationem. Quartò ex simili: quia stipulatio dicitur propriè, licet non requirat solemnitates, quæ olim requirebantur, §. hæc solemnia, inst. de verb. obl. & testamentum dicitur, l. quoniam, C. de testam. & etiam etiam sine antiquis solemnibus, l. 1. C. de form. subl. Quintò: quia summaria cognitio succedit in locum ordinariæ & ideò sapit naturam ordinariæ, ex doct. Bart. & Bald. in l. si olei, C. de locato. Sextò, quia etiam in summariis lis contestata intelligitur per primum actum, quo incipit agi de meritis, ca. 1. de elect. in 6. ideò currit instantia etiam in summariis, Abb. in cap. fi. de iud. quæ tamen instantia non venit nisi post litem contestatam, leg. properandum, §. & si quidē, C. de iud. Septimò ex doctr. Bart. in l. si quis à liberis, §. vel si parens, ff. de lib. agnos. vbi dicit, sententiam latam in caussa alimentorum esse definitiuam, licet summariè procedatur in ea.

Non obstat doctrina Bartol. in dicta lege Titia num. 8. ff. de accusat. quia non dicit Bartol. vtrumque necessarium esse, vt dicatur sententia definitiua, sed dicit, dici, definitiuam vel ratione solennitatum, quæ in sententia requiruntur, vel, quia sententia definit negotium, & ideò concludit ibi sententiam absolutoriam ab obseruatione iudicij esse definitiuam.

CAPVT XIX.

Princeps concedens alicui castrum cum iurisdictione, an videatur merum imperium concessisse?

SEquitur altera pars Glossæ, in qua dicitur iurisdictionem continere merum imperium. Ex quo infertur, secundum Angelum, Princeps concessit alicui iurisdictionem in aliquo Castro, an censeatur concessisse merum imperium? Bologn. Angel. videri concessum; sequitur Decius, Cagnol. & Valasc. num. indicans communem, & licet non etiam Rimin. iun. num. 140. vbi dicit verum, ita respondit Oldrad. consil. 251. & multi alij quos ibi referunt.

Primum argumentum sumitur ex l. beneficium de consti. Prin. vbi beneficia Principum latissimè interpretari debent. Respondet Iason n. 8. illud non procedere, quando beneficium conceditur ad postulationem partis, per text. in l. si aliquando C. de oper. pub. secundò respondet, non procedere, quando est contra publicam vtilitatem, vt probatur in eadem lege secundum alium intellectum ad textum Angeli dicentem in d. l. beneficium.

Istæ duæ responsiones non videntur recte consistere, quia quantum attinet ad primam, text. in d. l. beneficium simpliciter & absolute dicit: beneficium Principum latissimè interpretari. Ergo debet intelligi siue concessum fuerit motu proprio, siue ad petitionem alterius. Non obstat text. in d. l. si aliquando, quia ratio illius textus non est in eo posita, quod concessio facta fuerit ad postulationem partis, sed ratio fuit, ne præiudicium fieret iuri publico, quia beneficia Principum latissimè sunt interpretanda, non tamen in præiudicium alterius, l. 2. §. Merito, ff. ne quid in loco publico.

Quod verò attinet ad alteram responsionem illa quidem est verissima, quod scilicet beneficia Principum non debent latè interpretari contra publicam vtilitatem, sed non

rectè applicatur ad rem nostram. Negamus enim, præiudicium fieri publicæ vtilitati ex hac concessione latissimè interpretata, vt contineat etiam merum imperium.

Nisi dicamus (& erit tertia responsio & bona) præiudicium fieri subditis: quia transferetur in alienam potestatem, & Imperium: & ideo propter præiudicium subditorum videtur facienda stricta interpretatio: non autem lata.

Secundum argumentum desumitur ex eo, quod iurisdictio continet merum imperium sub se, & omnes concludunt: & est communis sententia. Ergo concessa iurisdictione intelligitur concessum & imperium: quia semper in generalib. specialia insunt, leg. semper in generalibus, de regulis iuris.

Respondet Bologn. sub n.42. argumentum procedere, quando genus capitur vniformiter: secus autem, quando genus potest verificari de iurisdictione in specie. Ergo debet comprehendere tantùm iurisdictionem in specie: quia, quando verba possunt intelligi in genere & in specie, debent accipi potius in specie, quàm in genere, l. Hoc legatum de leg. 3. sed replicari potest, textum illum loqui de legatis, quæ quidem strictè accipiuntur, leg. Numis, de leg. 3. vnde secus dicendum videtur circa beneficium Principis, quod latissimè interpretatur.

Secundo respondetur notabiliter ex Castr. & Alciat. non esse verum, quòd verba debeant potiùs accipi in genere, quàm in specie, adducunt text. in l. si quis seruos de leg. 3. sed ita demum sunt accipienda in specie, & non in genere, quando subest diuersa ratio: & ita loquitur text. in d. l. hoc legatum. Secus, vbi eadem ratio, sicuti probatur in d. l. si quis seruos. Sed in casu nostro nulla ratio suadet, vt potiùs verbum, *Iurisdictio*, accipiatur in specie, quàm in genere. Ergo debet accipi in genere, non autem in specie.

Sublata igitur hac Bologneti responsione, responderi potest: verum esse, quod genus continet suas species: sed illud non procedit, quando necessaria est specialis mentio, tunc enim generalis sermo non sufficit, sicut videmus in casibus, in quibus requiritur mandatum speciale, non sufficere mandatum generale, cap. quid agendum, de procur. in sex to leg. Illud in fine. ff. de minor. casus autem, in quibus mandatum speciale requiritur, cumulat Ioseph. Lud. comm. concl. conclusione 30. sed hic requiritur specialis mentio: quia merum Imperium specialiter lege, vel constitutione, vel Senatusc. tributum l. sup. de off. eius.

Tertium argumentum desumitur ex l. 1. §. cum autem, sup. de off. Præfecti, sed responde-tur, textum illum loqui de præfecto vrbis, cui vrbis cura est commissa meritò dicitur in talem præfectum transferri etiam merum Imperium: sed hic non agitur de Magistratu tali. Ergo non rectè infertur, quæ responsio est Bologneti.

Quartum argumentum sumitur ex donatione Constantini, in qua non videtur facta mentio meri Imperij: & tamen comprehendit etiam merum imperium, de qua text. in c. fundamenta, de elect. in sext. & in can. Constantinus 96. distinct. Respondetur, ibi contineri verba, quæ concludunt imperium, & potestatem omnem temporalem.

Quintum argumentum sumitur ex regula, si Pluribus, de leg. 2. vbi indefinita æquipollet vniuersali. Responderi potest, vt sup. hic requiri specialem mentionem.

Sextum argumentum & vltimum desumitur ex doctrina Bart. in l. vlt. ff. sol. matr. quam sequitur Alexan. in l. Diuortio, §. si vir, ff. eod. vbi, si mulier dederit in dotem castrum cum iurisdictione venit & merum imperium. Respondet Bolog. diuersam esse rationem in dote: quia mulier potest dare omnia bona in dotem, & mulier remanet domina naturaliter, & simul cum marito administrat, & censetur voluisse totum dominium transferre in maritum dando ei castrum cum iurisdictione, ergo rationes non habent locum in quæstione nostra.

Contrariam opinionem amplexus est Ias. hic & Bolog. & Alciat. in c. quod sedem, de offic. ord. n. 38. nec num. cuam. Io. Long. in hac l. nostra.

Primum argu. Iasonis desumitur ex doctrina Angeli in hac l. nostra, num. 8. vbi dicit, infeudatum de iurisdictione non posse condere statuta. Ergo non habet merum imperium quia condere statuta est meri imperij. Respondet Dec. Angelum loqui, quando aliquis infeudatus fuit de iurisdictione tantum: quoniam illa dictio *tantùm* excludit merum imperium & facit, vt sola iurisdictio simplex intelligatur esse concessa. Respondet Bolo. eum qui habet iurisdictionem, posse condere statuta ex doctrina Bart. in l. omnes populi, ff. de iust. & iur. in 2. qu. & sic falsam esse doctrinam Angel.

Secundum argum. eiusdem Ias. sumitur ex l. si in aliqua, §. cū plenissima, sup. de off. Procons. vbi merū imperium intelligitur esse cōcessum, quando plenissima iurisdictio est concessa: & similiter etiam, quando omnimoda iurisdictio est concessa, vt docet gl. in clem. 2. in verb. omni modo de foro compet. Respondet Dec. illa verba operari maiorē declarationem, & sic nō infertur, quod absque illis verbis non veniat merum imperium. Confir-

matur: quia quæ ponitur ad maiorem declarationem, non ſolent d cr ſuper ea, vt notat Dec. in l. quæ dubitationis de regul. iur. & eſt tex. in l. teſtamentum, C. de teſtam.

Tertium argu. ſumitur per Iaſ. ex doct. Bald. in c. quanta, de iud. vbi ſi Epiſcopus concedat alicui omnem Iuriſdictionem, non continet merum imperium. Reſpondet Dec. in contrarium ſe habere communem opinionem: & ideò non eſſe locum doctrinæ Baldi.

Quartum argum. eſt Alciati: quia merum imperium requirit ſpecialem expreſſionem l. 1. ſup. de off. eius, Vbi dicitur, quæcunque ſpecialiter tribuuntur, delegari non poſſe, quia certis Magiſtratibus ſolent committi, qui ſunt maiores, & quorum inda [illegible] electa eſt inter iſta, quæ ſpecialiter tribuuntur maioribus Magiſtratibus, continet & merum Imperium: non tamen ſequitur, merum imperium requirere ſpecialem commiſſionem, quinimò contrarium probat tex. in l. 1. §. cùm autem, de off. Præf. vrbis & in l. ſi in aliqua, §. cùm pleniſſimam, de off. Procon. vbi venit merum imperium, & tamen non eſt facta ipſius ſpecialis mentio.

Quintum argumentum eſt eiuſdem Alciati: quia verba debent potius accipi in genere, quàm in ſpecie ex doctrina Bartol. in l. Hoc legatum, de leg. tertio. Sed iam ſupra reſponſum fuit ad hanc doctrinam, ex Caſt. in l. ſerui electione, §. 1. de leg. primo, quam pro reſponſione adduxit Rimin. iun. hic n. 242.

Sextum argumentum eſt eiuſdem Alciati & Curtij iun. quòd iſta conceſſio ſtricte ſit interpretanda propter præiudicium ciuitatis & ſubditorum, quorum intereſt, potius ſubiectos eſſe Regi, quàm Baroni ex traditis per Vaſquium lib. 1. controu. illuſt. num. 9. Et ad hoc nemo reſpondet. Ego puto, reſponderi poſſe non attendi hoc præiudicium ſubditorum: quia venit in conſequentiam: principaliter enim conceſſum eſt in præiudicium Principis, & illud inſpici debet: non autem præiudicium, quod venit in conſequentiam alterius, vt not. glo. in l. de vnoquoque, de re iud. & eſt tex. in l. 1. §. denunciari, de ventre inſpic. & late declarat Tira. in tract. res inter alios acta in princ. verſ. ſed hæc multis modis, vbi infinita allegat & inter cetera adducit gl. in c. quamuis in glo. vlt. de Pactis in 6. quæ dicit in præiudicium alicuius aliquid redundare, quando Principaliter redundat, non autem, ſi ſecundario.

Septimum argumentum eſt Bolog. deſumptum ex l. item apud Labeonem, §. 1. de iniur. vbi ea, quæ ſunt notabilia, debent ſpecialiter exprimi. Ergo merū imperium, tanquam aliquid notabile, debet ſpecialiter exprimi. Reſponderi poteſt, id cenſeri etiam expreſſum, quod in genere exprimitur, & ex vi verborum colligitur, vt notat Bart. in l. prima. 7. de vulg. & eſt tex. in l. Gallus §. 1. de li. & poſth. non. n. ſemper eſt neceſſarium quod aliquid exprimatur in ſpecie, licet aliquando id fieri ſoleat, vt ibi.

Poſtremum argumentum eſt Bolog. quia conceſſio meri imperij eſt magni præiudicij, & ideo videtur requirere mandatum ſpeciale, & ſpecialem, ac indiuiduam mentionem, leg. mandato de procur. l. contra iuris, §. ſi quis filius de pact. Reſponderi poteſt in mandatis verum eſſe, quod quædam ſunt, quæ reſpiciūt ſpeciale mandatum, nec veniunt in generali mandato, vel quia repugnant naturæ mandati, vt puta mandatum generale ad lites non ſufficit, vt quis tranſire poſſit, vel quia non eſt veriſimile quod aliquis voluerit talia mandare. Quæ rationes ceſſant in conceſſione Principis, quæ cum contineat beneficium eius, videtur late interpretanda.

Hæc ſunt, quæ alij dixerūt in hoc articulo. Omitto enim quaſdam diſtinctiones, parui momenti, quas Rimin. iun. refert. Nunc quod ipſe ſentiam, paucis accipite.

Videbatur prima fronte concludendum eſſe contra communem. Primò quia iuriſdictio diſtinguitur ab Imperio, l. Iubere cauere in t. noſtro. Secundo: quia conceſſa Iuriſdictione veniunt ea, ſine quibus explicari non poteſt, vt inquit text. in l. 2. ſup. tit. noſtro. Poteſt autem eſſe ſine mero Imperio.

Tertio: quia ſi veniret merum imperium in iſta conceſſione iuriſdictionis, veniret etiam poteſtas confiſcandi, cùm ſit de mero Imperio, vt notat Iaſon in hac l. noſt. a num. 24. ſed poteſtas confiſcandi requirit ſpecialem expreſſionem, l. 1. C. ne ſine iuſſu, ergo non poteſt venire merum Imperium.

Iſtis non obſtantibus, concludo cum communi ſententia, & moueor: quia verbum Iuriſdict. aut capitur in genere, aut ſpecie. Si capitur in genere, continet merum Imperium, vt not. text. in leg. prima de officio eius. Et probari poteſt ex definitione Iuriſdictionis in genere, de qua in leg. prima ſupr. titul. noſtro. ſi vero in ſpecie capiatur, non continet merum Imperium. Dicimus ergo capiendum eſſe in genere: quia in contractibus plena, in teſtamentis plenior, in beneficijs pleniſſima fieri debet interpretatio, inquit tex. in cap. cum dilecti, de donat. & hanc ſibi legem nobilitas imponit, vt nihil ſe præſtitiſſe putet, niſi in beneficijs ſuis excedat. Adde tex. in l. hac lubertima. C. de prop. ag. in reb. lib 12. & text. in l. ſi quando. C. de bonis vacant. lib. 10. Et quod tradit per illum text. in l. beneficium, num. 3. de conſt. princip. Adde etiam textum l. vnica, C. ſi imperialis, liber ſocius.

Non

Non obſtant in contrariũ argumenta, nam ad primũ reſpondetur, iuriſdictionem diſtingui ab imperio, quando in ſpecie ſumitur, ſecus ſi in genere ſumatur, hic autẽ debet ſumi in genere per ea quæ ſupra dicta ſunt. Ad ſecundum reſpondeo text. in l. 1. qui de Magiſtratibus, quibus iuriſdictio eſt conceſſa, non autem de eo, cui donata ſit iuriſdictio in aliquo caſtro. Ad tertium reſpondeo, loqui de officialibus, & Magiſtratibus, & de rectoribus temporalibus, qui non poſſunt imponere pœnam confiſcationis, vt declarat Peregr. de iure Fiſci lib. 1. nu 81. & nũ. 88.

Ex hac concluſione infertur, iſtos, quibus conceſſa eſt iuriſdictio, per modum donationis, poſſe conſequi omnes pœnas, mulctas, & confiſcationes. Peregrin. vbi ſup. nu. 88. & nu. 89. non tamen regalia, vt per Peregr. ibi n. 78. ex notatis in cap. quod ad tranſactionem de officio legati, & ex aliis ibi adductis per eum. Et res eſt clarior, quando dictum eſt cum omni, vel cum omnimoda iuriſdictione.

Notandum tamen eſt, quod Principes concedentes talia, ſolent in conceſſionibus adiicere clauſulas reſeruatiuas maioris dominij: quo caſu multi dicũt, confiſcationes pertinere ad Principem concedentem, quod tamen verum non eſt, vt dixit Peregr. vbi ſupr. nu 33.

Secundò notandum eſt, quod Princeps non poteſt cõcedere alicui ſuperioritatem, quam habet, quia dicitur eſſe ex regalibus & Corona Principis, Menoch. conſ. 604. num. 15. Et hoc altum dominium ex ſuperioribus hanc habet vim, vt ſubditi teneantur magis obedire ſupremo Principi, quàm Baroni, vt ibi per Menoch. nu. 16. Et de pœna confiſcationis ſciendum eſt, pertinere ad Principem, quando ſubditi iſtius Domini inferioris in eam incurrerunt propter inobedientiam edictorum Principis, vt per Menoch. d. conſ. 604. & Paucrolum in conſ. ſeq.

CAPVT XX.

Quid ſit Iuriſdictio, & vnde dicatur?

NVnc ſequitur, vt videamus, quid ſit Iuriſdictio, & vnde dicatur, & vt breuiter me expediam circa deriuationem. Non placet opinio Bartoli & gloſſ. quod dicatur à dictione, quæ eſt penes Principem, vt in procemio inſtit. Magiſtratus enim habent iuriſdictionem, licet non ſint domini ciuitatum. Et in hoc ſequor Alciat. lib. 2. diſp. c. 2. in fine.

Quod verò attinet ad finitionem illam, quam ponit gloſſa & Barto. in l. 1 ſupra eod. quod ſit poteſtas de iure publico introducta cum neceſſitate iuris dicendi, & æquitatis ſtatuendæ. Quod ſit *poteſtas* probatur in l. Poteſtatis verbo. de verbor. ſignif. Quod ſit *de iure publico introducta* probatur in l. 1. §. 1. de iuſt. & iur. Quod ſit *cum neceſſitate iuris dicendi*, probatur ex l. de qua re, ff. de iudic. & ex l. munerum, §. iudicandi, ff. de mune. Quod autem *æquitas ſtatui* debeat, probatur in l. Placuit, C. de iudi. Hic oriuntur ſeptem difficultates.

Prima, quia hæc definitio videtur etiam conuenire Patri & tutori: nam pater poteſt animaduertere in filium, atque in eum ſtatuere, vt per Dec. ſupra in l. 1. reſpondentem ad argumentum quod Pater non habet neceſſitatem ſtatuendi, licet habeat manum regiam in filium. Sed quantum attinet ad hanc manum regiam Patris in filium, ego puto, non eſſe ad propoſitum noſtrum: quia aliud eſt ius dicere, & æquitatem ſtatuere, aliud eſt punire filium, vel aliquid ſimile de filio facere: quia iſtud non eſt ius dicere, vt patet ex l. Ius, ſupra de iuſtitia & iure. Alij dicunt, poteſtatem Patris erga filium non eſſe de iure publico introductam. Bartol. dixit, addendum eſſe in definitione, quod ſit poteſtas, &c. Ius dicendi & æquitatis ſtatuendæ à perſona publica: ſed non eſt opus, quia nec tutor, nec pater dicuntur ius dicere. Occurrit autem circa patriam poteſtatem vnum obiter notatu dignum, quod olim pater non poterat filium interficere, l. in ſuis, de liber. & poſthu. Hodie poteſt vendere ex cauſa neceſſitatis, l. 2. C. de Patr. qui filios ſuos diſtrax. Vbi nota verbum *ſanguinolentis*, male expoſitum in gloſ. ibi: quia ſignificat filium natum ſtatim, vt in rub. C. de inf. expoſ. & de his qui ſang. nutr. accep.

Secunda difficultas eſt, quia hæc definitio non videtur comprehendere iuriſdictionem voluntariam, quia in ea non verificantur illa verba cum neceſſitate. Reſpondetur: imò verificari ex doct. Bart. in l. 1. ſup. de off. Procon. quia dicitur eſſe voluntaria, reſpectu partis, non autem reſpectu Iudicis.

Tertia difficultas eſt de Principe qui habet iuriſdictionem, & tamen non habet neceſſitatem iuris dicendi. Reſpondeo: imò habere neceſſitatem, quia Princeps tenetur per ſe vel per alium iuſtitiam facere, l. Humanum: & l. digna vox, C. de legib. ex debet, & c. regem. 23. q. 5.

Quarta difficultas eſt de iudice, in cuius arbitrio aliquid eſt commiſſum, quia habet iuriſdictionem, & tamen non tenetur æquitatem ſequi. Reſpondeo, imò teneri ſequi æquitatem. Menoch. de arbitr. quæſt. 14. vbi tenet & ſequitur iuris rationem & æquitatem.

Quinta difficultas eſt: quia ſeruandus videtur rigor, maximè in grauiſſimis delictis, l. quiſquis, C. ad l. Iul. maieſt. cum ſimil. & ſpè.

derum, etiam hoc in casu adhibendum esse æquitatis temperamentum l. Perspiciendum ff. de Pœnis. pulchre Farinac. tract. crim. q. 17. quia Iudex debet semper potius sequi æquitatem, quam rigorem in delictis.

Sexta difficultas est in l. Prospexit ff. qui & à quibus & aliis legibus; in quibus dicitur seruandum esse rigorem, & plerumque errari sub prætextu æquitatis. l. si seruum sequitur de verb. oblig. Respondeo, definitionem intelligendam esse, vt seruetur æquitas in illis casibus, in quibus seruari debet.

Postrema difficultas est, quia videntur reperiri aliqui, qui habent Iurisdictionem sine imperio, l. 2. & in iis vbi. Nec Magistratus de iniur. Respondeo illud verbum *potestatis* respectu horum, non significare imperium, sed accipi pro simplici potentia.

CAPVT XXI.

An iurisdictio sit genus comprehendens sub se merum & mixtum Imperium tanquam species.

Secundo quærit Bartol. an Iurisdictio sit genus, & comprehendat sub se merum & mixtum imperium, tanquam species? & concludit genus esse. Quæ conclusio est communis secundum Rim. iun. & alios.

Pro qua adducit tex. in l. 1. sup. de officiis, ibi: *Iurisdictionem suam mandam*, Respondet Dec. illum text. loqui de iurisdictione in specie, sed male: quia loquitur de iurisdictione in genere, vt patet ex verbis præcedentibus ibi: *Mandata Iurisdictionis transferuntur.* Secundo probatur ex §. ius iur. in auth. de defensoribus ciuit. Tertio in l. si in aliquam §. vlt. C. de off. Proconsl. Postea Bart. declarat, an iurisdictio contineat sub se merum imperium, & mixtum, & modicam coercitionem, & Iurisdict. simplicem, & sic an sint quatuor species, vel tres tantum? & concludit modicam coercitionem non constituere speciem per se, quia est mixti imperij, vt probatur in l. vlt. C. de officiis.

Tertio quærit, an Iurisdictio diuidatur in imperium & iurisdictionem? Respondet, quod sic, sed postea imperium subdiuiditur: quia aliud est merum, aliud mixtum. Et sic imperium merum & mixtum sunt species immediatæ Imperij, & Iurisdictionis, de quo me remitto ad Doctores, quia est res modicæ vtilitatis.

Postea quærit Bart. quid sit Imperium, & quare dicatur mixtum, & quare merum: in quo me remitto ad eundem. Post hæc tradit definitionem meri imperij, dicens, quod sit, Iurisdictio, quæ officio Iudicis nobili expeditur ad publicam vtilitatem. Contra quam tres excitantur difficultates.

Prima, quia Bartol. dicit sub hac definitione meri Imperij contineri accusationes de delictis. At contrarium dixit Bartol. in l. Iudex postea, numer. 2. de re iud. vbi dicit: Iudicem non posse mutare sententiam, quando proceditur per accusationem; quia procedit tunc ex officio mercenario, non autem nobili.

Respondet Alexand. Barto. intelligendum esse ibi, quod iudicis officium sit mercenarium in accusationibus, quatenus concedit Iudex dilationes ad probandum, & facit processum. Malè, quia Barto. ibi loquitur de sententia: non autem de processu. Secundo respondet Bart. Ias. defendi posse, quando proceditur per viam inquisitionis, quæ responsio nihil valet: quia aliud est inquisitio, aliud accusatio. Tertio respondet Rim. iun. in accusationibus officium iudicis esse mercenarium, & etiam nobile. Mercenarium, in quantum deseruit accusationi propositæ: nobile autem, in quantum tendit ad puniendum delicta. Et eadem ferè est solutio Bolog.

Probatur: quia in delictis publicis non proceditur per viam actionis: sed per viam accusationis, vt inquit text. in instit. de Publ. iud. in princ. Ergo proceditur officio iudicis nobili, non autem mercenario. Quia officium mercenarium Iudicis est illud, quod deseruit actioni, vt declarat idem Bart. in l. 1. numero 12. sup. tit. nostro. Deinde probatur hæc conclusio ex doctrina Barto. bene intellecta in d. l. prima, numer. 12. quatenus docet quid sit officium iudicis nobile & quid mercenarium, dicens officium nobile per se stare, siue postuletur in parte, siue non: at mercenarium non consistere per se ipsum. Hoc ita stante, ego infero, officium iudicis inseruiens accusationibus propositis nobile, non autem mercenarium: quia huiusmodi officium stat per se, etsi ad postulationem partis Iudex aliquid faciat: tenetur enim iudex punire delicta leg. congruit, de officio præsid. At mercenarium non consistit per se ipsum: quia deseruit actioni intentatæ, & sine actione consistere non potest. Et quod dicatur procedi ex officio Iudicis nobili, quando proceditur per modum accusationis, communis est sententia, de qua testatur Valasc. [illegible] num. 66.

Altera aduersus Bartol. definitionem Aretinus in rub. de accusat. mouetur: quia ex delictis oritur obligatio & actio. Inst. de oblig. quæ ex delict. Ergo non dicuntur expediri accusationes officio iudicis nobili: quia officium iudicis nobile nullam præsupponit obligationem, l. cum postulassem de damno inf. leg. qui per collusionem. §. vlt. de act. empt.

Respondet Dec. officio Iudicis nobili expediri

pediri, quatenus imponitur pœna ad publicam vindictam, l. 9. §. qui d illicite, ff. de publ. A qua responsione non procul abest responsio Bolognet. quatenus dicit, officium iudicis esse quasi nobile, quod versatur circa accusationes, nec posse dici mercenarium. Quia illud mercenarium dicitur, quod tantummodo inseruit actioni intentatæ, hoc autem officium Iudicis non deseruit tantummodo actioni intentatæ, vt hic per eum nu. 60. Et eadem ferè est solutio Rim. iun. hic num. 375.

Magis placet, quod scribit Valasc. sub num. 67. videlicet offic. Iudicis aliquam præsupponere obligationem large, & impropriè, glos. in §. 2. inst. de actio. in ver. debetur. Et huiusmodi impropria obligatio dicitur etiam illa, quæ oritur ex delictis, vt docet Bar. in l. vlt. ff. de mur. Merito potest consisterè huiusmodi officium Iudicis nobile super accusationibus.

Tertia difficultas contra definitionem meri imperij mouetur per Ias. hic nu. 18. quia absoluere innocentem est meri imperij, leg. solent, de officio Procons. & tamen non pertinet ad vtilitatem publicam, sed potius ad priuatam illius, qui absoluitur, vt colligitur ex doctrina Bart. in l. non ita ff. solut. matr.

Respondet Dec. duobus modis, Primo quod imò absoluere innocentem respiciat publicam vtilitatem per tex. in l. Absentem, ff. de pœnis, & in l. ferum in quoque §. publicè. ff. de procur. Secundo respondetur, quod licet absoluere innocentem pertineat ad priuatam vtilitatem, tamen hoc in consequentiam venit. Principaliter autem debet considerari accusatio ad finem vt delicta puniantur. Rim. iun. replicat, quantum ad primam responsionem, quod absoluere innocentem respicit priuatam vtilitatem principaliter, licet secundario publicam respiciat. Quantum verò attinet ad alteram responsionem, replicat absolutionem esse principaliter considerandam in iudicio, sicut consideratur condemnatio, quia sententia profertur super omnibus tam deductis per actorem quàm etiam per reum, clem. sæpè de verbi signific. poterat allegari text. in l. i. ff. de re iud.

Itaque respondet huic difficultati Rim. iun. distinguendo. Aut igitur de absolutione à pœna corporali, aut à pœna pecuniaria. Absolutio à pœna corporali respicit publicam vtilitatem principaliter, l. cùm ratio, de bon. dam. Facit text. & ibi glo. in l. Pactum inter hæred. de pact. & in l. eum in vm. ff. de app. si enim agatur de pœna pecuniaria (dicit Rim.) hoc neque inspicere vtilitatem publicam neque priuatam, quia absolutus remanet in statu, in quo prius erat.

Hæc solutio Rimin. facile impugnari potest. Nam, quantum ad primum membrum distinctionis, absolutio à pœna corporali non videtur respicere publicam vtilitatem principaliter, sed potius priuatam illius absoluti, & secundariò publicam, quia quod homines conseruentur & augeantur, publicè interest quidem, sed non principaliter, secundum Doct. Bart. in d. l. i. num. sol. matr. Non obstant iura allegata, quibus probatur neminem posse renuntiare suis defensionibus, & appellationibus, quia istud procedit ob aliam causam, quoniam nemo est dominus membrorum suorum, l. liber homo, ff. ad l. Aquil. Quod autem pertinet ad alterum membrum distinctionis eiusdem Rimin. iun. manifeste errare potest, dum dicit, absolutionem non concernere vtilitatem publicam, nec priuatam, quia absolutus remanet in eodem statu. Nam manifeste apparet, absolutionem à pœna pecuniaria respicere vtilitatem priuatam absoluti, cùm liberatus sit à solutione pœnæ.

Quid igitur dicendum? Ego puto Bartolum rectè locutum fuisse, & innocentis absolutionem pertinere ad publicam vtilitatem principaliter; quia hæc est publica vtilitas principaliter, vt iustitia administretur, vt boni præmijs, & mali pœnis afficiantur, l. 1. de iust. & iur. Hic est finis præcipuus, ob quem leges sunt conditæ: adde text. in l. si non defendatur de pœnis, & in l. ferum quoque, §. publicè de procurat.

De innocentia rei, quando incidimus in hanc mentionem, quatuor sunt nobis adnotanda. Primum quod scribit Bart. in l. absentem circa finem, de pœnis. Secundum, quod scribit Menoch. de arbitr. iud. q. 8. nu. 58. Tertium, quod scribit Hiero. Castr. de exec. sent. in præfa. n. 72. nu. 17. & nu. 30. & c. vlt. nu. 397. cum 399. Quartum quod notat Dec. & Cag. in l. Fauorabilius de regul. iur. Bart. in l. qui eadem de liciarm.

CAPVT XXII.

An legem condere sit meri Imperij?

Sequitur omissis aliis, vt videamus gradus meri Imperij, & sequendo ordinem Bart. colligitur, Primò hæc conclusio, quod legum condere sit in primo gradu meri imperij. Hæc conclusio est communis, vt testatur Bulogn. numer. 68. Rim. iun. numer. 400. Valdis. num. 149.

Pro hac conclusione Bart. adducit text. in l. prima de const. Princ. quatenus ibi dicitur, soli principi competere. Hoc enim Bart. infert esse primum gradum, & supremum meri imperij. Ad idem adducit text. in l. non ambi-

gitur. C.de legibus,& in l.formam, C.de officio præf.prær. quatenus ibi dicitur, iftis folis datam effe poteftatem condendi leges. Concordat tex.in l. vltim. Cod. de leg.& fic fundamentum Bartol.in hoc confiftit, quod cæteri Magiftratus inferiores non habent poteftatem legis condendæ, effe in primo gradu meri Imperij.

Confirmari poteft: quia id pertinet ad vtilitatem publicam.Principaliter,leg.1.de legibus,c.erit autem lex 4. diftinct. & expeditur officio iudicis nobili,vt patet. Ergo conuenit illi definitio meri Imperij.

Contra hanc communem multæ difficultates opponuntur, quas expendere operæpretium videtur. Et primò Dec.hic numero 41. infurgit. Poteftas legis condendæ pendet ab arbitrio Principis libero; Ergo non poteft dici merum imperium: quia merum imperium eft Iurifdictio. Iurifdictio habet neceffitatem in fe fecundum definitionem gloff. in l.1.C. eo.ti.Refpondet Bolog. poteftatem condendi leges pendere quidem ab arbitrio Principis: fed tamen de honeftate Principem cogi ad condendum leges neceffarias, vt eft text. in l.humanum, C.de legibus. Conftat enim quòd etfi Princeps folutus fit legibus: profitetur tamen fe legibus alligatum, leg. Digna vox, Codice eod.

Secundò mouetur Dec. quia merum imperium, de quo loquitur text. nofter,pertinet ad punienda delicta. Nihil eft fecundum Bologn. quia reperiuntur etiam alia, quæ funt de mero Imperio, & non pertinent ad punitionem criminum.

Tertiò mouetur Decius, quia hic loquitur tex. de mero imperio ad differentiam mixti. Ergo nil commune habet cum poteftate legis condendæ. Nihil eft,quia Bart loquitur abfolutè de mero imperio:non autem, prout confideratur ad differentiam mixti.

Quartò mouetur,quia Princeps legib. folutus eft, l. Princeps,fup de legib. Ergo merû imperium in principe debet effe liberum:hoc autem non conuenit poteftati legis condendæ,quia lex debet effe rationabilis, c.erit autem 6.diftinct. Refponderi poteft, vt fup.licet Princeps legib.folutus fit:tamen profitetur fe legib.alligatum effe.& maximè in condendis legib.d.l.humanum,C.de leg.

Quintò quia poteftas legem condendi competit etiam inferioribus, l. omnes populi, de Iuft.& iur.l.Prohibere,§. plane, ff.quod vi aut clam, l. vt graduatim, §. fi ex lege.C.de muner. Non obftat in fuper Dec.fi dicatur Bart. loqui de lege generali, non autem de lege particulari.

Huic refponfioni duo obftant. Primum. quod Bart.dat exemplum etiam de Præfecto Prætorio, qui nô poteft condere legem generalem. Alterum,quia plus & minus non faciunt differre fpecie;fed numero. Replicari poteft ad hanc vlt. Quæ differunt per plus & minus,non differre fpecie: fed tantum differre gradu,& maioritate. Quod fufficit pro defenfione Barto. Quod vero attinet ad exemplum præfecti Prætorio,dicimus,Præfectum Prætorio habere poteftatem legem generalem condendi ex poteftate fibi data à Principe d.l.Formam,quam fic intellexit Alciat. li. 2.Parad,c.9. & alij, quos citat Cagnol. hic nu. 202.& facit tex.in l.1.cum gloffa in l. de offic. Præf.Prætorio.

Sextò mouetur Bologn. contra Bartol.quia hic agitur de iurifdictione & imperio Iudiciali tantum.Replicari poteft, dictum Bartoli non effe reftringendum ad hunc textum noftrum.

Septimò idem Bolog.opponit, quia ifta poteftas competit non habentibus Iurifdictionem, d. l. omnes Populi: fed iam refponfum eft,quia Bart. loquitur de poteftate condendi legem generalem, & text.in l.omnes populi, loquitur de ftatutis municipalibus.

Octauò idem Bologn. opponit, quia merum imperium non poteft exerceri extra territorium,l.inf. à tit. noftro. At poteftas condendi legem(ficut cætera, quæ funt voluntariæ Iurifdictionis)exerceri poteft extra territorium,vt notat Cagn.in d.l,vlt.num.18. Refponderi poteft negando confequentiam, quia dicimus primum gradum meri Imperij habere hanc prærogatiuam, & imitari naturam voluntariæ iurifdictionis.

Nonò opponit Valafc.numer.150.quia poffet condi lex fuper re minima,& quæ fit fimplicis Iurifdictionis primo non poterit dici effe meri imperij ex doct. Bald.in l. nulli, C. de fent. Refponderi poteft, condere legem femper effe meri imperij, dato quod fiat fuper re minima, dummodo lex fit generalis: quia non funt confiderandæ res,fuper quibus leges conduntur,fed ipfa poteftas legem condendi ex notatis ibi gloff. in l. 1. §. in verbo Publicum,de iuft. & iure. Et confirmari poteft, quia mittere in poffeffionem eft mixti Imperij,leg.Iubere,infra eod. & tantum miffio poteft fieri in re minima.

Ex quibus hæc conclufio communis remanet falua, Negari tamen non poteft,quin magis propriè hæc poteftas condendi legem dicatur effe de referuatis Principi in fignum fupremæ poteftatis: & quia intentio Iurifconfulti in hac l. noftra fuit loqui de mero Imperio, prout conuenit Magiftratibus.

CAPVT

CAPVT XXIII.

De conciliatione textus in l. si vnus, §. pactus ne peteret, ff. de pactis, cum textu in lege Stichum, §. naturalis ff. de solutionibus.

SCripsi hac de re libro cap. 96. sed non puto me ad scopum collimasse, re igitur maturius perpensa, & valere iussa omni alia interpretatione, amplector Fortunij sententiam in d. §. pactus ne peteret, & Alciati in l. lege obuenire, de verb. signif. qui perpendentes verbum *iusto positum* in §. naturalis dixerunt: iusto pacto tolli ipso iure naturalem obligationem; iustum pactum appellantes legitimum & solenne, quemadmodum iusta vxor dicitur, iustæ nuptiæ, iusta sententia, pro legitima & solenni. At naturalis obligatio non tollitur nudo pacto, quod scilicet non est solenne, ita loquitur text. in dict. §. pactus ne peteret.

Hæc expositio mihi videtur probabilior omnibus aliis, quoniam fundata est in verbis textus. Cæteræ expositiones non habent fundamentum in verbis textus. His accedit ratio: quia pactum solenne maioris est efficaciæ & roboris, quam pactum nudum, merito fortius operatur. Et sic tollit naturalem obligationem ipso iure, quod pactum nudum efficere non potest.

CAPVT XXIV.

Ad eundem §. pactus ne peteret l. si vnus, ff. de pactis super illo, in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur.

QVid est illud, quod ait Iurisconsultus in l. si vnus § pactus ne peteret ff. de pactis in stipulationibus ius versari, in pactis factum contineri?

Quid Alciatus scripserit libr. 1. parad. cap. vltim. quid Æmilius Ferettus in commentariis eius loci, necnon Raimundus iun. & Fortunius, quid Ioannes Parladorius lib. 2. rerum quotidianarum, cap. . senserit, quid Francisc. Connan. libr. 5. comment. cap. 2. non me latet. Referre autem supersedeo, cum quia varij varia dicere videntur verbis, sed re idem dicunt. Tum, quia otiosum esse videtur, errores manifestos confutare, prout error est (bona pace dictum sit) exponere in stipulationibus ius versari, id est, actionem, in pactis autem factum contineri, id est, exceptionem. Vel, quando ad pactionem liberatoriam restringitur hæc sententia, prout latissime tractat Raimu. iun. in commentariis, n. 291. & seqq.

Plane si quis veritatem attigit, illam mihi videtur Bartolus attigisse, sermone licet incompto, quem si à Connano mutuatus fuisset, nihil sane desiderari potuisset elegantius. Nihil pro expositione huius loci accommodatius.

Verba Bartoli hæc sunt: *Tu ergo dicas, quod substantia stipulationis consistit in iure. Nam stipulatio est verborum obligatio, l. 1. de verbor. oblig. substantia vero pacti consistit in facto quia pactum est duorum vel plurium in idem placitum, & consensus. Et hoc totum sonat factum, & nihil iuris, & ideo stipulatio tollitur per aliam stipulationem, quia vnum ius potest tollere aliud ius vere: sed pactum non tollit aliud pactum. Nam exceptio, quæ oritur ex pacto, non oritur mediate naturali obligatione ipsius pacti: sed prima & immediata caussa exceptionis est, quia sic conuenit, quia tale pactum interuenit. Hoc dicit textus rotundissimus. inst. de repli. §. quod autem factum non interuenerit, non potest fieri per legem secundum varietatem*, l. in bello, § factæ cum simili. infr. de captiu.

Verba autem Connani hæc sunt: *Etsi pactus sum non petere, quamuis postea paciscar petere, verum est tamen me pepigisse ne peterem: sic stat, & manet vtrumque pactum, sed in iudicando, quod posterius est auctoritate iuris prætorij, elidet alterum: non enim per se posset. sed cum res in disceptationem venit, vt necesse sit alterum infirmari, ac sunt partes iudicis, vt posteriori robur addat, & elidat alterum. vnde fit, vt non nisi per exceptionem prius pactum tollatur. At in stipulationibus, quibus inest ius ad obligationem, altera alteram tollit ex ipso iure, quo donata est, & à legibus munita, vt tametsi cum acceptum tuli, quod stipulatus eram, à te verum sit tamen ius, quod in ea erat, sublatum est, vt inane iam sit & futile, nihil præter mera verba habens ad nullam rem, quæ iuris esse posset, idonea: ideo ne stipulatio quidem dicatur, cuius nomen & ius in iure consistit.*

Vides (vt puto) Lector vtriusque auctoris sententiam: vnam esse alteram crassiori filo orationis expositam, alteram verbis ornatam elegantissimis; sed quid refert? Nam res ornari negat contenta doceri.

CAPVT XXV.

An Oldradi consilium vt locum habeat, debeat testator habens voluntatem conseruandi bona in agnatione.

COnditio fideicommissi adiecta in persona filiorum, *si decesserint sine liberis* euanescit, si cum liberis decedat, quamuis liberi postmodum absque liberis decedant. Ita respondit olim Oldrad. in consilio vigesimoprimo.

Controuersia est, an hoc responsum locum habeat etiam, quando testator voluit bona conseruari in agnatione. Et quidem locũ habere responderunt Alexand. consil.239. libr.6. Rimin. consil.105. lib.2. Dec. cons.291. & consil.287. Socin. iun. cons.4. lib.3. Roland. consil. 56. libr.5. D. Ceph. consil.269. nume.11. & cons. 544. lib.4. Gabr. cons.111. nu.16. & 17. Menoch. cons.85. lib.1. Paris. cons.31. nu.23. lib.2. Rubeus cons.120. ad fin. Marcabr. cons.61. n.36. Zanch. in l. hæredes mei, §. cùm ita in septima parte, nu.56. ff. ad Treb. Odd. cons.66. numer.107. & consil.67. nu.30. & num.75. Menoch. cons.661. nu.10. Aonded. cons.60. n.8. lib.1. Peregrin. de fideicommiss. artic.29. nu.27. Surdus cons.448 num.13.

Fundamentum est, quia, quando testator rationem habet conseruandi bona in agnatione, illud intelligitur secundum modum, & formam ab eo expressam, & declaratam in testamento. Quod quidem fundamentũ perquàm fragile mihi videtur: quia licet modus, & forma aliqua in testamento contineatur, secundum quam testator voluit substituere, & ad fideicommissum vocare; non tamen eius dispositio restringi debet ad eum casum, & modum, quem expressit, quando apparet eum voluisse simpliciter, & absolute bona sua conseruari in agnatione, & familia. Tunc enim voluntas ei seruari debet. Non potest testator omnes casus exprimere, qui euenire possunt: sed habenda ratio est mentis testatoris, & porrigenda eius dispositio ad casus similes iuxta mentem ipsius. Et sicut Iurisconsultus de legislatore dixit in l. non possunt, ff. de legibus: ita & nos de testatore dicere possumus, cùm eius voluntas sit lex, §. disponat, in auth. de nuptiis.

Contrariam igitur sententiam veriorem esse iudico, quam amplexi fuere Paris. consil. 57. numer. 10. libr.2. & consil.24. numer.37. & consil.30. numer.19. & consil.33. num.16. libr.3. Grat. consil. 5. numer. 25. lib.2. Mazar. cons. 5. & plurimi alij, quos refert, & sequitur Peregrin. consil. 49. libr.1. & latiùs in consil.65. num.17. lib.2. ex quibus rectè intuenti patere potest, hanc fortasse communiorem esse sententiam.

Fundamentum autem est clarissimum, & indubitatum, quia bona nõ possunt in agnatione conseruari, nisi onus fideicommissi censeatur repetitum in filiis filiorum. Cessante enim continuatione fideicommissi, & oneris de filiis in nepotes, & in alios deinceps bona non poterunt in agnatione conseruari, vt benè deducit Menoch. lib. 4. præsump. 96 numm. 9. & num. 18. Et huic rationi sine cauillo respondei non potest.

CAPVT XXVI.

Ex chirographo de recepta pecunia quando oriatur obligatio.

SCripsi aliquid hac de re lib. 1. ca. 87. nunc aliqua addenda esse putaui prioribus hic scriptis, nempe, veram & communẽ esse sententiam Bart. in l. cum quis, C. de iur. & facti ign. & in l. 1. vbi latè fas. ff. de condict. indeb. ante biennium oriri ciuilem obligationem tantùm: post biennium autem ciuilem, & naturalem. Nam, cùm ante biennium huic confitenti de recepta pecunia possit accedere fideiussor, l. tam mandatori, C. de non nu. pecu. necesse est, vt confitens sit aliquo modo obligatus, quoniam fideiussoris obligatio accessoria principalis obligationis. Sed non potest esse obligatus naturaliter, quia repugnat æquitas, cùm nihil acceperit, quo æquitatis vinculo sustinetur naturalis obligatio, l. Stichum, §. naturalis, ff. de solutio. Ergo obligatus erit saltem ciuiliter.

Post biennium vero elapsum nulla querela proposita non numeratæ pecuniæ lex præsumit, numerationem factam, & consequenter producit naturalem obligationem perinde ac si pecunia fuisset numerata.

Scio Fortunium in l. si vnus, §. pactus ne peteret, ff. de pactis, n.48. & 49 aliam habuisse opinionem, eo quod ante biennium oritur actio, l. si ex cautione, & in l. contractibus, C. de non num. pecun. vbi textus dicit, exceptionem dari. Ergo præsupponit actionem, leg. 10 de except. Dicendum verè est, actionem dari propter ciuilem obligationem.

Alij dixerunt, neque naturalem, neque ciuilem oriri obligationem ante biennium, ex l. qui pecuniam, ff. si cert. pet. & quia confessio probat: non autem inducit obligationem, l. publica. §. vltim. ff. depos. & quia confessio videtur esse facta sub cõditione, si pecunia fuerit numerata. Ergo ante numerationem nulla oritur obligatio, l. cedere diem, de ver. sig. glossa in l. item quia, ff. de pactis, vbi loquitur de conditione tacita, & propter quasdam alias leues rationes.

Quæ facilè tolli possunt: quia textus in l. qui pecuniam, loquitur de efficaci obligatione, per quã debitor cogi potest ad soluendum: non negat interim obligatum esse, licet pecuniam non receperit, quando confessus est se recepisse. Obligatus est enim ciuiliter: sed potest se tueri exceptione non numeratæ pecuniæ. Nec est ista simplex cõfessio de recepto: sed adiunctam habet promissionẽ de restituendo secundum naturam mutui, l. cum quid, ff. si cert. pet. Non est confessio cõditionalis:

nalis, sed pura, licet subintelligatur, quod pecunia debeat numerari. Nam illud facit, vt interim qui confessus est se recepisse, tueri se possit exceptione non numeratæ pecuniæ: nõ autem quod sit obligatus. Est obligatus ciuiliter ex literis de recepta pecunia: sed habet instantem exceptionem ante biennium, [illegible] qua euincare posset solutionem.

Itaque nihil commune habet cum hoc negotio id, quod dicitur de tacita vel expressa conditione. Et potius quidam modus (vt dicit Bartolus) siquidem confessio facta esse intelligitur, vt pecunia numeretur: qui quidem modus non suspendit obligationem, l. [illegible] C. de donat. quæ sub modo, quibus de rebus § Tempus, & ibi Bartolus notat. ff. de cond. & demonstr. Vide varias opiniones, & doctores apud Illustrissimum Dominum, D. Odoardum Cibo in suis thesibus, thesi 98.

CAPVT XXVII.

Stante statuto, quod contra debitorem possit fieri executio à creditore: an cessionario competat ius exequendi.

NOn competere ius exequendi cessionario, nisi prius facta liquidatione, [illegible] parte, si quod dicit, cessionarius, voluerunt Bald. in l. per diuersas, q. 48. C. mand. Mar. Sil. singul. 26. Contrarium tenuit Calis cons. [illegible] num. 3. vers. [illegible] Boer. decisio [illegible] in fine. Docq. reg. [illegible] Amplia [illegible] cons. [illegible] num. 19. lib. [illegible] Ancharan. quæst. famil. [illegible] quam refert Flaminius Cartarius decis. [illegible] nu. 13 & 22. Prioris sententiæ fundamentum est, quia agens [illegible] debet probare se talem esse; est enim hæc qualitas necessaria nec debet præsupponi, sed probari. Quod fieri non potest [illegible] partibus vocatis [illegible] regulam l. [illegible] Fundamentum vero contrariæ sententiæ positum est in eo, quod si deberet fieri talis liquidatio, citato debitore, posset [illegible] ad fugam: & sic creditor eluderetur. Item quia sufficere videtur, quod constat de cessione per instrumentum publicum.

Et hanc partem ego secutus fui, & secundum eam [illegible] Quæ confirmari potest [illegible] per Vantium de nullit. tit. quibus mod. nul. [illegible] num. 130. vbi quod possessio nullitatis capta confirmari debet; si iuste data fuit, vt ex [illegible] per Farinac. de carceribus, & carcer. quæst. 27. numer. 31.

Vbi probat, iudebite captum iuste detineri, superueniente [illegible] debiti probatio.

CAPVT XXVIII.

Vsufructuarius omnium bonorum, an teneatur soluere legata, & an concurrat cum legatario rei particularis.

AD vsufructuarium pertinere solutionem Legatorum dixerunt Bald. Fulg. Salyc. [illegible] l. vlt. §. sin autem. C. de bon. quæ lib. mou. ex illo text. ibi: *Sin autem legata vel fideicommissa sive donationes [illegible] huiusmodi personæ: si quidem [illegible] redditus sunt, qui sufficiunt ad omnia legata [illegible] huiusmodi [illegible] compellatur.* Respondent omnes, loqui de legatis annuis: esset enim absurdum, quod proprietarius singulis annis deberet aliquid vendere vt satisfaceret legatariis. Item loqui de patre, qui est vsufructuarius & administrator bonorum aduentitiorum filij: is enim videtur nomine filij soluere. Quæ responsio licet non transeat apud me sine difficultate, quia tamen melior non occurrit, eidem acquiesco. Et contrariam sententiam amplector, quæ communis est, & solidum habet fundamentum: quod scilicet, legatorum præstatio incumbit hæredi, inst. de lega. in princ. l. legatorum, de lega. Quia hæres adeundo hæreditatem dicitur quasi contrahere cum legatariis & creditoribus, §. hæres, instit. de obl. quæ ex quasi contractu. Ita Bar. in l. [illegible] de vsu fruct. leg. [illegible] adducit Roland. cons. [illegible] num. 26. lib. [illegible] & post eum Crassus §. legatum, quæst. 36. nu. 2 & 3. Hæres autem soluet legata vendendo bona hæreditaria: & sic cum diminutione vsusfructus, sicut contra errorem Cornei in cons. 91. lib. 4. declarat optime Crauetta in cons. 187. & post Crau. Parisi. cons. 95. & 96. lib. 2. [illegible] lib. 2. [illegible] nu. 7. & alij, quos [illegible] Gallo [illegible] §. legatum, q. 36. n. [illegible]

Quantum vero attinet ad alteram quæstionem, an concurrere vsufructuarium omnium bonorum cum legatario rei particularis, multi responderunt Bald. in l. quoties, C. de hered. [illegible] & ibi Salyc. Iason in l. cum quidam, C. de lega. & in cons. [illegible] lib. 1. Deci. cons. [illegible] in tertio [illegible] de vsufru. Socin. iun. cons. [illegible] lib. 1. Mot. ex regula: *Generi per speciem derogatur* [illegible] l. [illegible] lega.

Quantum attinet ad text. in d. l. [illegible] missum, nihil facit, quia ibi vnus legatarius volebat mitti in possessionem legatorum seruandorum caussa in possessionem rei, quæ alteri fuerat specialiter legata, non erat iustum, sed mitti debebat in possessionem aliorum bonorum. Et ideo [illegible] Iurisconsultus, *æquius est, me eam habere, cui [illegible]*

relicta est, quàm ea, qui alterius fideicommissi nomine ingressus in eam est. Regula vero: *Generi per speciem derogatur*, locum habet, quando genus & species versantur circa idem ius; hoc modo: lego vsumfructum omnium bonorum Titio, lego vsumfructum fundi Titiani Caio. Per hoc legatum derogatur generali legato vsusfructus, sed genus, & species in proposito nostro versantur circa diuersa: legatur enim vni fundus, alteri vsusfructus omnium bonorum. Hoc in casu generi non derogatur: quia legatum fundi continet proprietatem, & vsumfructum simul, non autem solum vsumfructum. Ita limitat d. reg. Bart. in l. Sempronio, de vsufr. leg. Dec. & Cagnol. nu. 15. in l. in toto, de reg. iur.

Contrariam igitur sententiam, quæ communior est, veriorem esse puto, & amplector per text. in l. si alij, de vsuf. lega. ibi: *Vsusfructus inter eos communicabitur.* Ita Bart. in d. l. Sempronio, de vsufr. leg. & in l. vlt. Bal. Dec. & alij apud Rol. cons. 8. nu. 36. li. 2. Couar. lib. 1. var. c. 207. Caualcan. de vsufr. nu. 121. Crass. d. §. legatum, q. 5.

CAPVT XXIX.

Cur prætor hæredem facere non possit?

SCripsi aliàs hac de re. Nunc diligentiùs repetere constitui, quæ in explicatione rub. C. qui admitti, latiùs adnotaui.

Prima est opinio Pauli Castr. hic nu. 2. hæredem fieri non posse per prætorem: quia hæres fieri potest per legem tantùm, & similem constitutionem, vt habetur in §. quos autem, Inst. de bon. poss. Prætor autem non habebat potestatem legem condendi per prius, licet eius edicta habebant vim legis: quia recipiebantur à populo.

Hæc opinio reprehenditur per Deci. in 3. lectura nu. 10. cum seqq. Primò: quia, attenta hac ratione, prætor non potuisset dare etiam bonorum possessionem, nisi id approbatum fuisset à populo: quod est absurdum. Replicari potest: Prætorem habuisse Imperium, vt in §. Institutionum, de perpet. & tempor. act. Dare autem bonorum possessionem est Imperij, l. iubere, de iurisd. omn. iud. & ideo non erat opus approbatione populi, similiter Prætor habuit iurisdictionem, §. aliæ, inst. de actionib. Qui vero habet iurisdictionem potest in possessionem mittere, l. 1. de iurisdi. omn. iud.

Secundò opponit Decius: si edicta Prætoris non valuissent sine approbatione populi, essent ius ciuile, non autem Prætorium: quia regula est, cùm actus non valet, & indiget approbatione, denominatur à confirmante. vt notat Bart. in l. more, nume. 5. de iurisdict. omn. iud. Replicari potest, edicta prætoris valuisse: quia potestatem habebat edicta proponendi, §. Prætorum quoque, instit. de iur. nat. in instit. Theophilo. Confirmatio autem seu approbatio populi non erat necessaria, quasi non valerent: sed, vt omni ex parte essent perfecta. Sicut dicimus, electionem alicuius priuati factam valere, licet necessaria sit confirmatio superioris; cap. transmissam, &c. qualiter, de electionibus, & hoc in casu, qui confirmat, nihil dat, vt docet idem Bartol. loco citato. Vel responderi potest: actum non denominari à confirmante, quando illum confirmat, prout est non intendens de nouo facere, vbi per Bartol. cap. accepimus, & fin. de confirmatione vtil. vel inutili. Populus autem recipiebat edicta prætoris non animo ea de nouo faciendi, sed approbandi, prout erant, & sic tanquam ius Prætorium.

Tertiò mouetur Decius: quia non videtur verum id, quod supponit Paul. Castrens. videlicet, Prætorem non habuisse potestatem legis condendæ. Nam, quod habuerit potestatem legis condendæ, probari videtur ex eo, quod habetur in §. Prætorum quoque, inst. de iur. nat. vbi dicitur, Prætorum edicta non modicam obtinere iuris auctoritatem, & dicitur viua vox iuris Ciuilis, l. nam & ipsum, de iust. & iure. Istud argumentum nihil est: quia concedit etiam hoc Castrensis, edicta prætorum habuisse vim legis: sed negat fuisse leges immediate, & per prius. Aliud est enim aliquid esse tale immediatè, & per prius: aliud pro tali haberi, l. mercis, & ibi gloss. in verbo imagines, de verb. signif.

Quartò (inquit Deci.) quod Prætor habuerit potestatem legis condendæ. Probat: quia Prætor habebat potestatem corrigendi ius Ciuile, l. ius autem Ciuile, § ius Prætorium, de iustit. & iure. & in terminis nostris ipsa bonorum possessio introducta est à Prætore emendandi Iuris Ciuilis gratia, vt testatur Imperator inst. de bon. poss. in princ. Ergo poterat legem condere. Nam inferior potest tollere legem superioris, clementina ne Romani de electionibus, c. cum inferior, de maiorit. & obedientia.

Respondet Rim. iun. in rub. C. qui adm. nu. 55. Prætorem absolutè non potuisse ius Ciuile corrigere: sed tantùm propter publicam vtilitatem, vt dicitur in d. l. ius autem Ciuile, § ius Prætorium, & hoc etiam iudici per militem est ex caussa leges transgredi, vt voluit Innoc. in capitul. primo, de constitut. text. & ibi Bart. in l. quid ergo § pœna grauior de his qui notantur infamia. Hæc replicatio non tollit argumentum Decij: potest enim responderi pro Decio:

Decius Prætor non potest, nisi ex causa publicæ vtilitatis ius corrigere. Ergo similiter potest ex eadem causa publicæ vtilitatis legem condere.

Respondéri igitur potest ad argumentum Decij, Prætorem potuisse ius edicto suo corrigere, aliquando propter eius nimium rigorem, l. sabio præterito, l. Posthumus, de iniust. rupt. & irr. fac. testam. quia id ei permissum est, at legem condere immediaté, & per prius, non erat ei permissum, sed tantum populo §. lex. inst. de iure nat. vel Princip. l. 1. de const. Prin. l. vlt. C. de leg. vel senatui, l. non ambigitur, de legibus, & multo minus permissum fuit, legem condere contrariam Iuri Ciuili, quia nec Præfecto Prætorio id erat permissum, l. formam, C. de off. præf. prætor. Orien. qui erat dignior Prætore. Et in materia iurisdictionis non valet argumentum, cui plus concessum est, eidem & minus, l. solemus, §. Latrunculator, de iudic.

Quinto (inquit Decius) quod Prætor habuerit potestatem legis condendæ, probatur ex eo, quod Prætor actiones dabat quæ dicebantur Prætoriæ, §. Pœnales, §. sed ista, inst. de act. & obligat. §. Prætoriæ, inst. de oblig. Hoc nihil concludit, quia veniunt in consequentiam iurisdictionis, quæ fuit concessa Prætoribus in l. 2. §. deinde cum post. de origin. iur. nos autem loquimur de potestate legis condendæ.

Sextò pro hac sententia, quod prætor habuerit potestatem legis condendæ, Fortonius in Liurisgentium. §. Prætor, de pactis adducit hoc argumentum: Prætor semper æquitatem amplectitur contra rigorem iuris, l. quod si Ephesi, ff. de eo qui certo loco. Ergo potest ius condere. Responderi potest negando consequentiam, quia æquitas prætoris non est lex immediate, & sic per prius, de quo nos loquimur.

Septimò sic argumentatur Sapia hic in 2. col. Prætor tollit vsucapionem, §. rursus, inst. de actio. quæ est iuris Ciuilis institut. de vsucap. in prin. Ergo potest ius condere. Respondetur negando consequentiam, quia non infertur ex hoc, quod habuerit vim legis condendæ per prius.

Octauò Rimin. iun. hic numer. 56. adducit pro hac sententia dictum Bartol. in l. omnes populi, in 4. quæst. 1. q. Princ. de iusti. & iur. vbi notat, Prætorem posse condere statuta, sed hoc facilè tollitur, quia nos quoque dicimus posse edicta facere, sed talia edicta non sunt leges per prius.

Nonò, idem Rimin. adducit gloss. in l. 1. ff. ad l. Falcidiam, vbi dicit prætorem per se absque interrogatione populi potuisse legem facere. Respondetur illam glossam in ver. lex Falcidia, intelligere de edictis Prætoris, quia adducit text. in §. prætorem quoque, instit. de iure nat. gent. & ciu.

Decimo, adducit idem Rimin. iun. text. l. 1. ff. vnde cognati, vbi prætoris edictum appellatur lex. Respondetur, vt per glos. ibi in verb. lex, id est, edictum Prætoris, quod in genere est lex, quatenus habet vim legis.

Vndecimò, adducit auctoritatem Pomponij, & Liuij, qui testantur prætorem ius condere potuisse. Facilè respondetur, hoc esse intelligendum per posterius, quia edicta prætoris habebant vim iuris.

Duodecimò idem Rimin. iun. adducit, legis virtus est imperare, permittere, & punire, l. legis virtus. ff. de legibus. Hoc facit Prætor in edictis suis: ergo legem facere potest. Respondetur, fieri hæc à Prætore, sed non in modum legis per prius.

Decimotertiò ponderat idem Rimin. text. in §. Prætorum quoque, instit. de iure nat. quatenus ibi dicitur, edicta Prætorum non modicam habere iuris auctoritatem. Hoc facilè confutatur, quia id fatetur Castrensis, sed quæ illi est, edicta non fuisse leges per prius, sed per posterius, quia à populo approbata erant. At (inquit idem Rimin. iun. numer. 76.) nullibi constare de hac approbatione populi, & ideo erubescimus cum sine lege loquimur, §. consideremus, in authen. de trient. & semis. Respondetur, nihil interesse, an verbis, vel factis fiat approbatio, l. de quib. de legib. Ideo, licet populus, non approbaret expressè verbis suis, & scriptis, tacitè tamen approbare videbatur obediendo edictis prætoris. Et quod approbarentur à populo colligitur ex §. Prætor quoque, vbi dicitur, habere iuris auctoritatem. Istud enim aliunde non est, nisi quoniam populus illi obediat.

Et hæc sententia, quod Prætor non habuerit potestatem legis condendæ per prius, est communis, vt testatur hic Curt. iun. nu. 4. Cagnol. num. 32. Rimin. iun. nu. 38. Probatur primo ex §. quos autem, inst. de bon. pos. vbi dicitur, per legem enim & similem iuris constitutionem hæredes fiunt. Nam per Prætoris edicta esset lex: & Prætor potuisset legem cōdere, hæc ratio inepta esset. Secundo, quia potestas cōdēdi legē est penes Principē & Populū, & Senatum, §. lex. inst. de iur. nat. l. 1. de const. Princ. l. fin. C. de legibus, l. non ambigitur, de legib. & Præfectum Prætorio, l. Formam, C. de off. præfor. de hac est gradus supremus merì Imperij, qui solis istis est concessus, vt bene declarat Bartol. in l. Imperium, numero 5. de iurisdict. omn. iud. Tertio ex Theophilo in §. prætorum quoque, institut. de iure naturali gentium & ciuili, vbi probat id tradit. Quartò, quia fuit constitutus Præ-

tor, vt ius diceret, l. 2. de origin. iur. §. deinde cum post, & dicitur iuris disceptator, l. 1. C. de off. Præt. & custos Iuris Ciuilis per leges 12. tabul. vt per Alciat. libro tertio Parerg. capit. 3.

His ita constitutis, apparet rationem Castrens. manere in suo robore, & rectè defendi posse ab impugnationibus Decij, & aliorum. Verum non propterea est tenenda. Nam dato quòd prætor non habuerit potestatem legis condendæ, certum est, edicta Prætoris maximam iuris auctoritatem habuisse, vt in dicto §. Prætorum quoque. Ergo potuisse videtur hæredem facere, sicut ius Ciuile, nisi alia ratio assignetur: nam ea, quæ sunt paris potentiæ, pares producunt effectus, l. de quib. de legibus.

Secunda igitur opinio fuit Po. cij in dict. §. quos autem, inst. de bon. poss. Prætorem hæredem facere nó posse ipso iure. vt ibi dicitur quia requiritur præsentia iudicis, l. si infr. titul. nostr. & sic alia sunt necessaria, alioquin si voluisset id Prætor, facere potuisset. Eandem sententiam secutus est Bello. lib. 1. supp. iur. c. 10. Rectè confutatur à Decio, quia textus in §. quos autem, absolutè negat fieri posse hæredem à Prætore dum ait, nam prætor hæredem facere non potest, & sic loquitur absolutè, & simpliciter: ergo licet prætor voluisset facere, non potuisset.

Tertia opinio fuit Alberici; quia duo hæredes insolidum esse non possunt, lege quod contra, §. primo, de reg. iu. sed hæres iam est factus à iure Ciuili, quia defert hæreditatem filiis, deinde cæteris, toto titul. de hær. quæ ab intest. Ergo non potuit prætor facere alium heredem. & qui est heres iam factus, non poterat desinere esse heres, l. etsi sine, §. qui Papinianus ff. de minor.

Refellitur per Decium num. decimosexto, quia hæc ratio locum haberet in suis hæredibus, qui sunt hæredes absque aditione, licet habeant beneficium abstinendi. Et argumentum procedit post aditam hæreditatem, at hic non est adita hæreditas.

Supponimus n. hæreditatem alicui delatam ex iure Ciuili, & ex iure Prætorio, aliquis non vult adire, ex iure Ciuili, sed vult eam consequi ex iure Prætorio. Videtur hoc ei licere, l. quoties duplici, de reg. iur.

Quarta opinio est ipsius Decii, quia Prætor solus non posset heredem facere, secus si concurrat ius Ciuile. Ita n. loqui videtur text. in d. §. quos autem dum ait, *Quos autem prætor solus vocat.* Non obstat illa ratio generalis, quia prætor hæredem facere non potest, quia debet intelligi secundum præcedentia, l. si seruus plurimum. §. fin. de leg. 1. Confirmari potest; quia ratio legis licet generalis sit, debet tamen intelligi secundum terminos ipsius legis, cap. super literis. & ibi notat Decius de rescrip. Cagno. in l. 1. num. 63 infra tit. nostro. Non placet Cagnol. num. 35. primo text. in §. quos autem negat absolutè, prætorem hæredem facere posse, illa enim verba *non potest*, tollunt omnem potentiam, gl. in cap. 1. de reg. iur. in 6. Et sensus d. §. est, quod quando Prætor non vocat solus, sed etiam ius Ciuile, tunc vocatus efficitur hæres immediatè iure Ciuili, vt patet ex §. præced. in fin. & ratio est secundum Rim. num. 52. quia hic est casus mixtus vnde denominatio debet fieri à digniori, c quod in dubiis de consecrat. Eccles.

Quinta est opinio Alciati lib. 3. parerg. cap. 5. Prætorem ideo hæredem facere non posse, quia, aut vocat ad hæreditatem eos, qui alias vocantur à iure Ciuili, & tales sunt hæredes beneficio iuris ciuilis, nó autem Prætoris. Aut vocat eos, qui non sunt à iure Ciuili vocati, sicuti sunt filij emancipati, & istos non potest facere hæredes, quia lex decreuit alius hæreditatem, ipse autem prætor non habet potestatem legis condendæ. Hæc autem ratio satisfacere non potest, quia, si Prætoris edictum habet eandem iuris auctoritatem, quam habet lex, videtur hæredem facere posse, sicut lex potest. Nec obstat, quod aliis hæreditas delata sit à lege, quia in hoc Prætoris edictum prævalere debet, cum factum fuerit emendandi Iuris Ciuilis gratia, §. 1. inst. de bonor. poss.

Vltima opinio ex recentioribus Gallis, & Pistoriensib. in d. §. quos autem, & ante illos fuit Rainaldi Cort. lib. 3. indagatur. c. 4. ideo Prætorem non posse hæredem facere, quia nec dominum facere potest, l. qui vsumfructum, §. si cer. pet. l. Prætoris l. si finita, §. Iulian. de damn. infect. idem est enim hæres, quod dominus, §. fin. de hæred. qualit. & differen. Non obstat si dicatur: imo bonorum possessorem fieri dominum, l. 1. de bon. poss. dum ibi dicitur, bonorum possessorem habere dominium rerum: quia illud intelligitur, de vtili dominio, non autem de directo, vt ibi [illegible] glos. explicat: Hæres autem est dominus, habet directum: non autem vtile tantum.

At responderi potest, huic opinioni repugnare verba textus in d. §. quos autem, vbi dicitur: Ideo Prætorem facere hæredem non posse: quia per legem tantum, & similem iuris Constitutionem hæredes fiunt: non autem dicitur causam esse: quia Prætor dominium directum transferre non possit. Nam iterum quæri potest: cur transferre non possit dominium, etsi in prætor per edictum, cum transferatur per legem: & Prætoris edictum habeat vim legis.

Est igitur inuenienda ratio, quæ non solum

lùm bona sit: sed & consentanea verbis Imperatoris: illa verò hæc est iudicio meo. Dicit Imperator: Prætor hæredem facere non potest: quia per legem fiunt heredes. Aut successio defertur ex testamento, aut ab intestato, si ex testamento, heredes fiunt per legem, l. verbis legis, de verb. sig. si ab intestato, lex vocat ad hereditatem primò filios, posteà agnatos, & cognatos. Tertul. Senatusconsultum vocat matrem ad successionem filij. Orficianum vocat filium ad successionem matris: & sic heredes fiunt per leges, Senatusconsulta, & similes constitutiones. At à prætore non fiunt: sed bonorum possessore, quia Prætor constitutus fuit ad ius dicendum, l. 2. § deinde, de orig. iur. officium autem iuris dicentis est, dare bonorum possessionem, lege prima, de iurisd. omn. iud.

CAPVT XXX.

An potestates nostri temporis præferantur antiquis prætoribus?

Controuersia est in eadem rubr. Cod. qui admitti, an potestates nostri temporis æquiparentur antiquis? Variæ etenim sunt doctorum sententiæ?

Prima Baldi in hac rub. qui simpliciter dixit, æquiparari, & sequitur Aretin. in § 2. num. 4. inst. de bon. poss. Fundamentum est: quia Prætores nostri temporis faciunt edicta etiam contra statuta locorum, suadente publica vtilitate, ad similitudinem Prætorum. Non obstat, si dicatur: Prætores non posse recedere à forma statutorum: quia in Principio officij iurant illa seruare, *vt in auth. vt iusiur. exp. ab his in princ.* quia non obstante iuramento videntur hoc posse facere ex caussa superueniente, quæ concernit publicam vtilitatem; iuxta doctrinam Inno. in c. 1. de const. argumento l. si hominem, ff. mandat. saltem quando Principis copia haberi non potest: alias enim Principem consulere debent, in §. si de quæst. l. diuus. 1. de fals. ad bestias, de pœnis.

Hanc sententiam impugnat Bulgar. duplici ratione. Primò quia Prætor antiquus non fuit motus ex noua causa: sed ex causa, quæ erat nota prius, etiam tempore legis 12. tabularum. Hoc vult dicere: Prætor vocat emancipatos ex naturali ratione, vt inquit text. in §. emancipatos, inst. de her. quæ ab intest. quia scilicet sunt filij; ista ratio fuit etiam cognita legumlatoribus, & tamen noluerunt admittere emancipatos. Aut Prætores nostri temporis non possunt aliquid statuere cõtra ius, nisi ex caussa noua emergente. Respondet Dec. num. 24. licet caussa ista esset nota tempore legis 12. tab. non fuit tamen considerata a legum latoribus, prout à Prætore, & ideò reputatur noua caussa, argu. c. pen. de consang. & affi. confirmat Bologn. nu. 37. vt per eum.

Secundo mouetur Bulgar. quia, quando Prætores nostri temporis aliquid statuūt contra ius ex caussa, videtur illis hoc permissum à lege, quæ in prohibitione non videtur voluisse casum illum includere, argumento d. l. si hominem, ff. manda. l. fin. ff. qui satisd. cog. Respondet Decius: satis esse, quod similitudo conueniat in eo, de quo agitur. Hic autem conuenit in eo, de quo agitur, quia factum prætoris antiqui contra legem approbatum erat à populo, sicut factum Prætoris noui videtur ab ipsa lege approbatum, & de mente legis fuisse.

Tertiò, contra eandem sententiam Baldi, & sic contra æquiparationem antiqui, & noui Prætoris argumentatur Dec. nu. 26. quia Prætor disponebat contra ius ciuile per viam legis generalis. At prætores nostri temporis disponunt contra ius ciuile in aliquo casu particulari, per viam dispositionis. Respondet Bolognet. etiam Prætoribus nostri temporis permissum esse, edictum generale proponere, quod loco legis obseruatur in locis, super quibus ius dicunt.

Quarto idem Decius argumentatur contra dictam æquiparationem: quia Prætores poterant corrigere. Ius ciuile, l. ius autem ciuile, § ius Prætorium, ff. de iust. & iur. Hoc autẽ non est permissum Prætoribus nostri temporis: quia ipsi iurant seruare statuta; & ideò illis non possunt contrà venire: nisi ex caussa, & petita absolutione à iuramento, gl. in c. verum, de Iureiur. quod vinculum iuramenti non erat in Prætoribus antiquis. Respondet Cagn. nu. 21. non requiri absolutionem à iuramẽto, argum. l. fi. ff. qui satisd. cog. idem dicit Bolognet. vbi sup. Et illud amplius, quod olim iurabant etiam Prætores. argu. vt iusiur. exp ab his. Ad gloss. allegatam nil respondet. Ego respondeo, nil facere ad rem: dicit enim absolui à iuramento eos, qui coacti iurarunt. Quod non facit ad rem.

Quinto; quia Prætores nostri certam non habent iurisdictionem, nisi quatenus est illis permissum à statutis locorum, Baldus in authen. caussa, C. de sacros. Eccle. Prætor autem certam habuit iurisdictionem. Respondetur, nostri temporis Prætores (loquendo de maioribus) habere ciuilem, & criminalem iurisdictionem de consuetudine, quod sufficit.

Sexto contra sententiam Baldi, & dictam æquiparationem opponit Cagn. n. 22. & Rim. iun. 80. Prætores nostri temporis non posse absolutè recedere à legibus, sed consulere debent Principem, quod antiqui non faciebant,

l. Diui fratres, ad Bestias, de Poe. l. Diuus, de F...l. 1. §. fi. de quæst. Respondeo reuoquendas illas leges: quia idem esset in antiquis Prætoribus, qui non poterant mutare sententiam, l. quod iussit. d. re iud. nec excedere formam suæ iurisdictionis. Ergo non obstant dictæ leges, dato quod probent Prætores nostri temporis hæc facere non posse.

Septimò, Rimin. iun. num. 88. adducit contra dictam æquiparationem text. in l. Programma C. com. epist. Respondetur, idem esse in Prætoris Programmate, quia non haberet vim rei iudicatæ.

Octauò idem Rim. Iudices coguntur aliquando alterare pœnam à iure constitutam l. 1. & l. Agraria, ff. de termino moto. Alex. in l. Etsi seuerior in fi. C. ex quib. caus. inf. irrog. At prætores non cogebantur. Respondeo: Prætores imò eodem modo cogi, quo alij iudices coguntur, non enim factum Prætoris potest iuri publico derogare, l. 1. de Feriis.

Nono: Iudices, quando recedunt à Iure scripto, tenentur caussam adferre, Inn. in c. Præterea, de dila. Non sic Prætores, Ergo, &c. Respondetur, idem in Prætoribus obseruari, semper enim caussam exprimunt.

Decimò: Prætores poterant contra ius pronunciare, l. Ius autem ciuile, §. Ius Prætorium de iust. & iur. secus in aliis iudicibus: quia propter æquitatem non possunt à iure recedere, l. 1. C. de legibus. Respondetur: id procedere, quãdo æquitas non apparet: secus, si appareat, l. Placuit. C. de iud. l. in omnibus, de reg. iur. Pro resolutione hæc est com: quæ etiam consuetudine seruatur, vt teste Bolog. nu. 36. & 37. quod æquiparent.

Ego autem pro resolutione sic dico: dum quæritur, an Prætores antiqui & nostri æquiparentur: dicendum est absolute & generaliter, non æquiparari, quia ius Prætorium est pars iuris communis. At Prætores nostri non faciunt ius commune: sed ius particulare in loco, in quo ius dicunt. Respectu autem loci, in quo ius dicunt, an sit vera hæc æquiparatio? Est dicendum, esse bonam & verissimam æquiparationem: quia Prætoris authoritas consistebat in tribus: in adiuuando iure ciuili, in supplendo, & in corrigendo ex caussa publicæ vtilitatis, l. Ius autem ciuile, §. Ius Prætorium, de iust. & iure.

Primò, prætores nostri possunt adiuuare ius ciuile & illud exequi tenentur. l. 1. ff. de off. iud. Secundò, possunt ex arbitrio supplere in omissis à iure communi l. 1. de Iure deliber. Tertiò possunt ius corrigere per viam edicti generalis seruandi in loco, subiecto eorum iurisdictioni: quia habent talia edicta vim legis per posterius, si approbetur à Populo: vel per prius, si Princeps iusserit ea fieri. Per viã autẽ decreti Particularis recedere nõ potest à iure scripto, l. 1. de Feriis, Nisi æquitas illud suadeat quæ sit certa, l. in omnibus de reg. iur. l. Placuit. C. de iud. sin autem sit incerta, secus. l. 1. C. de legib. Item secus si verba legis sint præcisa, l. Prospexit. ff. qui & à quibus. Et hoc non posset etiam Prætor facere, l. Non est ambiguum, §. vbicunque, de bon. poss.

CAPVT XXXI.

De legitimatione personarum in petenda bonorum possessione.

NOtant omnes in rub. Co. qui admitti. in omni iudicio, quamuis summario, necessariam esse legitimationem personarum: idque confirmant ex nota per gloss. in l. 2. C. de edi. diu. Adr. ex l. Bonorum, C. qui admitti. ex l. 1. §. si ea, de ventre in poss. mitt. ex l. si quæramus ff. de testam. & ex c. 1. de accus.

Iason difficultatem excitans adducit, sus hanc conclusionem ex l. seruus, ff. de bono. poss. vbi seruus potest petere bonorum possessionem, licet in iudicio esse non possit: l. 1. ruis. ff. de iudi. & ex l. 1. C. eod. tit. qui admittit, vt filius familias potest petere bonorũ possessionem, qui tamen in iudicio stare non potest, l. vlt. §. Necessitate, C. de bo. quæ lib. Respondet Deci. hoc esse iudicium extraordinarium, in quo duæ tantum personæ interueniunt, iudex, & is, qui petit bonorum possessionem, quia non continet alterius præiudicium hæc cognitio. Et ideo nec partis citatio necessaria est, l. ... in l. 3. § si caussa cognita, ff. de bon. poss. Iudicium verò ordinarium requirit tres personas, c. forus, de verb. sig.

Et hæc est communis solutio, vt testatur Rim. iun. nu. ... Quam ibi Rim. iun. impugnat, eo quod Doctores volunt etiam in hoc iudicio extraordinario legitimandas esse personas, Et adducit text. in clem. sæpe, de verbor. sig. vbi personæ sunt legitimandæ etiam, vbi caussa committitur sine strepitu & figura iudicij.

Respondetur tamen posse communem hanc solutionem esse verissimam. Quia hoc iudicium est extraordinarium, in quo nemini fit præiudicium, nec in eo interueniunt tres personæ: sed iudex tantum, & is, qui agnoscit bonorum possessionem, qui post agnitionem factam, in præsentia iudicis potest postea intentare bonorum possessorium, hæreditatis petitionem, l. 1. & 2. ff. de bonor. possess. hæred. pet.

Meritò non requirit tantam personarum legitimationem. Nam, & absenti, & non petenti dari bonorum possessio potest. l. seruus, de bono. poss. l. 3. §. acquirere, eodem titul. Simile videmus in rescripto ad agendum, quod etiam

etiam ſeruus impetrare poteſt, l. Vniuerſis, C. de precib. Imp. off. rota deciſ. 6. Tit. de iud. in no. iſſ.

Cæterùm, ſi contradictor interueniret, non puto ſeruum & filiumfamil. admitti poſſe. Tunc enim eſt iudicium ordinarium: & hæc eſt communis ſententia Doctorum, vt teſtatur Decius in leg. 1. Codice qui admitti in 3. lect. numer. 62. & ibidem Riminald. iun. num. 322.

CAPVT XXXII.

Vtrum is qui agnouit bonorum poſſeßionem, teneatur probare ſe agnouiſſe illam in tempore constituto?

COmmunis eſt ſententia Doctor. in rubr. Cod. qui admi. eum, qui bonorum poſſeſſionem agnouit, probare oportere, ſe intra legitimum tempus agnouiſſe, Decius ibidem nu. 37. Cagnolus nu. 58. Bolog. nu. 46. Mantica de coniect. li. 12. c. 15. n. 13.

Primum argumentum eſt: quia fundans ſuam intentionem in tempore, debet probare tempus, gl. in l. cum actum ff. de neg. geſt. Bartol. in l. Non ſolum, num. 3. de oper. nou. nunt. Reſpondet Riminal. iun. n. 137. & Menoch. de præſump. lib. 4. præſ. 104. num. 11. regulam non habere locum in eo, qui habet iuris præſumptionem pro ſe. Hæc enim dicitur liquidiſſima probatio, leg. licet imperator, de legat. primo. At iſte videtur habere pro ſe præſumptionem iuris ex regul. l. Quoties, de reb. dub. quod ſc. in dubio illa interpretatio eſt facienda, vt actus valeat.

Secundum argumentum ſumitur ex §. commodum, inſt. de interdict. vbi ponitur regula præſumi pro poſſeſſore. Ergo is, qui agit contra poſſeſſorem, tenetur probare. Agit autem is, qui agnouit bonorum poſſeſſionem. Reſpondet Rimin. iun. n. 143. ſatis probare ex iuris præſumptione, quod debito tempore agnouerit, vt actus valeat.

Tertium argumentum ſumitur ex l. vlt. C. qui adm. vbi dicitur, ſufficere in agnoſcenda bonorum poſſeſſione, quòd in præſentia iudicis quis declaret, ſe velle eam agnoſcere intra tempora legibus conſtituta.

Reſpondent Rimin. iun numer. 148. & Menoch. vbi ſupra, hoc probari in illa lege, quod agnitio ſit facienda in tempore debito, ſed dicitur, præſumi factam in tempore, vt valeat.

Quartum argumentum eſt, ex § vlt. inſt. de bon. poſſeſſ. vbi textus requirere videtur, vt bonorum poſſeſſor oſtendat, ſe agnouiſſe intra tempus legitimum. Reſpondet Rim. iun. vbi ſup. præſumi agnouiſſe intra dictum tempus.

Quintum argumentum eſt ex c. Romana, § ſi verò de appel. in ſexto. vbi notat dominum appellantem probare debere ſe appellaſſe intra decem dies. Reſpondet Rimin. iun. n. 151 iſtud eſſe in appellante neceſſarium, quia habet contra ſe iuris præſumptionem impugnando ſententiam, pro qua lex præſumit, l. Herennius, §. Caia, ff. de euictio. Reſpondet etiam Menoch. vbi ſupra num. 14. iſtud euenire, quia iudex, à quo non requirit ab appellante, an intra decem dies appellauerit, quia hæc cognitio ſpectat ad iudicem, ad quem appellauit. At iudex, coram quo agnitio fit bonorum poſſeſſionis, non admittit illam, niſi intra tempus facta ſit. Cùm itaque admiſſa reperitur, præſumitur facta debito tempore.

Sextum argumentum eſt, quia quilibet tenetur probare id, quod eſt neceſſarium ad legitimationem ſuæ perſonæ, vt v. g. Tutor non poteſt adminiſtrare, niſi confecto prius inuentario, l. vlt §. vlt. Cod. arbi. tutel. ſi negetur eum feciſſe inuentarium, tenetur id probare, vt notat Iaſ. in l. in illa, nume. 15 de verb. obl. Reſpondeti poteſt, ſatis probare, quòd intra tempus agnouerit, cùm agnitio præſumatur de iure valida ex regu l. quoties, ff. de reb. dub.

Contrariam ſententiam amplexi fuere Iaſ. in d. rubr. nu. 7. Rimin. iun. n. 115. & Menoch. de præſ. 104.

Primum argumentum eſt Iaſonis. Aut loquimur ſecundum tempora antiqua, quibus decretum iudicis requirebatur in agnoſcenda bonorum poſſeſſione, & tunc, ſi agnitio fieret cum decreto, præſumitur ſolenniter facta: quia vbi iudicis decretum interuenit, omnia præſumuntur ſolenniter acta, Specul. Tit. de empt. & vendit. § Nunc dicendum eſt. verſ. breuiter ſcias, cuius ſententia eſt comm. vt per Menoch. vbi ſupr. Aut ſecundum noua tempora, quibus decretum non requiritur, l. vlt. infrà Tit. noſtro. Et tunc, aut is, qui agnouit, eſt in poſſeſſione, & non tenetur probare, quia poſſeſſio releuat ab onere probandi §. commodum. inſt. de interd. Aut aduerſarius poſſidet, & tunc, cùm ipſe excipiat non eſſe agnitam in tempore, debet probare. Nam qui fundat ſuam exceptionem in tempore, debet tempus probare, Bald in l. 2. numer 5. Cod. de petit. hæred. Reſpondetur, primò, actorem eſſe, qui fundat ſuam intentionem in agnitione, & quia requiritur, vt ſit facta in tempore, debet ipſe actor illud probare. Nam vbi factum requiritur cum aliqua qualitate, non ſufficit probare factum, niſi probetur etiam qualitas, l. pen. de cætero ff. ne quis eum qui in ius.

Secundum pro hac ſententia adducit Iaſ. l. Non hoc. vnde legit. vbi ſufficit agnitio bonorum

c esse factam, & textus non requirit, quod probatur facta in tempore. Respondeo, licet nihil dicatur ibi de tempore, tamen non negat textus, quin oporteat probare factam esse agnitionem in tempore. Hoc autem requiritur per alias leges, vt sit facta in tempore, leg. fin. ff. quis ordo in bon. poss. §. fin. instit. de bon. poss. l. fin. infrà titul. nostro.

Tertium, Rimin. iun. adducit textum in l. 4. Cod. de integr. restit. min. vbi dicitur, minorem, qui petit se in integrum restitui, non teneri probare, quod quadriennium nondum fuerit lapsum ex eo die, quo factus fuit maior. Respondeo, istud ibi esse, quia iam erat actio in esse deducta. Tunc enim is, qui dicit actionem esse sublatam temporis lapsu, debet hoc probare, sed in casu nostro actio nondum erat in esse producta, quia requiritur agnitio, & debet esse facta in tempore. Quod vltimum non constat, ideò probari debet.

Quartum, idem Rimin. Iun. adducit regulam l. quoties, de reb. dub. Respondeo, non habere locum in præiudicium tertij, l. 3. §. si quis insulam. ff. de eo quod certo loco, & ibi Fulgos. Decius in c. super eo il 2. numer. 6. de appell. Item respondeo, non sufficere actori præsumptionem, quando lex requirit probationem in modum conditionis, l. Lucius, de cond. & dem. Lex autem requirit probationem in modum conditionis, quia vult, vt agnitio valeat, si modò probetur facta intra legitimum tempus, l. vlt. infra tit. nostro §. vlt. inst. de bon. poss.

Quintum idem Rimin. iun. adducit l. ab ea parte, de probatio. vbi is, qui dicit emancipationem non rectè factam, id probare debet. Ergo simili modo is, qui dicit agnitionem non rectè factam, & in tempore, probare debet. Respondeo, illud inesse, quia emancipatus erat in quasi possessione emancipationis. At iste, qui agnouit, non est in possessione bonorum, sed agit, vt bona consequatur, meritò debet probare suam agnitionem rectè factam.

Sextum adducit Menoch. quia tempus petendi bonorum possessionem non currit ignoranti l. 2. infra qui adm. Ignorantia autem facti præsumitur, l. Verius, de proba. Ergo is, qui dicit se agnouisse bonorum possessionem in tempore, non debet probare, quia præsumitur ignorasse, quod sibi delata fuerit hereditas, & bonorum possessio. Respondeo, non præsumi ignorantiam in consanguineo mortis consanguinei, & consequenter delatæ bonorum possessionis, leg. Octaui, ff. vnde cognati.

Septimum idem Menoch. adducit, quia agnitio bonorum possessionis fit in præsenti iudicis, l. fin. infrà Tit. nostro. Vbi autem interuenit iudicis præsentia, omnia præsumuntur solenniter acta, l. 2. C. de off. ci. iudi. Respondeo, id procedere, quando iudicis decretum interuenit cum caussæ cognitione, alias secus, Specul. Tit. de empt. & vend. §. Nunc dicendum est in fin. Castrens. cons. 38. super eo. li. 2. Hic autem non interuenit iudicis decretum, nec caussæ cognitio, quia sufficit agnitionem fieri in præsentia iudicis. Ergo non est locus dictæ præsumptioni.

Ego puto communem sententiam veriorem esse. Primò, nam, quod quis agnouerit in tempore bonorum possessionem, est quid facti, facta vero non sunt præsumenda, sed probanda. Secundò, quia hæc est solennitas extrinseca, non autem intrinseca, quod scilicet intra tempus constitutum agnoscatur bonorum possessio, solennitas vero extrinseca non præsumitur, sed probari debet, l. quæcunque, §. vltim. de publ. notant Bart. & omnes in l. sciendum, de verb. obl. Tertio moueor ex §. vlt. inst. de bon. poss. ibi, *Sed quocunque modo admittentis eam iudicium (intra statuta tamen tempora) ostenderis, plenum habeat eorum beneficium.* Ex quibus verbis apparet, vt qui beneficium habere possit bonorum possessionis, ostendere debere, se intra tempora constituta eam agnouisse.

Omnis difficultas consistit in duobus, primò, quod videtur esse præsumendum pro iudice, sed istud nihil est, quia istud procederet, si iudex adhiberet caussæ cognitionem, & pars esset citata, vt bene declarat Cagn in hac rubr. nu. 65. Alciat. in d. l. sciendum, de verb. oblig. At in agnoscenda bonorum possessione, nulla caussæ cognitio interuenit, nec partis citatio, glo. vlt. & Barto. in l. 3. §. si caussa cognita, ff. de bon. poss. ergo cessat ista præsumptio. Alterum est, quod in dubio præsumendum est pro validitate actus, l. quoties, de reb. dub. Respondeo, hanc regulam non esse ita absolutè intelligendam prout verba sonant: quasi generaliter intelligeretur, & absolutè nunquam tempus esset demonstrare solennitates necessarias interuenisse, semper enim allegari posset, interpretationem esse faciendam pro validitate actus.

Dico igitur illam regulam intelligendam esse in dubio, (prout loquuntur leges) ita quod si dubiū esset, an agnitio facta esset in tempore, vel nō: quia scilicet, probationes essent obscuræ, vel hinc inde pares, in dubio præsumendum esset, validam esse agnitionem, & actum valere. Sed nō propterea infertur, quod sufficiat allegare, actum fuisse factū legitimo tempore & legitimo modo: nuda enim hæc allegatio nō est sufficiēs, sed requiritur probatio, vbi agitur de solennitate extrinseca, vt dixi.

CAPVT

CAPVT XXXIII.

Vtrum bonorum possessio sit ius quo vel propter quod?

Bonorum possessio est ius persequendi patrimonij, l. 3. §. bonorum, ff. de bon. possess. glo. exponit ius propter quod, non autem ius quo, sequitur Bart. in l. 1. n. 6. C. qui adm. Et ista est communis teste Iasone in rubr. nu. 9. secüe Decio n. 46. & Cagn. n. 80.

Fundamentum est, quia is, qui agnouit bonorum possessionem, habet actionem, quæ vocatur possessoria hæreditatis petitio, leg. 2. ff. de bon. poss. hære. petit. per quam bona immediate persequitur: ideoque bonorum possessio, est caussa, propter quã habemus actionem, qua immediate bona persequimur: non autem ipsa bonorum possessio, immediate bona persequitur, sed parit actionem, (vt dixi) per quam persequi valemus bona: propterea dicitur ius, propter quod persequimur patrimonium: non autem, ius, quo immediate persequimur.

Respondet Decius: per possessoriam hæreditatis petitionem nos persequi res particulares. At per bonorum possessionem nos persequi patrimoniũ in genere: & consequenter, possessoria hæreditatis petitio nõ est ius, quo persequimur patrimonium. Malè, quia bonorum possessoria hæreditatis petitio datur ad instar petitionis hæreditatis, leg. 2. ff. de bon. poss. hæred. petit. Petitio autem hæreditatis non persequitur res particulares, sed persequitur hæreditatem; licet restitutio rerum particularium fiat ex officio iudicis, vt declarat Bartol. in l. licet. ff. de petit. hæred. Deinde respondet idem Decius, possessoriam hæreditatis petitionem esse quandam executionem iuris, quod tribuit bonorum possessio agnita: & ideo effectum tribuendum esse primæ caussæ, l. item eorum. §. Si executionem, ff. quod cuiusque vniuers. nom. notat Bartol. in l. Vnum ex familia, §. si de Falcidia, de legatis secundo.

Contrariam sententiam habuit Decius in rub. nu. 50. Bolog. nu. 59. Cagnol. num. 80. Alciat. lib 4 paradox. c. 2.

Primò Decius mouetur, quia in aliis definitionibus illud verbum *ius* intelligitur *quo*, non autem *propter quod*, vt in definitione vsusfructus, obligationis, & actionis. Ergo videtur etiam in definitione bonorum possessionis eodem modo accipiendum, vt sit ius quo, non autem propter quod. Respondet Rimin. Iun. numer. 185. quicquid sit in aliis definitionibus, non posse accipi in definitione bonorum possessionis, quia alias non conuerteretur cum suo definito: & consequenter non esset bona definitio. l. 1. §. Dolum & ibi Bart. de dolo. Quod autem non conuerteretur patet, quia, si quis ita dicat: est ius quo prosequimur patrimonium. Ergo est bonorum possessio. Non valet consequentia: quia tale ius, quo prosequimur patrimonium, non est bonorum possessio: sed est possessoria hæreditatis petitio. Per illam enim persequimur patrimonium, non per bonorum possessionem.

Secundò mouetur idem Decius, quia dicitur in definitione bonorum possessio est ius persequendi, retinendique patrimonij. Certū est, illud verbum *retinendi* esse intelligendum *quo* retinemus: qui enim adeptus est possessionem, statim habet ius retinendi, & nulla indiget actione pro retentione §. æquè, insti. de actio. Ergo similiter illud verbum *persequendi* debet intelligi *quo* persequimur; quia vna, & eadem determinatio respiciens plura determinabilia, debet æqualiter determinare, leg. iam hoc iure ff. de vulg. Respondet Rimin. iun n. 189. bonorum possessionem dici non posse *ius quo*, etiam respectu verbi *retinendi*, quemadmodum nec respectu verbi *persequendi*: quia, sicut respectu verbi *persequendi* non est *ius quo*: quia habemus actionem, qua persequimur: ita etiam nec respectu verbi *retinendi*: quia habemus exceptionem qua retinemus. Cui enim damus actionem, multò magis exceptionem, l. Iuliunus, §. cui damus, de reg. iur.

Addo ego, non esse inconueniens, vt vnum verbum à lege prolatum, respectu vnius intelligatur propriè, respectu alterius impropriè. Et sic non est inconueniens dicere, quod bonorum possessio sit *ius persequendi*, id est, *ius propter quod*, & *ius retinendi* id est, *ius quo*, glos. in l. 2. in ver. Manumitti, de offic. procons.

Tertiò mouetur Decius, quia is, cui datur bonorum possessio edictalis, habet ex ea immediate ius persequendi patrimonij: ergo eodem modo intelligi debent alia verba definitionis: quia vna, & eadem res non debet diuerso iure censeri. leg. cum qui ædes. de vsucap. Respondet Rimin. vbi supra, non habere ius immediate persequendi: sed mediante bonorum possessoria hæreditatis petitione.

Quartò Decius mouetur, quia Bartol. in leg. tertia §. bonorum, ff. de bonorum possessione dicebat, bonorũ possessio est ius persequendi, id est, petendi confirmationem, vt per decretum iudicis confirmetur, vel agnoscatur in præsentia iudicis. Et omnes damnant Bartolum, quia secundum eius expositionem, Bonorum possessio definitur per effectus. Non debet autem definitio fieri per est. C. s

rei definitæ. sed per essentiam, & substantiam rei, secundum eundem Bartol. in leg. prima, ff. de appel. Si Bartoli opinio non est vera, ob dictam caussam, nō videtur etiam admittenda hæc expositio glossæ, quod bonorum possessio sit ius, propter quod persequimur: quia traderetur definitio per effectum magis remotum quàm sic consi matio. Est enim effectus magis remotus à bonorum possessione istud ius persequendi per possessoriam hæreditatis petitionem, quàm ius petendi à iudice confirmationem ipsius bonorum possessionis. Respondet Rimin. iun. numer. 191, quicquid sit de iure petendi confirmationem secundum opinionem Bartoli, & de consideratione illa, quod sit effectus minus remotus à bonorum possessione quàm ius persequendi. apparet bonorum possessionem non esse ius persequendi *quo*, sed propter quod: quia ius persequendi d: it à possessoria bonorum possessione: non autem à bonorum possessione immediatè.

Quintò mouetur Decius, quia bonorum possessio est ius persequēdi patrimonij, & sic ius vniuersale, leg. Cogi, ff. ad Trebel. sed possessoria hæreditatis petitione persequimur res particulares. Ergo non potest dici, bonorū possessio est ius propter quod persequimur patrimonium. Respondet Rimi. iun. vbi suprà falsum esse, quod possessoria hæreditatis petitio persequatur res particulares. Nam possessoria hæreditatis petitio idem persequitur quod hæreditatis petitio, quæ ciuilis est, leg. 2. ff. de possess. hæredit. pet. Hæreditatis autem petitio, quæ ciuilis est, persequitur hæreditatem: non autem res particulares, licet res particulares restitui debeant ex officio iudicis, l. licet, & ibi notat Bart. de petit. hæred.

Sextò idem Decius mouetur, quia etiam per hæreditatem habemus actionem ciuilem, quæ vocatur petitio hæreditatis, & tamen nō dicimus hæreditatem esse ius propter quod succedimus: sed dicimus esse successionem in ius defuncti, l. Hæreditas, de reg. iur. Respondet idem Rimin. iun. vbi suprà. Nihil impedire, quominus etiam hæreditas possit dici ius propter quod: quia datur actio, quæ dicitur petitio hæreditatis, qua immediatè illam consequimur: & sic hæreditas est ius, propter quod succedimus in ius defuncti.

In hac quæstione ego concludo contra cōmunem videlicet: bonorum possessionem esse ius quo: non autem propter quod, his rationibus & argumentis.

Primò. Bonorum possessio agnita continet in se iura & commoda, & etiam dominium rerum defuncti, l. 1. de bon. poss. Ergo nihil aliud est, quàm ius persequēdi patrimonij defuncti. Ius (inquam) immediatum: non mediatum, sicut obligatio est iuris vinculum, quo astringimur, licet actio sit necessaria, vt quis cogatur scilicet, ere, § 1. inst. de obl. II. Quia possessoria hæreditatis petitio nō est ius persequēdi patrimonij: sed est ius, quo persequimur, vt habetur in l. 2. de possess. hæred. petit. cùm enim quis est factus bonorum possessor, habet ius persequendi, l. 1. de bon. poss. istud ius est bonorum possessio: ipsa verò actualis persecutio est actio, quæ vocatur possessoria hæreditatis petitio. Non obstat, si dicatur: imò possessoria hæreditatis petitio est ius persequendi, § 1. inst. de actio. Quoniam hic aduertendum est, in definitione actionis *ius* accipi pro *iure ciuili, vel prætorio*, vt exponit ibi glo. in ver. ius. At, cùm dicimus, bonorū possessio est ius persequendi: intelligimus *ius* in alia significatione, videlicet pro iure nostro. Sicut, cum dicimus: ius meum, ius tuum, ius nostrum. III. Quia possessoria hæreditatis petitio non est ius persequendi & retinendi: quia non datur actio possidendi ad retinendum, § æque, inst. de actio. Ergo non est conueniens hæc definitio possessoriæ hæreditatis petitioni. IV. Caussa instrumentalis non attenditur: sed principalis, licet sit remota, quando caussa instrumentalis sine ea operari non potest, vt, si percutio te baculo: non cōsideratur baculus, sed manus, licet sit caussa remota, Bald. in l. Non eo minus, nume. 3. Codice de accusa. Ergo non debet attendi actio, quæ est instrumentum persequendi bona, sed bonorum possessio, per quam ius persequendi habemus. V. Quia id, quod est caussa caussæ, est etiam caussa caussati, l. Manumissiones, de iust. & iure. Sed bonorum possessio est caussa, vt detur possessoria hæreditatis petitio, quæ est ius persequendi. Ergo est caussa ipsius iuris persequēdi. VI. Quia effectus attribuitur primæ caussæ, Bartol. in leg. vnum ex familia, §. si d. Falcid. a. de legat. secundo, leg. item eorum, §. si decuriones, ff. quod cuiusque vniu. nom. Sed bonorum possessio est prima caussa. Ergo illi effectus est attribuendus.

CAPVT XXXIV.

Vtrum reperiatur aliqua bonorum possessio ciuilis.

NVllam reperiri bonorum possessionem ciuilem; sed omnes esse prætorias, sensit gl. ff. in rub. C. qui adm. Azo. ibid. in summa Bald. q. 9 Zuccard. num. 62. Dec. in 2. lect. nu. 26. Ias. in l. vltim. col. Cagnol. dicens commu. num. 90.

Primum

Primum argumentum sumitur ex §.septima,inst.de bon.possess. vbi septima bonorum possessio, quæ dicitur ex legibus, à prætore, fuit inuenta. Nulla verò alia est bonorum possessio, de qua dubitari possit, an sit ciuilis hac excepta. Cùm igitur ista sit prætoria, sequitur nullam esse ciuilem. Respondet Decius sub numer. 68. illum textum loqui de septima bonorum possessione extraordinaria, quã generaliter Prætor introduxit, adiuuandi iuris ciuilis gratia: vt scilicet, edicto suo comprehenderet omnes casus, in quibus iure ciuili bonorum possessio datur confirmando in hac parte ius ciuile: sed quando lex in casu speciali defert bonorum possessionem, illa erit ciuilis, non autem prætoria.

Secundum argumentum sumitur ex l.vnica,ff.vt ex legib. ibi: *vt si me dare oportebit bonorum possessionem ex lege, vel S.C. ita dabo.* Est igitur prætoris, qui dat bonorum possessionem. Ergo est prætoria. Respondet Dec. num.68. Prætorem hoc facere adiuuando, & confirmando ius ciuile: sed non propterea inferri potest, bonorum possessionem esse prætoriam. Id patet arg.l.1.ff.si pars hæred.pet.vbi prætor dixit, actionem dabo: & tamen actio est ciuilis, vt ibi notat glos. quia Prætor confirmat hac in parte ius ciuile.

Tertium argumentum sumitur ex rub.ff.vt ex legibus. Est enim ille titulus positus inter successiones prætorias. Ergo illa bonorum possessio videtur esse prætoria, arg. l. Imperator,ff.de in diem addi. Respondet Dec.n.69. in claris non esse opus coniecturis, l. continuus, §.cum ita,de verb.oblig. Sed hæc est bonorum possessio ciuilis, vt infrà probabitur: ergo frustrà recurritur ad coniecturas.

Quartum argumentum est, quia si daretur bonorum possessio ciuilis, sequeretur, quod defini io bonorum possessionis, de qua in l.3. §.bonorum, de bonor. poss. conueniret etiam hæreditati. Nam in omnibus conuenit, excepto eo, quòd bonorum possessio est prætoria, hereditas autem, est Ciuilis. Respondet Dec. numer.69. non propterea esse candem definitionem hereditatis, & bonorum possessionis, licet supponeremus dari bonorum possessionem ciuilem, quia hereditas est successio. leg.hereditas,de verb. sig. At bonorum possessio est ius succedendi, l.3.§. bonorum, de bon. poss. quia hæreditas solo animo aditur. l. pro hærede,de acq hered at bonorum possessio nõ potest solo animo agnosci: quia requiritur præsentia iudicis, l fin, C.qui adm.& hoc est,quod dicebat Bart. in d.l.3.§.bonorum, dum dicebat, bonorum possessionem esse ius persequendi, quia scilicet bonorum possessor non statim efficitur dominus: sed necesse est, vt agnoscat bonorum possessionem in præsentia iudicis: & sic est ius persequendi, non autem ipsa successio in ius, sicut est hæreditas.

Quintum argumentum est: quia, si daretur ciuilis bonorum possessio, esset perpetua, sicut sunt aliæ actiones ciuiles, vt instit. de perpet.& temp.act. Respondet Deci. numero 73.id non sequi: quia lex præsumitur voluisse vt bonorum possessio daretur secundum suam naturam,arg l si quando, C. de inoff.testam. Secundò respondet etiam de iure Ciuili reperiri actiones, quæ non sunt perpetuæ, vt notat gloss.instit.de perpet. & temp.act.in verb. constitutionibus.

Sextum argumentum est: quia si daretur ciuilis bonorum possessio, talis bonorum possessor esset hæres: non autem bonorum possessor, quia per legem fiunt heredes, non autem bonorum possessores, §. quos autem, inst.de bonorum possess. Respondeti potest, quod talis bonorum possessio Ciuilis esset quidem: sed tamen seruaret naturam suam, quæ est tribuendi iura vtilia: non autem directa, & ideò esset bonorum possessor: non autem hæres.

Septimum adfertur ex textu in §.1.instit.de bon. poss. vbi indefinitè loquitur Imperator, de bonorum possessionibus, quas dicit inuentas à iure prætorio. Ergo omnes sunt prætoriæ: quia indefinita æquipollet vniuersali, l. si pluribus,de leg.1. Respondetur, excipiendas esse bonorum possessiones, quæ dantur ex legibus, lege vnica,ff vt ex legibus.

Octauum adfertur text. in l. sed cum patrono.§.vltim.de bon.poss.vbi dicitur, prætorem dare bonorum possessionem legũ tuendarum caussa. Respondeo, loqui de iis casibus, in quibus prætor dat bonorum possessionem hæredibus vocatis à iure Ciuili: sed reperitur etiam aliqua bonorum possessio, quam ius Ciuile induxit,& creauit, de qua loquitur tit. vt ex legib.

Nonum. si daretur bonorum possessio Ciuilis, serui non possent eam agnoscere: quia iure Ciuili seruus pro mortuo habetur, l. quod attinet, de reg. iur. At seruus potest agnoscere bonorum possessionem, l. [illegible] bonorum possess. ergo non potest dari Ciuilis bonorum possessio. Respondeo, quod ius Ciuile inducit bonorum possessionem secundum suam naturam, vt agnosci possit, & peti etiam à seruo, sicut aliàs supr. responsum est ad 5.& 6.argumentum.

Contrariam sententiam amplexi sunt Bart. in l.3.nu.3 de bon.poss. Alexand.in rubr.C.qui adm.num.4 Dec.in 3. lect.num.65. Rimin.iun., num.217.

rei definitæ. sed per essentiam, & substantiam rei, secundum eundem Bartol. in leg. prima, ff. de appel. Si Bartoli opinio non est vera, ob dictam caussam, nō videtur etiam admittenda hæc expositio glossæ, quod bonorum possessio si ius, prop er quod persequimur: quia traderetur definitio per effectum magis remotum quàm sit confirmatio. Est enim effectis magis remotus à bonorum possessione illud ius persequendi per possessoriam hæreditatis petitionem, quàm ius petendi à iudice confirmationem ipsius bonorum possessionis. Respondet Rimin.iun.numer.191, quicquid sit de iure petendi confirmationem secundum opinionem Bartoli, & de consideratione illa, quòd sit effectus minus remotus à bonorum possessione quàm ius persequendi: apparet bonorum possessionem non esse ius persequendi *quo*, sed propter quod: quia ius persequendi fit à possessoria bonorum possessione: non autem à bonorum possessione immediatè.

Quintò mouetur Decius, quia bonorum possessio est ius persequēdi patrimonij, & sic ius vniuersale, leg. Cogi, ff. ad Trebel. sed possessoria hæreditatis petitione persequimur res particulares. Ergo non potest dici bonorū possessio est ius propter quod persequimur patrimonium. Respondet Rim.iun vbi suprà falsum esse, quòd possessoria hæreditatis petitio persequatur res particulares. Nam possessoria hæreditatis petitio idem persequitur, quod hæreditatis petitio, quæ ciuilis est, leg. 2. ff. de possess. hæredit. pet. Hæreditatis autem petitio, quæ ciuilis est, persequitur hæreditatem: non autem res particulares, licet res particulares restitui debeant ex officio iudicis, l. licet, & ibi notat Bart. de petit. hæred.

Sextò idem Decius mouetur, quia etiam per hæreditatem habemus actionem ciuilem, quæ vocatur petitio hæreditatis, & tamen nō dicimus hæreditatem esse ius propter quod succedimus, sed dicimus esse successionem in ius defuncti, l. Hæreditas, de reg. iur. Respondet idem Rim.n. iun. vbi suprà. Nihil impedire, quominus etiam hæreditas possit dici ius propter quod: quia datur actio, quæ dicitur petitio hæreditatis, qua immediatè illam consequimur: & sic hæreditas est ius, propter quod succedimus in ius defuncti.

In hac quæstione ego concludo contra cōmunem videlicet: bonorum possessionem esse ius quo: non autem propter quod, his rationibus & argumentis.

Primò. Bonorum possessio agnita continet in se iura & commoda, & etiam dominium rerum defuncti, l. 1. de bon. poss. Ergo nihil aliud est, quàm ius persequēdi patrimonij defuncti. Ius (inquam) immediatum: non mediatum, sicut obligatio est iuris vinculum, quo astringimur, licet actio sit necessaria, vt quis cogatur soluere, § 1. inst. de obl. II. Quia possessoria hæreditatis petitio nō est ius persequēdi patrimonij: sed est ius, quo persequimur, vt habetur in l. 2. de possess. hæred. petit. cùm enim quis est factus bonorum possessor, habet ius persequendi, l. 1. de bon. poss. istud ius est bonorum possessio: ipsa verò actualis persecutio est actio, quæ vocatur possessoria hæreditatis petitio. Non obstat, si dicatur: imò possessoria hæreditatis petitio est ius persequendi, § 1. inst de actio. Quoniam hic aduertendum est, in definitione actionis *ius* accipi pro *iure ciuili, vel prætorio*, vt exponit ibi glo. in ver. ius. At, cùm dicimus, bonorū possessio est ius persequendi, intelligimus *ius* in alia significatione, videlicet pro iure nostro. Sicut, cùm dicimus: ius meum; ius tuum, ius nostrum. III. Quia possessoria hæreditatis petitio non est ius persequendi & retinendi: quia non datur actio possidendi ad retinendum, § æque, inst. de actio. Ergo non est conueniens hæc definitio possessoriæ hæreditatis petitioni. IV. Caussa instrumentalis non attenditur: sed principalis, licet sit remota, quando caussa instrumentalis sine ea operari non potest, vt, si percutio te baculo: non cōsideratur baculus, sed manus, licet sit caussa remota, Bald. in l. Non eo minus, nume. 3. Codice de accusa. Ergo non debet attendi actio, quæ est instrumentum persequendi bona, sed bonorum possessio, per quam ius persequendi habemus. V. Quia id, quod est caussa caussæ, est etiam caussa caussati, l. Manumissiones, de iust. & iure. Sed bonorum possessio est caussa, vt detur possessoria hæreditatis petitio, quæ est ius persequendi. Ergo est caussa ipsius iuris persequēdi. VI. Quia effectus attribuitur primæ caussæ, Bartol. in leg. vnum ex familia, §. si d. Falcidia, de legat. secundo, leg. item eorum, §. si decuriones, ff. quod cuiusque vniu. nom. Sed bonorum possessio est prima caussa. Ergo illi effectus est attribuendus.

CAPVT XXXIV.

Vtrum reperiatur aliqua bonorum possessio ciuilis

NVllam reperiri bonorum possessionem ciuilem, sed omnes esse prætorias, sensit gl. ff. in rub. C. qui adm. Azo. ibid. in summa Bald. q. 9 Zucchard. num. 61. Dec. in 2. lect. nu. 26. Ias. in l. vltim. col. Cagnol. dicens comm. num. 90.

Primum

Primum argumentum ſumitur ex §. ſeptima, inſt. de bon. poſſeſ. vbi ſeptima bonorum poſſeſſio, quæ dicitur ex legibus, à prætore, fuit inuenta. Nulla verò alia eſt bonorum poſſeſſio, de qua dubitari poſſit, an ſit ciuilis hac excepta. Cùm igitur iſta ſit prætoria, ſequitur nullam eſſe ciuilem. Reſpondet Decius ſub numer. 68. illum textum loqui de ſeptima bonorum poſſeſſione extraordinaria, quã generaliter Prætor introduxit, adiuuandi iuris ciuilis gratia: vt ſcilicet, edicto ſuo comprehenderet omnes caſus, in quibus iure ciuili bonorum poſſeſſio datur confirmando in hac parte ius ciuile: ſed quando lex in caſu ſpeciali defert bonorum poſſeſſionem, illa erit ciuilis, non autem prætoria.

Secundum argumentum ſumitur ex l. vnica, ff. vt ex legib. ibi: *vti me dare oportebit bonorum poſſeſſionem ex lege, vel S.C. ita dabo.* Eſt igitur prætoris, qui dat bonorum poſſeſſionem. Ergo eſt prætoria. Reſpondet Dec. num. 68. Prætorem hoc facere adiuuando, & confirmando ius ciuile: ſed non propterea inferri poteſt, bonorum poſſeſſionem eſſe prætoriam. Id patet arg. l. 1. ff. ſi pars hæred. pet. vbi prætor dixit, actionem dabo: & tamen actio eſt ciuilis, vt ibi notat gloſ. quia Prætor confirmat hac in parte ius ciuile.

Tertium argumentum ſumitur ex rub. ff. vt ex legibus. Eſt enim ille titulus poſitus inter ſucceſſiones prætorias. Ergo illa bonorum poſſeſſio videtur eſſe prætoria, arg. l. Imperator, ff. de in diem addi. Reſpondet Dec. n. 69. in claris non eſſe opus coniecturis, l. continuus, §. cum ita, de verb. oblig. Sed hæc eſt bonorum poſſeſſio ciuilis, vt infrà probabitur: ergo fruſtrà recurritur ad coniecturas.

Quartum argumentum eſt, quia ſi daretur bonorum poſſeſſio ciuilis, ſequeretur, quod defini io bonorum poſſeſſionis, de qua in l. 3. §. bonorum, de bonor. poſſ. conueniret etiam hæreditati. Nam in omnibus conuenit, excepto eo, quòd bonorum poſſeſſio eſt prætoria, hereditas autem, eſt Ciuilis. Reſpondet Dec. numer. 69. non propterea eſſe eandem definitionem hereditatis, & bonorum poſſeſſionis, licet ſupponeremus dari bonorum poſſeſſionem ciuilem, quia hereditas eſt ſucceſſio. leg. hereditas, de verb. ſig. At bonorum poſſeſſio eſt ius ſuccedendi, l. 3. §. bonorum, de bon. poſſ. quia hæreditas ſolo animo aditur. l. pro hærede, de acq hered at bonorum poſſeſſio nõ poteſt ſolo animo agnoſci: quia requiritur præſentia iudicis, l fin, C. qui adm. & hoc eſt, quod dicebat Bart. in dict. l. 3. § bonorum, dum dicebat, bonorum poſſeſſionem eſſe ius perſequendi, quia ſcilicet bonorum poſſeſſor non ſtatim efficitur dominus: ſed neceſſe eſt, vt agnoſcat bonorum poſſeſſionem in præſentia iudicis: & ſic eſt ius perſequendi, non autem ipſa ſucceſſio in ius, ſicut eſt hæreditas.

Quintum argumentum eſt: quia, ſi daretur ciuilis bonorum poſſeſſio, eſſet perpetua, ſicut ſunt aliæ actiones ciuiles, vt inſtitut. de perpet. & temp. act. Reſpondet Deci. numero 73. id non ſequi: quia lex præſumitur voluiſſe vt bonorum poſſeſſio daretur ſecundum ſuam naturam, arg l ſi quando, C. de inoff. teſtam. Secundò reſpondet etiam de iure Ciuili reperiri actiones quæ non ſunt perpetuæ, vt notat gloſſ. inſtit. de perpet. & temp. act. in verb. conſtitutionibus.

Sextum argumentum eſt: quia ſi daretur ciuilis bonorum poſſeſſio, talis bonorum poſſeſſor eſſet hæres: non autem bonorum poſſeſſor, quia per legem fiunt heredes, non autem bonorum poſſeſſores, §. quos autem, inſt. de bonorum poſſeſſ. Reſponderi poteſt, quod talis bonorum poſſeſſio Ciuilis eſſet quidem: ſed tamen ſeruaret naturam ſuam, quæ eſt tribuendi iura vtilia: non autem directa, & ideò eſſet bonorum poſſeſſor: non autem hæres.

Septimum adfertur ex textu in §. 1. inſtit. de bon. poſſ. vbi indefinitè loquitur Imperator, de bonorum poſſeſſionibus, quas dicit inuentas à iure prætorio. Ergo omnes ſunt prætoriæ: quia indefinita æquipollet vniuerſali, l. ſi pluribus, de leg. 1. Reſpondetur excipiendas eſſe bonorum poſſeſſiones, quæ dantur ex legibus, lege vnica, ff vt ex legibus.

Octauum adfertur text. in l. ſed cum patrono, §. vltim. de bon. poſſ. vbi dicitur, prætorem dare bonorum poſſeſſionem legũ tuendarum cauſſa. Reſpondeo, loqui de iis caſibus, in quibus prætor dat bonorum poſſeſſionem hæredibus vocatis à iure Ciuili: ſed reperitur etiam aliqua bonorum poſſeſſio, quam ius Ciuile induxit, & creauit, de qua loquitur tit. vt ex legib.

Nonum, ſi daretur bonorum poſſeſſio Ciuilis, ſerui non poſſent eam agnoſcere: quia iure Ciuili ſeruus pro mortuo habetur, l. quod attinet, de reg. iur. At ſeruus poteſt agnoſcere bonorum poſſeſſionem, l. [illegible] e bonorum poſſeſ. ergo non poteſt dari Ciuilis bonorum poſſeſſio. Reſpondeo, quod ius Ciuile inducit bonorum poſſeſſionem ſecundum ſuam naturam, vt agnoſci poſſit, & peti etiam à ſeruo, ſicut aliàs ſupr. reſponſum eſt ad 5. & 5. argumentum.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt Bar. in l. 3. nu. 2. de bon. poſſ. Alexand. in rubr. C. qui adm. num. 4. Dec. in 3. lect. num. 61. Rimin. iun. num. 117.

Primum argumentum est ex rubrica & l. vnica ff. vt ex legib. inducendo primo rubricam. Rubrica habens orationem perfectam attenditur, & ex ea sumptum argumentum valet, Bald. in l. 1 vbi D. c. num. 8 ff. si cer. pet. Verùm illa rubrica habet orationem perfectam, vt patet. Ergo ex ea sumptum argumentum valet: & consequenter, ex illa probatur bonorum possessionem ex legibus, & Senatusconsult. dari, consequenter datur bonorum possessio Ciuilis. Secundò inducendo verba textus dum ait: *Ex legibus & Senatusconsultis bonorum possessionem dari*. Illa dictio *ex* denotat caussam immediatam, l. eo tempore, §. vltimo, de pecul. ergo ista bonorum possessio immediatè prouenit à lege, consequenter ciuilis est, non prætoria. Respondet Bulgar. legem hac in re vti remedio prætoris: & sic, licet detur à lege, est tamen Prætoria. Sicut videmus, Prætorem iussu Senatusconsulti Trebelliani dare actiones in eum, cui restituta est hæreditas ex fideicommisso, §. restituta, instit. de fideicommiss. hæred. & huiusmodi actiones sunt nihilominus prætoriæ, non autem ciuiles. Replicat Decius nume. 64. primò negando, leges vti remedio Prætorio, cum nihil proponatur, cur leges ipsi non possint bonorum possessionem dare, l. Posthumus, ff. de iniusto rupt. l. 1 ff. vnde cogn. & ad exemplum allatum de Senatusconsulto Trebelliano respondet: Prætorem actiones dare ex suo officio, non autem ex mandato Senatusconsulti: quia Senatusconsultum per se sine facto illo prætoris transtulit actiones in eum, cui hereditas fuit restituta, l. 1. ff. ad Trebellian. Secundo respondet, dato, quòd lex vteretur in hoc remedio prætoris: tamen prætor esset in hac re minister, lex autem caussa principalis, & effectus esset attribuendus primæ caussæ, l. item eorum, §. si decuriones, ff. quod cuiusque vniu. nom. Respondet igitur secundo loco Cagnol. numer. 93. licet prætor det bonorum possessionem auctoritate, & iussu legis, non tamen dici ciuilem, sed prætoriam: quia, vbi Magistratus aliquid facit iussu, & auctoritate legis, actus attribuitur Magistratui: non autem legi l. vlt. ff. quis, & à quo.

Alterum argumentum, pro eadem sententia adducitur textus in l. 2. §. fin. & l. 5. ff. vnde legit. Ex quibus colligitur hoc argumentum: Bonorum possessio ex capite vnde legitimi, tunc datur cum aliquis est vocatus à iure Ciuili d. l. 2. § fi. sed bonorum possessio ex capite vnde legitimi, datur etiam ei, qui est vocatus ad bonorum possessionem ex capite, vt ex legibus. Ergo bonorum possessio, vt ex legibus est ciuilis. Respondebat Bulgarin bonorum possessionem vt ex legibus, non concurrere cum bonorum possessione vnde legitimi, quando sola datur ista, quod hereditas iure Ciuili non deferatur, ponderando illa verba: *Cùm verò etiam bonorum possessionem dari iubet*, quasi dicat, non solum hereditatem sed etiam bonorum possessionem. Replicat Decius numero sexagesimo septimo & sexagesimooctauo, sensum illorum verborum esse, quòd detur bonorum possessio ex capite vnde legitimi, quando datur bonorum possessio vt ex legibus sola absque hereditate, quia versic. cum vero aduersantur præcedenti, quo Iurisconsultus dixit, bonorum possessionem vnde legitimi ei competere, cum lex hæreditatem solam, & non bonorum possessionem deferat. Vnde sequens versiculus loquitur è contrario, quando lex defert solam bonorum possessionem absque hæreditate, & ratio potest adferri, quia, vbi adest ordinarium remedium petitionis hæreditatis à lege inductum, non est opus induci per legem extraordinarium remedium bonorum possessionis, vt notat Castrens. in lege posthumus, ff. de iniust. rupt. & irr. & est regula generalis, *Vbi adest remedium ordinarium, cessat extraordinarium*. lege in caussa l. secunda, de mino. Respond. Cagnol. numer. 93. licet bonorum possessio vnde legitimi competat eis, qui iure Ciuili sunt vocati & simul etiam eis, qui vocati sunt ad bonorum possessionem, vt ex legibus, non tamen inferri posse, quod bonorum possessio vt ex legibus sit prætoria. Nam, cum à Prætore detur, lege ita mandante, actus ipsi prætori erit attribuendus, non autem legi id mandanti.

Pro resolutione puto concludendum nullam reperiri bonorum possessionem, nisi prætoriam. Et pro hac sententia adduco communem, & verissimam conclusionem, quod vbi Princeps aliquid iubet Magistratui, qui potest facere illud ex sua iurisdictione, tunc non efficitur delegatus, sed remanet ordinarius. Dicitur enim Princeps excitare iurisdictionem suam, non autem eum delegatum facere, §. & verò iubemus, in authent. de publi iudicum, Bart. in l. more sub numero quinto & sexto, de iurisd. omn. iud. At prætor potest ex sua iurisdictione dare bonorum possessionem, vt patet. Igitur, si iubeat ea lex, vt eam det, dicitur excitare suam iurisdictionem, & sic facit nomine proprio, non autem tanquam delegatus.

Non obstat, si dicatur, fieri posse, vt lex mandet bonorum possessionem dari ei, qui aliàs non est vocatus ex edicto Prætoris, nec à iure Ciuili, vt in exemplo Iasonis cum lege vltim. ff. vnde legit. & Belloni lib. primo, supput. capite

capite decimoquinto, quando ſcilicet, defert lex hæreditatem cognatis in 12. gradu; vel Doctor de collegio hæreditatem defert Doctori ſeniori eiuſdem collegij, quod non faceret Prætor. Quia reſpondeo illud fieri poſſe etiam à Prætore, ſicut idem Prætor dat bonorum poſſeſſionem cognatis, & viro & vxori, qui non ſunt vocati à iure Ciuili. Nec iſta eſſet extenſio, vt putat Rimin. iun. ſed eſſet prouiſio prætoria pendens ex generali ipſius iuriſdictione, ac poteſtate.

CAPVT XXXV.

Vtrum is, qui intentauit poſſeſſoriam hæreditatis petitionem, videatur eo ipſo bonorum poſſeſſionem agnoſcere?

SCripſi hac de re libro sexto, cap. quinquageſimooctauo, ſed iuuat repetere, quæ publicè docendo cogitaui, ſolent enim poſteriores cogitationes meliores eſſe, nec difficile eſt inuentis addere. Communis ſententia eſt, videri agnoſcere, Alexand. in rub. C. qui adm. n. 2. Deci. in tertia lect. nu. 74. Cagnol. nu. 100. Mantica, de coniect. lib. 12. c. 15.

Primum argumentum eſt, Qui vult conſequens, vult omne neceſſarium antecedens, lege ad legatum, lege ad rem mobilem, ff. de procur. lege ſecunda, de iuriſd. omn. iud. Sed intentans poſſeſſoriam hæreditatis petitionem vult conſequi bona. Ergo videtur agnoſcere bonorum poſſeſſionem, tanquam neceſſarium antecedens. Reſpondet Rimin. iun. numer. 29. & poſt eum Menoch. libro quarto, præſumptio. numero quarto, Regulam illam, *Qui vult conſequens, vult & antecedens* non habere locum, quando aliquid requirit ſpecificam expreſſionem, text. eſt & ibi Iaſon 1. nume. in l. vltim. Codic. de hæred. inſtitut. tunc enim neceſſario debet exprimi: nec ſufficit, quod veniat, tanquam neceſſarium antecedens.

At in propoſito noſtro requiritur ſpecifica expreſſio in agnoſcenda bonor. poſſeſ. l. fi. C. qui adm. §. fin. tit. de bonor. poſſeſſ. ergo non habet locum regula, *Qui vult conſequens, vult omne neceſſarium antecedens.*

Secundum eſt ex textu in leg. cum quidam, de bonor. poſſeſſ. vbi probatur, videri eum agnouiſſe bonorum poſſeſſionem, qui falſum teſtamentum dixit. Reſpondet Bologn. nume. ſeptuageſimoſecundo, & poſt eum Menoch. illum textum loqui reſpectu temporis ad petendam bonorum poſſeſſionem conſtituti, quia non currit pendente falſi teſtamenti accuſatione, & ſic videtur ibi agnitio facta ad eſſectum, vt tempus non cucurrerit.

Tertium pro eadem ſententia adducitur doctrina Bartol. in lege 3. circa princi. de acq. poſſeſſ. vbi Bartol. ſcribit, illud quod quis facit ad conſeruandum operari ad inducendum, vt (verbi gratia) aliquis intendit continuare ſuam poſſeſſionem, quam non rectè acceperit, talis continuatio operatur acquiſitionem poſſeſſionis de nouo.

Huic ſimile eſt, quod tradit idem Bartol. in l. gerit, in 5. quæſt. princip. de acquir. hæred. vbi docet eum, qui facit actum tanquam hæres, cùm putaret ſe hæredem videri, ex hoc adiiſſe.

Simile eſt etiam, quod habetur in l. ſi quis mihi bona, §. ſed quid ſi mandauit, de acquir. hæred. vbi pater ratificando bonorum poſſeſſionem à filio petitam, cùm petita non eſſet, videtur ex hoc iubere filio, qui nondum adierat, vt adiret.

Et in l. qui volebat ff. de hære. inſt. vbi quis dicit, ſe filium ſuum exhæredaſſe, quam non exhæredauerat, hæc tamen verba important exhæredationem ipſius filij. Ita in propoſito noſtro, ex hoc facto, quòd ſcilicet, quis intentat actionem, arguitur animus, & declaratio agnoſcendi bonorum poſſeſſionem: & talis agnitio incluſa eſſe videtur ſub actione intentata. Reſpondet Bologn. nu. 71. hoc argumentum procedere, quando verſamur in iis, quæ pendent ex animo, & voluntate vnius, prout eſt aditio hæreditatis, & ſimilia. Sed agnitio bonorum poſſeſſionis non pendet ex animo, & voluntate vnius tantùm, id eſt, illius, qui vult agnoſcere, ſed requiritur etiam quod iſta animi declaratio fiat in præſentia iudicis, l. fi. C. qui adm.

Quartum adfert argumentum æquiparando hæreditatis aditionem, & bonorum poſſeſſionem pro qua æquiparatione eſt text. in l. 2. ff. de bon. poſſ. Nam is dicitur hæreditatem adire, qui facit actum, qui fieri non poteſt citra ius, & nomen hæredis, lege pro hærede, l. gerit. de acq. hæred. Ergo ſimiliter is dicitur bonorum poſſeſſionem agnoſcere, qui facit actum, qui fieri non poteſt citra ius, & nomen agnoſcentis bonorum poſſeſſionem. Sed ille actus eſt talis, ergo videtur agnitio ex hoc actu reſultare. Reſponderi poteſt, æquiparationem aditionis hæreditatis, & agnitionis bono. poſſeſſionis non eſſe bonam, quia aditio hæreditatis ſolo animo inducitur, §. ſi in tit. de hæred. qual. & diff. At bonorum poſſeſſionis agnitio præter animum agnoſcentis requirit etiam præſentiam iudicis. Præſentia autem requirit intelligentiam, l. coram, de verb. ſign. & aliud etiam requirit, nempe, vt quis præſens ſit ex propoſito ad illum actum, gloſ. in

Clemen.1.in ver.præsentia,de baptis.

Contrariam sententiam amplexi sunt Decius in rub.C.qui adm.in 1.lect.num. 15. Iacobin.nu.2.Bolog.numer.72.& alij à Menochio citati loco supra citato. Fundamentum ponunt in l.1.ff.vnde legit. vbi textus dicit, si agnouisti bonorum possessionem, potest prosequi bona per actionem, scilicet istam, quæ est possessoria hereditatis petitio. Ergo agnitio debet præcedere. Respondeo illũ textum loqui secundùm prisca iura, quibus requirebatur agnitio cum decreto iudicis. Hodie per l. vltim. C. qui adm. sufficit qualis qualis testatio, & declaratio agnoscendæ hæreditatis: huiusmodi verò declaratio satis videtur fieri ex intentata actione, vt patet. Secundò adducitur ratio, quia debet agnitio fieri in præsentia iudicis, vt d.l.fin. ergo requiritur, vt iudex intelligat id fieri, l.coram. ff.de verbor. sign. Respondeo, iudicem satis intelligere ex libello, in quo actor prosequitur bona, quod velit agnoscere bonorum possessionem. & licet cogitare possit alias agnouisse, tamen ex libello etiam colligere potest, eum habere animum continuandi in ipsa agnitione, quæ quidem continuatio operatur agnitionem nouam. ex doctr. Bald. in d.l.3.post princ. de acq. possess. dum ait, ad conseruandum ius, valere ad illud inducendum.

Concludo cum communi primo ex lege vltim. C.qui adm.Secundò ex regula l.si quis intentione,ff.de iud. Tertiò ex regula l.quoties,de reb.dub.Et præcipuum fundamentum stat in d.l.vlt.C.qui adm.vbi qualis qualis testatio sufficere dicitur amplectendæ hæreditatis. Sed in proposito nostro,intentata possessoria hæreditatis petitione, adest aliqua testatio amplectendæ hæreditatis. Igitur illa sufficit vt agnitio valeat.

CAPVT XXXVI.

Quotuplex sit bonorum possessio?

COmmunis est,duplicem esse, edictalem, & decretalem. Edictalis, quæ à prætore mortuo datur.Decretalis est,quæ datur à prætore viuo, ita glos.in l.1.§. Decretalis, de success. edict. Bart. in l.3.§.municipibus,de bon. poss.& de communi Dec.in rubri.C.qui adm. nu.83.Cagn.num.112.Rim.iun.num.304.

Fundamentum est in l.1.§.vnusquisque, & §. Decretalis.ff.de succes.edict.ita inducendo. Dicitur in §. vnusquisque, repudiari posse bonorum possessionem delatam. Dicitur in §. Decretalis, non posse repudiari bonorum possessionem decretalem: quia non est delata antequam sit decreta. Ergo duplex est bonorum possessio, vna Decretalis, alia edictalis, & differunt specie: quoniam esse delatam, & non esse delatam, repudiari non posse, & repudiari posse, inter se differunt, & vni bonorum possessioni conuenire non possunt: quia duo contraria non possunt stare simul, l.1. C. de furtis, l. vbi repugnantia, de reg.iur. Respondet Bulgarin. in rubr. C. qui adm. & Alciat. in l. delata,de verb. sign.text. in d. §. Decretalis, loqui de extraordinaria bonorum possessione, quæ ex decreto substantiam accipit, velut est Carboniana & ventris nomine, l. 3. §.caussæ, §.missum, de Carbonia.l.1.& 2. C. eod. Ordinaria autem bonorum possessio substantiam suam habet ex edicto Prætoris, ideò repudiari potest. Reprobat hanc responsionem Cagn. vbi supr. & Rimin.iun.vbi supr. I. Quia totus ille titul. de successorio edicto loquitur de ordinariis bonorum possessionibus, non autem de extraordinariis. II. Quia etiam in ordinariis decretum requirebatur, l.ex duob.§. vltim.de bon.poss. contra tabulas. III. Quia verba in dubio semper accipienda sunt de ordinario remedio, & iure: non autem de extraordinario.l.Seio.§.Medico de ann.leg. Secundò igitur responderi potest, non esse bonam consequentiam, Bonorum possessio edictalis repudiari potest, Decretalis non. Illa dicitur delata, ista non. Ergo duplex est bon.pos. quoniam idem videmus in hæreditate contingere, quæ vna & eadem est hæreditas, licet modo sit delata, modò non sit delata: aliquando adita sit, aliquando non.

Secundum argumentum est ex l.3.§. à municipib. de bon. poss.ita inducendo dicitur ibi, municipib. dari posse bonorũ possessionẽ, etiamsi nemo petat ex edicto prætoris. Ergo datur eis bonorum possessio edictalis; non autem Decretalis: quia decretalis debet decerni à iudice, & sic requiritur, vt aliquis eam petat. Respondeo, iudicem ibi supplere defectum administratoris municipis, sicut alias supplet defectum tutoris, l. bonorum, C. qui admitti, l.si infanti, C.de iure delib. vt declarat Bart. in l. d.§. à municipibus. Ex quo non rectè infertur, duplicem esse bonorum possessionem, quia est vna, & eadem bonor. posses.quæ competit ex edicto Prætoris mortui,& datur à Prætore viuo. Et licet ista edictalis aliquando requirat decretum Prætoris, non tamen sequitur, esse specie differentem ab ipsa Decretali.

Tertium argumentum est ex l. vltim. § sin autem, C.de curato.furio. vbi Imper. decidit, curatorem furiosi petere posse bonorum possessionem, quæ antea datur ex decreto Prætoris. Ex quo innuere videtur, reperiri aliam bonorum possessionem, quæ ex edicto Prætoris datur. Responderi potest, id non rectè colligi ex illo text. quia sensus est, bonorum possessionem, quæ olim ex

lim ex edicto Prætoris dabatur, eſſe illam, quæ nunc datur furioſo, ſublata petitionis ſolennitate, vt in l. vlt. infra tit. noſtro.

Quartum Deci. rationem adducit, quia modica differentia inducit ſpecies diuerſas in iure noſtro, l. 1. de Præt. ſtip. l. 2. §. poſtea, de orig. iur. Hic autem eſt aliqua differentia inter edictalem & Decretalem. Reſp Bologn. num. 73. id eſſe verum, quando eſt differentia ſubſtantialis; alias non, l. 3 §. Genua, de acq. poſſ. l. fin. de fundo inſtr.

Contrariam ſententiam, vnam eſſe bonorum poſſeſſionem, quæ dicitur edictalis, tenuit olim Azo, & nouiſſimè Bulgar. Lancellot. Decius Zuccard. Andr. Sicul. & alij quidam recentiores. Pro qua primo adducatur argumentum à definitione, quæ ponitur in l 3. §. bonorum, de bonorum poſſ. Etenim illa definitio conuenit tam edictali quàm Decretali. Ergo eſt vna tantùm bonorum poſſeſſio. Reſpond. Deci. numero 86. non eſſe bonam conſequentiam, quia ſemper hoc contingit, vt definitio generis conueniat omnibus ſpeciebus, vt videmus in actione, Illius definitio conuenit omnibus actionibus, tam in rem, quàm in perſonam. Et ſic de aliis.

Secundò adducitur hæc ratio. Non poteſt iudex concedere aliud, quàm quod petitum eſt. l. vt fundus. ff. com. diu. c. licet, de ſimo. ſed à iudice petitur edictalis bonorum poſſeſſio. Ergo, ſi iudex eam decernit, eſt eadem cum ipſa edictali. Duæ ſunt reſponſiones. Vna Decij in rubr. C. qui admitti circa finem: non valere conſequentiam: quia videmus in ſimili, quod dum res proponitur in iudicio, dicitur cauſa. Dum verò diſcutitur, & examinatur, dicitur iudicium, cap. Forus, de verbor. ſign. ſic & in propoſito dicendum eſt. Dum bonorum poſſeſſio petitur, eſt Edictalis: dum verò à iudice decernitur, eſt Decretalis. Altera reſponſio eſt Bologn. numer. 73 Iudex non concedit vltra petita. hoc etiam eſt verum in caſu noſtro: quia iudex decernit bonorum poſſeſſionem eorundem bonorum, quæ delata ſunt ex edictali, ſed tamen edictalem ipſam iudex non decernit: quia is qui petit, iam habet ipſam edictalem. Nemo autem poteſt petere id, quod iam habet, §. ſic itaque, inſtit. de act.

Tertio adducitur: quia pari paſſu ambulant bonorum poſſeſſio & hæreditas. Sicuti ergo non dicitur hæreditas diuerſa, quæ eſt adita, ab ea quæ non eſt adita: nec hæreditas diuerſa, quæ eſt delata, ab ea quæ non eſt delata: ita non debet dici bonorum poſſeſſio edictalis diuerſa, ab ipſa Decretali, ex eo quod illa delata ſit vel non, acquiſita vel non. Reſpondet Dec. in fine, imò hæreditatem aditam non dari: quia eſt patrimonium hæredis, vt notat gloſ. & Doctor. in l. 1. §. veteres de acq. poſſeſſ. l. ſed ſi plures. §. Filio, de vulg. Dico etiam, non eſſe hæreditatem, quæ nondum delata eſt, niſi largo modo & impropriè.

Videbatur mihi prima fronte, vnam eſſe tantum bonorum poſſeſſionem, quæ dicitur edictalis. I. Quia bonorum poſſeſſio defertur ex edicto Prætoris mortui: Prætor autem viuus illam dat, & decernit tanquam executor edicti. Executor autem nihil noui facere dicitur: & ideo actus illi non attribuitur, l. ab executore, de app. l. ab executione, C. quorum app. non recip. c. Nouit, de app. & quæ veniunt ad executionem, non immutant diſpoſitionem, gloſ. in Clem. 1. de præbend. II. Quia hodie ſublatum eſt Decretum: non enim aliud requiritur in agnoſcenda bonorum poſſeſſione, quàm teſtificatio coram iudice, qua declaratur animus, l. fi. C. qui admitti, & hæc eſt communis Doctorum ſententia, quod amplius nõ requirebatur decretalis bonorum percuſſio, vt ibi teſtantur Iaſ. Decius, Bolog. & alij.

Iſtis non obſtantibus concludo, Duplicem eſſe bonorum poſſeſſionem edictalem, & decretalem. Et moueor his argumentis. Primò, Nam ad conſtituendas ſpecies diuerſas, ſufficit diuerſitas finis, ita vt differre ſpecie dicantur, quæ diuerſum finem reſpiciunt, l. 1. de precario, ſed diuerſum finem habent edictalis, & decretalis. Ergo ſpecie differunt. Minor probatur: quia Decretalis reſpicit ius quæſitum, edictalis ius quærendum. Hæc autem differunt, l. 1. §. confertur, de collat. bon. ergo. Secundò. Illa dicuntur ſpecie differre, quæ producunt diuerſos effectus, quorum vnus eſt maior altero, l. 1 de ſeruit. ruſtic. præd. ſed maior effectus eſt ex Decretali, (quia ius quæſitum eſt) quàm ex edictali. Ergo. Tertiò. Illa ſpecie differunt, quæ origine differunt, & inuentore, vt tutela teſtamentaria, legitima, & datiua, actiones ciuiles, & Prætoriæ cum ſimilibus. Sed Decretalis originem habet ex edicto Prætoris mortui, & edictalis ex decreto prætoris viui. Ergo differunt ſpecie. Quartò. Differunt etiam ſpecie, quæ differunt ſolennitate, veluti teſtamentum in ſcriptis, & nuncupatiuũ Pactum & ſtipulatio, contractus in ſcriptis, & ſine ſcriptis: ſed edictalis, & Decretalis ſunt huiuſmodi. Ergo differunt ſpecie. Quintò. Si Decretalis eſſet eadem cum edictali, vbi eſſet edictalis, ibi eſſet Decretalis, vnaque ſine altera non eſſet, ſed datur Edictalis ſine Decretali, & è conuerſo, ergo differunt. Datur Edictalis ſine Decretali in l. 2. §. dies, ff. quis ordo in bon. poſſ. ſer. Datur decretalis ſine edictali, in l. 1. §. furioſi, de ſucc.

edict. & in l. fi. §. sin autem, C. de curat. furiosi. Sexto & vltimo. Quia decretalis est, quam Prætor cum caussæ cognitione decernit, vel, quia deficiunt verba edicti, & tamen mens suffragatur, l. 1. §. Nepos, ff. si à parente quis fuerit manumissus. Vel quia edictum indiget moderatione, l. Saluius Aristo, de leg. præst. Et generaliter, vbi verba legis pugnant cum ratione, l. in ambiguis, §. quoties, de reg. iu. vel vbi de alterius præiudicio ageretur. Alciat. l. 1. n. 23. de iurisd. om. iud. adducit l. ventre. ff. de acq. hæred. iunct. ad illud. §. fin. de bonor. poss. contr. tab. & latè declarat Menoch. de adipis. remed. 1. nu. 16. cum seqq. ergo in his casibus non potest esse eadem cum edictali.

Non obstat, I. Quòd Prætor vnus sit executor, & quod Decretalis sit executio edictalis: quia non est merus executor, sed mixtus. Cognoscit enim, an côcedi debeat bonorum possessio, & decernit illam cum caussæ cognitione. Et, quãdo quis non est merus executor, sed mixtus, tunc aliquid facere dicitur, & illi actus attribuitur, vt notat glos. & Doctor. in d. c. Nouit, in verbo verus, de appell. Add. II. Responderi potest nõ esse sublatum decretum, quod olim requirebatur in bon. poss. vt defendit Alciat. li. 2. Paradox. c. 13. Non placet hæc solutio, cum in côtrarium sit communis sententia, & eam defendit, Bello. li. 4. supputationum incip. cu. Nisi dicamus, Decretum etiam hodie adhiberi posse. & in hoc sensu non dici sublatum, sed non est necessarium secundùm communem sententiam Doctorum, vt dixi. Secundo igitur respondeo. Licet non requiratur Decretum in ordinariis bonorum possessionibus, tamen requiritur præsentia iudicis etiam hodie, vt in d. l. vlt. vnde dici potest bon. possess. duplicem esse, considerato iure veteri: videlicet, edictalem & decretalem. Iure autem nouo, duplicem esse, videlicet, edictalem, & iudicialem, vt tradunt omnes in d. l. vlt. C. qui admitti, vbi Dec. n. 4. Vltimo respôderi potest. Non esse sublatam bon. poss. quæ decretum exigebat ex caussis supra dictis cum caussæ cognitione: quia nec hodie Prætor dare posset bon. poss. huiusmodi personis absque caussæ cognitione, & decreto. Sublata verò est petitio, & concessio bonorum possessionis, quæ fiebat absque caussæ cognitione, & decreto contentioso, quando nulla erat difficultas, iuxta d. l. 1. §. Dies. ff. quis ordo in bon. poss. serua. & d. l. §. sufficit. ff. de bonor. possess. secundum tab. licet aliquod Decretum non contentiosum requiratur, vt declarat Bologner. in d. l. vlt. sub n. 16.

CAPVT XXXVII.

Quando hæreditas propriè delata esse dicatur: ad intellectum Statuti Lucensis, quòd hæreditas delata transmittatur.

SCribit Mathesilanus singul. 194. quem secuti sunt recentiores, teste Decio, in l. 1. n. 11. Co. qui adm. & Bolog. nu. 21. stante statuto Lucensi, quod hæreditas delata transmittatur, hæreditatem non dici delatam ignoranti, furioso, vel infanti. Et secundum hanc sententiam respondit Soc. sen. cons. 116. libr. 1. & 192. lib. 2.

Primo, ex l. delata, de verb. sign. vbi dicitur delata hæreditas, quam adeundo quis consequi potest. Quo argumento vtitur Ripa in summ. in d. l. 1. nu. 26. quia verbum *potest* relatum ad certam personam, cui commodũ acquiratur, denotat potentiam cum actu, vt docet Bartol. in l. 1. ff. de iniust. rupt. per tex. in l. 3. §. si quis sic acceperit, ff. de statu li. Sed huiusmodi personæ non possunt eam adire propter impedimentum ignorantiæ, furoris, & infantiæ. Ergo non dicitur delata. Respondet Bologn. in d. l. 1. nu. 23. illa verba textus in d. l. delata, quibus dicitur delatam esse hæreditatem, quam quis adeundo consequi possit, referenda esse ad iuris potentiam: non autem ad actualem consecutionem, sicut dicitur de obligatione in inst. de obl. in princ. hoc vult dicere, quòd sic delata, si de iure quis posset eam adire, & cônsequi, licet de facto non possit propter aliquod impedimentum. Sicut obligatio dicitur iuris vinculum, quo necessitate astringimur, licet de facto quis non astringatur, quia non potest soluere propter impedimentum facti.

Secundo adducitur textus in l. 1. §. furiosi, de success. edi. vbi dicitur, curatorem furiosi non posse repudiare bonorum possessionem, quia non est delata. Respondet Decius nu. 2. & Cagn. nu. 25. non esse ibi delatam, vt repudiari possit, secundùm expositionem glos. ibi. Quæ responsio non est bona. I. Quia continet diuinationem, cum textus absolutè dicat non esse delatam. II. Quia esset ratio inepta. Non potest repudiari, quia non est delata. Non est delata, vt repudiari possit. Ratio enim non debet esse eadem cum dicto, vt dicit Bar. in l. vlti. ff. de off. procur. cæs. Respondeo ergo, in furioso id verissimum esse: quia non est ei delata hæreditas, vt dicebat Alciatus, in d. l. delata, secus in infante, & ignorante. Et quod furioso delata non sit, ego semper credidi: quia edictum Prætoris non vocat eos, qui sanæ mentis non sunt: & ideò furiosus habet tantum decretalem bonorum possessionem, non autem edictalem, l. vltim. §. sin autem, C. de cur. fur. quod nuper inueni esse verissimum, quia mortuo furioso locus est successorio edicto, & is vocatur ad bonorum

rum possessionem, qui defuncto erat proximior in gradu post furiosum, l. 2. §. si quis ex liberis, ff. ad Tertul. §. vlt. C. de cur. furioso. & sic furiosus non transmittit hæreditatem vel bonorum possessionem.

Tertiò adducitur doctr. Bartol. in l. is potest, num. 12. de acq. hered. quatenus dicit hereditatem delatam esse infanti, furioso, & ignoranti cum impedimēto animi. Nam cùm adiiciat Bartolus illam qualitatem impedimenti, infertur non esse simpliciter delatam, quia illud dicitur propriè tale, quod simpliciter est tale; secus, si sit cum aliquo adiuncto, vt docet idem Bart. in l. Lucius, §. quæsitum, de leg. 3. Respondeo, Bartolum ibi loqui respectu iuris repudiandi: vnde dicit, infantem, furiosum & ignorantem habere ius adeundi: sed non posse repudiare. Et ideò non habere in eis locum regulam illius textus: *Is potest repudiare, qui potest adire*, quod nihil facit ad rem nostram. Nec enim infans aut furiosus vel ignorans repudiare potest, cùm animus requiratur: & quis non potest renuntiare iuri, quod ignorat sibi competere? l. mater, ff. de inoff. testam.

Quartò, adducitur textus in l. vētre, de acq. hered. vbi impedimentum facit, vt hereditas non dicatur esse delata. Respondeo, esse iuris impedimentum, non autem facti, vt in quæstione nostra, erat enim impedimentum ex eo, quod posthumus fuerat præteritus vel emancipatus, ideòque rumpi testamentū poterat, qua dubitatione pendente ait ibi Iurisconsultus, delatam non esse hæreditatem.

Quintò adducitur textus in l. nec is, §. fi. de acq. hæred. vbi hæreditas non dicitur delata propter ignorantiam. Facile responderi potest, quia ibi legitimus hæres fuerat institutus etiam ex testamento, & hoc ipse ignorabat. Repudiauit tanquam legitimus, quæritur, an valeat repudiatio? Respondet textus: nihil valere, nec ei obesse; quoniam erat hæres testamentarius, & non repudiauit hæreditatem, vt ex testamento delatam, quia ignorabat testamentum. Non poterat etiam repudiare hæreditatem tanquam hæres legitimus qui non erat ei delata, quandiu enim locus est testamento, cessat causa intestati, l. quamdiu. de acq. hæred. Addi potest textum argumentum ex doctr. glo. f. in l. is potest, de acq. hæred. coniunctâ l. delata, de verb. signi. Nam delata dicitur hæreditas, quam adeundo quis potest consequi, ergo requiritur, vt possit adire, sed nemo potest adire hæreditatē, nisi sciat sibi delatam, vt dicit glossa in d. l. is potest. Ergo ignorans non potest adire, consequenter nec infans, nec furiosus. Responderi potest. Illud esse impedimentum facti, non autem Iuris, vt dicebat Bolog. vbi suprà ... mus.

Contrariam sententiam, videlicet delatam esse hæreditatem, non obstāte edicto impedimento ignorantiæ, infantiæ, & furiosis, tenet Imol. & Alex. in l. 1. C. qui adm. num. 7. in l. is potest, de acq. hæred. Dec. in d. l. C. qui adm. nu. 12. Cagn. numē. 25. Anchar. cons. 354 Fundamentum est in tribus legibus, quibus dicitur, delatam esse, in l. infantis, C. qui adm. in l. licet, & in l. si infanti, C. de iure delib. Et respectu statuti Lucensis ait Dec. rem esse clariorem, quia qualitas infantiæ, & ignorantiæ operatur facilius transmissionem, l. si infanti, C. de iure delib. l. Pannonius, de acq. hære. Et licet verba statutorum debeant propriè accipi, l. 3. §. hæc verba, de neg. gest. tamen intelligenda sunt secundùm subiectam materiā, l. si vno, ff. loca. l. Insulam, de præscr. verb. & secundùm conditionem personæ, l. plenum, §. equitij, de vsu & habit. Et cum statutum, de quo agitur, sit exorbitans à iure communi non potest ab eo recipere interpretationem, not. Castr. in l. fin. § in computatione, C. de iure delib.

His omnibus respondet Rim. iun. Illas leges loqui impropriè. Non posse dicta verba statuti intelligi secundum subiectam materiam: quia non est eadem ratio, quando subest impedimentum, quæ adest, quando nullum subest impedimentum. Nam quando nullum impedimentum adest, ideo transmittitur hereditas non adita, quia lex præsumit, istum cui est delata, fuisse illam aditurum, si vixisset. Quamobrem: nō vult ei casum mortis obesse, quando subest impedimentum, lex præsumere non potest, aditurum fuisse, si superuixisset. Negat Il. Rim. qualitatem ignorantiæ efficere, vt facilius transmittatur. Nam l. Pannonius, quæ ad hoc allegatur, loquitur de restitutione concedenda ex iusta ignorantia, non autem de transmissione, similiter nec infantiæ qualitas operatur transmissionem. Nam l. si infanti quæ ad hoc allegatur, loquitur specialiter in casu in fauorem patris tantum. Negat III. quod dicitur, statutum non recipere interpretationem à iure communi, quando est correctorium, quia verius est recipere excepto eo quod corrigit. vt per Socin. cons. 52. lib. 3. vt probatur in au. hoc si ... tur, C. de lit. contest. ... faciendum, ff. qui satisd. cog. ...

Mihi videtur, excepto furioso, delatam esse hæreditatem infanti, & ignoranti. Primò ex legibus adductis pro hac sententia, quas verisimile non est impropriè loqui. Secundò, per tex. in l. seruus. de bon. poss. Nam, si absenti dari potest bonorum possessio, ergo est illi delata, licet ignoret. Tertiò, quia non currit tempus ignorāti, l. 2. ff. quis ordo in bon. poss. ser. quod frustra diceretur, si non esset delata.

Quarto per text. in l. licet, C. de iur. delib. vbi secundum communem ob. stat præscriptio 30. annorum, ergo est delata. Quintò, quia is transmittit, qui sciuit & neglexit adire: ergo multò magis qui fuit impeditus, leg. Nonnulli, ff. ex quib. cau. maior. Sextò, quia statutum æquiparat suos, & extraneos respectu transmissionis: sed sui transmittunt etiam ignorantes, l. 3. C. de iure delib. l. vnic. C. de his qui ante aper. tab. ergo & extranei. Septimo, quia verisimile est, si illi sciuissent, adituros fuisse.

CAPVT XXXVIII.

Vtrùm patre non ratificante, acquiratur bonorum possessio filiofamilias, & an teneantur creditoribus satisfacere?

Communis sententia est, patre non ratificante bonorum possessionem filiofamilias, delatam resolui, nec filium remanere obligatum creditoribus hereditariis. ita Bart. in l. 1. C. qui adm. num. 4. Castr. num. 3. Alex. in princ. Cagn. num. 26. Bologn. num. 28. Rimin. Iun. nu. 75.

Primo affertur textus in l. vlt. ff. quis ordo in bon. poss. seru. vbi dicitur, non currere tempus filio, quando patrem certiorare non potest. Quia bonorum possessio non acquireretur antequam pater ratificasset: & sic ratificatio patris necessaria esse videtur, vt acquiratur. Respondet Decius: illum textum loqui respectu patris, cui ignoranti, vel inuito bonorum possessio non acquiritur, l. 1. §. inuito, de bon. poss. vtrum autem sit inefficax respectu filij, textus ille non declarat. Hæc responsio tollitur: quia, si bonorum possessio esset efficax respectu filij ante ratificationem patris, deberet currere tempus in præiudicium ipsius filij, etiamsi patrem certiorare non posset: cuius tamen contrariũ ibi habetur. Item, quia textus ibi negat acquiri absolutè & generaliter: & sic non acquiritur patri, nec filio, Secundò respondet idem Decius: illum textum loqui, quando filius agnouit bonorum possessionem animo acquirendi eam patri: tunc enim, si pater non ratificet, est pro non facta agnitio: quia actus non debet operari aliquid præter agentis intentionem, l. Non omnis, ff. si cer. pet. Hæc responsio quoque nullius momenti est: quia regula l. Non omnis, non habet locum in quasi cõtractibus: in illis enim operatur actus vltra agentis intentionem, vt patet in eo qui indebitum soluit per errorem. Nam soluit eo proposito, vt se liberaret ab obligatione: & tamen solutio operatur vltra intentionẽ suam, vt alter cui soluit obligetur, vt declarat ipsemet Decius in dict. l. Non omnis col. 2. Tertio igitur loco ad text. in d. l. vltim. ff. quis ordo in bon. poss. seru. respondet Riminaldus iun. loqui, quando pater vel est furiosus vel certiorari non potest: tunc enim bonorum possessio non potest acquiri filio, quia spes est, quod pater aliquando ratificet: & ideo non potest filio acquiri in præiudicium patris. Sed quæstio nostra est, quando filius petit & pater negat se velle ratum habere: an tunc cessat omne præiudicium patris, quia non vult: vnde videtur tunc dicendum bonorum possessionem acquiri filio.

Ista responsio non est bona. Quia licet textus loquatur, quando pater certiorari non potest: tamen subiungit rationem generalem dicens, ideo tempus non currere filiofamilias eo in casu, quo patrem certiorare non potest: quia non ante acquireretur quàm pater comprobasset. Hæc verba ostendunt bonorum possessionem non acquiri absolutè, patri nec filio, si pater non ratificet: quia si aliquando acquireretur filio, patre non ratificante, non esset bona ratio, nec generalis, prout esse debet.

Secundo loco pro communi adducitur textus in leg. vltim. Codice, de bonis quæ lib. vbi constitutum est in hereditate, vt patre recusante filium adire, acquiratur ipsi filio hereditas. Ergo ante illam constitutionem filio non acquirebatur. Respondet Decius, textum illum loqui de hæreditate, in qua iussu patris ab initio acquirebatur, secus in bonorum possessione, in qua ratificatio patris sufficiebat. Non placet Rimin. iun. quia leg. fin. Cod. de bon. quæ lib. loquitur etiam in fideicommisso delato filiofamilias, in quo iussus patris à principio non requirebatur: sed sufficiebat ratificatio, imo loquitur in omni alia re delata filio ex quocunque titulo & caussa. Respondet igitur ipse Riminaldus iun. textum in dict. leg. vltim. loqui, quando pater & filius à principio discordabant: quia pater recusabat filium adire, filius autem volebat adire. Stante huiusmodi recusatione, statuit Imperator, vt filio acquiratur. At nos loquimur, quando talis discordia non est inter patrem & filium à principio: sed post petitam bonorum possessionem, quia videlicet filius petiit & agnouit, pater vero non vult ratum habere.

Ista responsio non est bona: quia nulla est ratio diuersitatis, siue ab initio sit discordia, siue post: & lex non est imposita verbis sed rebus, leg. secunda, Codice comm. delegat.

Communis igitur sententia est verissima, quæ probatur ex dictis duobus argumentis.

Et con-

Et confirmatur manifesta ratione: quia excepta caussa Castrensis peculij vel quasicastrensis, filiusfamilias erat incapax acquisitionis, leg. Placet de acquirend. hæredit. l. Acquiritur, de acquirit. rer. dom. ipse enim, qui in alterius potestate est, nihil suum habere potest: nec poterat pater huic publico iuri derogare, vel alius. Ideòque non valebat donatio à patre in filium collata, leg. Donationes quas, Cod. de dona. inter vir. & vxor. licet pater donando filio vellet illum habere, l. 1. §. primo, ff. de donatio.

Argumentis Decij, qui contrarium tenuit respondendum est. Primò mouetur ex leg. Cum heres, de acquirend. hæredit. vbi patre furioso existente, & ideo iubere non valente, ipsi filio, vt adeat hæreditatem, filius adire potest, & sibi acquirere. Idem ergo in bonorum possessione. Responderi potest loqui in hæreditate, in qua ius ciuile potuit tollere effectum patriæ potestatis, cum illud ius induxerit, & sic decernere, vt filio acquiratur hæreditas. At prætor non potuit effectum patriæ potestatis tollere decernereque, vt filio bonorum possessio acquireretur: quia ipse prætor non induxit ius patriæ potestatis. Eius autem est tollere, cuius est inducere & econtra, l. si vt proponis, C. de nupt.

Secundò mouetur hoc argumento. Qui facit actum nomine alterius illo non ratificante, valet & censetur factus nomine proprio, leg. si absentis, Codice si cert. pet. leg. cum quæritur, ff. de adm. tut. Sed filius petit bonorum possessionem nomine patris, vt illi acquirat, ergo patre non ratificante sibi ipsi acquirit? Probatur minor, quia patri acquiritur emolumentum, & non filio. ergo credendum est filium petere bonorum possessionem nomine patris, alioquin, si nomine proprio peteret, ipse maneret obligatus creditoribus, & pater haberet emolumentum. Quod est absurdum leg. is qui in potestate, § fin. de leg. præst. Actus autem semper debet intelligi factus eo modo, quo vtilior est facienti. Bartol. in l. Gerit, numer. 21. de acquir. hered. Respondeo regulam leg. si absentis, habere locum, cum aliquis locupletaretur cum alterius iactura, sed hæc ratio non militat in casu nostro & ideo non obstat. Item non est verum, quod filius intelligatur accipere hæreditatem sibi, cum nullo modo possit obligari creditoribus hæreditariis.

Quæritur, quæ sit ratio, cur filius non obligetur creditoribus hæreditariis adeundo hereditatem vel agnoscendo bonorum possessionem, cum ex contractu omni obligetur excepto mutuo & voto, l. Tam ex contractibus, ff. de iud. & l. filiusfamilias, ff. de action. Ergo multo magis deberet obligari ex quasi contractu, scilicet, adeundo hæreditatem, §. heres, instit. de oblig. quæ ex quasi contractu nasc.

Respondetur. Prima ratio est Bartoli in l. qui in aliena, ff. de acqu. hered. quia aditio hereditatis est similis voto, ex quo filiusfamilias non obligatur, leg. 2. § voto, de pollicit. votum enim consistit in animo, ita aditio hereditatis consistit in animo, leg. pro herede, & l. gerit, de acq. hered. Hanc rationem reprobat Castr. in l. Mutuum, de acq. hered. quia æquiparatio illa Bartoli non est bona, quoniam aditio hereditatis requirit aliquam declarationem extrinsecam animi sui, & sic non consistit in solo animo. Sed votum non requirit declarationem extrinsecam, sed pendet à sola voluntate, etiam non declarata, c. 3. vbi gloss. ext. de voto.

Decius in l. 2. C. qui adm. defendit Bartolum dicens, nullam esse differentiam inter aditionem & votum, si termini sint pares, nam sicut quis obligatur voto sola voluntate, quoad Deum in conscientia, ita per aditionem hereditatis quis obligatur in foro conscientiæ, non autem in foro nostro. Nam paria sunt *quid non esse, vel non apparere*, l. Duo sunt Titij, de testa. tut. Item decipitur Castr. quia Bartolus sumit argumentum de voto ad aditionem negatiue, non affirmatiue.

Rimin. iunior d. l. Mutuum. 12. dicit, Castrensem recte Bartolum impugnare. At Decium male. Nam dum dicit Decius, illam Bartoli æquiparationem procedere, stantibus terminis paribus, dicit, hoc non procedere etiam quoad forum conscientiæ. Nam ille, qui adiuit in foro conscientiæ, non tenetur vltra vires hereditarias, in foro autem tenetur semper. Bart. in l. gerit, num. 6. de acq. hered. Item Bartolus non solum negatiue, sed affirmatiue sumpsit talem æquiparationem.

Alciatus lib. 4. paradox. cap. 2. conatur Bartolum defendere: nam Castrensis existimauit votum consistere in sola voluntate, aditionem autem non. Et hoc est falsum, nam votum requirit aliquam extrinsecam declarationem, votum enim non est promissio facta Deo in iure ciuili, sed promissio facta Principi vel Reipublicæ, ob beneficium. ita est text. in l. 2. §. voto ff. de pollicit. Et hoc est votum, quo filiusfamilias non obligatur. Riminaldus Iun. autem dicit, aduertendum d. §. voto, loqui de voto, quod fit Deo. Quod patet ex verbis subsequentibus, ibi enim disputat, an res in voto apposita efficiatur sacra. Riminald. Iunior Bartolum defendit, quia considerandum est, quod est principale, lege si quis nec caussam, ff. si cert. peta. Sed illud est principa-

le in voto, vt quis Deo obligetur ex voluntate. Ita aditio hereditatis consistit in voluntate nostra principaliter, & declaratio, quæ fit in aditione hereditatis, non facit differentiam specificam, fit enim ad maiorem declarationem, & istud plus & minus non faciunt differentiam specificam, l. vlt. ff. de fund. instr. Verum, etsi defensa sit Bartoli doctrina: impugnatur tamen ab aliis.

Secundo impugnat Imola in l. seruo inuito, ff. ad Treb. in princ. quia in aditione hereditatis debet præcedere iussus patris in filiofamilias, leg. si quis mihi bona, §. iussum, ff. de acq. hæred. sed in voto sufficit, patrem consentire tunc vel post, d. l. 2. §. voto. nam cum requiritur authoritas, intelligitur ante vel post statim, l. obligari, § Tutor. ff. de auth. tut. Item, quia in voto consideratur obligatio principaliter & emolumentum non consideratur in consequentiam: sed in aditione hæreditatis principaliter cōsideratur commodum acquirendi, & in consequentiam tenetur ad onera hæreditaria. Respondet Decius, non esse habendam rationem huius rei, quia nos videmus in bonorum possessione non requiri iussum patris, sed tantum rathabitionem: & tamen filius agnoscendo bonorum possessioné non obligatur. Item in aditione hæreditatis, & in bonorum possessione agnoscendo æque principaliter considerari commodum, & onera hæreditaria, per l. qui in aliena, ff. de acq. hæred. & per text. in auth. de iureiu. à mor. præst. in prin. vbi hæres dicitur repræsentare defunctum actiue & passiuè: & in adeūda hæreditate à filiofamilias, propter hoc iussus patris requiritur, scilicet propter obligationē cōtrahendam à filio cum creditorib. hæreditariis. Sed hæc ratio vltima Decij tollitur à Rim. iu. Quia in aditione consideratur commodum principaliter: nam titulus hæreditatis dicitur titulus lucratiuus, & quod in adeunda hæreditate commodum reperiatur, est text. inst. de societ. §. manet, & l. inter stipulantem, §. si rem, vbi Ias. ff. de verb. oblig.

Tertio impugnat rationem Bartoli Decius in d. l. 1. nume. 27. dicens: non esse verum præsuppositum Bartoli, quod filiusfamilias non possit obligari voto: nam obligatur filiusfamilias voto, cùm non est in præiudicium patris, ita Abb. in cap. scripturæ, de voto. Roman. sing. 504. Habemus enim, quod filiusfamilias peccando obligatur diabolo, c. nōn de delictis puer. Ergo multò magis Deo debet obligari. Item, quia votum est quid spirituale, & in spiritualibus non attenditur patria potestas, c. sinit de iudic. sli. 6. Ideo concludit Decius retorquendo illam Bartoli argumentationem, quod sicut filiusfamilias ex voto obligatur, ita etiam debet obligari in aditione hæreditatis, & agnatione bonorum possessionis. Sed argu. Dec. procedit de iure canonico, non de iure ciuili.

Quarto impugnat rationem Bartoli Rimi. iun. ex doct. Alciat. lib. 5. parerg. c. 9. vbi Principes minores faciunt cum obligatis voto, ne tenerentur vltra vires suas. Item, quia aditio hæreditatis fit, etiamsi quis non accipiat realiter rem hæreditariam, l. gerit, de acq. hæred. votū autem non potest fieri sine rei promissione, d. l. 2. §. voto, ff. de pollicit. Item, quia si filiusfamilias non obligaretur in his, quæ dependent à voluntate sua vt voto, sequeretur, quod non posset obligari ex contractu, in quo voluntas spectatur, l. sicut, C. de act. & oblig. l. 1. ff. de pact. Ideo cū hæc ratio Bart. non sit bona nec recēta à Dd. ideo alia melior est indagāda.

Secunda ratio est Alexan. in l. 1. C. qui adm. & in d. l. qui in aliena. quia emolumentum & commodum acquiritur patri, l. Placet, ff. de acq. hæred. ergo non est iustum, vt filiusfamilias habeat onus soluendi debita, leg. secundū naturam de reg. iur. Impugnant hanc rationē Aretin. in d. l. qui in aliena: quia si hæc esset bona ratio, filiusfamilias non posset obligari ex contractu, ex quo omnia acquiruntur patri: & tamen ex contractu obligatur, leg. filiusfam. de act. & oblig.

Tertia est ratio Iasonis in d. l. 1. num. 3. quia hæreditas est quid indiuiduum, leg. 1. & 2. ff. de acq. hæredit. ideo omnis actio siue ius & commodum debet esse apud vnam personā, quæ soluet creditoribus debita. Hanc impugnat Decius, nu. 32. quia si valeret hæc ratio, filiusfamilias non obligaretur ex contractu, quia contractus sunt indiuidui, l. 1. C. si de transl. l. si quis aliam. ff. de solut. quod si vno, ff. de in diem addict.

Quarta ratio est Aretini in d. l. qui aliena. quia ius adeundi non est penes filium: sed penes patrem, l. acquiritur, §. 1. de acq. rer. dom. Hæc non placuit Decio in d. l. 1. nu. 33. quia hoc non est verum, ius adeundi esse penes patrem: sed est fundatum in persona filij, Bart. in l. is potest, col. 3. de acq. hæred.

Quinta ratio est Cagnoli in d. l. 1. nu. 37. ob magnitudinem præiudicij & ob graue æs alienum, vt in §. secundum, inst. de hæred. qual. & diff. Hæc non est bona: quia eadem est in contractibus.

Sexta ratio est Rim. iu. quia alteri per alterum non debet iniqua conditio inferri, l. Non debet, de reg. iur. & pater pōt iniquā cōditionē facere filio nō ratificādo, si filius oneribus hæreditariis grauaretur. Hæc ratio nō placet, quia casus nō est solūmodo, si pater, nō ratificat: sed casus est, quando pater ratificat, & tamē filius non remanet obligatus, item pater censetur semper filij vtilitatem respicere.

Ego

Ego dico distinguendos esse duos casus. Primus est, cum filiusfamilias adit hæreditatem sine consensu patris, vel agnoscit bonorum possessionem, & tunc non obligatur, ratio est, quia talis aditio & agnitio nihil est, & id quod non est, nullum producit effectum, c. non præstat de reg. iur. in 6. & quod sit nulla talis agnitio & aditio patet. Quia si valeret agnitio filij sine ratificatione patris, sequeretur quod si pater ratificaret talem agnitionem factam per filium vltra centum dies valeret talis ratificatio, vt tradit Bartol. in d. l. 1. nu. 11. & Cagn. nu. 87. At pater non potest ratificare transactis centum diebus. sim. ff. quis ordo in bonor. possessu. Alter casus est, quando filiusfamilias adit cum consensu patris, vel agnoscit bonorum possessionem patre postea ratificante & tunc non obligatur. Ratio est quia si filiusfamilias adeundo obligaretur, deberet esse hæres: sed non est hæres: sed pater est hæres, ideò impossibile est duos hæredes esse in solidum, l. placet, de acqu. hæred. At in contractibus non est inconueniens, quod duo sint obligati in solidum, in tit. de duobus reis, in princ. ideò in contractibus filiusfamilias obligatur, & etiam pater, l. contra iuris. §. si filius, vbi Ias. n. 9. ff. de pactis. Et hæc ijs, quę alias scripsi lib. 5. c. 75. addenda esse volui.

CAPVT XXXIX.

Ad l. primam, C. qui admi. quomodo accipiatur illud verbum etiam?

VErba textus hæc sunt: *Bonorum possessio filiofamilias delata, cum ignorante quoque patre possit peti, emolumentum etiam patri allatura, si ratam petitionem pater habuerit, amittitur transacto tempore, fine die & consulto.* Difficultas oritur, quia dictio *etiam* implicat casum minus dubitabilem, vt notat Bart. in l. 1. C. etiam per procur. glo. in clem. 1. in verb. ecclesiæ, de hæret. Ideò cum textus dicat, *etiam patri*, implicare videtur, quod filio acquiratur. Quod est falsum, & contra text. in l. Placet, de acq. hæt. Respondet Bartolus nu. 3. dictionem illam non seruare hoc in loco suam naturam: quia resultat prauus intellectus. quæ responsio satisfacere non potest.

Secundo igitur loco dicebat Alex. implicare non respectu personæ, sed respectu facti, quasi dicat bonor. possessio non solùm per filium agnosci potest patre ignorante: sed etiam emolumentum ipsi Patri allatura est. Nō placuit Decio nu. 45. Quia verba textus referuntur ad personas non autem ad factum.

Tertio igitur loco dicebat Ballus in eadem l. opp. 10. hanc dictionem *etiam* seruare naturam suam, etiam respectu personæ: quia bonorum possessio acquiritur filio, & postea patri. Quod non placet, quia non acquiritur filio, vt probatur ex d. l. Placet, de acq. hæred.

Quarto loco dicebat Salyc. implicare hoc modo videlicet, quod bonorū possessio non solum patri emolumentum allatura sit, sed etiam filio, quia filius viuente patre existimatur dominus. l. in suis, ff. de liber. & posth. Non placet, quia filio nihil acquiritur viuente patre.

Quinto loco dicebat Decius n. 45. dictionem *etiam* aliquando significare affirmationem, sicut quando in Euangelio dicitur, *etiam Domine*. Reijcitur à Rim. iun. numer. 199. & meritò: quia dictio *etiam* tunc significat affirmationem, quando præcedit interrogatio.

Sexto respondet Ias. n. 5. sensum esse, vt bonorum possessio peti possit, non solùm patre ignorante, sed etiamsi afferat emolumentum ipsi patri. Quæ expositio eadem est cum expositione Alexandri suprà relata.

Septimo Alciat. lib. 4. paradox. cap. 5. dicit hanc dictionem implicare respectu filij in bonis maternis, quia acquirebantur filio, l. penult. ff. ad Tertyll. Non placet: quia verius est bona materna filio fuisse acquisita, ex l. Constantini, & non prius, l. 1. Cod. de bonis maternis.

Octauo respondet Rim. iun. dictionem *etiam* implicare respectu oneris hæreditatis, quod totum pertinet ad patrem. Quasi dicat Imperator, non solum emolumentum patri allatura est, sed etiam onus. Non placet, quia istud tacitè intelligitur, vt si habet commodum, habeat etiam onus.

Ego puto, hunc esse sensum Imperatoris, quia absurdum videbatur, quod bonorum possessio, ignorante patre, filio delata amittetur transacto tempore, cum ipsi patri emolumentum esset allatura. Ita sic puto hanc dictionem *etiam* idem operari, ac si diceretur, etiamsi patri bonorum possessio emolumentum allatura sit, & etiamsi ignorante patre filiofamilias sit delata, nihilominus amitti transacto tempore. Ratio est, quia ignorante quoque patre peti potuit, nec tamen si non fuit petita intra tempus constitutum, amittitur, quamuis emolumentum patri allatura esset, si eam filius petiisset, & pater ratam habuisset. Hanc verò solutionem ac intellectum acceptum ferre debent studiosi Decio Archinto Mediolanensi, iuueni ad summam virtutem & gloriam nato, cùm ei totam hanc difficultatem contulissem, statim mihi hanc suam sententiam aperuit, quam toto pectore amplector & probo.

CAPVT XL.

De clausula (omni meliori modo.) Additio ad cap. vltimum lib. 10.

De clausula (*omni meliori modo*) aliquid [illegible] lib. 10. cap. vlt. Addo nunc, quod [illegible] apud Veralium decis. 124. li. 1. & apud [illegible] dec. 595. numer. 5. Aondedeam cons. 44. num. 34. lib. 2. Tunc demum [illegible] esse [illegible] clausulam hanc (*omni meliori modo*) cum adiecta est eidem dictio &c: quia tunc apparet hoc voluisse disponentem: vt eius dispositio non restringeretur ad eum modum, qui fuit expressus: sed vt sustineretur eam omni alio meliori modo, quo fieri potest.

CAPVT XLI.

Venditione rescissa ex remedio l. 2. C. de resc. vend. an fructus sint restituendi?

SCripsi hac de re satis prolixè lib. 2. cap. 24. [illegible] nunc addo scriptis meis, videndos esse super hac quæstione. Oldum. de restit. in integr. q. 45. art. 2 nu. 28. & Ludou. Molinam de contractibus disput. 349.

CAPVT XLII.

De eo, qui confessus est se hominem occidisse ad sui defensionem, an condemnari debeat in pœnam extraordinariam, vel ordinariam?

SCribit Abbas in c. Auditis, nu. 31. & ibidem Felin. num. 30. [illegible] confitentem se homicidium perpetrasse ad sui necessariam defensionem, extraordinaria pœna afficiendum esse, [illegible] non sunt probationes, quibus reus de delicto [illegible] conuictus. Quam sententiam & Practicos & Theoricos frequentissimè secutos fuisse adductis authoritatibus [illegible] probat Farinac. tit. de reo confesso & conuicto, q. 81. nu. 117. vt mihi non sit opus, eas huc transferre.

Fundamentum est quia, vt quis pœna ordinaria afficiatur, probationes debent esse luce meridiana clariores l. vltim. C. de probat. [illegible] ideò vel confessus esse debet reus, vel plane conuictus, l. Qui sententiam, C. de pœn.

Contrarium multi voluerunt. [illegible] lib. 1. select. cap. [illegible] Socin. in l. 1. post numer. 31. [illegible] leg. Non vtique, de except. alios commemorat Mascard. de prob. lib. secundo, concl. 867. numer. 9. Horum fundamentum est: quia omne maleficium præsumitur malo animo factum, & dolosè ac illegitimè, leg. 1. Cod. de sicar. capit. 1. de præsumpt. Cæterùm animaduertere oportebat hanc præsumptionem solam non sufficere ad incurrendam ordinariam pœnam. [illegible] non excusari eum, qui hominem occidit, si pro sui defensione dixerit *[illegible] non dolo se commisisse*: non enim excusari debet propter illas allegationes, vt probatur in [illegible] & multis aliis similibus. Voluimus nos hic non agimus de reo excusando, sed potius de eo puniendo: quia vero certi non sumus falsam esse illius allegationem, quod scilicet occiderit ad suam defensionem, [illegible] mitiorem partem inclinantes, cum non sit conuictus, neque confessus, simpliciter condemnandum existimamus extraordinaria pœna. Scio doctissimum [illegible] diligenter laborare eo in loco, pro destruenda communi opinione [illegible] recepta, quæ statuit, imponendam extraordinariam pœnam reo vehementioribus argumentis oppressi. Sed non alibi explicauimus, quid de tota hac re sentiamus ab eius opinione dissentiendo.

CAPVT XLIII.

Pœna extraordinaria [illegible] testis, cui crimen obiicitur per modum exceptionis, si de eo confessus sit, vel conuictus.

SVmmus Pontifex in capit. de exceptio. ita scribit: *Cæterùm, si de criminibus [illegible] exceptionem obiectis testes conuicti fuerint vel sint confessi, pœna ordinaria [illegible] delicti, cum accusatio ex ipsis [illegible] non procedat, sufficiat ergo, si [illegible] testimonio repellantur.*

Et in c. 2. de ordi. cognit. ita scribit, *quemadmodum, si in modum exceptionis aliquod crimen testi obiicitur [illegible] à testimonio repellatur [illegible] crimen contra eum [illegible] probatum fuerit, non ideò [illegible] ordinaria [illegible] [illegible] quoniam in eum [illegible]* [illegible] verò [illegible] saltem extraordinaria pœna in [illegible] quos late congessit Farinacius tit. de reo confesso & conuicto q. 81. nu. 266. [illegible]

Imola in d. cap. 2. nu. 9. [illegible] opinionem existimans [illegible] pœnam extraordinariam & ibidem [illegible] num. 9. [illegible] alios commemorat Farinac. [illegible] num. 267.

Breuiter puto concludendum [illegible] posteriori sententia. 1. [illegible] non infligatur pœna ordinaria, [illegible] assignatur in textu, videlicet quoniam accusatio non præcessit. Hæc sanè ratio locum habet, etiam respectu pœnæ extraordinariæ [illegible] accusatio non præcedit, vel inquisitio vel quid simile,

simile, nullibi sancitum est, quempiam puniendum esse.

Nec obstat textus in l. nullum, C. de testa. quia ibi textus ostendit autem iudicis fallum dicens merito potest puniri. Qua responsione vtitur etiam Iurola loco sup. citato.

I. Quia non recte videtur sumi argumentum à contrario sensu. Testis non potest puniri pœna ordinaria, ergo potest puniri pœna extraordinaria: quia statim S. Pont. subiicit: *sed eius dumtaxat testimonio non creditur.* Quibus verbis indicat, nullam aliam pœnam subire in iudicio illo; in alio autem iudicio forte punietur, præcedente aliqua accusatione, vel inquisitione.

II. Cum hæc res sit dubia interpretatione, pœnæ sunt potius molliendæ quam exasperandæ, & mitior pars est amplectenda, l. interpretatione, ff. de pœnis, cap. in pœnis, de reg. iur. lib. 6.

CAPVT LXIV.

Consensu Summi Pontificis, an præsumendus sit intercessisse spatio 30. vel 40. annorum in alienatione bonorum ecclesiasticorum?

SCripsi hac de re lib. 10. contro. c. 67. Nunc addendum esse putaui responsum super hac re, quod pro Sancto officio Florentiæ dedi huius tenoris. Quæ opponuntur doctè & subtiliter aduersus admodum Reuerendum P. inquisitorem, [illegible] Rectorem Ecclesiæ S. Petri Gheradi de Florentia in præsenti iudicio hæc sunt. Quia cum bona emphyteutica per Iulianum possessa fuerint spatio quadraginta annorum, & is soluerit debitum canonem, confirmatio Apostolica & omnes aliæ solemnitates de iure requisitæ præsumuntur interuenisse ut trad. per Dd. in l. sciendum, ff. de verb. obl. & per canonistas in c. sicut de re iud. & in ca. peruenit de emp. & vend. Dec. cons. 81. col. 1. Ruin. cons. 105. n. 4. lib. 5. Capic. decis. 4. nu. 26. & decis. 36. in princi. & de spatio triginta annorum. Anchar. cons. 136. nu. 2. Dec. cons. 35. col. pen. & cons. 152. n. 3. Gabr. tit. de præs. concl. 1. nu. 18. Crau. cons. 217. n. 2.

Et in specie de confirmatione Papæ, quod præsumatur beneplacitum Apostolicum ex spatio triginta annorum, Gabr. titul. de præsumptione conclusione quarta. Dec. cons. 341. n. 12. & 13. Hier. Gabr. cons. 88. n. 14. lib. 1. & cons. 82. Rota Rom. decis. 79. par. 2. nouiss.

Respondetur, omissa disputatione circa alias solemnitates requisitas in alienatione rerum ecclesiasticarum, & loquendo de consensu S. Pontificis, quandoquidem de hac sola solemnitate in præsenti causa agitur, veriorem & communiorem opinionem esse in contrarium, quod immo consensus S. Pontificis in alienatione rerum ecclesiasticarum requisitus, non præsumatur interuenisse ex cursu 30. vel 40. annorum, cum verisimile non sit, quod ipse S. Pontif. habuerit scientiam talis contractus & alienationis. Ita Bald. in leg. 2. Codice de legitim. hæred. Alexand. cons. 9. num. 7. lib. 3. & cons. 17. num. 6. libr. 4. Afflict. decis. 107. col. 1. & Crau. de antiq. temp. in tertia par. princ. n. 18. in prin. Qui ob id inferunt, quod allegans præsumptionem solennitatis, consensus vel licentiæ Principis & superioris probare debet, quod is Princeps sciuit contractum sic confectum fuisse. Hanc declarationem probarunt Felin. in c. Albericus, in fine, de testib. in cap. illud, nu. 7. de præs. in c. sicut, n. 33. vers. bene fateor, de sent. & re iud. Ruin. cons. 35. col. 4. lib. 3. & cons. 23. num. 19. libro 5. Crot. in leg. sciendum, numer. 25. vers. tertio fallit, de verborum oblig. Ripa libro secundo resp. c. 22. numer. 11. qui testatur communem esse opinionem. idem decidit Capic. decis. 4. num. 29. & 30. Menoch. de præsumpt. libr. tertio præs. 132. n. 70. Aonded. cons. 31. nu. 35. lib. 2. vbi adducit Corneum Cacheran. Rol. à valle & Hier. Gabr.

Non obstant authoritates in contrarium allegatæ, quia quantum attinet ad Gabriel. concl. 1. de præs. n. 4. ille nihil firmat pro contraria opinione: imo videtur amplecti hanc opinionem nostram dicens: *Limita vt ex diuturnitate tempori non præsumatur Papæ consensus requisitus in alienatione rei ecclesiasticæ* & adducit Alex. Felin. & Ruin. postea Gabr. dicit hæc verba: *Contrarium vt enim Papæ consensus præsumatur in alienatione rei ecclesiasticæ ex cursu tempori tenuit decis. N. cap. 4. col. pen.* Ex quibus verbis apparet ipsum amplexum fuisse opinionem nostram quod non præsumatur: licet in contrarium allegauerit dictam decisionem.

Quantum verò attinet ad Decium allegatum in cons. 341. num. 12. & 13. Respondeo, Decium non loqui de consensu Papæ: quia consensus Papæ ibi interuenerat ex commissione facta per ipsum Papam. Sed loquitur tantum in genere de solennitatib. requisitis quod præsumantur ex cursu temporis adducendo consilium Anchar. 136. quod incipit ex consiliis, vbi similiter Anchar. nullum verbum facit de consensu Papæ.

Ad auctoritatem Gabrielij in allegato cons. 88. num. 14. lib. 1. respondeo Gabrielum loqui [illegible] quando adest cursus temporis immemorialis. Erat enim lapsum tempus annorum 149. in casu, de quo ipse [illegible] [illegible]

vim priuilegij, & conſenſus ſpecialis, & multa alia operari, quam non operatur curſus 30. vel 40. annorum, vt notat Canon. in cap. 1. de præſcript. nu. 5. & in c. ſuper §. Præterea, de verb. ſign. & legiſtæ in l. hoc iure, §. ductus aquæ, ff. de aqua quotid. & æſtiu.

Non obſtat auctoritas eiuſdem Gabriel. conſ. ... num. ... lib. 2. quoniam ad hanc auctoritatem reſponſum patet ex traditis lib. 10. controuer. cap. 67. vbi apparet doctrinam Gabrielij non eſſe iuri conſentaneam. Quia non poteſt conſiderari conſenſus, & ratificatio ſine ſcientia S. Pontificis & ſcientia non præſumitur ſed probari debet, l. verius, de probat. cap. ignorantia, de reg. iur. 6. Et cum hæc ſit verior & communior ſententia, quod conſenſus Pontificis Maximi non ſit præſumendus ex lapſu 30. vel 40. annorum: quia præſumitur ignorare alienationes iſtas, & ideo debet probari ſcientia ipſius. Res videtur clariſſima, quod nihil ſit deferendum auctoritati Gabrielij. Non obſtat auctoritas Rotæ 179. deciſ. quam & ipſe Gabriel. allegat: quia debet intelligi data ſcientia S. Pontificis, & non aliter, alioquin impoſſibile eſt præſumere conſenſum Pontificis. Quia nemo conſentit in id, quod ignorat, ſicuti in puncto noſtro diſertè probant, & deducunt Dd. ſuprà allegati.

Quibus ſic ſtantibus, non puto operæ pretium eſſe reſpondere ad illam generalem concluſionem quæ ponitur in dubiis quod ex curſu 30. annorum præſumantur ſolennitates requiſitæ: quia quicquid ſit de aliis ſolennitatibus, dico illam concluſionem non habere locum in conſenſu Papæ, requiſito in alienatione rerum Eccleſiaſticarum, per ea quæ ſuprà adducta ſunt. Addo ex abundanti, concluſionem illam: quod ſolennitates præſumantur ex curſu 30. annorum, locum non habere, quando talis eſt ſolennitas, cui partes renuntiare non poſſunt. Bart. in l. ſciendum, nu. 3. & 4. de verb. oblig. Oſaſc. deciſ. Pedem. 173. num. 6. Menoch. lib. 3. præſumpt. 132. nume. 95. Aonded. conſil. 31. nume. 37. & 38. Talis autem eſt ſolennitas conſenſus S. Pontificis: quia non poteſt illi renuntiari per partes contrahentes, vt habetur in extrauag. ambitioſè, de reb. Eccleſ. non alien. & in aliis Pontificiis Conſtitutionibus ſuper hac materia, de alienatione rerum Eccleſiaſticarum, quæ omnibus ſunt notiſſimæ.

Ceſſat etiam dicta præſumptio ſolennitatum ex curſu 30. annorum quando ex inſpectione inſtrumenti apparet eas non interueniſſe qui eſt caſus noſter. Abb. conſ. 61. col. vlt. lib. 1. Fel. in cap. ſicut nobis col. 35. de re iud. Caſtrenſ. conſ. 81 nu. 3. lib. ... Menoch. de præſ. 132. num. 79. lib. 3. Gabriel. d. concl. 1. de præſ. num. 57. in 4. limit. Maſchar. de prob. volum. 3. concluſ. 136 nume. 3. Aonded. de conſ. 31 nu. 38. lib. 2. Ex quibus exiſtimo dubia doctè, & ſubtiliter excitata, fuiſſe ſoluta.

CAPVT XLV.

Vtrum filij poſiti in conditione in legatis cenſeantur vocati?

Filios in conditione poſitos in legatis cenſeri vocatos, omnium primus docuit Angelus in l. in legatis, C. de legatis, quem ſecuti ſunt plurimi, quos commemorat Ioſephus de Ruſticis in com. an & quan. liberi in cond. poſ. lib. 3 cap. 2. Motus: quia legata particularia facilius dantur, & transferuntur, cum etiam nutu relinqui poſſint, l. nutu, de legat. 3. non ſic hæreditates, l. hæredes palam, ff. de teſtam. l. iubemus, C. eod. tit. Et quia in legatis non eſt neceſſaria verborum obſeruantia, l. in legatis. C. de legat.

Hæc argumenta mihi videntur leuiſſima, ſuppoſita cõmuniore ſententia pro vera, quod filij in conditione poſiti non cenſeantur vocati in fideicommiſſis vniuerſalibus. Nam quod attinet ad textum in l. nutu, locum habet etiam in fideicommiſſis vniuerſalibus, vt declarat Ripa in l. 1. n. 57. de leg. 1. Quod vero attinet ad textum in l. in legatis, nihil facit, licet enim in legatis obſeruari non debeat verborum ſolennitas: requiruntur tamen verba, ex quibus voluntas declaretur. Non obſtat etiam ratio differentiæ, quam adducit Ioſephus de Ruſticis vbi ſuprà, quia legatum ſit donatio, non autem fideicommiſſum. Hoc enim falſum puto: quia fideicõmiſſum continet liberalitatem, & donationem reſpectu eius, in quem confertur, licèt reſpectu hæredis grauati ſit onus.

Fateor, rei legatæ dominium tranſire in legatarium recta via, l. à Titio, de furtis. At in fideicommiſſis vniuerſalibus reſtitutionem eſſe neceſſariam, l. reſtituta, ff. ad Trebell. ſed quid inde conficitur? Loquimur nunc de filiis in conditione poſitis, quod cenſeantur vocati in legatis. Argumenti vis in hoc conſiſtit, quòd legata ſint fauorabiliora fideicommiſſis, ideo in legatis intelliguntur eſſe vocati, non autem in fideicommiſſis. Nego conſequentiam, quia non hic inſpiciendus eſt fauor vel odium: ſed voluntas teſtatoris, & modus, quo fit diſpoſitio per verba ſcilicet conditionalia, quæ non diſponunt. Denique militant omnes rationes, & argumenta opinionis negantis, filios in conditione poſitos vocatos videri, militant (inquam) etiam in legatis. Adde, quod dicebat Auditor meus iuuenis ad omnem virtutem, & gloriam natus Paulus Troncius Piſanus: hodie

ita

ita esse fauorabilia legata, sicut fideicommissa, vt in l.1.C.com. de leg. & fideicommiss. & sic argumentum Angeli prorsus corruere. Itaque supposita opinione illa, quam tamen alias impugnaui, non dubitarem, ab Angeli opinione recedere vnà cum aliis plurimis, qui eam opinionem repudiauerunt, quos commemorat Iosephus vbi suprà, quibus suffragatur suppositum illud fundamentum, quòd filij in conditione positi in fideicommissis vniuersalibus non censeantur vocati iuxta glo. in l.Lucius.de hæred.instit.

Hanc communem sententiam, & rationes eius refellere oportet, & impugnare: non autem supponere pro vera. Alioquin illa præiudicium faciet in hoc articulo, si legibus & rationibus certandum sit: non autem solis auctoritatibus, & placitis Doctorum.

CAPVT XLVI.

Verum filius possit in praeiudicium creditorum non acceptare legitimam, vel eius supplementum?

Distinguit Petrus Ancha. in cons. 101. inter creditores hypothecarios, & chirographarios existimans, in præiudicium creditorum hypothecam habentium filium recusare non posse legitimam, vel eius supplementum.

Contrarium respondit Socin. iun. in cons. 124.lib.3. & Ripa. in l.1.nu.7.ff. de pignor. extátque in hac materia responsum Menochij consil.77. in quo probat legitimam venire sub generali hypotheca. Scripsit etiam hac de re multa præclarè Peregrin. de fideicom. artic.3.n.119.cum multis seqq. & in tract. de iure fisci.tit.de bon.publicar.n.152.

Ego verò, vt ab hac difficultate me extricem, imprimis considero textum in leg. si postulante, ff. ad Trebellia. in illis verbis: *Quia & remoto fideicommisso liberum tibi fuerat nolenti adire hæreditatem, creditores tuos tali commodo fraudare.* Vbi Paulus Castrensis ita scribit num. 2. *Item est hic casus, si filius repudiat hæreditatem paternam in fraudem creditorum, & sic deuoluitur ad sequentes in gradu, non possunt eius creditores petere se inuestiri de sua legitima dicendo, quod in fraudem eorum non potuit à se abdicare, sicut nec alia bona.* Rursus considero textum in l. qui autem, ff. quæ in fraud.cred. vbi Vlpianus dicit: *Qui autem, cum possit aliquid quærere non id agit, vt acquirat, ad hoc edictum non pertinet. Pertinet enim edictum ad diminuentes patrimonium suum: non autem ad eos, qui id agunt, ne locupletentur.* Ex textum in l. patrem, ff. eod. tit. vbi Papinianus. *Patrem, qui non expectata morte sua fideicommissum hæreditatis maternæ filio soluto potestate restituit, omissa ratione Falcidiæ, plenam fidem, & debitam pietatem secutus exhibitionis respondi, creditores non fraudasse.*

Ex his ego infero: filium repudiare posse legitimam, Falcidiam, Trebellianicam, nec posse conqueri creditores siue sint hypothecarij siue sint chirographarij: quia militat eadem ratio in vtrisque. Ratio enim est: quia edictum fraudatorium pertinet ad eos, qui diminuunt: non autem ad eos, qui acquirere nolunt.

Fundamentum Ancharani consistit in l. in fraudem, ff. de iure fisci, vbi dicitur, in fraudem fisci fieri, si non quæratur.

Respondeo: hic non agi de fraude fisci, in quo specialiter illud constitutum esse dicendum est, cùm in aliis priuatis videamus, eum qui non vult acquirere, non dici in fraudem facere. Fateor legitimam venire sub generali hypotheca, scilicet: si postea acquiratur, sicuti veniunt etiam cætera bona futura: sed hic postea non acquiritur, quandoquidem repudiatur. Atque ita censeo, & in caussa Lucensi, sic hodie respondi subscribens consilio clarissimi, & celeberrimi M.Antonij Peregrini.

CAPVT XLVII.

Additio ad cap.72. libri octaui, de pacto de hæreditate.

IN versiculo respondeo negando post illa verba: *Consequens autem non probatur vlla lege vel ratione iuris.* Adde, quod argumentum de pacto ad statutum procedit negatiuè vt per Bartol. in lege omnes populi, num.26. de iustit. & iure, nec aliter loquitur Bartolus in l.vlt.numero septimo, C. de pactis, quem locum citat Decius in consil. 516. numero quinto, Roland. de lucro dotis in prima parte, capit. 1.in versiculo, Respondeti potest ex Tiraquell. ibi: *Ad exemplum trahenda non fuit.* Adde, pro quinto argumento text. in capit. quemadmodum, de iureiurand. circa fin. quod fuit argumentum Aquensis, vbi datur occasio delinquendi: & tamen iuramentum est seruandum. Respondeo, vt per Abb. in dicto capitul. quemadmodum. colum. penultim. In versiculo. Tertia igitur sententia post omnes auctores. adde Mancinum de iuramento part.4. effectu 61.numer.15. Seraph. priuil.20.nu.6.30.& 31.

CAPVT XLVIII.

Additio ad cap.82. lib.6. de donatione omnium

bonorum præsentium & futurorum reseruato vsufructu an valeat?

ADde pro sententia nostra Crauet. consil. 122 num.4.lib.2.& consil.915. numer.5. lib.5.Roland.a Valle cons.65.nu.5.libr.1. Natta consil.146.num.11.libr.1. Gabr.consil.39.nu. 1.libr.1.Rim.iun.consil.167.numer.14. & seq. lib.2.& consil.234.num.89.& seq. & cons.242. num.59.lib.3.Ruin. consil. 51. libr.1 Ias.consil. 211.num.10.libro secundo.& cons.137.numer. 10 lib.4.Gratum consil 70.num.12.libr.1.Laurent. Hirco communium opinionum.cent.1. conclusione 90. Aonded. consil. trigesimo septimo.num.33.lib.1.

CAPVT XLIX.

Additio ad cap 24.libr.7.de alienatione emphyteusis irrequisito domino facta.

ET si magna sit disputatio circa feudi alienationem factam domino irrequisito, an aperiatur domino vel agnatis: ego tamen eorum sententiam veriorem esse dixi.li. 7. cap. 24.qui existimarunt,domino aperiri, non autem agnatis. Cæterùm in emphyteusi res est (iudicio meo) clarissima: eam scilicet,ad dominum reuerti, non autem ad alios vocatos, si alienetur irrequisito domino per textum in l.vltim.C.de iure emphyt.omni scilicet fraude cessante,& dolo. Atque ita omnino concludendum puto ex trad.per Valascum,de iure emphyt.quæst. 49.num.2.& perCorbulum, de iure emphyt.cap.14.ampliat.44.

CAPVT L.

Sciens & patiens an videatur consentire?

CVm disputant, Dd. rubric. de verb. obligat. de pollicitatione quærunt, an sit pactum vel pollicitatio, cùm aliquid præsenti offertur, quod commodum eius respicit, quia tacitè consentire videtur, simul variè distinguunt, an præsens, & tacens consentire videatur. Maior pars censet consentire,si de tacentis vtilitate agatur,secus autem,si de incommodo eius, & onere. Alij dicunt præsentem haberi pro consentiente, quando vltra præsentiam aliquod factum interuenit.

Omnia hæc discussi ego lib.8.cap.64. aliquid etiam dixi lib.7.c. 80.an & quando præsens,& tacens videatur consentire. Nunc in mentem venit constituere hanc conclusionem. Quotiescunque præsens,& tacens patitur aliquid fieri, quod impedire potest contradicendo, is consentire videtur: nec refert an respiciat commodum vel incommodum.

Probatur in l.quoties.ff.ad munic.p. in leg. honores.§ vlt.ff.de decurio. in l.in sponsalib. § vlt.ff.de sponsal.in leg. item quæritur,§.vlt. ff.locati,in l si remunerandi, § si passus,& in l.qui patitur,ff.mand.& in l.si fideiussor, Cod. eod.& in leg.cùm ostendimus.§.vlt.ff.de fideiuss. Tutor.in l.qui ad certum,ff.locati.in leg.1. § Magistrum autem, in leg.sæpe,de re iudic. in l.in adoptionibus,de adoptio.in l.si tamen, ff.ad Maced.in leg.quidam, de euictio.in l.2. §.voluntate,ff.sol.matr.in l.vlt.ff.quando app. sit.in authen.si seruus,Cod.de Episc.& Cler.in l.si vt proponis,C de nupt.in l.ab eod. C.quomod. & quand. iud. & in l.1.C.de patr.potest. Hæc omnia prioribus scriptis meis addi posse videntur.

CAPVT LI.

An ascendentes grauati per fideicommissum detrahere possint duas quartas?

DIxi libr 5.cap.2.filium rogatum restituere hæreditatem, detrahere posse dimidiam partem: quia legitima, quæ est tertia pars,non est subiecta fideicommisso, leg.quoniam in prioribus,C.de inoff.testa.ex aliis autem octo vnciis quartam habere debet ex Senatusconsulto Trebelliano,quæ iuncta cum legitima facit semissem.

Nunc quæritur, an idem statuendum sit in ascendentibus grauatis? & quidem non est eadem omnium sententia, vt videre licet ex Iasone in authent. si qua mulier, C de sacros. Eccles.ex Roland.in cons.39 nu.9.lib.3. Crau. consil.110.Ludou. Molina,de primog.Hispan. libr.1.cap.17.num.5.Peregr.de fideicom,art.3. num.53.

Fundamentum eorum, qui negant, in hoc consistit, quia in ascendentibus nihil est immutatum, nec illo iure cautum reperitur Ciuili vel Canonico, quòd vltra quartam vnam detrahere possit.

Fundamentum verò eorum,qui affirmant, consistit in eo: quod in ascendentibus eadem ratio militare videtur, quæ in descendentibus. Et hæc sententia videtur mihi iuri consona, quia textus in d.leg.quoniam in prioribus, C.de inoff. testam. disponens grauamen legitimæ adiectum pro non scripto haberi. non solùm loquitur de legitima filio debita: sed etiam parentibus, vt patet ex illis verbis: *Vt si quid minus legitima portione his derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem mouere poterant,&c.*

Hic etenim verbis palàm est omnes contineri quibus querela competit de inofficioso testa-

testamento, inter quos parentes esse nemini dubium est, l. nam etsi parentibus. ff. de inoff. testam. Licet ergo expressè nihil sit innouatum in parentibus eadem tamen ratio locum habet in eis, & consequenter eadem iuris dispositio. Quia, vbi expressa est ratio in lege semper fit extensio etiam in correctoriis: imò non est extensio, sed potiùs comprehensio, Ripa in l. si constante, nu. 63. ff. sol. matr. Ergo parentes detrahent legitimam tanquam parentes. & tanquam extranei Trebellianicam, sicut in filiis constitutum est, in ca. Rainut. & cap. Rainaldus, de testamen.

CAPVT LII.

Filius grauatus legatis vltra dodrantem, an possit detrahere legitimam, & etiam Falcidiam?

Controuertunt etiam Dd. an filius hæres institutus, & oneratus legatis vltra dodrantem detrahere possit legitimam, & Falcidiam plerisque asserentibus: aliis verò negantibus. Vide Soc. iun. consil. 136. num. 12. & Paris. in eodem casu contrarium respondentem cons. 43. n. 71. lib. 3. præter hoc Fulg. in l. quanquam, C. ad leg. Falcid. & in consil. 26. Alex. in l. in ratione, §. quod vulgo, n. 12. ff. eo. & consil. 139 libr. 1. Mantic. de coniect. lib. 7. tit. 2. Gabr. consil. 16. nu. 28. libr. 1. Molin. de primog. Hisp. libr. 1. cap. 17. num. 6. Peregr. de fideicom. art. 3. nu. 55.

In hoc conflictu existimo ego veriorem sententiam affirmantium: quia ratio posita in c. Rainutius, & c. Rainal. de testam. locum habet etiam in casu isto: quia sc. filius detrahit legitimam, vt filius: Falcidiam verò, vt quilibet extraneus. Rursus, quia legitima non est comprehensa in fideicommisso., Ergo sub fideicommisso remanent octo vnciæ hæreditatis, quæ si fuerint nimium grauatæ legatis, meritò pro auctoritate legis Falcidiæ minuêtur: quia nihil proponi potest, cur cessare debeat isto in casu lex Falcidia, cùm nec à lege nec a testatore fuerit prohibita.

Fundamentum contrariæ, opinionis in hoc consistit: quia nulla lege cautum reperitur, filium detrahere posse legitimam, & etiam Falcidiam: quia textus iuris Canonici loquuntur de Trebellianica, non autem de Falcidia.

Responderi potest, rationem eandem militare in Falcidia (vt dixi) nec contrarium decisum esse de Falcidia, adeo vt ex hoc iuris correctio inducatur. Etenim, iure Ciuili inspecto, casus iste omissus est. Cum igitur iure Canonico decisus sit in Trebellianica, & ratio eadem militet in Falcidia, nihil proponi video, cur idem & in Falcidia statuendum non sit.

Non obstat, quod inquit D. Mantica fructus in Falcidiam imputari, ad trad. per gloss. in l. quod de bonis, §. fructus, ff. ad l. Falcid. & consequenter non esse locum detractioni legitimæ. & Falcidiæ. Siquidem receptum est Trebellianicam, & legitimam detrahi posse, quoniam fructus in Trebellianicam imputari non possunt, l. iubemus. C. ad Trebell. Quia respondeo legitimam, & Trebellianicam simul detrahi posse ex rationibus iam dictis, nõ autem ex eo, quòd fructus non imputentur in Trebellianicam, legitima enim detrahitur, quia non est subiecta fideicommisso, leg. quoniam, C. de inoff. testam. de residuo vero quod fideicommisso obnoxium est, Trebellianica detrahitur. Et hoc est, quod dicit S. Pont. in d. c. Rainutius. filium detrahere legitimam, vt filium, Trebellianicam autem, vt extraneum. Nihil igitur refert, an fructus imputentur in Falcidiam, vel non imputentur, satis est nobis vtramque detractionem permissam censeri, quicquid postea in alteram imputari, aut cõpensari debeat.

CAPVT LIII.

Additio ad cap. 3. lib. 5. in quo agitur de Trebellianica detractione, vbi legitima est semis.

Qvod legitima, & Trebellianica detrahi non possit à filiis grauatis restituere hæreditatem, quando legitima est semis propter numerum filiorum aliqui dixerunt, quos retuli lib. 5. cap. 3. istis addo nunc Panciról. consil. 69. num. 14 & consil. 124. num. 11. & Mattheat. in tract. de via, & ratione iuris libro secundo, capit. 25.

Contrariam sententiam secutus fui rationibus ibi adductis, & hanc etiam nunc sequor addendo alios auctores eiusdem sententiæ videlicet plurimos allegatos à Peregrin. de fideicom. articulo 3. numero 56, qui præter innumeros Doct. quos adducit, rationes etiam attulit tam efficaces, & viuas, vt iam non dubitem affirmare, hanc esse verissimam sententiam transitúmque fecisse in iudicatum. Rationes autem non describo, neque auctores, quoniam liber est satis celebris atque vulgatus. Ideóque omnia apud eum videri possunt.

CAPVT LIV.

Additio ad capit. 38. libr. 4. an amittatur Tre-

bellianica ob non confectum inuentarium?

SCripſi lib 4. cap 38. hac de re, ſed nunc inueni ſententiam noſtram multis legibus, rationibus, auctoritatibus, deciſionibus cum reſponſione ad contraria argumenta ita munitam & confirmatam apud Peregrin. de fideicommiſſ. articul 3. num 73 cum multis ſeqq. vt iam non dubitem affirmare hanc eſſe ipſiſſimam veritatem. Deſcriberem omnia, quæ apud eundem: pe iuntur ſi pu arem operæpretium fore. Sed liber eſt iam ſatis vulgatus non putaui neceſſarium eſſe, ſit ergo relatum in referente cum omnib. qualitatibus ſuis, doctiſſimique ac celeberrimi viri induſtria, ac labor valeat nobis, atque inſeruiat pro veritate ſtabilienda, cuius ſolius amore, & ſtudio moti fuimus, atque mouemur in his noſtris controuerſiis expediendis.

CAPVT LV.

De eo, qui omiſit aliquid ponere in inuentario ſcienter, an amittat beneficium inuentarij? additio ad cap. 66. lib. 10.

SÆpe dixi, omittentem aliquid ſcienter & doloſè, ponere in inuentario, amittere beneficium inuentarij. Sed nouiſſimè reperi Peregrinum de fideicom. artic. 3. nu. 83, reuocantem hoc in dubium, & quaſi diſtinguentem inter legatarios, & creditores. Reſpectu legatariorum (ait) amittere beneficium inuẽtarij: at non reſpectu creditorum. Non placet: quia fauorabilior eſt cauſſa creditorum, quàm legatariorum, argum. l. vlt. in fi. C. de codicill. Deinde: quia textus in l. vlt. §. licentia, C. de iure delib imponens pœnam dupli, non diſtinguit inter legatarios, & creditores: imò verò eos æquiparat, addo quod ſi pœna dupli locum haberet; illa militaret tam reſpectu legatariorum, quàm creditorum.

Magis eſt igitur, vt dicamus: idem eſſe in creditoribus quod in legatariis. Et aduertendum eſt quantum ad legatarios attinet, textum in §. hinc nobis, in authent. de hæred & Falcid. quo nititur ſententia noſtra de amiſſione beneficij inuentarij, non hoc tantùm velle, vt hæres priuetur Falcidia (vt videtur innuere doctiſſimus Peregrinus) quoniam apertè ſtatuit hæredem teneri vltra vires hæreditarias. Quod nihil eſt aliud dicere, quàm amittere beneficium inuentarij. Huc enim tendunt illa verba niſi fallor: *Complebit legatarios, & fideicommiſſarios, quamuis pure ſubſtantia morientis tranſcendat legatorum, & fideicommiſſorum datio.*

CAPVT LVI.

An filius approbando teſtamentum patris per ſimplicem hæreditatis aditionem poſſit detrahere Trebellianicam à teſtatore prohibitam?

POſito, quod Trebellianicæ detractio prohiberi non poſſit in liberis primi gradus, quod ſatis prolixe contendit Peregrin. de fideicommiſſ. artic. 3. num. 107. Et nos contrà ſentimus, (vt alias diſputatum eſt:) nonnulla tamen controuerſia eſt, an filius adeundo hæreditatem patris ex teſtamento, in quo Trebellianicæ detractio eſt prohibita, ſibi præiudicet circa eius detractionem, quaſi videatur approbare patris teſtamentum, atque adeò hanc ipſam detractionis prohibitionem Et ſunt, qui affirmant ſibi præiudicare, vt non poſſit amplius eam detrahere, vt poſt Signorol. Bellon. Rimin. iun. & alios reſpondit Aonded. in conſil. 58. numero 40 libro. 1. & Menoch. in conſil. 164. numero 29. & conſ. 401. num. 145.

Fundamentum eſt: quia adeundo hæreditatem repræſentat perſonam defuncti, & ideò videtur obligatus ad omnia ea obſeruanda, quæ defunctus fecit atque diſpoſuit: nec licet partem approbare, & partem improbare.

Hoc fundamentum fragile mihi videtur quandoquidem ſupponimus in hac diſputatione, prohiberi non poſſe detractionem hanc liberis primi gradus. Si prohiberi non poteſt à teſtatore: ergo non poteſt facere teſtator, quod valeat huiuſmodi prohibitio: quia nemo poteſt facere, quominus leges habeant locum in ſuo teſtamento, leg. nemo poteſt, de leg. 1. Ergo neque hæres ſimpliciter adeundo hæreditatem poterit hoc efficere. Tenetur ergo hæres approbare diſpoſita à teſtatore quando ſunt de iure valida: in dubio autem non videtur approbare ea quæ non valent, niſi expreſsè renuntiet iuri ſuo, quod poteſt, leg. penultim. C. de pactis, quod videtur facere, quando approbat teſtamentum in omnibus ſuis partibus, & tunc communis eſt, & vera ſententia: filium ſibi præiudicare, nec poſſe Trebellianicam detrahere, quam teſtator prohibuit ſecundum ſententiam. Anchar. conſilio 152. quæ commun. eſt. & vera, vt per Peregrin. de fideicommiſſ. artic. 3. n. 119.

Cùm igitur de ea approbatione teſtamenti agitur, ſiue per ſimplicem hæreditatis aditio-

aditionem inducitur, concurro in sententiam eorum, qui dixerunt filium posse nihilominus Trebellianicam deducere. Primò: quia adeundo hæreditatem videtur quidem gerere se pro hærede atque in hac parte testamentum approbare: sed non inde infertur: eum renuntiare iuri suo impugnandi scilicet dictam prohibitionem. Quia nunquam præsumenda est renuntiatio, nisi expressè dicatur, l. cum de indebito, ff. de probatio. Secundò: quia filius adeundo hæreditatem non videtur velle augere vires testamenti, vimque & robur adiicere dispositioni paternæ, quæ nullius est momenti vt bene deducit Gabr. in consil. 96. num. 3. & 4. lib. 1. Tertiò: quia Trebellianica detrahitur ferè semper contra voluntatem testatoris, l. Titia, ff. ad l. Falcid. Ergo semper videtur hæres adeundo sibi præiudicare in ea detractione; Quam obrem concludo veriorem esse hanc posteriorem sententiam pro filio, vt respondit Cur. sen. cons. 75. nu. 6. Dec. cons. 236. num. 4. Paris. cons. 87. nu. 9. libr. 2. Eugen. consi. 38. numer. 19. Gabr. cons. 96. num. 2. lib. 1. & alij quos refert & sequitur Peregri. de fideicommis. articulo.

CAPVT LVII.

An Trebellianica detractio possit prohiberi in codicillis?

QVoniam hæreditas in codicillis, neque dari, neque adimi potest. §. codicillis autem inst. de codic. Hinc multi responderunt Trebellianicam prohiberi non posse in codicillis: cùm sit quarta pars hæreditatis, Bald. cons. 424. lib. 2. Curt. iun. cons. 70. n. 16. Alciat. in l. licet. nu. 8. C. de pactis, & in cons. 113. n. 13. lib. 9.

Hoc fundamentum militaret, nisi contrarium esset iure cautum de Falcidia, quæ quidem Falcidia est quarta pars hæreditatis: & tamen in codicillis prohiberi potest, §. vltim. in auth. de hæred. & Falcid. in illis verbis: *Hæc omnia obtinere similiter, & secundum antiquam obseruationem, & in non scriptis testamentis, & in omni vltima voluntate sancimus.* Huc accedit, quod prohibere Trebellianicam non est directè auferre hæreditatem, vel partem eius sed per obliquum, quoniam hæredi iniungitur plenaria restitutio fideicommissi absque vlla diminutione, ex quo per indirectum aufertur illi quarta portio Trebellianica.

Atque ita subscribo contrariæ sententiæ, quam alij magis communiter secuti sunt. Vide Manticam de coniect. lib. 6. tit. 12. ad fin. & Peregrin. de fideic. art. 3. n. 121. [illegible]

CAPVT LVIII.

An legatarij contribuant in detractione Falcidiæ?

SCripsi lib. 5. cap. 8. multa de hac quæstione per conclusiones ibi propositas, quibus si adiiciantur duæ aliæ conclusiones tractatus fere absolutus, & perfectus dici poterit.

Prima, si legata quædam sint ab omni Falcidiæ detractione immunia, veluti sunt legata pia, & similia, vt in auth. similiter, C. ad le. Falci. & in l in testam. C. eod. onus detractionis Falcidiæ non transit ad alios legatarios, sed hoc cedit damno hæredis: non enim poterit ex aliis legatis deducere, id quod deest ad implendam Falcidiam, propter legata libera à ratione legis Falcidiæ, l. si post missionem, ff. ad l. Falcid. Castr. & Corn. in d. auth. similiter, Rota decis. 12. sub rubr. de testam. in antiq. Alciat. cons. 139. lib. 9.

Altera conclusio. Si testator iubeat aliquod legatum solui absque vlla diminutione, non propterea intelligitur prohibere Falcidiam, quia Falcidia expressim prohiberi debet, §. si verò expressim, in auth. de hæred. & Falcid. & dixi li. 5. c. 13. & ideo Falcidiam detrahet hęres ex aliis legatis. Bar. in l. qui quadringenta. ad l. Falc. & ibi Castr. & Ale. n. 6. aduersus Cuma. Mantica de coniec. lib. 9. tit. 13. ad fin. Peregrin. de fideic. art. 4. n. 31. licet secus dicendum esset, si expresse testator Falcidiam prohiberet, vt illi plenè declarant.

CAPVT LIX.

Dos profectitia, an ad patrem reuertatur, quãdo filia est emancipata?

SCripsi lib. 3. cap. 71. distinguendum esse inter filiam in potestate, & filiam emancipatam, vt primo casu dos à patre profecta ad patrem reuertatur, etiam stantibus liberis. Altero vero casu non: sed transeat ad filios tanquam hæredes matris. Quæ sententia etiam nunc placet: quia certum est dotem omnimodo ad filiam pertinere, quando emancipata fuit à patre, l. vnica, §. videamus, C. de rei vxor. actio. Ergo illam transmittit ad liberos suos, tanquam hæredes nihil impediente patria potestate: quoniam in profectitiis filiusfamilias non habet hæredem, quia profectitia ad patrem pertinent propter patriam potestatem: sed emancipatione cessat acquisitio patri & ius Peculij, & filius emancipatus habetur pro extraneo: & sic hæredem habere potest, sicut habent extranei in suis bonis. [illegible]

Nil morantur leges in contrarium adductæ à doctissimo & acutissimo Iurisconsulto Antonio Fabro, lib. 13. coniect. iur. c. 1. nempe textus in l. Pater 71. de euictio. in l. 5. de diuor. in l. filiæ, sol. matr. in l. si ab hostibus, eod. Tit. Quia respondeo: dotem ad patrem pertinere in vno casu tantùm, quando scilicet, pater stipulatus est dotem sibi reddi mortua filia in matrimonio, sicuti exponit glossa vbique.

Non obstat expositio doctissimi viri, quæ fuit etiam Iacobi Cuiacij. in comment. ad d. leg. Pater 71. de euictio. videlicet, dotem ad patrem pertinere in vno casu, id est, quando filia moritur in matrimonio ad differentiam soluti matrimonij, per diuortium, vel per mortem mariti: quia tunc dos ad solam mulierem spectat. Quoniam expositio ista non videtur consistere posse: quia supponit pro certo, id quod disputatur, scilicet mortua filia emancipata dotem ad patrem redire, quod nullibi expressum est: & repugnare id rationi videtur, quia si filia est emancipata & domina dotis effecta, vt in d. §. videamus, certè ad hæredes suos illam transmittet. Hæc autem repugnant: inuicem hæredem habere, & patri acquiri: quia in successione filij vel filiæ prima caussa est liberorum suorum & ipsi præferuntur patri, vt in auth. de hæred. ab intest. habetur. Et ad eos transeunt omnia, quæ patri non sunt acquisita, vt ibi dicitur. Adde, quòd pater, qui non habet filiam in potestate, hoc in casu, dicitur extraneus, d. l. vnica, §. extraneum, C. de rei vxor. Act. Extraneus autem nullam habet actionem de dote soluto matrimonio, nisi expressè stipuletur sibi reddi vt in ead. l. 9. Accedit, ergo impossibile est, intelligere, quòd dicitur: vno casu ad patrem reuerti dotem datam filiæ emancipatæ, id est in casu mortis filiæ: sed necesse est intelligere vnum casum hunc esse, quando pater stipulatur sibi reddi, sicut glossatores exposuerunt.

CAPVT LX.

An donatio facta filiæfamilias ex caussa dotis valeat?

HActenus vno ore omnes consenserunt, donationem à patre collatam filiæ suæ in potestate existenti dotis caussa valere. Moti ex celebri responso Papiniani in l. Pomponius Philadelphus, ff. fam. ercisc. vbi etiam Cuiacius in comment. idem asserit. Et probatur hæc sententia ex illis verbis: *Filiam etenim quæ naturaliter agros tenuit, specie dotis, cuius capax fuit, defendi.*

Hanc communem sententiam concoquere non potest nec intelligere doctissimus atque eruditissimus vir Antonius Faber, coiect. iur. lib. 13. c. 2. ad fi. Ex his, quæ ipsemet tradit lib. 7. coniect. c. 12. circa interpretationem d. l. Pomponius, vbi multa scribit egregiè & subtiliter. Et quod ad rem nostrã attinet, duo considerare videtur ad impugnandum hanc communem sententiam. Primum. Titulum dotis ibi non valuisse, quod non obscurè Papinianus fatetur, cùm ait: *Filium, qui non nisi naturaliter agros tenuit, defendi specie dotis.* id est, eos colere & prætextu potiùs, quàm iure. Alterum est: quia, si donatio valuisset, filia sẽper illam obtinere potuisset, etiamsi matrimonium post mortem quoque patris non stetisset: cum tamen ibi Papin. sentiat, filiam dotem habere posse constante matrimonio post mortem patris, vt patet ex illis verbis: *Et matrimonium post mortem quoque patris steterat.*

Hæc omnia subtiliter considerata fortasse euitari possunt: quia textus dicit: *Filiam dotis esse capacem.* vt intelligamus, patriam potestatem non impedire hanc donationem ex caussa dotis. Simile est exemplum in l. quoties. ff. sol. matr. vbi pater ex interuallo non potest facere dotis conditionem deteriorem, sine consensu filiæ. *Quamuis in potestate sit:* vt scilicet, ex hoc appareat, patriam potestatem hoc in casu non obesse.

Quod verò scribit Faber, titulum dotis ibi non valuisse, vereor ne non sit. Quia textus dicit, filiam fuisse capacem dotis. Et licet naturaliter tantùm dicatur ibi mulier tenere, nihil est, eodem enim modo loquitur Imperator in l. in rebus, C. de iure dot. ibi: *Cùm eadem res & ab initio vxoris fuerint & naturaliter in eius permanserint dominio.* Et rursus ibi: *Vt siue ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur, &c.* Et ratio est: quia res in dotem datæ sunt in dominio mariti, cui traditæ fuerunt, leg. Doce ancillam, C. de rei vin. sic & in l. Assiduis C. qui potio. in pign. hab. tex dicit, mulierem possidere dotem ad suos victus suasque alimonias quod est intelligendum impropriè, vt ibi notat glossa & probatur in leg. sciendum, §. si fundus, ff qui satisd. cog.

Quod autem altero loco scribit, si donatio valuisset, etiam matrimonio soluto viuente patre valere debuisse, non facit impedimentum. Quia, si matrimonium fuisset dissolutum viuente patre, actio fuisset communis patri & filiæ, leg. 2. §. quod si in patris ff. sol. matr. Non enim dicimus donationem ita factam ibi fuisse à patre filiæ suæ ex caussa dotis, vt matrimonio dissoluto morte mariti vel aliter ad patrem redire non potuisset:

tuiſſet: quia hoc textus non dicit, nullámque facit mentionem, quod pater dans prædia illa in dotem filiæ, noluerit actionem vllam habere ſoluto matrimonio. Satis igitur nobis eſt pro communi opinione defendenda, ex eo textu probari, mulierem capacem eſſe dotis donatæ à patre, quamuis in poteſtate eius ſit. Verùm autem pater dotem dando & ſtipulando eam reddi filiæ ſoluto matrimonio & actionem in eam transferendo iſtud efficiat, vt mortua filia dos ad eius liberos transmittatur tanquam hæredes, dicemus in ſequenti capite.

CAPVT LXI.

An dos profectitia, ſoluto matrimonio, tranſeat ad liberos vxoris tanquam hæredes, quando pater actionem filiæ donauit?

CVm filiafamilias capax ſit donationis ex cauſſa dotis factæ non obſtare patria poteſtate, (vt dictum eſt in ſuperiori capite) proculdubio capax erit etiam iuris, quod in actione conſiſtit pro dote repetenda ſoluto matrimonio. Quia nulla ratio differentiæ adferri poteſt: & probatur in l. ſi cùm dotem, ff. ſol. matr. dum textus dicit: *Mulieri actionem competere in eum caſum, quem pater non pepigit.* Nam hoc intelligi debet, ſoli mulieri tunc actionem dari, ſicut omnes intellexerunt. Itaque, ſi pater dando dotem filiæ ſuæ ſtipulatus eſt eam reddi ſibi, & ſic donauit actionem filiæ ſuæ: tunc ſoluto matrimonio morte vxoris dos non redibit ad patrem, ſed tranſibit ad filios tanquam hæredes matris, vt rectè docent Bartol. & alij in leg. poſt dotem, ſolut. matr.

At contrà Antonius Faber lib. 13 coniect. cap. 3. exiſtimant illa verba: *eſſe mulieri actionem*, nihil aliud ſignificare, quàm in caſu omiſſo mulierem agere poſſe pro dote: in reliquis ſaluum eſſe ius commune. Et ſic eo in caſu actionem eſſe communem cum patre, vt in l. 2 §. quod ſi in patris ff. eodem titul. quod & ſenſit Duarenus in expoſitione dicta leg. ſi cum dotem, dum dixit: *Non videri rationi congruum eſſe, vt in eo caſu contingente, qui paciſcendo expreſſus non fuit, ea communio tollatur.*

Non rectè niſi fallor. Primò: quia pater & extraneus ibi æquiparantur, ſicuti Bartolus conſiderauit: Ergo pari iure cenſentur. Conſtat autem extraneo nullam actionem competere in caſu omiſſo, leg. vn. §. accedit, C. de rei vxo. act. Ergo idem in patre dicendũ videtur. Fateor, rationem diuerſitatis eſſe inter patrem & extraneum: ſed mihi ſatis eſt, in eo caſu æquiparari, eodémque iure determinari. Secundò: quia textus dicit, mulieri actionem eſſe in caſu omiſſo, non autem dicit, patri quoque competere. Ergo ſoli mulieri competit, non etiam patri. Tertiò hæc interpretatio ſuadetur ex leg. inter ſocerum §. cum inter, ff. de pact. dotal. vbi in caſu omiſſo in ſtipulatione paterna non habet locum legis prouiſio in fauorem patris. Poſtremò, nulla ratio ſuadet, vt patri competat actio in caſu omiſſo. Videtur enim propter affectionem paternam donare voluiſſe actionem filiæ ſuæ, ſi caſus eueniret, in quem ſtipulatio concepta non fuit ad ipſius patris commodum. Et hæc fuit ratio dubitandi: videbatur enim dicendum, extenſionem fieri debere de caſu expreſſo ad omiſſum in fauorem patris. Contrarium dicitur: quia non fit extenſio, ſed in caſu omiſſo pater excluditur, & filiæ competit actio.

CAPVT LXII.

An pœna iuris ciuilis locum habeat aduerſus contrahentes inceſtas nuptias in gradu prohibito, ſecundum ius Canonicum?

QVoniam ex facto propoſita mihi fuit hæc controuerſia, placet hic adſcribere reſponſum ipſum, quod conſulentibus dedi, quod eſt huiuſmodi. In præſenti cauſſa ruſticorum de Buti, qui contraxerunt matrimonium ſcienter in gradu affinitatis prohibito ſecundum Canones, iuxta cap. Non debet, de ſanguinitat. & affinitat. Interrogatus de iure, quid ſentiam: & præmiſſa matura deliberatione ac ſtudio, exiſtimo de iure ſeparandum eſſe matrimonium ex his, quæ habentur in concilio Tridentino ſeſſione 24. c. 5. & 10 ca. 1. & 2. & d. c. non debet de conſang. & affin.

Quantum ad pœnam attinet, vltra hanc pœnam ſeparationis matrimonij, certum eſt contrahentes tale matrimonium ipſo iure excommunicatos eſſe, iuxta text. in clem. prima de conſang. & affin. à qua tamen excommunicatione abſolui poſſunt ab Epiſcopo, vt notat gloſſa in d. Clemen. 1. in verbo *obtinere*, & nouiſſimè tradunt addentes ad practicam Canonicam Diat. cap. 86. verſic. Laicus vero, quantum verò attinet ad alias pœnas, oriri poteſt aliqua dubitatio: quia nullæ aliæ pœnæ iure canonico ſunt conſtitutæ, ſed iure ciuili aduerſus contrahentes inceſtas nuptias pœna exilij conſtituta & confiſcationis bonorum, vt eſt text. in authent. inceſtas, C. de inceſtis nupt. Dubitatio (inquam)

oriri potest, an huiusmodi pœna locum habeat in præsenti casu nec ne?

Et prima quidem facie videbatur mihi dicendum locum habere: quia hoc matrimonium est prohibitum secundum canones. Est autem indubitatum, quod in materia matrimoniali Canones debeant attendi & seruari. Ergo dicendum est pœnam iuris ciuilis locũ habere contra eos, qui contrahunt matrimonium in gradu prohibito secũdum Canones, & ita argumentatur in terminis Dec. in cons. 158. adducens Abbatem in c. & si necesse, de donat. inter vir. & vxor. & Signorolum in con. 25. quos sequitur idem Decius in l. vlt. n. 7. C. vnde legitimi & in l. prima n. 10. C. de secundis nuptiis. & in c. 2. nu. 3. de testibus. Eandem opinionem communem dicit Couarr. ad li. 4. decretal. parte 2. c. 6. n. 18. & nouissimè Doct. in sua practica can. c. 86. vbi tamen loquitur de Clerico.

Illis non obstantibus, ego puto contrariam sententiam veriorem & communiorem esse: quod videlicet isti qui contraxerunt incestas nuptias in gradu prohibito, non inciderunt in pœnam d. auth. incestas: & consequenter nulla alia pœna affici possunt, quàm pœna iuris canonici, videlicet separationis matrimonij & excommunicationis. Moueor: quia hoc matrimonium non est prohibitum secũdum leges ciuiles: sed tantummodo secundũ Canones, §. Affinitatis instit. de nupt. cùm §. præced. & seq. & tradit Azo in summa, C. de Nupt. num. 17. Nicolaus Euerardus iun. cons. 33. lib. primo nu. 9. & Petrus Antonius Anguisciola, cons. 8. nu. 4.

Hoc enim ita supposito, quod matrimonium, de quo agitur, non sit prohibitum secundum leges; sed tantummodo secundum Canones, ego infero, locum non habere pœnas iure ciuili impositas: quia ius ciuile puniens incestas nuptias contrahentes necessariò debet intelligi de incestis nuptiis secundum ipsum ius ciuile.

Nec potest fieri extensio ad incestas nuptias secundum ius Canonicum, cùm hæc sit materia pœnalis, quæ reiicit hanc extensionem. Et ita in terminis nostris argumentatur & concludit Ancharanus in cons. 391. Videtur prima facie Calderinus cons. vlt. in titul. de consang. Dominicus de sanct. Gemin. consil. 71. Alex. cons. 129. nu. 6. & addit. c. Decius sibi contrarius in cons. 168. Alciatus in consil. 123. n. [illegible] lib. 5. Ioan. Faber, in § pœn. quinit. pœn. inst. de nupt. Marsil. sing. 154. vbi alios adducit Alciat. in c. cum contingat, num. 5. & 54. de iure iur. Boerius Decis. 118. n. 9. Et hæc est magis communis opinio, vt testatur D. Cephalus cons. 226. vbi hanc tenet respondens ad contraria per totum consilium. Eandem sequitur tanquam veriorem Petr. Ant. Anguisciola in cons. 8. per totum. Peregr. de iure fisci, lib. 5. tit. 1. num. 15. & 16. Euerardus iun. de cons. 37. lib. 1.

Non obstant Dd. in contrarium allegati: quia quod attinet ad Dec. in cons. 158. non est ei deferendum: quia fuit sibimet contrarius in hoc articulo, & cõsilium illud fatetur Dec. se scripsisse adhærendo dictis aliorum, in fauorem Caroli de Ambascia, vt per ipsum in l. vlt. C. vnde legitimi & notant addentes nouissimè ad d. cons. 158.

Quod vero attinet ad Didacum Couarruuiam, ille simpliciter refert opinionem Decij: de aliis vero parum est curandum. Quia in contrarium se habet magis communis, vt testatur D. Ceph. de cons. 226. Non obstat fundamentum illud: quod in materia matrimonij debeat attendi ius Canonicum. Quia, (vt bene respõdet Anguisciola) istud debet intelligi, quantum ad validitatem, vel inualiditatem matrimonij: sed non habet locum respectu pœnæ impositæ à iure ciuili. Quia ius ciuile non potuit imponere pœnam pro delictis Canonicis, vt per D. Ceph. cons. 226. nu. 3. Cùm igitur habeamus communem opinionem; & magis communes in puncto, de quo agitur, non puto vlterius laborandum.

CAPVT LXIII.

An Trebellianica cesset, quando Ecclesia grauata est restituere alteri Ecclesiæ?

PVgnat pro Ecclesia grauata restituere alteri Ecclesiæ textus in §. sed hoc præsenti in auth. de sanctiss. Episc. vbi patet hanc esse mentem Imperatoris, vt priuilegia concessa Ecclesiæ, & piis locis non habeant vim aduersus alias Ecclesias & pia loca. Ergo cùm Ecclesiæ fideicommissariæ indultum sit, vt fideicommissum recipere debeat sine diminutione: non videtur locum habere aduersus aliam Ecclesiam restituere grauatam: consequenter Ecclesia grauata poterit detrahere quartam partem ex Trebelliano.

Cæterum pugnat pro Ecclesia fideicommissaria generalis constitutio, per quam sancitum est, cessare Trebellianicam in fideicõmissis, ad pias caussas relictis, si sit nu em hæres, in auth. de Eccles. tit. Pugnant & Brocardicæ regulæ. Priuilegiatus vtitur priuilegio contra priuilegiatum in genere, l. verum, §. vlt. cum l. seq. de minor. l. vlt. ff ex quib. caus. maio. Bart. in auth. quas actiones, C. de sacros. Eccl. & multa alia his similia. Quamobrem in diuersas sententias Dd. nostri abierunt, alius

aliis fauentibus Ecclesiæ oneratæ, aliis autem ecclesiæ honoratæ. Vide Angelum in §. sed hoc præsenti. in auth. de sanctiss. episc. Cuman. in l. 1. §. Ad municip. ff. ad l. Falcid. Ruin. cons. 89 nu. 7. lib. 3. Gabriel. com. concl. libr. 4. tit. de fideic. concl. 11. n. 8. Ioan. de Monte Sperello in cons. 10; Peregr. de fideic. art 3. n. 69.

Ego puto, animaduertendum esse ad ea quæ scripsi, lib. 5 cap. 17. quia fundamentum com. sententiæ, quod cesset Trebellianica in fideicommissis ad pias caussas: positum est in §. sin autem hæres, in Auth. de Eccles. titu. vbi constitutum est, cessare Falcidiam, quoties hæres non implet, quæ ad pias caussas relicta sunt dicens: Relictam sibi substantiam non sufficere ad ista, tunc enim præcipit Imperator. Omni Falcidia vacantem quicquid inuenitur in tali substantia proficere ad caussas, quibus relictum est. Si ergo quis proponat piam caussam, hæredem institutum, eadem vti allegatione & excusatione in legatis persoluendis proculdubio Falcidia cessare debebit. Sin autem de restituendo fideicommisso agatur non est locus huic excusationi & allegationi: & consequenter locus erit semper detractioni Trebellianicæ secundum antiqua iura etiam in fideicommissis ad pias caussas relictis. Sed quoniam supponimus nunc communem sententiam, quæ vult cessare Trebellianicam in huiusmodi fideicommissis, ad pias caussas relictis, existimo eam locum sibi vendicare, etiam quando Ecclesia grauata est restituere alteri Ecclesiæ. Cur enim Ecclesia negare velit plenam hanc restitutionem, cùm cultrix sit iustitiæ & æquitatis, cum id cedat vtilitati alterius Ecclesiæ?

Non obstat textus in §. sed hoc præsenti quia illud expresse fuit constitutum ab Imperatore, ne altera Ecclesia vel piæ caussa fideicommisso fraudetur. Opus igitur erat, similem habere in proposito declarationem & prouisionem: alioquin iam decisis & constitutis standum esse arbitror. Maxime, cùm opus pium esse videatur adimplere voluntatem Testatoris, l. 1. C. ad leg. Falcid. tradunt glos. & omnes in leg. 1. de cond. & indeb. & in leg. Cum quis, Codice de iur. & facti igno. & consequenter, id Ecclesiæ maximè conuenire videatur.

CAPVT LXIV.

De iure patronatus an transeat in fideicommissarium?

TRactaui hanc controuersiam. lib. 16. cap. 94. Addo nunc pro opinione nostra & communi Peregri. de fideic. art. c. sub num. 37. aiile ponderantem argumentum Alex. & Castr. & dicentem non bene fuisse perceptum à Molina quod est huiusmodi. Quæ transeunt ad hæredes non tanquam hæredes, sed quia sunt hæredes, illa non transeunt in fideicommissarium. Exemplum est in iuribus sepulchrorum, l. familiaria, & l. seq. & leg. si quis sit hæres. ff. de religio. & in l. quia perinde, ad Trebell. Nam ius sepulchrorum non transit ad hæredes tanquam hæredes, quia sic transiret ad omnes hæredes proportione hæreditaria. Transit autem ad omnes & singulos in solidum, vt habetur in legib. alleg. Quamobrem non seruat naturam iuris hæreditarij: & ideo non transit in fideicommissarium, in quem transeunt iura hæreditaria, quæ scilicet heredibus competunt, secundum naturam & ordinem eorum.

Tale est ius patronatus, quia transit ad singulos heredes in solidum, adeo vt quilibet hæres etiam in minima parte tantum iuris habeat in iure patronatus, quantum habet alius hæres quilibet in maiori parte institutus, vt notat gl. com. recepta in c. 1. de iure patron. merito non transit in fideicommissarium. Atque hæc distinctio subtilis est, licet verbalem eam esse dixerit Decius in leg. precibus, nu. 22. C. de impub. & aliis subst. Atque hæc prioribus scriptis addi poterunt.

CAPVT LXV.

An prælegata veniant in restitutione fideicommissi, quando testator post prælegata instituit hæredem sic dicens: In omnibus autem aliis suis bonis instituit, &c. *& postea fideicommissum ordinauit?*

IN proposita facti specie nequaquam prælegata contineri in fideicommisso responderunt Cum. cons. 37. Fulg. cons. 59. Castr. cons. 398. & seq. li. 2. Cor. cons. 91. li. 1. Rim. sen. cons. 248. Barb. cons. 59. lib. 3 Ias. cons. 175. libr. 4. Paris. cons. 79 lib. 2. & 63. lib. 3. Soc. Iun. cons. 107. lib. 3. & cons. 89 lib. 4. Alciat. cons. 32 lib. 9. Æmil. cons. 35. Mantica cons. 216. Rim. Iun. cons. 147. Macrob. cons. 4 D. Dec. cons. 112. li. 3. Lugen. cons. 88. Peregr. de fideic. hos & alios secutus art. 7. sub nu. 45. & seq.

Fundamentum est: quoniam hoc in casu testator videtur instituere hæredem, in aliis bonis, diuersis scilicet ab ipsis prælegatis: consequenter, videtur etiam fideicommissum constituisse in eisdem aliis bonis; quia substitutio recipit interpretationem ab institutione; l. 1. C. de impub. Hoc fundamentum perquàm debile videtur. Quoniam etsi testator dixerit, se instituere in aliis bonis & sic excipere videatur bona relicta & præle-

gata, nihilominus hæres intelligitur vniuersaliter institutus in omnibus bonis, atque adeo etiam in rebus legatis. text. est & ibi notant Bald. Angel. & Imol. in l. si quis ita hæres institutus fuerit excepto fundo. 74. ff. de hæred. instit.

Contrariam igitur sententiam amplexi fuere Anton. Butr. consil. 69. Zanch. in §. cum ita, in 5. par. nume. 16. Alex. consl. 45. lib. 1. Curt. iun. cons. 13. Ruin. cons. 150. & cons. 151. lib. 3. Alciat. sibi contrarius, consil. 128. lib. 6. Crau. cons. 348. n. 11. Natta cons. 321. Mantica de coniect. lib. 7. tit. 7. n. 7. Menoch. lib. 4. præs. 194. n. 6. & 7. Aonded. cons. 7. n. 44. lib. 1. Fundamentum est in l. Marcellus, §. quidam liberis, ff. ad Treb. ibi: *Imperator noster rescripsit praeceptiones quoque fideicommisso contineri.*

Non obstat, quod testator dixerit: *In omnibus autem alijs sit*, Quia iam responsum est: Nihilominus contineri in institutione omnia bona, etiam legata per text. in d. l. si quis ita hæres, 74. vt bene declarat Paul. Castrens. in cons. 177. lib. 1. & Ruin. in cons. 30. lib. 3. Non obstat, quod Peregrinus replicat, in hæredis institutione res prælegatas contineri habitu, sed non actu: quia ex voluntate testatoris legata ab institutione separantur. Nam responderi potest: Testatoris voluntate non posse hoc efficere, vt legata separentur ab institutione, quia nemo potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus. Id probatur ex d. l. si quis ita hæres 74. vbi Iurisconsultus dicit, perinde esse, atque si hæres institutus fuisset in omnibus bonis.

Satis est autem, quantum attinet ad voluntatem testatoris, vt hæres legata soluat & præstet: hoc enim est, quod testator dicere voluit, nempe, hæredem dominum esse omnium bonorum præterquam rerum alijs legatarum: quia inspecto effectu ita est, sed inspecta iuris dispositione, dicimus hæredem institutum in certis bonis nihilominus esse hæredem in omnibus cum onere legatorum.

Si igitur hæres in proposita facti specie intelligitur in omnibus institutus, meritò dicendum est declarando substitutionem ex institutione, etiam substitutum omnia bona consequi debere, perinde ac si in omnibus bonis facta esset substitutio.

CAPVT LXVI.

Hæres, qui priuatus est hæreditate in pœnam à testatore iniunctam, an videatur in tali casu, rogatus restituere per fideicommissum, & ideò Trebellianica detracta restituet?

QVi semel est hæres, non potest desinere hæres esse, l. ei qui soluendo, ff. de hæred. instit. Neque enim paganus potest hæredem facere ad tempus, l. hæreditas, ff. de hæred. instit. Hinc factum est, vt Bartol. in l. Paterfam. ff. eod. tit. numer. 6. docuerit hæredem à testatore priuatum hæreditate, si molestauerit vxorem in suis relictis, teneri hæreditatem restituere per fideicommissum. Quæ doctrina iuri satis consentanea videtur. Sed hoc amplius Imola ibi dixit, eiusmodi hæredem detrahere Trebellianicam & sequuntur multi apud Peregrinum de fideicom. articu. 11. nu. 128. Quorum fundamentum est in regula generali: quod hæres, qui tenetur per fideicommissum hæreditatem restituere, quartam partem detrahit authoritate Senatusconsulti Trebelliani, insti. de fideic. hæred. §. sed quia.

Hoc vltimum de quartæ detractione ego minimè approbo: sequórque Ruinum huic contradicentem in cons. 48. nu. 18. lib. 2. quam sententiam & alij secuti sunt apud eundem Peregrinum loco præcitato.

Nam ex eodem facto non debet quis pœnam & præmium habere, leg. si cui, ff. ex quibus caus. maior. l. ita demum, ff. de arbitr. notat glos. in l. siue hæreditaria, ff. de nego. gest. Cum igitur hæres culpa sua hæreditate priuetur, dicatúrque in pœnam hanc incidisse, quia testatoris voluntati non paruit: non debet etiam præmium aliquod habere. Sic videmus hæredem adire recusantem & restituere, & sic recusantem implere voluntatem testatoris, si fuerit coactus adire, non habere quartam ex Trebelliano, leg. quia poterat, ff. ad Trebell.

CAPVT LXVII.

Fideicommissum impersonaliter relictum, an sine dubio ab impubere vel legitimis, an ab hæredibus relictum præsumatur? Ad cap. LXVI. lib. 5.

SCripsi hac de re lib. 5. cap. 66. Posteà incidi in scripta viri clarissimi ac celeberrimi, D. M. Antonij Peregrini de fideic. artic. 12. qui à num. 31. vsque ad finem articuli exactè tractat hanc controuersiam: & distinguendo plures casus ita omnia exequitur, vt eum omnino consulendum putem, & quæ ipse dixit, scriptis meis addi velim.

CAPVT LXVIII.

An Testamentum, in quo filiusfamilias est præteritus, sit nullum ipso iure, an verò ita demum, si ipse petat?

GLossa in l. filio præterito, de iniusto rupto testa. in verb. irritum, testa-

testamentum patris, in quo filius in potestate præteritus est, nullum esse, si filius petit, & non aliter, idem scribit Tiraq. in libr. complures adducens ad leg. si vnquam, in verb. *reuertatur*, num. 13. C. de reuoc. donat.

Alij contrarium docuerunt, Ias. in l. hæres 23. C. de bon. poss. contra tab. Clar. §. Testamentum, q. 23. n. successiue.

Omnis difficultas consistit in legibus, quibus cautum est, testamentum huiusmodi nullum esse, d. l. filio præterito, & inter cætera, de lib. & posth. leg. 1. & seq. Cod. de post. hæred. instit. & instit. de exhæred. lib. in princ. & alibi. Quibus continuum est, huiusmodi testamentum nullius esse momenti, quasi conditum, & forma iuris non seruata. Nullibi enim decitur, testamentum esse nullum, si filius præteritus aliquo nullum esse, imo verò, citra omnem filij impugnationem, nullum esse testamentum hoc patet. Quia, etsi viuo patre filius mortuus sit, nemo tamen hæres ex eo testamento existere potest, quia scilicet, ab initio non constiterit testamentum. Ita docet Imperator in § primo, instit. de exhæred. liberi. Quorsum igitur requirere impugnationem filij ad inducendam testamenti nullitatem? Illud certum est, & forte aliquos decepit, si filius abstinuerit, testamentum ex bono & æquo defendi posse. Sed loquuntur textus in dict. l. filio præterito. Quod verò dicitur, quæcumque beneficia legibus sunt concessa cuiquam, ita demum locum habere, si is velit cui sunt concessa, & brocardicum est, & verum, quando rectè intelligitur, sic enim distinguendum est, si is, cui beneficium competit, nollit illo vti, tunc non habet locum, quia inuito beneficium non datur. Cæterum antequam is declaret se nolle, lex operatur suum effectum, quando scilicet ipso iure aliquid decernit nullum esse. Quod si decernat aliquid nullum esse sub illa conditione, si pars velit, vt in l. 2. & 3. Cod. de inoff. ... vt in multis aliis similibus congestis per Ias. in l. vnica ... Cod. de precibus Imp. offer. tunc lex effectum suum suspendit, donec ille declarat se velle, cui beneficium legis applicatur, atque interuenire debet.

CAPVT LXIX.

Vtrum debitor nolit debitum dimittat beneficium cessionis bonorum?

Debitorem amittere beneficium cessionis bonorum, si negauerit debitum, complures affirmarunt. Ang. in §. vlt. inst. de actio. Alexan. in ... non ab homine, huius de iud. & multi alij quos nouissime recenset Hieron. de Cevalos in speculo com. opi. q. 129. Quorum fundamentum est in legibus, quibus cautum est, mendacium plerumque puniri, l. sed hoc ita § 1 de re iud. l. vlt. ff. de rei vind. l. Hæreditatem, §. vlt. ff. ad l. Falcid. cum simil.

Contrariam opinionem habuerunt Decius & Cag. in l. Nemo ex his ff. de reg. iur. & ante eos Salyc. in l. 1. C. qui bon. ced. poss. Quorum fundamentum est in regula d. l. nemo. vbi dicitur, *Nemo ex his, qui negant, alijs defensionibus vti prohibetur.* Hæc est autem alia defensio, videlicet cessio bonorum. Et hæc videtur probabilior.

Ad argumentum contrariæ opinionis respondeo, mendacium in casibus expressis puniri amissione iuris proprij, & aliis pœnis, prout iure constitutum est. Ideo non debet fieri extensio in hac materia pœnali sine legis authoritate.

CAPVT LXX.

Petenti debitum ante diem, quemadmodum dupl. centur induciæ?

Habemus text in §. sed hodie, inst. de except. dicentem inducias duplicari, *Quas ipse actor sponte indulserit, vel quas natura actionis continet*, Quibus verbis nihil clarius, nihil luculentius esse potest, vt merito dixerit Decius in l. Pecuniam, numer. 10. ff. si cert. pet. in claris non est opus coniecturis, videlicet, illa verba ostendunt totius temporis inducias duplicari, quod debitori concessum erat, & hoc in pœnam petitionis factæ ante tempus. Eandem sententiam secuti sunt plures alij apud Hieron. de Cevalos in specul. opin. q. 127.

Cæterum duplicari tantum modo tempus, quod superest ex die petitionis præsentis ... pars, docuit Bar. in l. Aut damnum, §. ... si de pœn. Bald. Anch. & alij in c. vnico de plus petitione & alij apud auctorem præcitatum. Quorum fundamentum nullum ... *Sed d. istic ... oportet : quod ei superest.* Hoc fundamentum ... firmum ; quia ibi est materia pœnalis ... maioris momenti. ... iurisconsultus processit ibi vlterius declarando ... quia in hac specie nostra tam clara est decisio, vt aliunde non sit petenda interpretatio.

CAPVT LXXI.

An mulier possit esse testis in testamento iure Canonico inspecto?

Cum certum sit, ... nisi expresse iure Canonico conceß...

ctum sit, c. 1. & 2. de oper. nou. nunt. c. lege, c. suscipitis, & si adiutorium, c. certum, cap. quis autem, c. De capitulis, & c. quoniam, distinct. 10. cum aliis multis quæ afferri possunt. Hinc rectè infertur: mulierem in testamentis condendis testem adhiberi non posse, etiam iure Canonico inspecto: quandoquidem iure ciuili ita constitutum est, nec iure Canonico contrarium dispositum reperitur. Ita rectè docuerunt Alex. cons. 70. nu. 14. li. 2. Couuarr. in c. cùm esses, n. 14. de testamen. Clarus in §. Testamentum, q. 57. Magdalenus de numero test. in 2. parte c. 8. nu. 13. aliique apud Hier. de Ceualos, in Speculo com. opin. q. 700.

Contrarium voluere Abb. in d. c. cùm esses. Ias. in l. Hac consultissima, nu. 9. C. de testam. Ruin. cons. 192. nu. 7. lib. 2. & alij apud Hier. de Ceualos loco præcitato. Horum fundamentum est in d. cap. cum esses, vbi sufficere dicitur testimonium duorum vel trium, iuxta ius diuinum, quo scriptum est: *In ore duorum vel trium stat omne verbum.* Nam masculinum concipit fœmininum, leg. 1. de verbor. signific. & satis est, mulierem esse idoneam iure diuino, ad quod se Pontifex Maximus refert.

Responderi potest: cùm ibi Pontifex Max. non sit contentus simplici testimonio duorum vel trium, sed amplius requirat etiam Parochum, & testes idoneos esse, vt patet ex illis verbis, *Et tribus, vel duabus alijs personis idoneis, &c.* Hinc satis aperte colligitur, nihil aliud emendare circa ius ciuile, nisi numerum testium, qui debent esse septem secundum leges. Quantum verò ad testium qualitatem, nihil dicit: ergo remanet incorrectum ius Ciuile. Et ita puto respondendum in hac quæstione, ne temerè iuris correctio inducatur, quam Summi Pontifices facilè potuissent inducere, si voluissent, quod igitur non corrigitur, cur stare prohibetur: l. præcipimus, C. de appell.

CAPVT LXXII.

An sit de substantia contractus emphyteutici, vt detur aliquid pro ingressu?

NOn puto de substantia esse contractus emphyteutici, vt detur aliquid pro ingressu, quia nulla lege id cautum est: quod tamen omissum non fuisset absque vitio. Et ita rectè docuerunt Abb. & Imol. in c. potuit, de locato, Natta in cons. 49. Iason in l. 1. col. 1. C. de iure emphyt. & alij apud Valascum, de iure emph. q. 8. & 10.

Pro contraria sententia citantur Bartol. & Alber. in l. 1. C. de iure emph. glo. in c. potuit, in gl. 1. de locato, & multi alij apud Valascum loco annotato. Sed isti non dicunt, esse de substantia, vt aliquid detur pro ingressu: sed dicunt aliquid dari. Et ita mos est: quod tamen vnum sit ex substantialibus, non rectè ex hoc inferri potest. Maximè, cùm totus ille contractus legem accipiat ex pactionibus, *Quæ firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debent custodiri.* l. 1. C. de iure emphyt. ergo si à Principio conuentio nulla sit interposita de aliquid dando pro ingressu, valebit contractus, & pensio annua præstabitur iuxta formam conuentionis.

CAPVT LXXIII.

An legata sint accessoria testamenti?

NOn omnino ea inutilis est disputatio, quæ frequens est in scholis, cùm agitur de interpretatione. Rub. de leg. primo, verùm legata sint accessoria testamenti? Nam si statuto Gabella esset imposita pro testamento, non esset pro legato soluenda: quia soluitur pro re principali, non autem pro accessoria, vt notat Dec. in c. prætcrea primò in fin. de off. deleg. Ias. in l. 2. C. de iure emphyt. col. 5. v. & notat bene ex hac glos.

Communis igitur sententia est legata esse accessoria testamenti, in rubric. de leg. 1. Alex. in princ. Ias. nu. 4. Niger. n. 3. Aluar. nu. 12. Bo. log. nu. 5. Crot. nu. 4. Soc. iun. nu. 21. & alij ferè omnes.

Fundamentum est: quia hæredis institutio est caput testamenti, §. ante hæredis, instit. de lega. legata verò sunt quædam adiectiones, sine quibus testamentum potest consistere, l. 1. §. qui neque, de hære. inst. Per contrarium verò si non consistat hæredis institutio, nec legata debentur, l. si nemo, de reg. iur. l. si nemo, de testam. tut. Et hæc est regula bona ad cognoscendum, an aliquid sit accessorium, vel principale: nam cùm principale corruit, etiã accessorium solet corruere, l. cum Principalis, de reg. iur. l. cum non sunt, §. peruenimus, de auro & arg. leg. l. 1. & 2. & ibi Bar. de pecu. leg. Per contrarium verò sublato accessorio non corruit principale, l. vltim. §. vlt. de verb. oblig.

Contrà dicebat Crau. in d. rub. nu. 17. etiam hæredis institutionem corruere, si rumpatur testamentum: & tamen institutio est Principalis, non autem accessoria. Respondetur, non ruere testamentum, nisi ex ruina ipsius institutionis hæredis, vel quia est nulla, vel quia hæres non vult hæreditatem adire, d. l. si nemo, de reg. iur.

Alij opponunt: sublato genere tolli species, Bart. in l. si caussa cognita, C. de transact. & tamen

& tamen ſpecies non ſunt acceſſoriæ generi. Reſpondeo, non poſſe genus deſtrui, niſi ſpecies ſimul deſtruantur, at poteſt deſtrui principale ſine deſtructione acceſſorij, authen. ex cauſſa, C. de lib. præter.

Tertio opponitur, legata poſſe ſtare ſine teſtamento, §. præterea, inſti. de fideicommiſ. hæred. ergo non ſunt acceſſoria teſtamenti. Reſpondet Iaſon in rubr. numer. 4. legata eſſe acceſſoria teſtamenti, quando relinquuntur in teſtamento, aliàs non, ſicut purpura eſt acceſſoria veſtimenti, quando eſt intexta, §. ſi alienam, inſtit. de rer. diui. aliàs non, & ſicut gemmæ annulo inſertæ, vt dicebat Cagn. in d. leg. cùm Principalis, n. 4. de reg. iur. Ita reſpondetur, codicillum largè dici poſſe teſtamentum, l. ab inteſtato, ff. de iure codicill. Iaſon. in d. rubr. num. 15. & 16. Quod ſi legata fiant in epiſtola iuxta leg. epiſtolam, ff. ad Treb. leg. & in epiſtola, Cod. de fideicommi. dicentur facta in codicillo, quia epiſtola eſt codicillus, Bal. in l. hæreditas, nu. 1. C. de his quibus vt indig. & ideo requirit quinque teſtes, gl. in l. 1. ver. literas, C. de codicill.

Quarto obiicitur tex. in d. auth. ex cauſſa, C. de libr. præter. vbi legata valent rupto teſtamento ex cauſſa præteritionis, vel exhæredationis. Item opponitur text. in leg. 1. ff. ſi quis omiſſa cauſſa teſta. vbi legata debentur omiſſa cauſa teſtamenti. Reſpondet Pariſ. in d. rubr. num. 36. iſta euenire ex ſpeciali legum prouiſione, quæ ſuſtinet legata, aliàs ruitura teſtamento corruente. Sufficere, quod regulariter, exceptis cauſſis quibuſdam ſpecialibus, legata dici poſſint acceſſoria teſtamenti.

Quinta oppoſitio eſt ex auth. hoc amplius, C. de fideicommiſſ. vbi legata confirmant teſtamentum, quod non facit acceſſorium: quia non confirmat ſuum principale, lege quod per manus, ff. de iure codicill. Reſpondetur: id eſſe ſpeciali iure conſtitutum, quia hæredes non obſeruant voluntatem teſtatoris. Et eſt hæc anomala ſucceſſio, quæ nec ex teſtamento defertur, nec ab inteſtato: ſed ex prouiſione legis, vt notat Iaſon in l. 1. n. 33. C. de ſacroſanct. Eccleſ.

Sexta oppoſitio. Legata diuerſo iure cenſentur ab hæredis inſtitutione, quæ eſt caput teſtamenti, quia dari poſſunt ad tempus, l. vl. C. de legat. hæredis autem inſtitutio non valet ad tempus, leg. hæreditas ex die, de hæred. inſtit. ergo legata non videntur acceſſoria, quia acceſſorium eodem iure cenſetur, quo principale, §. ſi leiuſſores, inſtit. de fideicom. Reſpondetur: acceſſorium non ſequi naturam ſui principalis, vbi eſt diuerſa ratio, vt hic l. ſtipulatio iſta, §. alteri, de verb. ob. Dec. in d. leg. cum principalis, de reg. iur. nu. 1. Ratio- nis diuerſitas hæc eſt: quia ius noſtrum non patitur aliquem decedere pro parte teſtatum, & pro parte inteſtatum, vt notat Cagno. nu. 6. in l. ius noſtrum, de reg. iur. quæ ratio in legatis ceſſat.

Poſtrema oppoſitio eſt: quia in legatis fit ſtricta interpretatio, l. apud Iulianum, §. Seio, de leg. 1. l. nummis, de leg. 3. in teſtamentis verò lata, l. in teſtamentis, de regul. iur. ergo legata non ſunt acceſſoria: quoniam acceſſorium ſolet naturam ſequi ſui principalis, cap. acceſſorium, de reg. iur. libro 6. Reſpondetur, in legatis tunc fieri ſtrictam interpretationem, cum res eſt obſcura, & incerta, vt dicebat Natta in conſil. 626. numero 21. Aliàs etiam in legatis latam fieri debere interpretationem, probatur in leg. 3. ff. de vin. trit. & ol. leg. gloſ. & Cagnol. in d. leg. in teſtamentis, de reg. iur. gloſ. in l. in fundo, de leg. 2. Oldr. conſil. 163. Bar. in l. eum qui §. qui ita. de ver. obl. & in l. ſi quis ita de aur. & arg. leg. Caſtr. in l. certo generi, de ſer. ruſt. præd. cum aliis adductis per Nattam vbi ſuprà.

CAPVT LXXV.

De conductore, an teneatur de incendio ex culpa eius leuiſſima orto.

De conductore, an teneatur de leuiſſimam culpam, ex qua incendium ortum fuerit, non eſt eadem omnium ſententia. Etenim haud quaquam teneri ſcribit Ioſeph. Ludoui. deciſ. 25. numer. 15. adducens alios, & Couuar. in libr. 4. decret. part. 2. c. 6. §. 8. numer. 14. Fundamentum eſt, quia conductor ex natura contractus conductionis de leui tenetur, non autem de leuiſſima culpa. leg. contractus de regul. iur.

Contrarium alij plures voluerunt, Salyc. in leg. data opera, C. de his qui accu. non poſſ. Gram. deciſione 3. num. 13. & alij apud Farinacium, de variis, & diuerſ. crim. quæſt. 120. num. 3. & apud Flaminium de Rubeis conſi. 11. Fundamentum eſt in l. in lege, ff. ad l. Aquil. vbi etiam leuiſſima culpa venit in lege Aquilia. Quod communiter intelligitur, quando conſiſtit in faciendo, ſecus ſi in omittendo, vt poſt infinitos adductos tradit Farinac. loco ſuprà notato, num. 24.

Hæc poſterior ſententia veriſſima eſt. Nam hæc duo ſimul ſtare poſſunt, quòd conductor de leui culpa teneatur, & non de leuiſſima, ex natura contractus locationis, & ſimul etiam teneatur de leuiſſima culpa & natura actionis, quæ competit ex lege Aquilia. Non agit Dominus rei locatæ contra conductorē domus combuſtæ ex locato, ſed ex lege Aqui-

lia: quæ generaliter prospicit damnum passo: vt emendationem recipiat ab eo, qui culpæ leuissimæ obnoxius est. Hæc generalis actio non repugnat speciali ex locato. Potest enim carere culpa conductor, quatenus conductor est illa (inquam) culpa quæ venit in contractu locationis, & in culpa esse, quaten* habitator est in domo alterius: quia lex Aquilia conductores non eximit à sua vi, & potestate, sed cōtinet omnes, qui damnum dederunt in re aliena. leg. si vsusfructus. §. de pœnitentiis. ff. de vsufr. Et de conductore, quod teneatur ex leg. Aquilia est text. in leg. si seruus seruum, §. Proculus. ff. ad legem Aquiliam.

CAPVT LXXV.

All precibus, C. de impub. & l. Centurio, ff. de vulgar.

Contra sententiam, quam amplexus sum libr. 4. Controuer. cap. 43. in conciliando simul l. precibus. C. de impub. & l. Centurio, ff. eodem, militem posse quidem directo substituere post pubertatem, vt habetur in d. l. Centurio, verum huiusmodi substitutionem directam sustineri in vim fideicommissi, vt habetur in d. l. precibus, difficultas mouetur per Clarissimum & Excellentissimum Dom. Massinum mihi singulari amicitiæ vinculo coniunctum, etsi non de fatie notum: quem & honoris caussa nomino, & bene meritum de literis nostris prædicare & celebrare soleo.

Primò: quia si miles potuit directò substituere post pubertatem, nihil proponitur, cur talis substitutio etiam iure directo valere non debeat. Secundò quia in casu d. l. Centurio, substitutionem directo valuisse, indicare videtur illud verbum *Capies*, quod etiam in casu post pupillarem ætatem repetitum intelligitur. Tertiò: quia si valeret iure fideicommissi post pubertatem in casu dict. l. Centurio, cogeremur fructus inuentos in hæreditate, de quibus fit mentio in d. l. Centurio, intelligere de fructibus inuentis in hæreditate patris testatoris, non autem in hæreditate filij instituti: quod est absurdum, vt postea disputando concludit in d. l. precibus, nu. 239. & seqq.

Istis non obstantibus, maneo in priore sententia, motus ex iis, quæ ibi addux?.

Ad primum argumentum respondeo: etsi miles directo substituere possit filio suo post pubertatem, non tamen sequi eiusmodi substitutionem valere iure directo, quia dicimus valere iure fideicommissi, & id probamus ex dicta lege precibus in illis verbis: *Veluti ex caussa fideicommissi.* Quando bona pupilli sunt vnica cum bonis testatoris: quia sicut directa substitutio non valet in bonis pupilli, l. miles ita. § exhæredato, de mil. test. ita non valet etiam in bonis testatoris, ne hæres directus sit pro parte tantùm hæres contra voluntatem militis testatoris qui in totum voluit esse, id est, tam in propriis bonis quàm in bonis filij sui. Aliud esset si directo substitueret in bonis suis propriis tantum: quia miles potest hæredem ad tempus facere, l. certi, C. de test. mil. & sic potest facere alium hæredem directum post mortem filij sui puberis defuncti. Nec obstat, quod nullum esset hac in re priuilegium militare, cum etiam pagani substitutio directa post pubertatem sustineatur in vim fideicommissi: Quia id repugnat leg. verbis ciuilibus, ff. de vulg. vbi dicitur: *Frustra fieri.* Non esset frustra, si valeret in vim fideicommissi, vt dixi latiùs libro 4. Controuers. cap. 44. vbi ostendi, directam substitutionem à pagano factam, post pubertatem non valere iure directo, nec iure fideicommissi.

Ad secundum de verbo *capies* respondeo, intelligendum esse secundum l. precibus videlicet veluti ex caussa fideicommissi. Est enim probatum ibi à Iurisconsulto, & nihil aliud est capere quàm cum effectu accipere, l. aliud est capere, de ver. sig.

Ad tertium respondeo, illa verba: *Cum fructibus inuentis in hæreditate*, quæ habentur in d. l. Centurio, intelligi debere dē fructib. inuentis in hæreditate testatoris: non autem in hæreditate filij instituti: quia substitutus cōsequi debet bona patris tantum: non autem bona filij, vt ibi dicitur & in d. l. precibus.

Non obstant argumenta, quibus contraria sententia nititur, nimirum: illa verba accipienda esse de fructib. inuentis in hæreditate filij quę diligenter attulit, & confirmauit pręclar. D. Massin. nu. 239 & seqq Quæ omnia & ipse expendi, & confutaui lib. 10. Controu. ca. 90. quæ huc transferre non est necesse. Et ita puto iuris esse liberum aliis iudicium relinquens propter auctoritatem viri doctissimi, quæ si me in aliam sententiam traxisset, non esset cur deberem erubescere, mutando priorem sententiam: quoniam hoc facere solitus sum vbicunque me errasse video, quod humanum esse omnes norunt.

CAPVT LXXVI.

De tacita pupillari substitutione an excludat matrem?

Scripsi hac de re lib. 4. cap. 40. sed iuuat iterum dicere moréq. Scholastico in disputationem

tationem reuocare, propter recentiorum cõmentaria in gratiam meorum auditorum. Communis est sententia matrem non excludi, vt testatur Riminald. iun. in l. precib. nu. 48. & Trentacinq. de substit. part. 1. cap. 12.

Primum argumentum sumitur ex l. precibus, C. de impub. in illis verbis. *Successio omnimodo ad te pertinebit.* Dictio (*omnimo*) præcisam habet naturam. glos. in l. si cum exceptione, §. quatenus, ff. quod met cau. c. ex parte. 1. de off. deleg. & sic tex. innuit, successionem indistinctè ad matrem pertinere. Respondet Dec. in d. l. precib. in 4. not. dictionem illam non fuisse positam in text. respectu pupillaris tacitæ, de qua nulla fit mentio. Sed respectu pupillaris expressæ, & compendiosæ, de quibus loquitur inferius, & dicit: modò matrem, modò substitutum admitti. Replicat Riminald. iun. numer. 63. dictionem illam denotare, quod mater in vniuersum succedat, excluso substituto: quia vniuersalis affirmatiua in totum affirmat, sicut vniuersalis negatiua in totum negat, & nihil incomprehensum relinquit, l. si is qui ducenta, §. vtrum de rebus dub. cap. solitæ. de maio. & obed. Tollitur hęc Riminaldi iunioris consideratio: quia, vniuersalis oratio restringitur ad caussam, de qua agitur, l. si de certa. C. de transact. l. tres fratres, ff. de pact. cum igitur in text. agatur de vulgari substitutione, nec fiat vlla mentio de tacita pupillari, restringi debent illa verba ad vulgarem.

Secundum. Pro communi sententia inducitur text. in d. leg. precibus, in sua decisione, quatenus mortuo pupillo matrem admittit, nulla ratione habita tacitæ pupillaris, quæ continetur in vulgari. Respondet Fulg. non constare, quòd filius ibi decesserit in pupillari ætate. Replicat Alexand. imò præsupponi hoc debere: quia, si filius pubes fuisset: potuisset condere testamentum, & alium hæredem instituere. puta filium. (inquit Cagnol.) & sic non fuisset verum, quòd omnimodo ad matrem successio pertinuisset, prout text. dixit. At Deci. defendit Fulgos. quia decisio text. debet intelligi rebus sic stantibus: l. quod Seruius, ff. de cond. causs. data, & sic debet intelligi, prout loquitur, mortuo filio, simpliciter: non autem, vbi filius pubes factus testamentum fecisset, & alios hæredes instituisset. Tunc enim aliud esset dicendum, propter diuersitatem terminorum. Etsi verò ex his defendi possit responsio Fulgos. tamen rectè videtur refutari à Rim. iun. numer. 69. ea ratione, quod text. indeterminatè loquatur de tempore mortis filij. Ergo de omni tempore accipi debet, l. in venditione. §. de tempore. ff. de bonis auth. iud. possid. Bart. in l. 1. ff. de alcato. Respondet igitur secundo loco Fulgos. & post eum Dec. in illo text. factam fuisse vulgarem substitutionem tantum, vt patet ex illis verbis: *Primo tantùm casu habuit substitutum*, meritò in illa non continetur tacita pupillaris, Alexand. in l. quamuis, C. de impub. Anchar. consil. 357. ex serie. Cagnol. replicat n. 77. in d. l. precibus, illa verba esse Imperatoris, non autem testatoris, quod continet diuinationem. Aliter etiam respondet Claris. Dom. Massinus in d. l. precibus, nimirum ibi agi de testamēto militis, in quo nuda voluntas seruatur, l. 1. ff. de mili test. ideo in vulgari expressa non continetur pupillaris tacita, quia illa prouenit ex interpretatione legis. l. iam hoc iure. ff. de vulg.

Tertium. Inducitur pro eadem communi sententia idem text. in d. l. precib. per Iason. quia Imp. voluit omnes casus exprimere. Ergo videtur etiā determinasse casum istū, quando filius mortuus fuit in pupillari ætate, vt scilicet mater succedat excluso substituto. Respondet Dec. ibidē non potuisse casū hunc tacitæ pupillaris decidi in d. leg. precibus. quia erat dubius articulus inter Iurisconsultos tēpore illius legis: an tacita pupillaris excluderet matrem, vt patet ex l. vlt. C. de inst. & subst. & tex. dicit. *Nam non est incerti iuris.* Ergo nō potest hoc intelligi de tacita pupillari: quia ius erat incertum, sed de vulgari expressa intelligi debet, de qua text. loquitur in qua erat certum, & indubitatum, quod post aditam hæreditatem expirabat, l. post aditam, C. eod. tit. Nec valet ratio Riminaldi iunioris: istud fuisse in subitatum ipsi Imperatori, qui omnia iura in scrinio pectoris habet, l. omnium. C. de testamen. Quandoquidem ante l. vlt. C. de instit. & substit. res erat controuersa inter Iurisconsultos, nec vllo Cæsarum rescripto declarata ac definita.

Quartum argumentum. Inducitur idem text. in d. l. precib. per Iasonem ex regula l. cum Prætor, de iudi. Vnius inclusio est alterius exclusio. Sed tex. includit pupillarem expressam, & dicit per eam excludi matrem: ergo excludere ab hac matris exclusione videtur tacitam pupillarem. Respondit Deci. excludere potius compendiosam, de qua statim loquitur aduersatiuè per illa verba: *Si verò &c.* Quia per compendiosam mater non excluditur à bonis filij. vt ibi subiungitur in tex.

Quintum argumentum. Pro eadem sententia Rimin. iun. in d. leg. precibus, ponderat text. in ver. eius dum ait: *eius* scilicet filij successionem ad matrem pertinere, ergo non ad substitutum: qui tamen per tacitam pupillarem, si fuisset admissus, obtinuisset bona ipsius filij, vt habetur in inst. de pupill. sub. Respondeo illud verbum *eius* non denotare successionem ipsius filij, & bono-

rum eius diſtinctam à bonis pátris, ſed ſignificare poſſe bona filij, quia hæreditas patris adita per filium non eſt amplius hæreditas, ſed dicitur patrimonium filij, l. 1. & ibi gloſ. §. veteres de acq. poſſ.

Sextum. Adducitur tex. in l. vl. ſup. de inſtit. & ſubſtit. vbi mater ſuccedit filio nulla ratione habita tacitæ pupillaris, quæ continetur in vulgari, & ſic videtur ibi quæſtio tota deciſa. Reſpondet Dec. in illa facti ſpecie matrem fuiſſe datam cohæredem filio, quæ circumſtantia non eſt in quæſtione hac noſtra. Replicat Cagnol. iſtud potiùs reddere caſum dubitabilē contra matrem, quia dicendum videbatur eam contentam eſſe debere parte hæreditatis ſibi data. Non placet mihi hæc conſideratio Cagnoli, quia text. ibi fundatur in hac ratione, quod mater data fuiſſet cohæres filio. Si enim teſtator voluit eam habere partem hæreditatis ſuæ, multò magis credendum eſt, voluiſſe luctuoſam filij hæreditatem ad eam peruenire.

Septimum. Adducit Bart. in l. 2. nu. 34. ff. de vulg. hanc rationem, quia mater non habet querelam de inofficioſo teſtamento, quando pater eam excludit per pupillarem ſubſtitutionem, l. Papinianus, §. ſed neque, ff. de inoff. aliter ergo dicendum videtur, vbi mater excluditur legis interpretatione. Hoc enim videtur eſſe iniquum. Reſpōdetur, excluſionem matris ex vi tacitæ pupillaris in conſequentiam venire, qui enim vult antecedens, vult etiam conſequens. §. ad legatum, leg. ad rem mobilem, ff. de procurato. Cùm ergo lex velit in vulgari expreſſa contineri tacitam pupillarem, conſequens eſt, vt velit etiam per eam excludere matrem pupilli, ſicut excluditur per expreſſam pupillarem.

Octauum. Mouetur Soci. ſen. in l. 2. n. 22. de vulg. quia tacita pupillaris eſt quædam ficta ſubſtitutio. Fictio autem non habet locum ceſſante æquitate, l. deníque, ff. ex quibus cau. maio. Ceſſat autem æquitas, quando agitur de matris excluſione. Reſpondetur pupillarem tacitam non eſſe fictam ſubſtitutionem, ſed præſumptam ex coniectura mentis teſtatoris, d. l. iam hoc iure de vulg. Eſt autem aliud fictio, aliud præſumptio, vt notat glo. in l. vn. ff. accedit, C. de rei vxo. act. tradit Menoch. lib. 1. præſum. 8. & ſic ceſſat argumentum, quia voluntas teſtatoris etiam tacita ſeruanda eſt, lege cùm virum, C. de fideicommiſſ.

Nonum. Bal. col. 4. in d. l. precib. mouetur ex eo, quod iniquum videtur matrem excludere à luctuoſa filij hæreditate, vt colligitur ex d. l. vl. C. de inſt. & ſubſt. Sed iam reſponſum eſt ad d. leg. vl. quia reſtringi debet ad illam facti ſpeciem de qua loquitur.

Decimum. Iaſon mouetur, quia diſpenſationes contra ius ſunt odioſæ, c. ordinarij, de of. or. lib. 6. c. 1. de filiis præsbytero. lib. 6. Lex autem diſpenſat, vt mater poſſit excludi per pupillarem expreſſam: ergo non videtur hæc diſpenſatio amplianda ad tacitam pupillarem. Reſpondetur: imò hanc eſſe fauorabilem materiam, & ideò extendendam, c. odia, de reg. iur. in 6. eſt enim fauor filij vt habeat ſubſtitutum, inſt. de pupill. ſubſtit. & tradit Bar. in d. l. iam hoc iure.

Contrariam ſententiā amplexi fuere Fulg. in l. vl. ſup. de inſt. & ſubſt. Dec. in d. l. precib. & Cur. iun. num 26. Vigl. inſt de pup. ſubſt. De Maſſinius in d. l. precibus. nu. 132. alios refert Menoch. lib. 4. Præſum. 39. n. 23.

I. Pro hac ſententia adducitur tex. in d. l. vl. ſup. de inſt. & ſubſt. vbi mater non excluditur per tacitam pupillarem: quia fuit data hæres. ceſſante ergo illa ratione excluderetur. Omiſſa reſponſione Cagnoli & Riminaldi iunioris dicentium, illam rationem eſſe potiùs contra matrem, quia cum partem hæreditatis haberet, videbatur dicendum, ea contentam eſſe debere. Alia reſponſio accommodari poteſt, videlicet: in illa lege duas rationes fuiſſe, vnam, quia mater data fuit cohæres, alteram vero, quia non eſt æquum eam excludere à luctuoſa filij hæreditate. Ceſſante ergo vna ex iſtis rationibus, non ceſſat legis diſpoſitio. §. affinitatis. inſt. de nupt.

II. Adducitur tex. in l. iam hoc iure. de vul. vbi ponitur regula: *Quod in vulgari expreſſa continetur tacita pupillaris:* & duæ ponuntur limitationes. Vna, quādo inter filios adeſt aliqua inæqualitas. Altera, quando repugnat voluntas teſtatoris, nec ponitur illa exceptio quādo eſt mater in medio, ne excludatur. Reſpōdet Ri. iun. nō excludi caſus ſimiles. Et dicuntur ſimiles, quando habent eandem rationē, l. qui liberis, de vul. Eſt autem eadem ratio, quando mater excluditur: quia hoc videtur abſurdum, & contra voluntatem teſtatoris.

III. Adducitur regula taciti, & expreſſi eadem eſt, &c. l. cū quod, ff. ſi cert. pet. Reſpondetur non procedere, vbi agitur de nocendo. Nam expreſſa nocent, non expreſſa non nocent, lege expreſſa de reg. iur.

IV. Adducitur tex. in l. Luci. de vul. vbi pupillaris tacita, quę cōtinetur in reciproca matrē excludit. Reſpōdetur ex doct. Bar. in l. 2. n. 31. de vulg. illam non eſſe omnino tacitam, ſed expreſſam, verbis tamen generalibus.

V. Quia vulgaris expreſſa extenditur ad tacitam pupillarem, l. quamuis, C. de impub. ſed extenſio fit cum omnibus qualitatib. l. ſed ſi manente, ff. de precario. Ergo fieri debet extenſio cum eiſdem qualitatibus, quas habet vulgaris, inter quas eſt iſta, quæ matrem excludit. Reſpondetur, extenſionem fieri non poſſe,

posse, quando ex ea aliquis indebitè damnum pateretur, sed tunc fieri debet restrictio Bart. in l. omnes populi, nu. 55. de iust. & iure, Ias. in l. vlt. §. in computatione nu. 12. & 13 C. de iure delib. Mater autem indebitè damnum pateretur: quia excluderetur ab hæreditate filij ei debita, l. nam etsi. de inoff. testa.

VI. Adducitur l. si pupillus, de acq. hered. vbi interest pupillo habere substitutum pupillarem. Respondetur: non rectè inferri ad præiudicium, & exclusionem matris, quando non constet de voluntate testatoris expressa.

VII. Adducitur: caussa testari facit cessare caussam intestati, l. quamdiu, de acq. hæred. ergo cùm possit esse locus caussæ testati, per quam substitutus succedet, cessare debet caussa intestati, ex qua mater admittitur. Respondetur, id procedere, quando constat de voluntate testatoris. Sed hic non constat, quòd testator voluerit substitutum admitti filio moriente in pupillari ætate.

VIII. Adducitur: quia testator prætulit in suis propriis bonis substitutum vulgarem matri, ergo multò magis in bonis ipsius filij. Respondetur negando consequentiam quia bona testatoris non debentur matri, sicut debentur bona filij, l. nam etsi. ff. de inoff.

Quid dicendum? Videbatur mihi prima fronte verior sententia contra communem. Quia communis non videtur habere aliquod fundamentum satis firmum, contraria autem habet pro se regulam. *Quod in vulgari continetur pupillaris*, d. l. iam hoc iure. Nam fundamentum ex l. precib. non videtur solidum. Primò: quia loquitur de substitutione facta in primum casum, ad differentiam pupillaris, quæ dicitur fieri in secundum casum. Et sic in primo casu agitur tantùm de vulgari. Secundò, quia loquitur de testamento militis, in quo nuda voluntas illius spectatur, l. 1. de mili. testa. & consequenter in testamento militis tacita pupillaris non videtur contineri in expressa vulgari, quia hoc venit ex legis interpretatione, non autem ex verbis. Fundamentum autem ex dict. l. vlt. suprà de instit. & substi. concidere videtur, quia ibi vnica tantùm ratio videtur considerari, quòd scilicet, mater cohæres data fuerit: & quia ibi fuit substitutus, si filius non nasceretur. Ergo si nascetur, non fuit substitutus, quia filius fuit institutus sub conditione si nasceretur. Auth. & Bald. in l. qui hæres, §. ex parte, de acq. hæred.

Quibus tamen non obstantibus, amplector communem sententiam. Primò ex dicta lege precibus, quatenus loquens de primo casu facit mentionem patriæ potestatis. Nam patria potestas consideratur respectu pupillaris substitutionis, non autem respectu vulgaris, & quia nulla ratio dubitandi fuisset, si de vulgari tantùm loqueretur. Secundò moueor ex dicta lege vltim. sup. de instit. & substit. Primò considerando duplicem rationem. Vna fuit: quia mater data fuit cohæres. Altera, quia præsumitur voluisse luctuosam filij hæreditatem ad matrem peruenire. Quòd autem duplex ratio fuerit, ostenditur ex eo, quia sic argumentatur Imperator, si voluit testator matrem succedere cum parte hæreditatis suæ, multò magis videtur voluisse eam succedere in hæreditate luctuosa filij sui. Modus loquendi per comparatiuum est. Testator præsumitur, voluisse luctuosam filij hæreditatem ad matrem peruenire, sed multo magis, quando matrem instituit in parte suæ hæreditatis propriæ. Comparatiuum relinquit formam positiui in altero extremo, l. cum filius, §. & ibi Bart. de leg. 2. est text. in leg. vbi autem, de ver. oblig. Secundò considero text. admittere substitutum eo tantùm casu, quo filius non nascatur vel prior mater decesserit. Ratio dubitandi erat, quia nato filio, & mortuo videbatur substituto locus ex tacita pupillari. Contrarium deciditur propter fauorem matris, quo cessante vt quia mater præmoriatur, substitutus admittitur. Ecce non dicit text. substitutum admitti cessante illa ratione, quòd mater fuerit hæres instituta in parte hæreditatis, ibi ergo non est fundamentum decisionis, sed in fauore matris. Tertiò, quia res est dubia. At in dubio caussa testati regulatur secundum caussam intestati, l. cum ita, §. in fideicommiss. de leg. 2. Et testatoris voluntas præsumitur conformis iuris dispositioni, leg. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebellia. Quartò, quia substitutus tractat de lucro, mater de damno, est enim illi debita filij hæreditas. Ergo mater præferenda, l. vltim. Cod. de codicil.

Ad primum argumentum dico text. loqui de vulgari, quatenus continet tacitam pupillarem, alioqui nulla fuisset ratio dubitandi vt suprà dixi. Et quod dicitur in testamento militis spectari nudam voluntatem; hunc sensum habet, quòd possit miles testari prout vult, sed non excluditur iusta interpretatio, vt patet ex l. 3. ff. de mil. testa. Ad textum in dicta lege vlt. sup. de instit. & substit. dico probare ex rationibus iam deductis.

CAPVT LXXVII.

Additio ad cap. 99. lib. 1. de remissione laudimij ratione emphyteusis Ecclesiasticæ per canonis præteriti receptionem.

Dixi lib. 1 cap. 99. in vers. quarta conclusio. Si de emphyteusi Ecclesiæ agatur non censeri remissam caducitatem ex receptione Canonis debiti pro tempore præterito ad lucens Ias. in leg. 2 nu. 127. C. de iure emphyt. Addo Iasonem hoc dicere, num. 130. distinguendo inter Ecclesiam collegiatam, & non collegiatam. Si Ecclesia non sit collegiata, prælatus potest remittere caducitatem per receptionem Canonis prædicti. Si vero Ecclesia sit collegiata, secùs dicendum est. Et hæc est communis sententia, quam & ipse amplector, vt per Clar. §. emphyteusis, quæst. 10. versi. sed nunquid. Corbul. de iure emphy. cap. 15. milit. 21. num. 5. versicul. tertia conclusio est.

CAPVT LXXVIII.

Vtrùm pater teneatur filiam dotare iure actionis, vel ex officio iudicis?

Existimauit gloss. in l. obligamur, §. lege, ff. de actio. & obl. patrem teneri filiam iure actionis dotare. Quam sententiam communem esse testatur. Cur. iun. in authent. res quæ, num. 25. C. comm. de leg. Fundamentum est: quia pater ad dotandam filiam à lege obligatus dicitur. *Coguntur enim* (inquit Martianus in leg. qui liberos, ff. de ritu nupt.) *filias in matrimonium collocare: & dotare.* Quod cùm ita sit, certè officium iudicis non competet, cùm nullam præsupponat obligationem, leg. qui per conclusionem, ff. de actio. empti. Magis igitur erit, vt iure actionis dotare teneatur.

Hoc fundamentum corruere mihi videtur considerando verba dictæ legis qui liberos. Hæc sunt verba Martiani: *Qui liberos, quos in potestate habent, si iniuria prohibuerint vxorem ducere, vel nubere: vel qui dotem dare non volunt ex constitutione Diuorum Seueri & Antonini, per Proconsules Præsidésque prouinciarum, coguntur in matrimonium collocare & dotare.* Quis non videt verba illa: *dotare, in matrimonium collocare coguntur*, non ad patrem, sed ad proconsules cæterósque Iudices referri?

Quocirca contrariæ sententiæ calculum præbeo, quam tenuit Bart. in l. Mulier. §. cum proponeretur. ff. ad Trebell. & in l. qui liberos, de ritu nupt. Salycet. in l. fi. n. 15. C. de dote promis. & communem testatur Gul. de Benedict. in c. Rainu. in ver. dotem, n. 24. extra l. d. testa. Anan. in c. 1. nu. 5. de adulter. Fundamentum enim præclarũ habet in d. l. qui liberos, quatenus ibi pater per Proconsules Præsidésque filiam dotare compellitur, vt suprà dixi. Quæ verba ostendunt, competere officium iudicis ad tradit. per gloss. & Dd. in l. si soror, C. de collatio.

CAPVT LXXIX.

An ad validitatem donationis inter virum & vxorem necessaria sit vera & realis traditio, an verò ficta sufficiat?

Per fictam rei traditionem donationem inter virum & vxorem confirmari voluit gloss. in l 2. C. de dote caut. non nu. Bart. Bald. Salyc. & Fulgos. in l. Papinian. ff. de don. inter vir. & vxo. Cin. Salyc. in l. 1. C. de donat. ante nupt. Soc. in l. 1. §. si vir vxori, n. 74. de acq. pos. Palat. Rub. in rub. § 76. n. 7. & seq. Gab. tit. de donat. concl. 3. in fine. Fundamentum consistit primo in l cum hic status. § siue autem. ff. de donat. inter vir. & vxor. vbi si maritus remittit obligationem vxori, qua tenebatur, talis donatio confirmatur morte: & tamen ibi non interuenit traditio vera, sed ficta: Ergo illa sufficit. Secundò adfertur tex. in l. 3 § sed si debitorem, ff. cod. tit. vbi si maritus iusserit debitorem suum soluere vxori quantitatem sibi debitam & debitor soluit, debitor remanet liberatus & vxor videtur talem pecuniam habere ab ipso marito, vnde donatio statim non valet: sed morte confirmatur. Ergo ficta traditio sufficit.

Contrarium in proposita quæstione voluerunt Castr. in l. 1. §. si vir vxori, ff. de acq. poss. numer. 5. vbi & Aretin. Ias. & alij. Bald. in l. ex testamento in fine, C. de fideic. & in cap. 2. de feudo dato in vic. leg. commiss. Ripa. libr. 3. responsi. cap 17. in fine, vbi alios citat. Et hæc posterior sententia mihi quoque probatur. Fundamentum consistit in d. l. 1. § si vir vxori, vbi ideo possessio transfertur: quia traditio, quæ est facti, iure ciuili impugnari non potest. Ergo à contrario sensu, si traditio esset iuris, prout est ficta traditio, tunc esset impugnata à lege: & per consequens possessio non transferretur. Præterea confirmatur hæc opinio. Quia, quando contractus principalis non valet, similiter non valet etiam quælibet alia clausula posita in tali contractu, text. est in l. si. Cod. de constit. pec. l. cum principalis, de reg. iur. Ergo, cùm contractus iste sit ipso iure nullus, certè quilibet actus fictus in eo positus similiter erit nullus. Denique accedit doctr. Baldi in l. Non dubium, C. de legib. n. 18. vbi dicit: quando contractus vel titulus est immediata caussa possessionis, tunc si non tenet nec valet contractus, non transit possessio, argum. tex. in l. si aliquam rem ff. de acq. poss. Sed quando in aliquo contractu interuenit actus aliquis fictus tota virtus possessionis & intentio partium dependet ab

det ab ipso contractu: quia actus ille fictus accessoriè ponitur & non principaliter. Ergo, si contractus non tenet, non potest transferri possessio: quia actus ille fictus non habet effectum. Licet secùs sit, quando interuenit traditio vera: tunc enim transfertur possessio, quia contractus non est immediata caussa acquisitionis possessionis, sed ipsa vera & actualis traditio, arg. d. §. si vir vxori.

Non obstat textus in l. cum hic status. §. siue autem, de donatio inter vir. & vxor. quia respondetur: textum illum non rectè probare. Loquitur enim in casu, in quo nulla traditio vera potest interuenire in remissione, videlicet obligationis: nec agitur ibi de donatione alicuius rei corporeæ, sed tantùm de donatione obligationis consistentis in iure: vnde aliter non potest tradi, quàm per remissionem vel per acceptilationem. Non obstat etiam textus in l. 3. §. si debitorem: quia ibi vxor verè accepit rem ab alio, licet fusè videatur habere à marito propter mandatum factum debitori.

CAPVT LXXX.

Vtrum res prohibita alienari præscribi, vel vsucapi possit?

EXistimauit glossa. in l. 2. C. de vsucap. pro empt. rem prohibitam alienari, vsucapi, vel præscribi non posse. Quam sententiam communem dicit Ripa in l. filiusfamilias, §. Diui, de leg. 1. nu. 113. Alex. conf. 1. nu. 23. vol. 4. Bar. in l. vbi lex, ff. de vsucap. Tiraq. de iure primog. q. 30. n. 4 & in tract. de vtroque retrac. §. 1. glo. 9. nu. 246. Socin. reg. 11. in ver. alienare, Gabr. li. 5. tit. de præscript. concl. 13. Corn. conf. 294. col. pen. verf. his tamen. vol. 3. Socin. conf. 251. n. 23. vol. 2. Alex. conf. 74. col. fin. vol. 5. Balb. in tract. de præscript 4. par. quartæ par. princ. quæst. 18. Calca. consil. 16. n. 74. Bec. conf. 25. in fine, latissimè Surd. consi. 276. per tot. & decis. 3. num. 24. Fundamentum est in l. alienationis verbum, ff. de verb. sig. vbi alienationis verbum etiam vsucapionem continet, vt expressè sonant verba textus: *Alienationis* (inquit Paulus) *verbum etiam vsucapionem continet.*

At contrà Bart. in d. §. Diui. cuius opinionem secuti sunt Bald. in l. 1. col. 6. vers. quæ iam non possunt, C. de seru. fugit. Angel. in l. 1. in fine. C. de præsc. longi temp. Bald. Soc. conf. 75. col. 2. vol 1. vbi communem dicit Tiraq. de retract. lignag. gl. 9. nu. 297. vbi alios allegat, vide etiam Surdum d. cons. 276. nu. 4. vbi alios adducit. Pinell. in auth. Nisi tricennale, nu. 20. C. de bon. mater. Fundamentum Bartol. est: quia res prohibita alienari, consensu omnium fideicommissariorum poterit alienari. l. nihil. § omnib. de l. 1. Ergo poterit præscribi tanquam omnes fideicommissarij per patientiam censeantur consensisse præscriptioni, l. Alienationis verbum de ver. sign. Præterea res, quæ potest alienari, seruata certa solennitate, potest præscribi secundum Bart. in l. fin. C. in quib. cau. in integr. rest. non est necesse. Respondetur: aduertendum esse, quia refert, quòd res sit simpliciter & absolutè alienari prohibita, vel quod sit prohibita sine certa solennitate. Primò enim casu non est locus præscriptioni, ita Bart. in l. fin. C. com de leg. Abb. in c. cùm non liceat, de præscrip. Secundo vero casu admittitur præscriptio, quia est alienatio legis, quæ non exigit aliquam solennitatem. Et ita his argumentis respondent Dd. in l. fin. C. in quib. cau. in integr. rest. non est necess. Ripa in d. §. Diui, nu. 113. Cor. conf. 294. col. fin. vol. 3. Ruin. conf. 75. num. 8. vol. 1. & alij apud Surd. d. conf. 276. nu 16.

CAPVT LXXXI.

Vtrum suprema potestas Principis præscribi possit.

PRæscribi non posse huiusmodi supremam potestatem, voluit Abbas in c. per venerabilem, col. fin. qui filij sint legit. & in cap. cum non liceat, de præscrip. & hæc opinio communis est, teste Soci. conf. 275. col. 3. lib. 2. Fundamentum consistit in leg. competit, C. de præscript. 30. vel 40. ann. vbi præstatio tributi quæ fit in recognitionem vniuersalis dominij tempore non tollitur. Quinimò suprema potestas cùm à Deo esse dicatur, Auth. quomodo oporteat episcop. & ibi glo. in ver. Sâcimus, certè impræscriptibilis est ad trad. per Innoc. in c. bonæ. col. 2. de postu. præla.

Contrarium voluerunt Bart. in l. 1. §. Denique ff. de aqua pluu. arcen. & in l. infamem, Cod. de publ. iud. & in l. hostes, ff de captiu & communem testatur Boer. decis. 264. num. 19. Balb. de præsc. 2. par. q. 4. vers. 2. principaliter 5. par. prin. n. 1. Fundamentum est in cap. super quibusdam. § præterea de ver. sign. vbi Tabellionum institutio, legitimatio & similia, quæ principi competunt, præscribuntur.

Verùm, siquidem de iis loquimur, quæ Principi in signum supremæ potestatis competunt, aut in signum dignitatis principalis eidem principi præseruatæ, certè nulla præscriptio locum habere potest. Hæc etenim ita Principis ossibus inhærent, vt ab ipso nullo pacto, nullóque iure diuelli queant, sicuti tradit Io. And. ad Specu. tit. de iurisd. om. iud. in gl. magna, Dec. conf. 303. col. 3. Boer d. cis. 50. numero 12. Couar. in reg. possessor. 2. par. §. 2. num. 7. Et ita procedit Fundamentum primæ opinionis. Si verò de iis loquamur, quæ non

debentur Principi in signum supremæ potestatis, sed tantùm ratione dignitatis præseruatæ; vt nullus ea præter Principem expedire possit, vt tabellionum institutio, legitimatio, & similia: quorum mentio fit in d. cap. super quibusdam. & per DD. in ca. 1. quæ sint regal. hæc certè præscribi poterunt. Bart. in l. si publicanus, §. vltim. ff. publ. latè Couar. vbi sup. vers. Tertia species. Atque ita procedit secunda opinio & ipsius Fundamentum. Vide Surdum decis. 1.

CAPVT LXXXII.

Vtrùm in præscriptione immemoriali requiratur scientia & patientia aduersarij?

NEgat requiri glos. in l. hoc iure, §. Ductus aquæ, ff. de aqua quotid. & æsti. cuius opinio com. est secundum Ale. cons. 6. vol. 1 Ias. in l. Imperium. n. 20. de iurisd. om. iud. Balb. in tract. præscr. 2. par. 3. par. princ. versi. 5. & 6. quæro, nu. 23. Dec. cons. 85. Tiraq. de iure prim. q. 4. n. 45. Fundamentum est: quia in præscriptione tanti temporis præsumitur titulus & bona fides, & omnia solenniter acta ad trad. per Balb. vbi sup. & Bal. in c. si diligenti. in fine de præs. c. 1. de præsc. libr. 6. c. super quibusdam. §. Præterea. de ver. sig. l. Hoc iure, §. Ductus aquæ, de aqua quot. & æstiu.

Contrarium tenuit Bart. in l. publicanus §. in omnibus, ff. de publ. & vectig. nu. 2. Palat. Rub. in repet. c. per vestras, §. sed est pulchra dubitatio, n. 35. de donat. inter vir. & vxor. Fundamentum Bartoli est in l. 2. C. de seruit. vbi probatur; in præscriptione iurium incorporalium requiri scientiam eius, contra quem præscribitur. Procederet argumentum in præscriptione 20. vel 30. annorum, non in præscriptione immemoriali, quæ vim habet tituli, & priuilegij: vt suprà dixi.

CAPVT LXXXIII.

Titulus an requiratur in præscriptione seruitutum realium?

NOn requiri titulum voluit Bar. in l. seruitutes, ff. de seru. Imo. in ca. si diligenti. de præsc. Saly. in l. 1. C. de seru. Cepol. in tract. de seru. ca. 20. Fundamentum est in l. si quis diuturno, ff. si seruit. vind. vbi Vlpian. respondit: si quis diuturno vsu vel longa quasi possessione ius aquæ ducendæ nactus sit, non est ei necesse, docere de iure, quo aqua constituta est veluti ex legato &c. Si non tenetur docere de iure. Ergo titulus non est necessarius.

Contrarium voluit gl. in d. l. si quis diuturno. Coras. in l. seruitutes, n. 31. ff. de seru. & alij relati à Cepoll. vbi sup. Mouentur 1. ex l. 2. C. de seru. & aqua. vbi Imp. ait: *Exemplo rerum immobilium quæri seruitutes*, sed res immobiles non nisi titulo quæruntur, ergo & seruitutes. Non rectè: quia illa verba: *exemplo rerum immobilium*, non ad titulum, sed ad tempus referuntur. Secundò mouentur ex l. fin. Cod. de præscr. longi temp. vbi dicitur: eodem iure præscribi seruitutes, quo & res immobiles. Minùs rectè. Ait enim Imp. vicennio præscribi res immobiles inter absentes, eodem obseruando & in seruitutibus. Ergo quoad tempus. Tertiò mouentur: quia vbicunque ius commune aut iuris præsumptio præscribenti aduersatur, titulus necessarius est: qui possessori tribuat caussam præscribendi, c. 1. in fine de præscr. in 6. Repugnat autem vsucapientis seruitutem iuris communis præsumptio: præsumit namque lex omnia prædia libera, l. alterius, l. si tibi, C. de seru. & aqua. Malè: quia præsumptio iuris non repugnat ei, qui longo vsu & consuetudine, longáque possessione seruitutem constituerit: imò pro ipso præsumit, dicta leg. si quis diuturno, ff. si seruit. vin. Quocirca magis est, vt priori opinioni adhæream.

CAPVT LXXXIV.

Vtrùm per iuramentum creditoris probetur fuga debitoris?

NOn probari, nec sufficere iuramentum ad huiusmodi suspicionem probandam voluit Alex. in l. si fideiussor, §. si satisdatum n. 12. vbi Ias. n. 11. ff. qui satisd. cog. quam communem dicit Dec. cons. 75. n. 1. Paris. cons. 101. nu. 3. li. 3. Duen. reg. 175. n. 3. Viu. commu. opin. 177. nu. 5. Maschar. de prob. concl. 823. Bursat. cons. 241. n. 18. lib. 3. Rol. à Valle, cons. 65. nu. 11. lib. 3. vide Manc. de iura. par. 4. eff. 6. Meno. de arb. cas. 87. num. 5. Fundamentum est: quia solum iuramentum non sufficit ad id probandum, quod generat magnum præiudicium, vt colligitur ex leg. in bonæ fidei, Codice de rebus cred. Sed captura personæ, quæ postea ex tali iuramento infertur, est magni præiudicij, & maioris quàm captura rerum, Authent. & omnimodo, Codice. ne filius pro patre. Ergo non potest fieri solo iuramento.

Cæterum contrariam sententiam amplexi sunt Angel. Imola, Salyc. & Rim. relati per Iason. in §. si sati datum, numer. 11. Marsil. sing. 282. Natta consil. 430. numer. 11. & 26. libr. 2. Paris. consil. 99. numer. 27. & 32. libro 3. latè alios refert Maschar. d. concl. 823. Turet. consil. 45. num. 10. libr. 1. Ioseph. Lud. decis. Perus. 41. num. 5. lib. 1.

Fundamentum est: quia in his, quæ cōcernunt modicum præiudicium, sufficit probatio per iuramentum, arg. l. Thessaurus, ff. ad exhib. Sed hoc videtur continere modicum præiudicium. Ergo, &c. Quinimò maximum præiudicium continet, cum ex tali iuramento postea sequatur captura personæ, quæ magni est præiudicij, & maioris, quàm captura rerum, vt suprà diximus. Quocirca non video, cur à priori opinione recedi possit.

CAPVT LXXXV.

Ad cap. 70. lib. 4. An vulgaris substitutio contineat pupillarem, stante statuto, quod verba testamentorum intelligantur ad literam.

ADde ibi dictis Menoc. de arbitr. casu 97. de adipisc. possess. rem. 4. nu. 225. & libr. 4. Præsumpt. 36. n. 43. & cons. u. n. 16.

CAPVT LXXXVI.

Ad cap. 6. lib. 5. De adulto, an possit donare caussa mortis absque authoritate curatoris?

DIxi posse. quia testari potest; adduxique iura & Doctores.

Contrarium voluit Franc. Caldos in leg. si curatorem, vers. hunc contractum, nu. 22. C. de in integr. restit. minor. vbi dicit esse magis communem. Cui non assentior. Mouetur quia prohibitus contrahere, prohibetur donare caussa mortis, l. Filiusfamilias, de donatio. Respondeo. Non ita dicere ibi Iurisconsultum, sed dicit, filiumfam. non posse donare mortis caussa, sicut nec inter viuos. Iam respondi d. cap. 61. & summa hæc est: loqui de filiofam. in quo viget ratio eadem tam in donatione caussa mortis, quàm in donatione inter viuos. Non sic in adulto: quoniam donatio inter viuos reuocare non potest. At caussa mortis potest: facilius ergo permittendum est, donare caussa mortis, quàm inter viuos sicut & testari. Secundò mouetur: quia vsurarius testari nequit; & tamen potest donare caussa mortis. Respondeo. Id iure non probari: multos contrarium voluisse, quos secutus sum eodem lib. 5. cap. 62. Et posito, quod contraria sententia reciperetur: nihil obstat, quia Summus Pontifex prohibuit vsurario testari, in c. quanquam, de vsuris libr. 6. Non prohibuit donare mortis caussa. Hæc est odiosa & pœnalis materia, & ideò restringenda, c. odia de reg. iuris in 6. Sed (vt dixi) verius puto, non posse vsurarium donare mortis caussa sicut nec testari potest. Tertiò mouetur: quia filiusfam. testari non potest, etiam cum consensu patris, l. Qui in potestate, & ibi gloss. de testament. & tamen donare caussa mortis potest cum consensu patris, l. Tam is, §. 1. de donat. caussa mortis. Respondeo. Argumentum de maiori ad minus non procedere negatiuè. Non potest quod plus est: ergo non potest quod est minus. Plus est, testari, quàm donare causa mortis. At procedit affirmatiue: quia qui potest id quod plus est, poterit etiam id quod est minus, leg. Non debet cui, de reg. iur.

CAPVT LXXXVII.

An præsumatur solutio debiti ex diuturnitate temporis?

NOn reperio inter præsumptiones iuris vel probationes istam, quæ circumfertur: ex temporis diuturnitate præsumi factam creditori solutionem à debitore. Nec puto, iuris rationibus satis consonam esse: quia certum temporis spatium constitutum est ad præscriptionem inducendam, per quam tollitur actio, l. omnes, l. sicut, Cod. de præscript. longiss. tempor. 30. vel 40. annor. concurrente videlicet bona fide, iuxta text. in c. vlt. de præscript.

Proinde placet mihi totæ Romanæ annotatio in hoc proposito, quæ habetur decis. 788. num. 12. in prima parte in nouissimis. vbi reiecit hanc præsumptionem, quam nullo fundamento innexere Doctores apud Maschardum vol. 3. de probatio. concl. 1318. nu. 27. & apud Menoch. lib 3. Præsumpt. 135. n. 7. Nisi capiatur hæc præsumptio pro aliqua coniectura eò quod non sit verisimile, creditorem tamdiu tacuisse, si ei facta non fuisset solutio. Maximè vero, si petere detulisset post mortem debitoris. Sed aliud est, coniectura quædam & suspicio, aliud vero iuris præsumptio, quæ transferre solet onus contrarium probandi in aduersarium. Primam agnosco. Altera mihi non videtur iuri satis consentanea, eámque planè reiicio nec amplector.

CAPVT LXXXVIII.

De impensa facta causa custodiæ an compensari cum fructibus à malæ fidei possessore perceptis debeat?

SCribit Ludo. Roma. sing. 336. incip. Malæ fidei possessor. Bartolum errasse in leg. cùm quæreretur, §. Prædiis, de leg. 3. dum scripsit malæ fidei possessorem expensas factas custodiæ caussa non deducere. Hoc enim esse cōtra

casum l.si à patre vel domino,§.vl. de pet.hæred.iuncta l.si ita,§.vl.ff.de fund.instruct. Addentes autem ad Rom.& ad Bart.dicunt conciliari posse opiniones distinguendo,inter custodiam temporalem & perpetuam, ex mente Doctorum,quos ipsi adducunt.

Ego verò affirmare ausim, Bartolum haudquaquam errasse. Nam hæc sunt verba text. in d.l.si à patre vel domino,§.vlt. *Fructus intelliguntur deductis impensis, quæ quærendorum,cogendorum, conseruandorumque eorum gratia fiunt.* Putat Romanus expensas factas pro custodia pertinere ad conseruationem fructuum,motus ex d.l.si ita §.vltim.ibi:*Nam desiderant tam villa quàm agri custodiam,illic,ne quid vicini aut agri aut fructuum occupent.hic,ne quid cæterarum rerum, quæ in villa continentur.*Quasi ad conseruationem fructuum spectet custodia, per quam fures amouentur.

Cæterùm non sic putauit glo. in dict.l. si à patre vel domino,§.vlt. dum dixit: *Conseruandorumque vt in conducendis horreis.* Rectè, quia fructus conseruantur in horreis,non reperio fructus dictos conseruari per custodiam. At quid glossatore opus est,cùm textum habeamus disertè exponentem,quid pertineat ad conseruationem fructuum? Vlpianus in leg.instrumenta, de fundo instructo explicat, quæ dicantur impensæ factæ gratia quærendi, gratia cogendi, gratia conseruandi fructus, quæ sunt impensarum species, de quibus loquitur text. in d.leg.si à patre vel domino. Sic igitur Vlpianus ait in d.l. instrumenta:*Conseruandi qualia sunt dolia,licèt defossa non sint vel cuppæ.* Vbi est igitur ille casus legis,contra quam Bartolus docuisse Romano visus est?

CAPVT LXXXIX.

Ad l.quicunque.C.de apochis, libr. 10. ex solutione trium annorum continuata an præsumatur solutio pro tempore præterito?

MArtianus in l.quicunque, C.de apochis. lib.10.scribit ita: *Si trium cohærentium sibi annorum apochas, securitatésque protulerit, superiorum temporum apochas non cogatur ostendere: neque de præterito ad illationem functionis tributariæ coarctetur.* Glos. in verbo *sibi* (scilicet præsenti conuentioni) glos. in verbo *annorum* (scilicet proximiorum.) Ergo si debitor post solutionem trium annorum proximorum fuerit in mora, per aliquot annos non gaudebit huius legis beneficio, ita Francus decis. 137. qui alios adducit. Malè iudicio Menochij lib.3.Præsumptio.139. cui & ipse subscribo, & omissis iis, quæ ipse ibi copiosè atque subtiliter adducit contra Crauettæ consi.313.

Fundamentum meum est:quia ratio Latini sermonis non patitur hanc expositionem, quam glos. attulit,& in qua fundatur illa cōclusio. *Si trium*(inquit textus) *cohærentium sibi annorum apochas securitatésque protulerit.* Cohærentia sunt,simul iuncta,connexa, continuata. Itaque si per tres annos sibi inuicem cohærentes,id est, coniunctos & continuatos debitor probauerit, se soluisse tributum, fundatam habet intentionem pro tempore præterito: & soluisse præsumitur, quod debebat ante illos tres annos: quia non est verisimile exactorem tam supinum, tam negligentem esse, vt recipiat solutionem continuatam horum trium annorum, omissa exactione annorum præcedentium. Verba igitur ipsius legis, & ratio eiusdem æquè viget, cùm debitor posteà moram admisit: quia respectu temporis præteriti fuit diligens in soluendo,& nunc est negligens. Non potest negligentia & mora nocere diligentiæ, nec tollere ius anteà quæsitum. Non dicit text.si trium annorum proximiorum conuentioni securitates ostenderit, sed dicit: *trium cohærentium sibi annorum*, sibi inuicem continuorum & coniunctorum. Illud verbum *conuentioni* non est in textu. Cur igitur verba clara legis æquitatis plena offuscare velimus, non satis video,ac proinde decisionem illam ausim repudiare: & sententiam amplecti contrariam, que videtur mihi verior.

CAPVT XC.

De iure patronatus an transeat in fideicommissarium?

SCripsi libr.10.capit.94. ius patronatus non transire in fideicommissarium secutus sententiam communem. Sed doctissimus iuuenis iuxtà & nobilissimus Ioan. Baptista Lazaniæ patritius Genuensis ad omnem certè virtutem & gloriam natus admonuit me non satisfecisse argumentis Molinæ libro primo capite vigesimo quarto. de primogeniis Hispan. & verum dixit. Sed rogaui eum, vt pro ingenij sui acumine & dexteritate iuuaret me: quia res ageretur cum doctissimo iurisconsulto, nec argumenta essent parui ponderis, is pro ea qua præditus est singulari humanitate, egregiā mihi operam præstitit: quare si quid boni hoc caput continebit id, non tam mihi referre debent acceptum iuuenes studiosi, quàm studioso illi adolescenti Auditori meo, qui mecum laborauit.

Duo

Duo sunt præcipuè, in quibus consistit Molinæ impugnatio. Primum est, esse differentiam inter iura sepulchrorum, & ius patronatus, ac proinde non satis rectè inferri: iura sepulchrorum non transeunt in fideicommissarium, ergo nec ius patronatus. Nam ius sepulchrorum non transit ad alium quàm ad hæredem, l. ius sepulchri, Cod. de relig. & sumpt. At ius patronatus legari potest & donari, cap. quod autem, cap. illud, de iure patron. Ius sepulchrorum permutari nequit, leg. si quis, §. Senatusconsulto. de relig. & sumpt. ius patronatus verò permutari potest, c. nemini regum, 16. qu. 7.

Ius sepulchrorum non transit in fiscum, l. si quis fuerit, de relig. ius patronatus transit, gl. in c. filiis, 16. quæst. 7. ius sepulchrorum non potest vni ex hæredibus in diuisione assignari, leg si sepulchrum, C. de relig. Ius patronatus potest, glos. in clem. 2. verb. liberè, de iure patronat. Ius sepulchrorum non transit in emptorem vniuersæ hæreditatis, glos. in leg. si quasi in ver. quanti. ff. de hæred. vel act. vend. Ius patronatus transit. c. ex literis de iure patronat.

Ius sepulchri non transit cum vniuersitate vendita, nisi sit accessorium vel non remaneat aditus ad sepulchrum, nisi per ipsum fundum vẽditum. Glos. in l. quædam, de acqu. rer. dom. l. in modicis, de contrah. empt. leg. si mercedem §. si eum, de act. empti. Ius patronatus vero transit cum vniuersitate vendita, c. ex literis, de iure patronatus. Alterum, in quo posita est Molinæ argumentatio istud est: quoniã dicebat Alex. etiam ius sepulchrorum transire cum vniuersitate. Et tamen non transire in fideicommissarium. Ergo non rectè Romanum argumentari, dum dixit, ius patronatus transit cum vniuersitate, ergo transit in fideicommissarium.

At Molina negat, quod ius sepulchrorum transeat cum vniuersitate, neq; probari dicit legibus quæ adducuntur videlicet l. quædam de acquir. rer. dom. l. in modicis, de contrah. empt.

Nam quod attinet ad l. quædam, illa loquitur, quando in hæredem translata est hæreditas. Quantum vero attinet ad l. in modicis loquitur, quando ius sepulchri est accessorium. Et debet intelligi, quando non est aditus ad fundum venditum, nisi per sepulchrum. Hæc sunt argumenta Molinæ.

Quibus non obstantibus, à communi sententia non recedo. Fateor enim aliquas posse differentias considerari inter ius patronatus & iura sepulchrorum, neq. per omnia isthec eodem iure censeri: sed negari non potest, quin habeant inter se magnam affinitatem & conformitatem, cùm sint iura spiritualia vel annexa Spiritualibus, & quid sacri vel religiosi ambo contineant. Ergo admodum probabile est: sicut ius sepulchrorum non transit in fideicommissarium, leg. quia perinde, ff. ad Trebell. ita nec ius patronatus.

Non obstat, quod scribit Molina (& hic est cardo) non esse verum, quod ius sepulchrorũ transeat cum vniuersitate, in emptorem. Aduertendum est igitur. Nam Molina adducit glos. in leg. si quasi. ff. de hæred. & act. vend. ad probandum ius sepulchri non transire in emptorem. Verba gloss. sunt ista: *Item propter iura sepulchrorum &c. sed hoc non placet: quia non pertinent ad emptorem sicut nec ad fideicommissarium, vt ibi dicitur.* Hic est sensus. Vendens tanquam hæres cùm sit fideicommissarius, tenetur ad interesse emptoris, ita dicitur in textu glos. ibi considerat interesse emptoris & ait: *Interesse propter Falcidiam, quæ remansit penes hæredem grauatum.* Postea subdit: *Item propter iura sepulchrorum, sed hoc non placet: quia non pertinet ad emptorem, sicut nec ad fideicommissarium.* quibus verbis glos. sentit, iura sepulchrorum non transire ad emptorem. Sed quid allegat: quod respondet ad text. in l. in modicis, de contrah. empt. ibi: *Quia non specialiter locus sacer vel religiosus venit, sed emptioni maioris partis accessit.* Ergo transit cum vniuersitate: (vt notat ibi gl.) quia accedit maiori parti. Sic & ius patronatus vendi specialiter non potest, sed transit cum vniuersitate: cap. cum seculum, & ibi glos. de iure patro. ibi: *Ne cum ratione feudorum & ius patronatus acquisitori, &c.* quod nihil est aliud, quàm accedere maiori parti, & fungi vice accessorij. Accedit enim vniuersitati.

Non obstat text. in leg. si mercedem, §. si eum fundum, de act. empt. vbi tunc venit ius sepulchri, quando non est iter ad fundum venditum, nisi per locum sepulchri: quia loquitur in venditione fundi particularis, vbi ius sepulchri est æquè principale, vt nos loquimur, quando transit cum vniuersitate. Itaque sic intelligi debet text. in dicto §. si eum, vt non contradicat textui in leg. in modicis, vbi apertè dicitur accedere maiori parti. & gloss. dicit argumentum esse, quædam transire cum vniuersitate, quæ alias non transirent. Quod verò attinet ad textum in leg. quædam, de acquirendo rerum dominio fateor, loqui, quando in hæredem est translata hæreditas: & ad hoc adducitur ille text. videlicet ad probandum transire in hæredem iura sepulchrorum, sicut in hęredem ius patronatus transit.

CAPVT XCI.

Verum nepotes & neptes conferre tenean-

tur patruis dotem vel donationem propter nuptias sibi datam?

DE collationibus multa dixi libris superioribus: sed non discussi de dote & donatione propter nuptias data nepoti vel nepti sit, necne patruis conferenda, cùm agitur de successione aui. Bartol. hanc quæstionem tractat in l. si emancipati, C. de collation. vbi Deci. emendat errores typi, & idem Dec. in l. illam, C. eod. tit. Alex. Castr. Ias. Cagnol. & omnes.

Et omissa distinctione plurium casuum, quam ponit Bartol. attingam tantùm illud, de quo est controuersia. Si plures sint nepotes vel neptes in potestate, quæ cum patruo concurrant, an teneantur etiam patruo conferre dotem, an verò fratri suo tantùm: vel donationem propter nuptias ipsi datam? Nam Bartol. negat patruo esse conferendam. Et cum Bartolo doctores communiter conueniunt, vt testatur Vitalis de collatio. quæst. 23. Alij conferendam dixere. Bald. in l. illam, C. de collat. Alij aliis vtuntur distinctionib. vt videre licet ex Vitali & aliis in d. l. si emancipati, & in d. l. illud. Res deniq. ad hanc difficultatem est redacta, quod text. in l. 1. §. si sit nepos, de collat. dot. apertè dicit: *Soli fratri conferendam*, quia nepotis non facit vllam iniuriam patruo dum succedit simul cum ipso, qua frater eius nihilominus succederet & totam dimidiam, si solus esset, obtineret in locum patris sui, in quem ingreditur, §. Cum filius inst. de hæred. ab intest. Et sic ratio cessantis iniuriæ, in qua olim fundatum fuit ius collationis, in x. l. de colla. bono. facit cessare collationem. Sed ex altera parte pugnat pro collatione ratio æqualitatis seruandæ, quæ caussa est collationis faciendæ ex nouo iure, l. vt liberis, l. pen. C. de collat. §. illud, in Auth. de triente & semisse.

Conflictus ille magnus videtur inter antiqua & noua iura. Videtur præualere ratio iniuriæ, non autem æqualitatis, quia sicut multa innouata fuere propter æqualitatem, ita & facile erat istud immutare, si nostris authoribus placuisset. E contrario videtur ex ratione scripta in l. argumentum sumendum ad eius extensionem, licet ius corrigatur, ad text. per Iasonem in Auth. quas actiones, C. de sacrosanct. Eccles. Vincat igitur illa interpretatio, quæ suadere videtur æqualitatem, ex qua pax oritur & cessat inuidia. Sic enim receptum est, in obscuris illam esse sumendam interpretationem, per quam inducitur æqualitas inter æquales l. cùm pater. §. cunctis, de leg. 2. leg. vlt. C. com. vtriusq; iud. Ias. in l. illud, C. de collatio. §. pen. in Authen. de nupt. Tiraq. late de primog. qu. 4. nu. 1. Sardus pulchrè in cons. 31. nu. 16. Ita dicebam alias, sed re maturiùs considerata non audeo collationem inducere sine legis authoritate, arg. l. illam, C. de colla. & video rationem æqualitatis per se non fuisse sufficientem ad eam inducendam, & opus fuisse legis authoritate, vt patet ex l. vt liberis, iuncta l. illud, C. eod. Vide Cagn. in l. si emancipati, n. 123. C. eod. Maximè, quia si liceret argumentari ex hac ratione æqualitatis, conferenda essent omnia bona castrensia, quasi castrensia, aduentitia: & nulla esset differentia inter suos & emancipatos: quæ tamen dicenda non sunt. Adde notabile Cagn. dictum in l. 1. n. 63. C. qui admitti. vbi dicit rationem generalem legis intelligendam esse secundum terminos ipsius legis, super qua est posita.

Cùm igitur ratio æqualitatis, de qua fit mentio in d. §. illud, in authen. de Triente, & semisse, & in l. vt liberis, C. de colla. posita sit ab Imp. respectu dotis, & donationis propter nuptias, & respectu collationis fiendæ tam ab intestato, quàm ex testamento; videtur dicendum hanc rationem valere, & obtinere posse in istis terminis, vel similibus, non autē extra eos. Deniq; aduertendum est, Imperatorem in §. illud, in auth. de Triente & semiss. noluisse antiquo iuri derogare, vt ibi apertissimè dicit.

CAPVT XCII.

De collatione donationis simplicis.

DE collatione donationis simplicis bis iam scripsi, & maneo in sententia, quod sit conferenda: quia sic probatur in l. si donatione, C. de collat.

Nec placet, quod verbum *donationis*, accipiatur ibi pro concessione in peculium, sicut nititur probare Ias. in authen. ex testamento, C. eod tit. quædam iuris loca adducens, quæ id non probant: Duaren. tamen adducit textum, qui hoc probat in l. donationes, §. pater, de donat. & in l. per seruum, de acq. rer. dom. Non placet (vt dixi:) nec enim rectè infertur alibi donatio accipitur pro concessione in peculium, Ergo & hic, quia verba sunt propriè accipienda nisi aliter appareat de mente, leg. non aliter, de leg. 3.

Non probo, quod scribit Dec. in auth. ex testamento, tex. in d. l. si donatione, loqui de donatione ob caussam dotis, quia hæc est diminatio. Quid verò Cagnol. imaginatus est in l. si emancipati, C. eod. tit. satis clarè & apertè à Bologn. refellitur ibi, qui & alias responsiones doctè refellit.

Nec me deterret tex. in l. illud, C. eod. titul. quia puto regulam ibi commemoratam esse desumptam ex l. si non mortis, de inoff. testa.

Non

Non enim alibi reperitur, etsi omnes de collationib. leges perlustraueris. Hic est enim sensus: simplicem donationem inter viuos imputari legitimam, aut certè conferri, quoties donator ea contemplatione donauit, vt dicitur in d.l. si non mortis. Hoc autem in quæstionem cadit in ea specie, in qua agitur de querela inofficiosi testamenti. Tunc enim discutitur, & maximè olim discutiebatur, an filius habuisset legitimam sibi debitam, vt sic excluderetur à querela. Extra igitur illam facti speciem, magis est vt credam, standum esse contrariæ regulæ, quæ habetur in d.l. si donatione. Sed aliorum iudicium expecto.

CAPVT XCIII.

An filij emancipati teneantur conferre donationem simplicem filiis in potestate?

Communis est & vera sententia: emancipatos teneri conferre simplicem donationem filiis in potestate, vt inquit Ias. in authent. ex testamento col. penult. C. de collatio. Cagn. in l. si emancipati, num. 197. C. eod. tit. Vitalis, de colla. quæst. 1. Probatur in l. vt liberis, C. de colla. in fine, vbi dicitur: emancipatos conferre debere ea, quæ tempore emancipationis vel postea à parentibus suis acquisierint, & in l. 1. ff. de collatio. bonor. & in l. 1. C. eodem.

Nec valet illa responsio ad l. vt liberis, quod loquatur de donatione facta in præmium emancipationis, quæ videtur donatio ob caussam: non autem simplex. Quia præter responsionem Ias. & Decij in d. authen. ex testamento, nu. 8. dicebat optimè Vitalis loco præcitato, istud continere diuinationem, cùm text. loquatur de donatione facta post emancipationem absolutè & simpliciter: non autem cū illa restrictione, quando donatur in præmium emancipationis.

Contrariam sententiam habuerunt Ludo. Rom. & alij, quos commemorant Iason, Dec. & alij in d. authen. ex testamento, & Vitalis vbi supr. Cras. §. collatio. quæst. 20. vbi alios adducit. Moti ex l. illud C. de colla. quæ videtur loqui in emancipatis: nam in suis donatio non valet. Et ideo pater posset quandocūque legem apponere donationi, vt conferretur: quia posset eam reuocare, l. donationes, C. de donatio. inter vir. & vxo. Sed rectè omnes respondent: non loqui de filio emancipato, sed de donatione matris, quæ erat valida & in casibus in quib. donatio simplex patris erat valida: nam in filio emancipato semper militat ratio iniuriæ propter quam conferre debet, l. 1. de collat. bonor.

Non obstat text. in l. cum duob. §. idem Papinianus, ff. pro socio, vbi emancipatus non tenetur conferre, quæ præcipua habuisset si fuisset in potestate. Ergo nec donationem simplicem, quia eam conferre non tenetur suus secundum comm. opin. Quia (vt aduertunt Decius, & alij) loquitur ille text. de bonis Castrésib. vel quasi quæ præcipua habuisset in vita patris, l. 1. §. nec Castrense, de collatio. bonor. at donationem simplicem præcipuam habuisset post mortem patris: non autem in vita eius, d. l. donationes, C. de donat. inter vir. & vxor.

CAPVT XCIV.

Additio ad cap 77. lib. 5. an emancipati profectitia conferant emancipatis?

Disserui hac de re libr. 5. c. 77. & negantem sententiam amplexus sum: in qua etiam nunc resideo. Sed non satisfeci Vitali in tract. de colla. tit. de personis, & c. n. 4 qui affirmantem sententiam secutus est per text. in l. vt liberis, C. de colla. *quam sic induco* (inquit ipse) *in Principio illius legis deciditur, quod emancipati inter se conferūt dotem, & propter nuptias donationem. Postea dubitabatur, quid de simplici donatione. Respondet Imperator in fine legis quod idem est dicendum. Verùm quia dubitatur, si illud verum esset ex testamento, an ab intestato. Respondet litera, quod hoc fiat pro tenore præcedentium legum, scilicet si pater decedat intestatus, & iste est verus intellectus literæ &c.*

Nego in d. leg. vt liberis, vllum esse verbum de donatione simplici. Non refero hic verba, quia facilè omnes videre possunt. Huius rei monuit me perillustris auditor meus Carolus Antonius Beccaria Papiensis Eques sancti Stephani, iuuenis eruditissimus, & singulari prudentia præditus, quem ego honoris caussa nomino, & omnes in hac Pisana academia colunt atque suspiciunt.

CAPVT XCV.

De lucro dotis, an sit conferendum?

Communis est, & vera sententia, lucrum dotis, quod maritus facit ex statuto, non esse cōferendū aliis fratribus: quia est aduentitium, & aduentitia hodie non conferuntur, l. vlt. C. de collat. ita Bart. in l. si cùm dotem §. Transgrediamur, ff. sol. matr. idem Bart. Salyc. Angel. Fulg. in l. 1. C. de bonis quæ lib. Rol. in tract. de lucro dotis, q. 110.

Contrarium respondit Deci. consil. 67. &

multi alij, quos commemorat Roland. ibid. ea ratione, quia vbi pater sustinet onera matrimonij, lucratur fructus dotis, l. Fructus, l. si pater, de iure dot. l. pater pro filia, de except. doli. Sicut ergo pater lucratur fructus, dum sustinet onera matrimonij, ita debet etiam lucrari dotem. Hanc consequentiam probare videtur tex. in l. actione, §. vltim. cum l. seq. ff. pro socio. Dicitur enim ibi, cum diuiditur societas, assignandam esse dotem præcipuam illi, qui vxorem habebat, quia subiturus est onera matrimonij. Ex quo videtur innuere, durante societate fructus acquiri societati, cùm sustineret onera matrimonij. Quod si tēpore, quo societas diuiditur, dos in ea caussa sit, vt certum sit eam reddi non oportere, diuidere eam inter socios iudex debet. Qua igitur ratione societas lucratur fructus dotis, vbi sustinet onera matrimonij, pari ratione debet habere lucrum dotis.

Respondeo, quando inter plures socios vnus est maritus, & societas sustinet onera matrimonij, æquum est, vt lucretur etiam fructus dotis: quia spectant ad eum qui sustinet onera matrimonij, l. si maritus, ff. fam. ercisc. Idem est in parte, & hucusque à pari procedunt societas, & pater. At in lucro consequēdo, quod à statuto defertur; longè differunt: quia societas lucrum hoc consequitur: non, quia sustineat onera matrimonij: sed quia delatum est illi ex sociis, qui maritus erat ante dissolutam societatem: est enim hæc natura societatis omnium bonorum, vt quicquid alter ex sociis acquirit, alteri sit commune prȩterquàm si ex maleficio acquiratur, l. 3. ff. pro socio. l. quod autem. ff. eod. Erat autem societas omnium bonorum in d. leg. actione. § vlt. sicut rectè ibi exponit Accursius in ver. si vnus, merito dotis lucrum debuit esse commune inter socios. Maneat igitur cōmunis sententia firma, quicquid alij dixerint.

CAPVT XCVI.

Iterum de collatione filij emancipati, qui tempore donationis erat in potestate.

EMancipatus donationem simplicem conferre debet, etiamsi tempore donationis fuerit in potestate, & posteà emancipatus, vt docuit Bart. in l. 1. §. nec Castrense, n. 11. de colla. bono. & Ias. in auth. ex testament. col. pen. & fin C. eod. & est communis opinio, vt per Vitalem, de collatio. Tit. de personis conferentium num. 4. quicquid dubitauit vel contradixerit Angel. in l. si emancipati. Cod eod. ea ratione, quod nullo iure id cautum reperiatur: & collatio non sit facienda, nisi in casibus lege expressis, l. illam, C. eod.

Verior mihi videtur communis sententia: quia tēpore successionis iste reperitur emancipatus: & ideò iniuriam facere videtur filio in potestate, consequente ex edicto prætoris conferre tenetur, l. 1. de colla. bono. Verba etiam generalia, l. 1. & l. vt liberis, in fine, C. eod. quod emancipatus conferre debeat, satis hanc veritatem euincunt. Et quid refert quod donatum sit ante emancipationem, vel tempore emancipationis, vel post? nullam video differentiæ rationem. Si igitur confert sibi donata tempore emancipationis, vel post d. l. vt liberis, Cod. eod. tit. videtur etiam conferre debere donata sibi antè.

Non obstat, quod nulla lege id cautum sit. Ergo cessat collatio: quia satis cautum videtur. ex l. 1. & ratione eius, ff de collatio. bono. & ex aliis suprà citatis. Atque ita his diebus respondi in caussa Illustrium Dominorum de Balduinis.

CAPVT XCVII.

Emancipato conferente donationem an & existens in potestate conferre teneatur?

PVto teneri, vt seruetur æqualitas, propter quam Imperator fieri mandauit collationem donationis simplicis, l. illud, C. de collatio. ita Castr. & Alex. ibi Ias. in auth. ex testamento in 7. lim. C. eod.

Contrarium dixit Corneus in d. l. illud. Cagn. in l. si emancipati, num. 198. Vitalis de collationib. quæst 30. vbi dicit, hanc veriorem esse sententiam. Crauett. in cons. 617. Fundamentum est: quia nulla lege cauetur, isto in casu collationem esse faciendam. Ergo non debet fieri, l. illam, C. de collatio. Respondeo satis tacite id lege cautum videri, vt seruetur æqualitas, ad quam respiciendum est hodie magis, quàm ad rationem iniuriæ, quam facit emancipatus suo: iuxta l. 1. ff. de collatio. bono. Siquidem iure nouissimo emancipationis & patriæ potestatis sublata differenia est in successionibus, §. vlt. in Auth. de hæred. ab intesta. & ideo satis videtur lege cautum id, quod ex mente legis colligitur, lege nominis, & rei, §. verbum ex legibus, de verb. signif.

CAPVT XCVIII.

Filia habens dotem minorem possitne cogere fratrem ad conferendam simplicem donationem forte maiorem?

Ponit

POni hanc quæstionem Angel. in l. illud, C. de collatio. & dicit sororem posse compellere fratrem ad collationem, cum quo sen ſi. Alexand. ibidem. At Paulus Castrens. dissentit, & cum eo Vitalis, de collatio. quæstio. 29. Priorem sententiam sequitur Crass. §. collatio. q. 3. in fine.

Atque in summa (omissis superfluis) ita se res habet. Donatio simplex conferri debet, quando dos vel donatio propter nuptias adest, quæ conferatur. Potest igitur is, qui simplicem habet donationem, cogere eum câmve, quæ dotem habet, aut donationem propter nuptias, ad conferendum dotem, & donationem propter nuptias. Et isto in casu ne oriatur aliquid iniustum, potest etiam cogi ad conferendum is, qui donationem simplicem habet. Hoc, si ita est, cur non è conuerso poterit incipere coactio ex persona illius, qui dotem habet, vel donationem propter nuptias aduersus eum, qui simplicem habet donationem? æqualitatis ratio id postulat, quod quisque iuris in alterum statuit, is eodem iure vti debet. Si maior esset dos vel donatio propter nuptias, vtique conferenda esset petente altero, qui simplicem haberet donationem, qui ex hoc commodum habet. Ergo si sit minor, incommodum æquo animo sustinere debet altero instante pro collatione ipsius donationis simplicis, l. secundum naturam, de reg. iur.

CAPVT XCIX.

Sitne locus collationi inter filios, qui veniunt ex capite vnde agnati vel vnde cognati?

NOn esse locum collationi inter liberos venientes ex inferiori capite scriptum reliquit Bald. in l. si emancipati, column. 2. C. de colla. quem sequitur, & communem dicit Deci. ibi nu. 8. & 9. Cagnol nu. 127. Vitalis de collatio. tit. de personis conferend. numero decimonono.

At contra locum esse docuerunt in d. l. si emancipati, Fulg. l. 5. Alex. Bologn. n. 27. Distinctione vtitur Crass. in §. collatio. quæst. 6. quam nihil moror.

Argumenta negantis sententiæ ista sunt: quia filij veniunt hoc in casu tanquam transuersales, inter quos non habet locum collatio. Et, quia nulla lex dicit, faciendam esse collationem quando liberi veniunt per inferiora capita. Ergo non est facienda, l. illam, C. de colla. Maximè, quia in collatione agitur de bonis auferendis iam quæsitis: & ideò non potest fieri extensio. Et, quia isti filij non sunt amplius in primo gradu, imò excluduntur ab his, qui sunt in primo gradu, vt notat glos. in l. 1. §. sed videndum, in vers. succedat, ff. de success. edicto.

Argumenta verò contrariæ sententiæ, quæ est pro collatione, sunt ista. Primum ex leg. vt liberis, C. de collat. ibi: *Quocunque iure intestata successionis*. Secundum: quia liberi etiam venientes ex aliis capitibus: veniunt tamen cum qualitate filiationis: & ideo habent annum ex quocunque veniunt capite, l. 1. §. penult. & fin. de success. edi. l. penul. §. si. quis ordo in bonor. poss. seruetur. Tertium est ex leg. de bonis. § 1. de Carbo. edi. vbi Carboniana datur liberis etiam venientibus ex inferioribus capitibus. Quartum: quia liberi veniunt ad bona materna ex capite vnde legitimi, l. 2. § fin. ff. vnde legi & tamen conferunt. Quintum est: quia ius collationis inductum fuit propter personas, scilicet filiorum: non autem propter capita successionum: & ideò, cùm semper sint filij, merito semper conferre debent. Sextum argumentum est: quia vbi concurrit caussa naturalis, & accidentalis præualet naturalis, l. qui habet, de tutel. Cùm ergo illi sint filij, quæ est caussa naturalis, licet sint exclusi ex capite vnde liberi, & veniant accidentaliter ex alio capite: nihilominus attendi debet naturalis caussa, & præferri accidentali.

Quid respondeat Decius ad pleraque ex his argumentis referre supersedeo: & in hac quæstione sic statuo: liberos quocunque ex capite veniant, conferre debere. Quia etsi nulla lege hic specialis casus sit comprehensus: tamen hoc est certum, liberos venientes ex inferiori capite, etsi ab aliis in primo gradu existentibus vincentur, non desinere tamen filios esse. Hoc ita posito, lex inducens collationem inter liberos, non verbis imposita est, sed rebus: nec debet cauillari, (vt alibi dicebat Iurisconsultus) sed secundum legislatoris mentem, secundum iuris rationem, & æquitatem intelligi. Collatio autem aut ratione iniuriæ locum habet, l. 1. de collation. bonor. aut ratione æqualitatis, l. vt liberis, leg. illud. Codice eodem, § illud. in authentic. de Triente & semisse. Si igitur concurrat in successione cum aliis liberis, adest atque militat ratio collationis faciendæ. Si quidem est emancipatus, adest ratio iniuriæ: Si suus, subest ratio æqualitatis, quæ fauorabilem facit esse collationem, non odiosam, vt alij putant. Ac proinde in re dubia videtur mihi collationi locus esse.

CAPVT C.

Filia statuto exclusa à successione, existimantibus masculis, sed hæres instituta in testamento à patre, an teneatur?

PVto teneri vnà cum Iasone in leg. si emancipati, Codice, de collation. num. 33. Quoniam & isto in casu militat ratio æqualitatis seruandæ inter liberos, & generalis legum dispositio, quæ collationem fieri iubent, l. vt liberis, l. illud, D. de collatio.

Alij contrarium communi voto dixerunt in d. l. si emancipati, vbi Decius nu. 9. Bolog. sub nu. 29. vbi dicit, istam conclusionem scribendam esse literis aureis, quia communiter Doctor. eam tenent, excepto Iasone, alios refert Crassus, §. collatio, quæst. 6. nu. 4.

Primum argumentum est, quia filia sic exclusa à statuto non habet bonorum possessionem contra tabulas, ergo non tenetur conferre, l. 1. ff. de collat. bonor. Respondeo, loqui de filiis emancipatis, in quibus consideratur ratio iniuriæ, ob quam dederunt caussam edicto, vt in eadem lege, §. Toties.

Hæc autem ratio sola hodie non attenditur, sed ratio æqualitatis, leg. vt liberis, l. illud, C. de collat. §. illud, in authent. de Triente & semisse.

Secundum argumentum est, qui filia statuto exclusa à successione dicitur exclusa à legitima, ergo non tenetur conferre.

Respondetur, nego consequentiam, quia filia ista non consideratur nũc vt exclusa à statuto, sed vt hæres à patre instituta, qui noluit obseruare statutum: ac proinde est idem ac si non esset exclusa per statutum. Cùm igitur condito testamento locum habeat collatio, §. illud in auth. de Triente, & semisse, sequitur locum habere etiam in præsenti casu.

Tertium argumentum est, quia huiusmodi filiæ non debetur successio æqualiter cum aliis fratribus, quia fratres ab intestato succedunt, sed filia non stantibus fratribus, ergo non tenetur conferre.

Respondeo, negando consequentiam, quia per testamentum patris nolentis esse locum statuto redacta fuit ad æqualitatem iuris succedendi cum suis fratribus, æquum est igitur, vt illi conferat suam dotem, dicta lege vt liberis, dicta lege illud, dict. §. illud, atque ita sentio.

Andreæ Fachinæi Iuris controuersiarum finis.

VERBORVM





VERBORVM, SENTENTIARVM, RERVMQVE PASSIM HOC CONTROuersiarum iuris opere contentarum locuples & renatus

INDEX.

Nota amice lector numeros non folia nec paginas, sed vniuscuiusque paginæ sectionem quam columnam dicunt, indicare.

A

Admini-

Correctio

Con-

I

L

M

N

O

Occi-

S

T

Tran-

Indicis Rerum & Sententiarum Finis.



INDEX LEGVM ET CANONVM, QVI IN PRIMA PARTE CONTROVERSIARVM Iuris explicantur.

L. Mos-

Ex Nouellis.

Ex Institutionibus.

Ex Iure Canonico.



INDEX LEGVM ET CANONVM QVI IN SECVNDA PARTE CONTROVERSIARUM IURIS DILUCIDANTUR.

Ex Digesto nouo.

Ex Codice.

Ex nouellis.



INDEX LEGVM CANONVM, IN TERTIA PARTE CONTROVERSIARVM Iuris explicatorum.

Iuris Canonici.

ex Nouellis.

TOMI



TOMI QVARTI

VERBORVM, SENTENTIARVM, RERVMQVE LOCVPLETISSIMVS INDEX IN LIBROS X. XI. XII. XIII. CONtrouersiarum Iuris Andreæ Fachinæi I.V.D.

Nota amice lector numerum vnumquemque non folium, nec paginam, sed columnam paginæ vt appellant, indigitare.



Cognitio

E

Fidei-

G

H

Heres

I

L

M

Matri-

N

Obligatio

O

P

Q

S.

T

Tutor



ELENCHVS
CANONVM, CAPITVLORVM ET LEGVM, QVÆ IN HOC QVARTO TOMO CONTROVERSIARVM IVRIS
Nobilis, Magnifici, & Clarissimi viri, Dn. Andreæ Fachinæi, I.V.D. partim accommodatè allegantur, partim ingeniosè ponderantur.

EX IVRE CANONICO.



C. Quia

EX IVRE CIVILI.

L.Nul-

L. vlt.



OMNIVM IVRIS TAM CIVILIS QVAM CANONICI LOCORVM LIBRO X. CRIBRATORVM Elenchus, huic additioni adiectus.

FINIS.

